

Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a la época de las Recopilaciones (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO ROMANO: 1. ÉPOCA ARCAICA: POSICIÓN DE LA MUJER *LOCO FILIAE* EN LA SUCESIÓN INTESTADA DEL MARIDO. 2. ÉPOCA CLÁSICA: 2.1. *La desaparición de la potestas maritalis y sus consecuencias*. 2.2. *La bonorum possessio: reconocimiento de derechos sucesorios al vínculo matrimonial en cuanto tal*. 2.3. *Garantía de la subsistencia del cónyuge supérstite*: 2.3.1. Permanencia de las antiguas costumbres: legados en favor de la viuda. 2.3.2. La restitución de la dote y el nacimiento de la *donatio ante nuptias*. 3. ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA: 3.1. *La situación hasta las Novelas de Justiniano*. 3.2. *La Novela 118 y el nuevo orden sucesorio establecido a favor de los parientes: subsistencia de la bonorum possessio unde vir et uxor*. 3.3. *Las Novelas 53 y 117: nacimiento de la quarta uxoria*.—III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: 1. ÉPOCA VISIGODA: 1.1. *Pervivencia de la tradición romanística en el llamamiento intestado a favor del cónyuge*. 1.2. *El Fuero Juzgo y el origen de los derechos de viudedad*. 2. PARTICULARIDADES DE LA ALTA EDAD MEDIA: ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. 3. LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*. 4. EL CAMINO HACIA EL SIGLO XIX: LA CONTINUIDAD REPRESENTADA POR LAS LEYES DE TORO Y POSTERIORES CUERPOS RECOMPILADORES.

I. INTRODUCCIÓN

El problema del orden de llamamientos a la sucesión intestada y, en particular, la cuestión de los derechos sucesorios que el cónyuge supérstite

(*) El presente estudio constituye una parte, hasta ahora inédita, de la tesis doctoral que lleva por título *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, leída en la Universidad de Valladolid el 7 de julio de 2001, bajo la dirección de la profesora doctora doña TEODORA TONES GARCÍA.

deba ostentar legalmente en la herencia de su consorte premuerto, constituye quizá uno de los ejemplos más representativos de aquellas instituciones que se encuentran fuertemente influidas por el marco histórico y por el contexto social en el que se desarrollan, especialmente por la organización de la familia. En consecuencia, el análisis de la evolución histórica de unos derechos tan dependientes de los criterios morales, religiosos y filosóficos mayoritariamente aceptados por una sociedad concreta se hace imprescindible para llegar a comprender su verdadero sentido. Es más, si a esta dependencia del régimen sucesorio intestado con respecto al devenir histórico le añadimos las vicisitudes propias por las que ha atravesado la condición de la mujer a lo largo de los tiempos tendremos no sólo uno de los temas más influidos por este tipo de circunstancias (1), sino, al mismo tiempo, el objeto de un debate que llega hasta nuestros días.

La primera impresión que produce una rápida visión del tema es la de que el reconocimiento de un lugar digno para el cónyuge sobreviviente en el orden de suceder *abintestato* es bastante reciente. Con frecuencia los autores hacen referencia a esta situación que, por su evidencia, ha merecido calificativos más o menos similares. Así, se ha hablado, por ejemplo, de la «aberración» que ha supuesto la «historia bochornosa» de los derechos hereditarios del cónyuge (2), y, en general, de la injusticia histórica que ha supuesto su lejanía en dicho orden sucesorio (3).

No obstante, hay que tener en cuenta que quizá la causa de este olvido pueda estar en que tradicionalmente la subsistencia del viudo, y, especialmente, de la viuda, quedaba garantizada a través de determinadas instituciones pertenecientes al Derecho de Familia, tales como la dote o los regímenes económico-matrimoniales de carácter comunitario, lo cual seguramente en determinados momentos se consideró más que suficiente. Ello excluiría la formación *a priori* de un juicio equivocado sobre un desmedido desprecio del

(1) Vid. HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE., *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil* (discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1907, pág. 6).

(2) MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil*, comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, Tomo XVI, artículos 912 a 967, Reus, Madrid, 1945, págs. 160 y 510.

(3) CASTÁN lo expresaba en estos términos: «El derecho sucesorio del cónyuge tiene una base racional evidentísima. Nadie tiene título más legítimo que el viudo para recibir los bienes hereditarios, ya sea la norma para fijar los derechos sucesorios, el cariño, ya el reconocimiento de los beneficios recibidos, ya la intimidad del vínculo. Sin embargo, hay que reconocer que en el terreno histórico la sucesión del cónyuge no ha tenido apenas efectividad e importancia hasta tiempos muy recientes» (CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, Común y Foral*, Tomo sexto, Derecho de Sucesiones, vol. III, octava edición, revisada y puesta al día por J. L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1978, pág. 150).

legislador de otras épocas hacia el cónyuge supérstite. Además, la tendencia ha sido precisamente hacia un progresivo reconocimiento de derechos y mejora de su posición en el orden de llamamientos a la sucesión intestada, siendo abundantes las soluciones que se pueden encontrar en esta línea tanto desde la óptica histórica como desde la del Derecho comparado.

Situamos los orígenes de la evolución en el Derecho romano porque probablemente la sucesión entre cónyuges en pueblos más primitivos, al estar fundada exclusivamente en la vinculación de los patrimonios a las familias, no existió (4). No es que la sucesión en el Derecho romano no estuviera al servicio de la continuidad familiar, lo que sucede es que ya en él podemos observar el reconocimiento hacia el cónyuge de unos mínimos derechos en el orden de llamamiento intestado obra del pretor y un movimiento favorable a la protección de la mujer viuda, protagonizado por la legislación justiniana, que marcarán el desenvolvimiento de todo el Derecho posterior. La tradición romanística supuso un precedente de gran peso a lo largo de nuestra historia jurídica, casi exclusivo, en materia de sucesión intestada, y, en particular, el llamamiento del cónyuge supérstite a la herencia en defecto de todos los parientes del causante de la sucesión será una constante, como veremos, hasta llegar a la codificación del Derecho Civil en el siglo XIX (5).

II. DERECHO ROMANO

1. ÉPOCA ARCAICA: POSICIÓN DE LA MUJER *LOCO FILIAE* EN LA SUCESIÓN INTESTADA DEL MARIDO

La primera premisa a tener en cuenta para tratar de delimitar cómo funcionaba la sucesión *ab intestato* (6) entre cónyuges en el primitivo Derecho

(4) Así lo pone de manifiesto CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español...*, Tomo VI, vol. III. *op. cit.*, pág. 150.

(5) Sobre el desenvolvimiento de esta cuestión en la etapa codificadora y el resultado que se plasmó en el originario artículo 952 del Código Civil, vid. PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 19 a 58.

(6) Es preferible para el Derecho romano esta terminología a la de sucesión legítima, pues la palabra *legitimus* en Roma hacía referencia solamente a lo que estaba fundado en la *lex*, con lo cual quedarían excluidos de este tipo de sucesión los llamamientos llevados a cabo por el edicto del pretor. Vid. ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1966, pág. 536, nota 2; JÓRS, P.-KUNKEL, W., *Derecho Privado romano*, traducción de la segunda edición alemana por L. PRIETO CAS-TRO, Labor, Barcelona, 1937, pág. 443, nota 1. Además, para los romanos, tan legítima era la sucesión intestada como la testamentaria, pues ambas eran reconocidas y regula-

romano es la de que ésta sólo operaba a favor de la mujer casada bajo el régimen preponderante en esta época de la *conventio in manum*. Ello es así porque, para que procediera su apertura, era necesario que el causante fuera un ciudadano capaz sin herencia testamentaria (7), y sólo eran susceptibles de causar herencias los varones *sui iuris* o no sometidos a ninguna potestad o poder de sujeción. La mujer *in manu*, por no ser *sui iuris*, era incapaz para tener un patrimonio propio, consecuentemente, no podría nunca ser sucedida (8).

La posición de la mujer era entonces de inferioridad manifiesta (9): nunca podía alcanzar la condición de jefe de familia, pues siempre estaba sometida, bien a la potestad de su *pater familias*, bien a la de su marido, al que se unía mediante la celebración de alguno de los actos que daban lugar al régimen de la *manus*; y, cuando se convertía en *sui iuris* por muerte del *pater* o del marido, quedaba sometida a la tutela perpetua de sus agnados, con lo cual nunca podía llegar a tener independencia jurídica (10). CASADO CANDELAS habla de la evidente situación normal de subordinación respecto del *pater familias* de las mujeres en el primitivo grupo doméstico, a las que ni siquiera la religión aportó ventajas (11). Tal estado de cosas se prolongará durante

das por el *ius civile*. Vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, undécima edición revisada con la colaboración de J. IGLESIAS-REDONDO, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 532.

(7) En la época de las XII Tablas fueron conocidas las dos especies de sucesión (testada e intestada), teniendo la primera claramente prevalencia sobre la segunda, como prueba la misma calificación negativa de *successio ab intestato*, preferencia que se mantuvo a lo largo de toda la historia del Derecho romano llegando hasta nuestros días. Vid. ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 509 y sigs. JÖRS-KUNKEL dan como posibles causas de esta preferencia el poder absoluto del *pater familias*, la sentida necesidad de conservar la hacienda familiar a través de generaciones y la insuficiencia de la sucesión legal. Vid. «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 439. Lo que no está tan claro es que en el período anterior a las XII Tablas existiera igual prevalencia del testamento sobre la sucesión ordenada por la ley. Vid. BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, traducido del italiano por MANUEL FAIRÉN, Bosch, Barcelona, 1960, págs. 3 y sigs.

(8) Vid. SCIALOJA, V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Cedam, Padova, 1934, pág. 6.

(9) Vid. ESPIN CÁNOVAS, D., *Capacidad jurídica de la mujer casada*, discurso pronunciado en la solemne apertura del Curso Académico 1969-70, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1969, págs. 7 y sigs.

(10) Además, la *tutela mulierum* no era en esta época una simple ayuda para integrar la capacidad de una persona sino que el tutor tenía una posición absolutamente preeminente. Su poder era no obstante diferente al del *pater familias* y a la *potestas maritalis*, pues no impedía a la mujer existir como sujeto de derechos. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 14.

(11) No obstante, con relación a la época clásica, pone de relieve el hecho de que la mujer fue siempre respetada y considerada socialmente, con lo cual se habría dado «una antítesis aparente entre la posición jurídica y social de la mujer», pues «se la sujeta a un poder (del padre o del marido) que las oprime de igual manera que a los hijos y esclavos, aunque con denominación diferente» (CASADO CANDELAS, M.^a J., *La tutela de la mujer en Roma*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid,

todo este primer período histórico y sólo en la época clásica, con la práctica desaparición del matrimonio *cum manu* y el debilitamiento de la *tutela mulierum* puede hablarse realmente, como veremos, de un cambio en su posición jurídica.

La mujer casada *cum manu* en la época arcaica no podía, por tanto, como el resto de sujetos *alieni iuris*, dar lugar a la apertura de una sucesión por estar incapacitada para tener un patrimonio en el que ser sucedida. Sin embargo, sí podía heredar al marido (12), pues su sujeción a la potestad marital le suponía colocarse en situación semejante a la de una *filiafamilias*, por lo que se decía que *loco filiae mariti est* (13). Con ello, la sucesión de la mujer al marido no pudo estar nunca basada en el vínculo matrimonial que existía entre ambos sino en la especial posición de la mujer en la comunidad doméstica: se situaba en el lugar de una hija y, consecuentemente, heredaba como tal (14).

1972, págs. 15 y 16). La situación de la mujer se fue suavizando progresivamente pero esta especie de contradicción entre su posición social y jurídica es también aplicable a la época arcaica, a poco que se las considerara desde un punto de vista social. De hecho, la mujer casada llegó incluso a ser llamada, aparte de *matrona* o *materfamilias*, *domina*, por la consideración humana y afectiva que, por influencia de la *humanitas* romana, tenía en la familia. Vid. IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 466.

(12) CASADO sitúa en el siglo V antes de Cristo el momento a partir del cual una mujer podía heredar, relacionando este hecho con el cambio de mentalidad que se produciría en este momento afectando a la naturaleza de la sucesión: si antes les habría estado vedada esta posibilidad por haber estado ligada la herencia a la continuidad del culto ancestral y al gobierno de la familia, la desaparición de estas ideas les habría permitido acceder a la misma («La tutela de la mujer...», *op. cit.*, págs. 57 y 58).

Sobre la originaria incapacidad de suceder de la mujer en Roma, LA PIRA, G., *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, págs. 172 y sigs.

(13) Consecuentemente, si se convertía en hija de su marido, con respecto a la familia de éste tendría la condición de agnada, incluso con respecto de sus propios hijos, pues agnados eran todos los que estaban sometidos a igual potestad. Era cognada de su familia originaria pero sólo agnada de sus hijos.

(14) Hay que tener en cuenta la importancia de la configuración familiar romana, muy distante de las concepciones modernas, que hace que, como dice IGLESIAS, prácticamente toda la explicación del Derecho Privado romano se tenga que hacer «desde la interioridad del Derecho familiar». Vid. «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 465 y 466. Esto es además especialmente relevante cuando del Derecho sucesorio se trata, pues su fundamento era eminentemente familiar: a través de él se pretendió garantizar, sobre todo en los tiempos más antiguos, la continuidad de la familia, y el traspaso de las relaciones patrimoniales a través de los mecanismos sucesorios se hizo siempre de acuerdo con la estructura de la familia y la posición jurídica (*status*) que cada sujeto ocupaba dentro de la misma (*op. cit.*, pág. 524).

Sobre la especial estructura de la familia romana, vid. GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, huitième édition revue et mise à jour par F. SENN, Rousseau et Cie éditeurs, Paris, 1929, págs. 157 y 158.

El matrimonio en el Derecho antiguo coincidía con la *manus* (15), con lo cual no hay otro remedio que considerar todo el régimen desde la óptica de la *potestas maritalis* y de lo que ésta suponía: se adquiría en virtud de un acto jurídico por el cual la mujer salía completamente de la familia de origen y entraba en una nueva, la de su marido, dejando de estar sometida a su *pater familias* para pasar a subordinarse al mismo (16). Si era *sui iuris* y estaba sometida a tutela, dejaba de serlo y salía de la potestad tutelar, que ya no necesitaba, para someterse de manera idéntica al marido. La potestad marital se configuró originariamente como un poder amplísimo, prácticamente idéntico al de la patria potestad, si bien las costumbres, el respeto y consideración hacia la familia originaria de la mujer y la dignidad de la misma como madre y esposa, debieron ir suavizando, como ya apuntamos, el rigorismo inicial (17).

Desde el punto de vista patrimonial, la *manus* originaba una adquisición en bloque (*per universitatem*) por el marido del patrimonio de la sometida, lo cual ha llevado a que tradicionalmente se haya considerado como un caso de sucesión universal *inter vivos*. Sin embargo, esto no quiere decir que el marido entrara en la posición de la mujer, como haría un sucesor hereditario, sino que, como dice SCIALOJA, la anulaba como titular de relaciones jurídicas al «absorberla» bajo su potestad (18). Consecuentemente, también los bienes

(15) GIRARD explica esta confusión porque, en la familia basada en la potestad doméstica, la única manera de ligarse la mujer al marido sería a través del establecimiento del poder marital, germen del poder que luego surgiría sobre los hijos de ambos («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 162).

(16) En caso de que el marido no fuese *sui iuris*, el poder era ejercido por el *pater* del mismo, a cuya potestad estaba sometido, y la *uxor* se decía que estaba *loco neptis*. A partir de la muerte de este último es cuando el marido ejercería propiamente la *manus* sobre la mujer.

(17) Vid. JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 396 y 397.

F. SCHULZ critica en este sentido que la posición jurídica de la *uxor in manu* se describiera a través de la expresión *loco filiae*, pues el poder del marido sobre la mujer era muy distinto al que tenía sobre sus hijos e hijas. Por ejemplo, señala que el marido no tuvo nunca el derecho sobre la vida de la mujer (*ius vitae necisque*) ni el de venderla (*ius vendendi*) (*Derecho romano clásico*, traducción directa de la edición inglesa por J. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 112).

Por el contrario, no distingue entre los sometidos originariamente al *pater familias* por razón de los poderes que ejercitaba sobre ellos IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 469. Según este autor, sobre todos ellos indistintamente podría ejercitar el *ius vitae necisque*, el *ius exponendi*, el *ius vendendi* y demás atributos de la *potestas* en general.

(18) Además, la adquisición se limitaba al activo (menos algún derecho que, como el usufructo, se extinguía en el momento en que se producía la *capitis deminutio* de la mujer), sin extenderse al pasivo contractual (que también se extinguía). Las obligaciones que nacían del delito perduraban pero se sometían a un régimen especial. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 14 y sigs.

C. FADDA establece las diferencias de esta «sucesión» que supone la *conventio in manum*, a la que califica de *successio alterius generis*, con respecto a la sucesión hereditaria: se subentraba en el lugar de una persona viva, no muerta; no derivaba de la ley,

que adquiriera durante la vigencia del matrimonio pasaban a ser propiedad del marido (o de su *pater familias*), y, desde un punto de vista sucesorio, perdía todas las expectativas hereditarias que tenía en su familia primitiva adquiriendo las que le correspondieran en la de su esposo. Este régimen matrimonial, calificado como de absorción de bienes (19), estará siempre lógicamente ligado al matrimonio *cum manu*, y, por tanto, vigente hasta su desaparición en la época clásica.

Pues bien, estando la sucesión intestada subordinada a la testamentaria, se abría en el momento en el que se sabía con certeza que no había testamento o que éste era ineficaz (20), y de acuerdo con el orden sucesorio establecido por las XII Tablas en el siguiente precepto:

XII Tablas V, 4-5: «4. *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*. 5. *Si adgnatus nec escit, gentiles familiam (habento)*» («Si muere intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles») (21).

De este modo, el precepto decemviral establecía, en ausencia de sucesor testamentario, tres órdenes o clases de herederos llamados a suceder con base únicamente en los criterios de comunidad doméstica y agnación: sólo tenían este derecho los que pertenecían al grupo familiar más estrecho, de los *sui*, o más amplio, de los agnados y gentiles (22):

- En primer lugar, los *sui heredes*, también llamados «herederos suyos y necesarios», eran aquellas personas que, a la muerte del *pater* causante de la sucesión, se encontraban bajo su potestad, y que, como consecuencia del óbito, se convertían en *sui iuris* (23). Es este el único

sino de la costumbre familiar romana, y suponía una mera adquisición, pues no se sucedía en las deudas. Vid. *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, vol. I, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1949, págs. 20 y sigs.

(19) IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 498.

(20) Sobre la ineficacia del testamento romano, vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 894.

(21) Cfr. RICCOBONO, S.; BAVIERA, J.; FERRINI, C.; FURLANI, J.; ARANGIO-RUIZ, V., *Fontes iuris romani antejustiniani*, Pars prima, Leges, Florentiae, 1968, pág. 38.

Se trata del documento más antiguo que se posee en relación con el Derecho sucesorio de los primeros tiempos y, según SCIALOJA, el precepto transcrito es el más importante, pues constituirá hasta Justiniano el principio fundamental que rija las sucesiones («Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 7).

(22) Vid. VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, volume secondo, Parte speciale, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1963, pág. 3.

(23) Es de observar cómo las XII Tablas no les llamaban directamente, sino que parece que presuponían o daban por hecho como algo incuestionable su derecho a suceder en primer lugar (*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit...*), y que tampoco establecían una regulación detallada del mismo. La explicación está en que las XII Tablas no

- requisito que se exigía, no siendo necesario, por tanto, el parentesco de sangre con el *de cuius*, que por sí solo tampoco era suficiente para entrar en el primer orden sucesorio. Por consiguiente, la mujer *in manu*, que estaba *loco filiae*, era llamada con los *sui* no obstante no tener vínculo biológico con el causante (24). Su participación en la herencia dependería del resto de *sui* con los que concurriera, de modo que, si había otros hijos (incluidos los postumos y los adoptivos), hijas o descendientes de ulterior grado que estaban igualmente sometidos a la *potestas* del causante, heredaría con ellos, dividiéndose la herencia *in capita*, si eran todos del mismo grado, o *in stirpes*, si no lo eran, y sin diferencias por razón de sexo (25).
- En defecto de *sui heredes* (26), era llamado el agnado más próximo o, si había varios del mismo grado, todos ellos, que se repartían la herencia también por cabezas (27). El concepto de agnado comprendía también a los *sui*, pues tenían aquella categoría todos los que, junto con el *de cuius*, descendían de un ascendiente común a cuya patria potestad se hallarían sometidos si éste viviese, pero las XII Tablas se referían en este llamamiento sólo a los agnados que no estaban comprendidos en el orden anterior (28).

fueron más que un reflejo o confirmación del Derecho consuetudinario antiguo, que no conoció otros herederos que los *sui*. En este sentido, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 444; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 536; ARIAS RAMOS, J.-ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano*, II, Edersa, Madrid, 1990, pág. 872. Por ello, la sucesión de éstos estaría tan asentada en la conciencia social que no se consideró necesario detallarla positivamente. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 8; VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, volume primo, Introduzione, Parte Genérale, Dott. A. Giuffrè-Editore, Milano, 1967, págs. 9 y 10; GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 895 y 896.

(24) Por la misma razón, determinados parientes consanguíneos no serían llamados por no estar bajo la potestad del causante. Vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 210.

(25) En general, la sucesión intestada no conoció diferencias entre hombres y mujeres a la hora de heredar. Esta manifestación del liberal principio de igualdad es entendida por SCHULZ como sorprendentemente progresiva, sobre todo si se la compara con otros Derechos de la Edad Media («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 197). Únicamente la interpretación de la *lex Voconia* establecería una limitación a los derechos de las mujeres en este ámbito, pero en relación con el segundo orden sucesorio, el de los agnados (sólo serían admitidas a la sucesión en caso de ser hermanas del causante).

(26) Por ausencia o inexistencia: no se conocía la *successio ordinum* o delación sucesiva entre los órdenes, el llamamiento era único, con lo cual, si el llamado a heredar en un orden no adquiría la herencia, ésta no se defería al siguiente sino que quedaba vacante.

(27) No se aplicaba el derecho de representación en este orden ni se conoció la *successio graduum*, de modo que si el agnado más próximo repudiaba la herencia o moría antes de haberla aceptado, no se llamaba al grado siguiente.

(28) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 211.

- Por último, y en defecto de los anteriores, eran llamados los miembros de la *gens* a la que pertenecía el causante (29).

Como se ve, el llamamiento legal a la mujer viuda era de considerable entidad, pues entraba a suceder en primer lugar en calidad de *sua*. Lo que sucede es que, como dijimos, tal llamamiento no se producía por su condición de esposa, no había sucesión entre marido y mujer, sino por la de sometida a una potestad. La viuda heredaba como los hijos y junto a ellos. Además, a diferencia de éstos, nunca llegaba a ser independiente desde un punto de vista jurídico: la *uxor in manu* quedaba libre de la potestad marital y adquiría la participación que en la herencia le correspondiera pero, al convertirse en *sui iuris*, ingresaba bajo la fuerte potestad del tutor. Por ello, su sometimiento a éste, hacía que, aunque fuera la heredera, el que ejercitara de hecho el poder inherente a la cualidad de tal fuera el mismo tutor (30).

Por otro lado, es posible también achacar a este sistema una cierta falta de previsión para los supuestos en que el matrimonio no tuviera descendencia común, en el sentido de que los bienes heredados primeramente por la mujer pasarían luego, tras su muerte, a su propia familia, y no a la del marido de la que procedían (31). Habiendo sido una preocupación constante a lo largo de la historia de la sucesión entre cónyuges el deseo de evitar el «traspaso» de bienes de una familia a otra, es llamativo en estas primeras etapas

(29) SCHULZ señala el absurdo de este llamamiento si se toma literalmente, pues la *gens* era el mismo grupo de agnados, luego, si no había agnados, no podía haber gentiles. Lo que realmente querían decir las XII Tablas es que, si el agnado próximo repudiaba la herencia, ésta era atribuida a la *gens* («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 213).

Las reglas por las que se regía este llamamiento no son bien conocidas, pues desapareció rápidamente. GIRARD señala la probabilidad de que antiguamente la herencia fuera en bloque a la *gens*, convirtiéndose en una adquisición individual a finales de la República («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 896 y 897). La desaparición de la sucesión de los gentiles se sitúa en el período clásico, más concretamente, a comienzos de la época imperial (D'ORS, A., *Derecho Privado romano*, Eunsá, Pamplona, 1989, págs. 269, 313 y 317).

En relación con los dos últimos llamamientos, a los agnados y a los gentiles, hay que hacer notar también que las XII Tablas no les llamaban *heres*, sino que decían que «tendrán el patrimonio» (*familianhabento*), por lo que en principio sólo tendrían reconocido un derecho privilegiado de ocupación sobre los bienes. Sin embargo, con el paso del tiempo, la jurisprudencia hizo una interpretación que asimiló la posición de estas personas a la del heredero. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 9 y 10; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 538 y 539; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 872 y 873.

(30) Así, según SCIALOJA, «la *sovranità nominale appartiene alla donna erede; la sovranità di fatto ne' rapporti familiari spetta al tutore, che governa lei e, per mezzo suo, tutta la sua famiglia*» («Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 14).

(31) En este sentido la crítica de LÉVY, J. PH., *Coup d'oeil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant* (Études offertes a René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, pág. 178).

históricas en las que la sucesión se fundaba en la idea de la copropiedad familiar que esta circunstancia no se tuviera en cuenta.

Este era el régimen legal, pero, no obstante ello, y dada su subsidiariedad, la garantía de la posición de la mujer durante la viudez venía en la práctica a hacerse efectiva a través de disposiciones de carácter voluntario (32): las costumbres y prácticas sociales originarias imponían al marido asegurar a su mujer una subsistencia digna por medio de disposiciones testamentarias a su favor, sobre todo de aquellos bienes que quería que siguiesen siendo disfrutados por ella tras su muerte. De este modo, explica GARCÍA GARRIDO cómo la práctica más frecuente fue que el marido desheredara *inter caeteros* a la mujer *in manu* (33) para luego legarle las cosas que le había entregado en vida para su uso, o le había donado, de las que, por tanto, ella había dispuesto y administrado (*quae eius causa parata sunt*), las cuales, por otra parte, constituirían sus únicos medios de subsistencia. En esto consistía, según el citado autor, el denominado legado de peculio (34). Además, también debieron ser frecuentes determinados tipos de legados especiales, cuyo

(32) Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., «*Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en Derecho romano» (*Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, núm. 9, CSIC, Roma-Madrid, 1958, págs. 106 y sigs.). Publicado también en «*El patrimonio de la mujer casada en el Derecho Civil*», I, *La tradición romanística*. Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Barcelona, 1982, págs. 81 y sigs.

(33) La institución o desheredación expresa en el testamento de los *sui heredes* era una exigencia del antiguo *ius civile*, de modo que el testador, si no quería dejarles nada de su patrimonio, no podía simplemente pasarles por alto (*praeteritio*), sino que debía desheredarles expresamente, aunque no existiera justificación, bien *nominatim* o con designación individual (si se trataba de un hijo), o bien *inter caeteros* o en conjunto, sin tener que mencionar el nombre (forma suficiente sólo para las hijas o ulteriores descendientes *in potestate* y para la mujer *in manu, loco filiae*). Era lo que se ha llamado sucesión forzosa formal, pues los *sui heredes* sólo tenían derecho a ser mencionados en el testamento, no a una cuota material de la herencia. Cuando la preterida era la mujer *in manu*, al igual que si lo era una hija o ulterior descendiente, el efecto de la *praeteritio* no llegaba a la nulidad del testamento y consiguiente apertura de la sucesión intestada, como sucedía si lo era un hijo: se mantenía, siendo tan sólo rectificado en aquello que fuera necesario para dar entrada al preterido (en su cuota intestada cuando heredaba con otros *sui* o en la mitad de la herencia si concurría con herederos extraños). Esta era la única limitación a la libertad del testador, cuya vigencia la sitúan JÖRS-KUNKEL hasta finales de la República («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 438). A partir de aquí comenzará el camino hacia la herencia forzosa material o *pars debita*, precisamente por los abusos cometidos por el testador en el ejercicio de su anteriormente ilimitada libertad testamentaria, permitiéndose reclamar a determinadas personas especialmente cercanas al testador y en relación con las cuales se consideraba que éste había infringido el *officiumpietatis*, una porción material de bienes de la herencia. Sobre la teoría de la *exheredatio* o herencia forzosa formal de los *sui heredes*, única que se conoció en la época arcaica, vid., por ejemplo, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 903 y sigs.

(34) Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, págs. 109 y sigs.: «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 84 y sigs.

contenido era determinado en relación con un género o universalidad de cosas que tenían un destino específico: así, se habla del legado de *penus* (35), de *mundus* (36) y de *vestimenta* (37), aparte de otros también frecuentes de metales y objetos preciosos (38).

Sostiene este mismo autor que, también en la época del matrimonio *cum manu*, es bastante posible que fuera conocido el legado de usufructo, de gran difusión en la época clásica. Así, el marido, además de dejar a la mujer determinados bienes por medio de los legados a que hemos hecho referencia, habría podido también dejarla el uso y disfrute de los bienes familiares a través de este último tipo de disposición particular, garantizando con ello que tras su muerte mantendría efectivamente la posición de *mater familias* (39).

También son conocidas referencias de testamentos en los que directamente se instituía heredera a la mujer. Prueba de su frecuencia es, además, la misma tendencia contraria a su capacidad para suceder que representó la *lex Voconia*, al disponer que los ciudadanos más ricos, es decir, los que pertenecían a la primera clase del censo, no podrían en el futuro instituir herederas a sus mujeres, si bien fue una norma que no tuvo demasiada aplicación y que en la práctica fue burlada a través de la realización de fideicomisos a favor de las mismas (40).

Los efectos de estos usos y prácticas generalizadas fueron completados por los juristas de la época a través de una serie de reglas que les dieron mayor contenido jurídico, como la *praesumptio Muciana*, que consistía en entender que las cosas que tenía la mujer procedían del marido, salvo prueba en contrario, con objeto de evitar un litigio sobre ellas (41).

(35) Era el legado de las cosas de despensa, que comprendía las provisiones que servían para abastecer a la *domus* durante cierto tiempo, además de otros productos de preparación o conservación de los alimentos, y tenía la finalidad de que la mujer continuara desempeñando con ellos sus funciones de *mater familias*, además de asegurarle su subsistencia. GARCÍA GARRIDO le considera por ello un legado de alimentos. Vid. «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 113 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 88 y sigs.

(36) Comprendía las cosas que servían para el embellecimiento de la mujer. Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 116 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 91 y sigs.

(37) Consistía simplemente en los vestidos que usaba la mujer. Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 117 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 92 y sigs.

(38) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 118; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 93.

(39) Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 131 y 132; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 105 y 106.

(40) Vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 195; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 107; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 82.

(41) Sobre la presunción Muciana, atribuida al jurista de finales de la República Quinto Mucio Scévola, vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 119 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 93 y sigs.

Todo ello habría constituido un primitivo *ius uxorium* (42), un conjunto de normas de origen consuetudinario que encontraron su cauce a través de la prevalente y regular sucesión testamentaria y que más tarde conformarían un estatuto jurídico coherente que vendría a garantizar en la práctica la subsistencia de la viuda y, la mayoría de las veces, su posición familiar, perdiendo, por tanto, importancia el llamamiento legal de las XII Tablas. De esta manera vemos cómo la posición jurídica de sometimiento personal y patrimonial que conllevaba la *manus* no suponía de hecho un olvido hacia las necesidades económicas de la mujer casada, sino que, como prueban estas normas, siempre se tuvo en cuenta la especial función que estaba llamada a desempeñar en el matrimonio y en el hogar doméstico y en este sentido se trató de mantener tras la muerte del marido (43).

Por último, es necesario hacer referencia al funcionamiento del régimen dotal en la época arcaica, pues la restitución de la *dos* constituyó en el Derecho romano otro de los medios que contribuyeron, aunque no en todos los momentos históricos, a atender al mantenimiento de la mujer durante su viudez:

La dote consistía en un conjunto de bienes entregados al marido por la mujer, si era *sui iuris*, o por su *paterfamilias*, si era *alieni iuris*, con la finalidad de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio. En el período arcaico tuvo también el significado de ser una especie de compensación o indemnización hecha por el *paterfamilias* ante la pérdida de derechos sucesorios que sufría la mujer en la familia de origen al entrar bajo la potestad del marido a raíz del matrimonio (44).

Pero éste se hacía completamente dueño de ellos, como de cualquier otra adquisición de las personas que tenía bajo su potestad, por lo que sus poderes sobre los mismos eran ilimitados y no tenía ningún deber de restituirles a la disolución del matrimonio, lo cual era coherente con el régimen de la *manus*, que llevaba a una total absorción de los bienes de la mujer. Con ello, en ausencia de disposición testamentaria eficaz, si el matrimonio se disolvía por muerte de la mujer, los bienes dótiles permanecían en el patrimonio del

(42) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 140; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 112.

(43) La persistencia de la viuda en el lugar de *materfamilias*, que había ocupado durante el matrimonio, habría venido además favorecida por la práctica que existió en esta época de no dividir la herencia, al menos en las familias plebeyas. De este modo, los *sui heredes*, entre ellos la mujer, podrían permanecer unidos en el consorcio familiar tras la muerte del *pater*, efectuándose sólo la división en relación con los bienes estrictamente individuales. Vid. ARANGIO-RUIZ, «*Istituzioni...*», *op. cit.*, pág. 537.

(44) JÖRS-KUNKEL señalan que éste sería el fin originario de la dote (*dos profecticia*). Sólo más tarde se configuraría como fundamento de la misma el ser una contribución a las cargas del matrimonio («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 403). En igual sentido, IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 500.

marido, y, si la disolución se producía por muerte del marido, la mujer, en la sucesión intestada, heredaba los bienes dótiles exactamente igual que los demás, *loco filiae* (45). En definitiva, la consideración de la dote como definitiva propiedad del marido llevaba a que ésta no cumpliera, en principio, ninguna función al servicio de la viuda, pues nunca le debía ser específicamente restituida (46).

No obstante, GARCÍA GARRIDO señala que es posible que el nacimiento del *legatum dotis* se produjera durante el régimen de la *conventio in manum*, antes de que surgiese el deber jurídico de restitución de la *dos* en la época clásica, de modo que, si esto es así, se podría afirmar que ya entonces habría ido naciendo en la conciencia social la consideración de que la dote era cosa de la mujer (*res uxoria*) y no del marido, que debía devolverse en el momento en el que dejara de cumplir su función, es decir, a la disolución del matrimonio. Por ello, cada vez más, y aunque jurídicamente no estuviese obligado, el marido habría ido sintiendo la obligación de legársela, por influencia de la costumbre y usos creados (47). De nuevo vemos la contraposición entre los derechos que legalmente se concedían a la mujer y los que realmente conseguía hacer efectivos gracias a manifestaciones de la autonomía de la voluntad, que vendrían a suplir en muchos casos las deficiencias de la ley.

2. ÉPOCA CLÁSICA

2.1. La desaparición de la potestas maritalis y sus consecuencias

La difusión del matrimonio libre, es decir, no acompañado de la *conventio in manum* que ponía a la mujer bajo la potestad del marido, supuso la primera brecha en el viejo edificio patriarcal (48). Nació en época discutida pero, en cualquier caso, es claro que el matrimonio típico de la época clásica, e incluso de todo el Derecho romano, fue el matrimonio *sine manus*: debió ser conocido ya en la época de las XII Tablas, aunque como una institución de carácter secundario y anómalo (49). Sólo el movimiento humanitario que se desarrollaría siglos después le habría ido dando una

(45) - GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1008.

(46) En este sentido, GIRARD dice que estas consecuencias del régimen dotal no tenían nada de satisfactorio («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1010).

(47) Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 464 y 465; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, pág. 135, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 107 y 108.

(48) GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 163.

(49) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 100.

mayor difusión y protagonismo (50), hasta convertirse en el claramente predominante del Derecho clásico (51). Con Justiniano ya no habrá más que matrimonios libres, desapareciendo definitivamente todo residuo de la *manus* (52).

El matrimonio libre consistía simplemente en una relación de hecho, sin que fuera necesaria la realización de ningún acto jurídico para que tuviera validez (53). No obstante ello, producía una serie de consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales, que variaban enormemente con respecto a las que hemos visto para el matrimonio *cum manu*, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones entre los esposos (54).

Desde el punto de vista personal, no se producía ningún cambio en la situación de la mujer, de modo que si, al tiempo de unirse en matrimonio, estaba sometida a *patria potestad*, continuaba bajo la misma y perteneciendo a su familia paterna, y si, por el contrario, era *sui iuris* y, por tanto, estaba sometida a tutela, permanecía bajo tal (55). En cualquier caso, marido y

(50) ARANGIO-RUIZ explica el progresivo abandono de la *manus* por las consecuencias desfavorables que comportaba para la mujer, poniendo de relieve el papel que habría jugado el *usus* en el tránsito al matrimonio libre. Vid. «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 435. En igual sentido, CASADO CANDELAS, «La tutela de la mujer...», *op. cit.*, págs. 75 y 76.

GIRARD, sin embargo, argumenta el cambio con base en el progresivo olvido de la idea de que la potestad del *pater* sobre los hijos provenía de la originaria potestad sobre la mujer para pasar a considerarse como una derivación de la probabilidad de paternidad producida por la vida conyugal («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 162).

(51) Esta prevalencia se ha situado en el siglo I a.C. (KASER, M., *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5.^a edición alemana por JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO, Reus, Madrid, 1982, pág. 258).

(52) Vid. ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 436. Sitúan su completa desaparición aun antes de JUSTINIANO, IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 476, en el siglo III, y JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 396, en el siglo IV d.C.

(53) Por eso, su diferencia con respecto al concubinato será en muchas ocasiones difícil de determinar, ya que situarnos en una u otra figura dependerá únicamente de un elemento tan subjetivo como la intención de las partes, el *animus* de ser marido y mujer, lo que se llamó la *affectio maritalis*. Sobre el concubinato, vid., por ejemplo, SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 131 y sigs.

(54) Siempre, claro está, que se tratara de un matrimonio válido para el Derecho Civil (matrimonio *iustum*). Sobre sus requisitos, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 386 y sigs.

(55) Después de la desaparición de la *tutela mulierum*, la mujer tutelada se convertiría en una persona totalmente independiente desde el punto de vista jurídico, sin control de sus actos por parte de nadie. Los autores hablan de la decadencia de tal institución desde comienzos de la República: la desaparición de la *manus* y la libertad de actuación de la mujer en la vida jurídica habrían llevado a que ésta se considerara como algo carente de fundamento. Así, las funciones del tutor se redujeron a una mera aprobación (*auctoritas tutoris*) de determinados actos jurídicos importantes, que en la época clásica será meramente nominal o formal, pues la mujer podía obligar al tutor a preslarla simplemente acudiendo al pretor. Incluso se creó un remedio por el que la mujer

mujer pertenecían a familias distintas, lo cual llevaba a que la mujer fuera también extraña a la familia de sus propios hijos. El marido no adquiría ningún poder legal sobre la mujer y ambos eran considerados en este sentido en un plano de igualdad (56). No obstante, nunca se llegó a alcanzar una absoluta parificación, sobre todo desde el punto de vista social (57).

En relación con los bienes, y coherentemente con la desaparición de la potestad marital, los patrimonios de marido y mujer permanecían por completo independientes, dándose lugar con ello a una fuerte separación, favorecida por el individualismo romano, que caracterizará en adelante el régimen económico del matrimonio (58). Ello traerá consigo determinadas actuaciones que, en la práctica, pretenderán conseguir efectos semejantes a los antes producidos con la absorción de bienes del matrimonio *cum manu*. Así, GIRARD hace referencia como ejemplo más representativo a la recepción por el marido de los bienes dótiles con la única finalidad ahora de ser una contribución a las cargas del matrimonio (59). Y, por supuesto, una atenuación a la estricta regla de la separación de bienes será la admisión por primera vez en el edicto pretorio de un derecho de sucesión entre cónyuges, si bien bastante modesto (60).

Por otra parte, en relación también con los derechos sucesorios, la mujer dejó de tener, como consecuencia de la desaparición de la *potestas maritalis*, una posición en la sucesión intestada del marido regida por el *ius civile*, que

podía fácilmente librarse de un tutor inoportuno, con lo cual la tutela ya no servirá ni para una supuesta protección de la mujer. Por fin, la irracionalidad de la tutela de las mujeres junto con su progresivo debilitamiento llevaron a su desaparición (probablemente en los siglos IV o V). Vid. CASADO CANDELAS, «La tutela de la mujer...», *op. cit.*, págs. 139 y sigs.

(56) Los efectos personales del matrimonio clásico fueron muy escasos, lo cual fue consecuencia de la *humanitas*, que llevó a que se considerara que la regulación de estas relaciones privadas era algo inhumano (SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 110).

(57) Así, por ejemplo, la actividad de la mujer continuaba restringida a la jurisdicción doméstica (GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 181).

(58) Ambos cónyuges continuaban siendo propietarios de los bienes que tuviesen al tiempo de celebración del matrimonio. Las adquisiciones futuras del marido las hacía exclusivamente suyas y las de la mujer dependía de si era hija de familia (pasaban al patrimonio del *pater*) o *sui iuris* (le pertenecían a ella en plena propiedad). En cualquier caso, nunca pasaban, como antes, a engrosar el patrimonio del marido. La mujer *sui iuris* tampoco necesitaba ningún tipo de autorización marital para intervenir en el tráfico jurídico ni el marido se hacía responsable de las deudas que contrajera. Ni siquiera tenía facultades de administración sobre el patrimonio de la mujer. Sobre las posibles consecuencias desfavorables de este régimen para la mujer, SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 113 y 114.

(59) Es decir, la dote será una ayuda para tal fin, que antes no era tan necesaria por absorber el marido todos los bienes que la mujer tuviera o pudiera adquirir. Con ello, la *dos* vino a convertirse en una imitación voluntaria y parcial de las consecuencias regulares y forzadas del matrimonio con *manus* («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 181 y 182).

(60) Ahora ya a favor de ambos cónyuges, marido y mujer, pues la desaparición de la potestad marital sobre la mujer le convirtió, como hemos visto, en capaz para tener un patrimonio propio y, por tanto, para causar una sucesión.

siguió subsistiendo junto con el régimen pretorio de la *bonorum possessio*. La mujer *sine manu* dejó de estar *loco filiae* con respecto al marido, con lo cual perdió su derecho en la herencia de éste en calidad de *heres sua*. Sí mantuvo, en cambio, y a diferencia también del régimen anterior, sus derechos sucesorios en la familia de origen.

Todo ello, junto con la restitución de los bienes dótales y la aplicación en esta época del régimen de legados de la mujer *in manu*, dio lugar a la formación de un estatuto jurídico de la viuda marcado por un gran liberalismo, pues legalmente sólo se garantizaba el llamamiento a la *bonorum possessio sine tabulis*, que era algo, como veremos, prácticamente ilusorio, y la restitución de la dote, desde el momento en que se impuso jurídicamente. El viudo sólo podía aspirar a un difícilmente realizable derecho a la *bonorum possessio*, si bien su situación estaba menos desprotegida.

2.2. *La bonorum possessio: reconocimiento de derechos sucesorios al vínculo matrimonial en cuanto tal*

El edicto del pretor con el remedio de la *bonorum possessio sine tabulis* a favor del cónyuge supérstite constituye un hito sumamente importante en su reconocimiento de derechos sucesorios con ocasión de la muerte de su consorte. Y ello a pesar de que tal llamamiento se hiciera en defecto de todos los parientes, pues supuso que por primera vez se le tenía en cuenta en su calidad de cónyuge, si bien estando subordinado al tan arraigado carácter familiar de la sucesión romana.

No obstante, la organización de la familia ya no se puede tampoco entender como antes: el antiguo patriarcado, basado en la *agnatio* y en la idea de la solidaridad familiar que inspiró los llamamientos de las XII Tablas, fue superado por una sociedad preocupada más por los lazos de sangre que por la pertenencia artificial a un grupo social (61). Es entonces cuando cobró sentido la actividad del pretor, que se vio obligado a dar respuesta a las nuevas exigencias mediante soluciones obligadas a convivir con el régimen anterior (62).

(61) Sobre la progresiva sustitución de la familia basada en la *potestas* o parentesco civil por la familia basada en el parentesco de sangre, vid., por ejemplo, BONFANTE, P., *Corso di Diritto romano*, vol. VI, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1930, págs. 417 y 418.

(62) BONFANTE subraya la importancia del instituto de la *bonorum possessio*, al que califica como el más relevante del Derecho pretorio y el paradigma más claro de las varias formas de actividad del pretor: ayudar, suplir y corregir en la aplicación del *ius civile* («Corso...», *op. cit.*, págs. 416 y 417). En el mismo sentido, BIONDI, B., *Diritto ereditario romano*, Parte genérale (Corso di Lezioni), Dott. Antonino Giuffrè-Editore, Milano, 1954, pág. 121.

Sin embargo, la mayor parte de los autores coinciden en señalar que la *bonorum possessio* en su origen no tuvo estas funciones correctivas o supletorias del *ius civile* sino la de ayudar en la aplicación del mismo (*iuris civilis confirmandigratia*), pues esa era la misión normal del pretor. De este modo, se dice que habría nacido con la única finalidad de otorgar una posición favorable en el proceso formulario a determinadas personas que el pretor consideraba que merecían estar en situación de defensa sucesoria, para sólo posterior y gradualmente pasar a corregir y suplir los llamamientos legales (*corrigendi et supplendi iuris civilis gratia*) (63).

Se habría pasado así de conceder una posesión interina en el proceso a otorgar una posesión provisional de los bienes hereditarios, pero no sólo a los antiguos herederos legales, sino también a personas no contempladas por el *ius civile* cuyos derechos venían exigidos por la opinión pública, principalmente a los unidos con el causante por vínculos de sangre y al cónyuge *sine manu*. De este modo, tras acordarse primero la *bonorum possessio secundum tabulas* como manifestación de la superioridad de la sucesión fundada en la voluntad del *pater familias*, habría surgido la *sine tabulas* a favor de dichas personas, y, por último, la *contra tabulas*. Debe tenerse además en cuenta que no todos los llamamientos de la segunda nacieron a la vez, sino unos antes que otros. Por ejemplo, en tiempos de Cicerón ya era conocido el de los *cognati*, pero nada se sabía todavía del *unde vir et uxor* (64). El desarrollo de la *bonorum possessio sine tabulis* se fue produciendo bastante lentamente, hasta llegar al régimen definitivo, que se considera completado en la época de Labeón (65).

Pues bien, a pesar de este origen, la *bonorum possessio* fue transformando su actividad para cumplir su más importante papel en el desarrollo de las funciones correctiva y supletoria del antiguo Derecho, sin duda las que acabaron teniendo prevalencia (66). Ciertamente, el cambio de las concepciones sociales debió llevar a que la modificación del orden de llamamientos a la sucesión intestada se sintiera como una de las más claras necesidades que el pretor debía de satisfacer. La familia agnaticia como grupo con caracteres

(63) Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 71 y sigs.; BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, págs. 417 y sigs.; FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. I, *op. cit.*, págs. 40 y sigs., a propósito del origen procesal de la *bonorum possessio*.

(64) Ni del relativo a los *liberi*, ni de la *contra tabulas* (BONFANTE, *Corso...*, *op. cit.*, pág. 419; GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 899). Sobre el edicto de tiempos de Cicerón, en el que se encuentran las noticias más antiguas de la *bonorum possessio*, vid. VOCI, «Diritto ereditario...», volume primo, *op. cit.*, págs. 131 y sigs.

(65) GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 899; VOCI, «Diritto ereditario...», volume primo, *op. cit.*, pág. 138. Sobre la definitiva sistematización de conjunto de la *bonorum possessio* en el edicto adrianeo, vid. *op. ult. cit.*, págs. 179 y sigs.

(66) Así, BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, págs. 417 y 418.

cuasipolíticos había ido desapareciendo para dar paso a otra en la que primaban los vínculos derivados del parentesco natural y del afecto, y el *ius gentium* no había tocado el Derecho hereditario, por lo que el contraste entre la antigua *hereditas* y las nuevas ideas tenía que resultar intolerable (67). Es entonces cuando, ante la imposibilidad de que las premisas del *ius civile* fueran superadas por la jurisprudencia, comenzó a funcionar el pretor, tratando de reflejar las exigencias sociales en un nuevo orden de llamamientos a la sucesión intestada basado en la equidad y en el principio moderno de sucesión en el patrimonio: en él tendrá cabida, aparte de la cognación, el vínculo matrimonial. El resultado fue un régimen distinto y mucho más complicado que el del *ius civile* pero adecuado a la nueva sensibilidad social y mucho más cercano también al Derecho actual.

El edicto pretorio estableció cuatro clases de personas con derecho a la *bonorum possessio sine tabulis*, de acuerdo con el siguiente llamamiento sucesivo, es decir, cada clase en defecto de la anterior (*successio ordinum*) (68):

- *Unde liben*: eran llamados en primer lugar a la *bonorum possessio* en calidad de *liben* los *sui* y, además, aquéllos que hubieran sido tales si no hubieran sufrido una *capitis deminutio minima*, por ejemplo, por emancipación. Es decir, que comprendía esta categoría a todos los hijos y descendientes del causante, con independencia de que a su muerte estuvieran bajo su potestad, ampliándose, por tanto, el círculo de los *sui heredes* civiles y haciéndose justicia a los vínculos de sangre. La herencia se distribuía entre ellos por cabezas, si eran todos de igual grado, o por estirpes, si lo eran de distinto (69).
- *Unde legitimi*: se incluían en esta segunda clase todos los llamados por la ley, es decir, los herederos intestados según las XII Tablas, y

(67) BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 121. En particular, uno de los aspectos por los que el sistema antiguo se convirtió en tremendamente impopular fue por el hecho de que la mujer viuda se quedara sin ningún derecho a suceder legalmente a su marido, pues, como vimos, la desaparición del matrimonio *cum manu* le impidió colocarse en el lugar de *unafiliafamilias* y heredar con los *sui heredes* en el primer orden sucesorio. Los demás derivaban fundamentalmente de la falta de reconocimiento de derechos sucesorios a determinadas personas unidas con el causante por un vínculo de sangre.

(68) Cfr. Digesto, Libro 38, Títulos VI y sigs., específicamente para el llamamiento *únele vir et uxor*. Título XI (D'ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA GARRIDO, M. y BURILLO, J., Versión castellana de *El Digesto de Justiniano*. Tomo III, Libros 37-50, con la ayuda del CSIC. Aranzadi, Pamplona, 1975, págs. 104 y sigs.).

Sobre el orden del edicto, vid., especialmente, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 897 y sigs.; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 216 y sigs.; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 10 y sigs.; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 307 y 308.

(69) Sobre la clase *liberi*, vid., extensamente, SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 216 y sigs.; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 10 y sigs.

por su orden, o sea, los *sui heredes*, en su defecto, los *agnati* y, en ausencia de éstos, los gentiles. Como estos últimos pronto desaparecieron, en realidad esta clase comprendería sólo a los agnados y a los *sui* que por cualquier causa no hubieran entrado en el primer llamamiento (70). Más adelante se incluyeron también los llamados por senadoconsulto o constitución imperial, pues estas normas tenían valor de ley. La distribución de la herencia entre ellos se hacía, lógicamente, siguiendo las mismas normas del *ius civile*.

- *Unde cognati*: la *bonorum possessio* se ofrecía en este lugar a todos los parientes naturales o consanguíneos del causante, con el límite del sexto grado, o del séptimo, en el único caso de la herencia de un *sobrinus* (hijo de primo hermano) en relación con el hijo de otro *sobrinus* (71). El grado más próximo excluía al más remoto (*successio graduum*) y, dentro del mismo, la distribución se hacía por cabezas. Constituyó este llamamiento una de las innovaciones más considerables del edicto pretorio.
- *Unde vir et uxor*: si ninguna de las clases anteriores solicitaba en plazo la *bonorum possessio* a la que habían sido llamados, ésta se ofrecía en último lugar al cónyuge supérstite, viudo o viuda, unido con el causante al tiempo del fallecimiento por un matrimonio legítimo (matrimonio *iustum*) (72). Esta nueva categoría constituyó otra de las novedades más importantes del Derecho pretorio, en cuanto se reconoció el derecho a suceder del cónyuge con independencia de la *manus*, con base únicamente en la relación conyugal y ante el creciente auge del matrimonio libre (73).

(70) SCHULZ, en contra de la doctrina mayoritaria, entiende que la oferta repetida de la *bonorum possessio* a las personas que estuvieran incluidas en varias clases del edicto era totalmente injustificada y contraria al tenor del mismo («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 224). A favor, en cambio, de la admisión de varias delaciones dirigidas hacia una misma persona, por ejemplo, Voci, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, pág. 16.

(71) SCHULZ entiende que la concesión de la *bonorum possessio* hubiera debido llegar sólo hasta el cuarto grado, atribuyendo al liberalismo romano la causa de que, a través de este extenso llamamiento, se pretendiera impedir que la herencia llegara al Estado («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 223).

(72) Se excluían así las relaciones de concubinato, que no originaron nunca derechos sucesorios entre las partes. Únicamente con Justiniano la Novela 18,5 les otorgará, a la concubina y a los hijos nacidos de la unión, el derecho a reclamar un sexto de la herencia en la sucesión intestada, aunque a falta de mujer e hijos legítimos con derechos hereditarios (KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 268).

(73) Hay que advertir que, en aquellos casos, excepcionales en la época clásica, en los que la mujer estuviera ligada al causante por un matrimonio *cum manu*, sería además llamada a la *bonorum possessio sine tabulis* como *heres sua*, tanto en la clase *liberi* como en la clase *legitimi*, acumulándose de esta manera el título civil con el pretorio.

No obstante, la gran extensión de los llamamientos anteriores, hacía que la posibilidad de que la herencia llegara efectivamente a ser ofrecida al cónyuge sobreviviente fuera muy remota (74). El motivo de este lejano llamamiento estuvo claramente unido al carácter familiar de la sucesión: la inicial dependencia de la mujer de la familia del marido como consecuencia de la potestad marital que se ejerció sobre ella había justificado su llamamiento en el primer lugar del orden legal, pues su familia no era otra que la del marido. Pero, a medida que fue faltando esta incorporación a la familia del mismo por la desaparición de la *manus*, la viuda, como desde siempre el viudo, perdió el derecho a sucederle en esta posición. Ambos pertenecían a familias extrañas, no eran parientes, su unión a la del otro debió de considerarse por los romanos como algo puramente accidental, y más si tenemos en cuenta los caracteres del matrimonio libre (75). Lo que hoy entendemos que es el fundamento de la sucesión intestada, la voluntad presunta del causante basada en los lazos de afecto entre éste y el sucesor, estaba claramente subordinado en Roma al arraigo de la idea de copropiedad familiar que se arrastraba desde los tiempos más primitivos.

Además, en caso de que el causante fuera un liberto, el viudo era llamado todavía en un puesto más lejano (el sexto), pues antes estaban situadas otras dos clases: *unde familia patroni* y *undepatronus patroni*. Tras el cónyuge, se llamaba a la clase *unde cognati manumissoris* (76).

Por fin, si nadie reclamaba la herencia, los bienes que la componían se convertían en *bona vacantia* y, desde Augusto, eran atribuidos al *aerarium* y, más tarde, al *fiscus*.

Estos llamamientos constituyeron un sistema sucesorio completo paralelo al de la herencia civil, con la que tendrá que convivir (77). Las relaciones entre

Igualmente, su condición de *sui heredes* habría hecho nacer también a su favor la *bonorum possessio contra tabulas*, que el pretor otorgó a los *liberi*, de modo que, siguiendo el sistema de la sucesión necesaria formal, en caso de que el testador no instituyera o desheredara expresamente a todos ellos, cualquiera podía pedirla, dando lugar así a la nulidad parcial del testamento. Ésta era, lógicamente, preferente a la *secundum tabulas* y a la *sine tabulas*, por este orden. Sobre la *bonorum possessio contra tabulas*, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 909 y sigs.; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 463 y 464; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 258 y sigs.

(74) En este sentido, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, p. 876.

(75) En este sentido, LÉVY justifica la orientación de la actividad de los juristas de la época hacia la conservación de los derechos de cada cónyuge y no hacia la concesión de beneficios para la viudedad en función de los elevados riesgos de divorcio que surgieron tras la generalización de este tipo de matrimonio («Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 178).

(76) En relación con estos últimos llamamientos, vid. VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 27 y sigs.

(77) Ello no es ni más ni menos que una de tantas manifestaciones del dualismo entre *ius civile* y *ius honorarium* que se dará en la época clásica en todos los campos del Derecho Privado. Sobre este punto, vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 121.

hereditas y *bonorum possessio* serán un problema en aquellos casos en los que se contraponga un heredero civil a un sucesor pretorio, pero no en aquellos en los que los dos sistemas coincidan (porque igual persona es llamada por el *ius civile* y por el derecho pretorio), o en los que, como es el caso del viudo, la *bonorum possessio* sea atribuida en defecto de herederos civiles, bien porque éstos no existan o bien porque no se presenten a reclamarla (78).

Durante toda la época clásica *hereditas* y *bonorum possessio* coexistirán como dos sistemas perfectamente diferenciados y autónomos, si bien, por tener una misma finalidad, estaban condenados a la fusión (79). No obstante, la unificación no se producirá, como veremos, hasta la época postclásica, producto del paso de los siglos y de las nuevas exigencias prácticas.

En cuanto a la situación jurídica del *bonorum possessor*, su delimitación es particularmente importante en el caso del cónyuge y de aquellos otros llamados por el edicto que no eran al mismo tiempo herederos civiles, pues sólo gozarían de los derechos que les concediera el pretor, sin posible extensión de la tutela civil.

La *bonorum possessio* no otorgaba la condición de heredero, pues sólo podían serlo los que la ley establecía, aunque los autores coinciden en señalar que el favorecido por ésta se encontraba *loco heredis*, en el lugar de un heredero, y ello gracias a diversos remedios pretorios que fueron progresivamente asimilando ambas figuras jurídicas (80). Tanto es así que se habla de

(78) Para resolver las situaciones de conflicto surgirá la distinción entre *bonorum possessio cum re* y *bonorum possessio sine re*: inicialmente toda *bonorum possessio* era *sine re*, es decir, la posesión de los bienes hereditarios en que consistía era provisional y debía ceder ante la reclamación de un heredero civil. Pero, conforme fue avanzando la actividad del pretor y paralelamente a la transformación de la conciencia social, éste decidió otorgar al sucesor pretorio una protección frente al heredero civil, de modo que, ante un eventual conflicto entre ambos, venciera el primero. La *bonorum possessio* se convirtió así en *cum re*. Esta evolución entiende BIONDI que estaba concluida en la época de los Severos. El medio judicial con el que el *bonorum possessor* obtenía la prevalencia era la *exceptio doli*, que oponía a la *hereditatis petitio* ejercitada por el heredero civil. De esta manera no le negaba su título de heredero sino que le impedía que éste tuviera éxito alegando que actuaba con dolo por intentar beneficiarse de una iniquidad del *ius civile*. Si, por el contrario, el actor era el *bonorum possessor*, lo que ejercitaba era una *replicatio doli* contra el heredero civil. Vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs. No obstante, hay que tener en cuenta que no todas las *bonorum possessio* acabaron siendo *cum re*. Por ejemplo, la *unde vir et uxor* fue siempre *sine re*, lo cual no sólo es lógico sino que, además, carece de importancia, pues, como hemos visto, y al igual que en el caso de los *legitimi* y de los *cognati*, el conflicto con los herederos civiles, siendo el cónyuge llamado en defecto de éstos, no se podía plantear (KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 308).

(79) Vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 140 y 141.

(80) Se hace referencia principalmente a los interdictos *quorum bonorum*, como medio para obtener la posesión efectiva de los bienes de la herencia, y *quorum legatorum*.

la *bonorum possessio* como de la herencia del Derecho pretorio y las fuentes las colocan al mismo nivel (81).

Todo ello ha llevado a que el sistema sucesorio resultante en la época clásica se califique de abigarrado (82), pues, inspirado en la necesidad de reconocer las relaciones derivadas del parentesco de sangre y del vínculo matrimonial, no pudo sin embargo desterrar los antiguos principios de comunidad doméstica y agnación, entre otras cosas porque el pretor no estaba capacitado para hacerlo. Por ello, necesariamente hubieron de buscarse soluciones que permitieran la coexistencia de los dos sistemas, el antiguo y el nuevo, y que los asimilaran, para que este último tuviera la efectividad necesaria. Este conjunto de circunstancias llevaron, ciertamente, a que la ordenación configurada careciera de una claridad orgánica que no se alcanzará, por lo menos, hasta el orden sucesorio establecido de nueva planta por Justiniano. No obstante, también es justo resaltar que el pretor consiguió crear un sistema completo a través de un orden que comprendía tanto a los herederos civiles como a los nuevos sucesores pretorios (83).

En cualquier caso, la importancia del instituto de la *bonorum possessio* debe ser siempre subrayada, principalmente porque dio efectividad a una serie de nuevas concepciones, entre ellas, el reconocimiento del vínculo matrimonial en cuanto origen de derechos sucesorios para los implicados, que

con igual finalidad pero para el supuesto de que de tales bienes se hubiera apoderado un legatario. Ambos vendrían a suplir la falta de la *petitio hereditatis* y de las acciones particulares del difunto para la reclamación de las cosas hereditarias, exclusivas del heredero civil. Además, se otorgaron al *bonorum possessor* las llamadas acciones ficticias de la cualidad de heredero, para el ejercicio de las acciones derivadas de las relaciones de crédito y deuda existentes en la herencia, y, más adelante, la *hereditatis petitio possessoria*, con semejantes características que la acción de petición de herencia, aunque esta última es dudoso que se conociera en la época clásica. Sobre todo ello, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 962 y sigs.; BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 123, 127 y sigs.

Además, el régimen en general de ambas instituciones fue muy similar. Las únicas diferencias notables estaban, según BONFANTE, en la desaparición de la duración ilimitada de la delación (que se sometió a un plazo) y en la posibilidad de actuar por medio de representante («Corso...», *op. cit.*, págs. 422 y 423). Aparte, claro está, de en los referidos medios para hacer efectivos los derechos y de que el sucesor pretorio no adquiriría nunca en principio el dominio *ex iure Quiritium* de los bienes hasta que no los usucapía (*usucapió pro herede*), pues, a pesar de ser un sucesor universal, la *bonorum possessio* sólo le otorgaba, como su propio nombre indica, la posesión de los mismos. Es por ello por lo que BIONDI califica esta sucesión de «*successio in sensu impropio*» («Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 127).

(81) BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, pág. 416.

(82) JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 440 y 441.

(83) VOGLI, «Diritto ereditario...», volume primo, *op. cit.*, pág. 178, y volume secondo, *op. cit.*, pág. 3.

serán las que conserve más adelante el emperador Justiniano, para, a través de él, desembocar en el Derecho moderno. De hecho, el llamamiento *unde vir et uxor* romano, a falta de parientes de séptimo grado, será, como veremos, el que se recoja en los textos legales del Derecho histórico español vigente hasta las Partidas.

2.3. Garantía de la subsistencia del cónyuge supérstite

2.3.1. Permanencia de las antiguas costumbres: legados en favor de la viuda

A pesar del régimen sucesorio expuesto, hay que tener presente que durante la época clásica siguió vigente la antigua costumbre matrimonial de instituir heredero y, sobre todo, de hacer legados a favor del otro cónyuge, principalmente de la viuda. Ello tiene una gran importancia, pues de esta manera se suplirían las deficiencias del régimen legal de sucesión intestada en orden a garantizar la subsistencia del supérstite (84).

Ello está en íntima relación con la ideología liberal del Derecho romano sucesorio, que se manifestó en la prácticamente ilimitada libertad de testar del causante (85) y en el *favor testamenti*. La idea que tuvieron los juristas romanos fue la de sustituir en lo posible la sucesión intestada por la testamentaria, que, a diferencia de la primera, podía siempre individualizarse y tener en cuenta las circunstancias del caso concreto (86). Ello tuvo su reflejo en la sucesión entre cónyuges, favorecida, además, por la existencia de un espíritu de comunidad conyugal que, a pesar de la característica separación de bienes del matrimonio romano clásico, se mantenía vivo (87).

(84) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 114.

(85) Hasta finales de la República no surgió, como vimos, la obligación del testador de dejar a determinados próximos parientes (descendientes, ascendientes y hermanos, estos dos últimos sólo con una perspectiva de vencer en el ejercicio de la *querella inofficiosi testamenti*) una cantidad material de bienes de la herencia, la *ponió debita*, que, en el Derecho clásico, consistía en la cuarta parte de la porción intestada. En cualquier caso, la libertad de testar en esta época fue muy amplia y lo continuó siendo a lo largo de toda la evolución del Derecho romano. Sobre el nacimiento de la *pars debita*, su régimen y efectos en la época clásica, vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 913 y sigs.

(86) Sobre el liberalismo del Derecho romano sucesorio, vid. SCHULZ. «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 194 y sigs.

(87) En este sentido, JÖRS-KUNKEL subrayan el error que supone inducir de la relativa libertad del matrimonio clásico la falta de este espíritu, pues, incluso en los tiempos de mayor decadencia de la moral romana, se mantuvo el rigor de las antiguas costumbres («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 386). Prueba de ello es también que los cónyuges solieran comportarse con respecto a sus propiedades particulares como si fueran comu-

Pues bien, los medios utilizados para garantizar testamentariamente la subsistencia del cónyuge viudo, particularmente, de la viuda, fueron la institución de heredero (88), y, principalmente, los legados (89): su régimen, pensado para la mujer *in manu*, se aplicará extensamente al matrimonio libre, y, además, dentro de una línea de progresivo reconocimiento de derechos a la viuda. Así, lo más frecuente fue legar a la mujer las cosas de uso personal que el marido le había entregado durante el matrimonio, por medio de los llamados legados de *parata*, con un claro origen en los anteriores legados de *peculio* (90). Su vigencia llevó a que se siguiera hablando de la existencia de un *ius uxorium* a favor de la mujer, derivado de su peculiar posición en la familia (91). También debieron ser de uso frecuente los antiguos legados de *penus*, *mundus*, *ornamenta* y *vestimenta* (92).

Pero el tipo de legado que fue realmente característico de esta etapa clásica y que tenía además específicamente la finalidad de atender a la subsistencia de la viuda fue el legado de usufructo. Tanto es así, que el origen mismo del usufructo parece haber estado precisamente aquí (93). El marido legaba a la mujer el uso y disfrute de todos o parte de los bienes familiares, asegurando de este modo que, tras su muerte, ésta continuara en la posición familiar y doméstica que había ostentado durante el matrimonio, y ello sin

nes y que la mujer encomendara con frecuencia al marido la administración de sus bienes propios. Es decir, a pesar de que el régimen de bienes era de separación, la costumbre llevaba a comportarse como si fuera, en cierta manera, de comunidad (SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 114 y 115).

(88) SCHULZ describe esta costumbre de la mutua institución de heredero de ambos cónyuges, en testamentos separados y, por lo menos, *pro parte* («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 114). Señala también la frecuencia de esta práctica, GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 122 y 132; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 96 y 105, nota 54.

(89) Sobre el tema, vid., por todos, GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 121 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 95 y sigs.

(90) GARCÍA GARRIDO señala, no obstante, su distinto fundamento, pues, en el régimen de separación de bienes, estaban prohibidas las donaciones *inter vivos* entre cónyuges, que sólo alcanzaban validez si se las hacía objeto de un legado. De esta manera, todo lo que fuera más allá de los bienes de estricto uso personal, no podía ser donado sino sólo legado mediante disposición *mortis causa* («*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 122 y 123; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 97).

(91) No obstante, esta cuestión debió cambiar a partir de los tiempos de Labeón: no se trataba ya de aplicar un *ius uxorium* sino simplemente de interpretar la voluntad del testador. Vid. GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 125 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 99 y sigs.

(92) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 130; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 103 y 104.

(93) En este sentido, GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, pág. 130, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 104; FADDA, *Concetti fondamentali...*, vol. II, *op. cit.*, págs. 186 y sigs.; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 255.

perjudicar las expectativas sucesorias de los hijos (94). Para conseguir el mismo fin también era posible la institución de la mujer como heredera pero gravada con un fideicomiso en beneficio de aquellas personas a favor de las que el causante quería que volvieran los bienes una vez que hubieran sido disfrutados por ella. Tal concepción se generalizaría con el tiempo, y, en definitiva, éste será el espíritu que inspirará a Justiniano en la regulación de la *quarta uxoria*.

Todo ello nos demuestra cómo durante mucho tiempo se consideró suficiente para asegurar a la viuda una vida digna lo que voluntariamente su marido, guiado por una costumbre arraigada en la conciencia social desde tiempo inmemorial, le dejara en testamento. El Derecho romano también conoció en determinadas épocas limitaciones a la capacidad de disponer *mortis causa* entre cónyuges, pero éstas, o bien, como la *lex Iulia*, se enmarcaron en el cuadro de la política demográfica de Augusto, o bien, como la *lex Voconia*, tuvieron por finalidad preservar las costumbres y no impedir que la subsistencia del cónyuge supérstite quedara efectivamente asegurada (95).

En cualquier caso, todo se hacía depender de la voluntad individual, cuando de lo que se trata precisamente es de que la ley establezca unos derechos que se puedan hacer efectivos en aquellas situaciones en que, por diversos motivos, no haya existido previsión por parte del cónyuge premuerto o ésta sea ineficaz. El sistema presentaba la ventaja de permitir su adaptación a la

(94) Sobre el legado de usufructo y sus diferentes modalidades, vid. GARCÍA GARRIDO. «*Ius uxorium...*», *op. cit.*, págs. 130 y sigs.; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 104 y sigs.

(95) Las más importantes y típicas incapacidades sucesorias fueron las establecidas por las famosas leyes caducarias de Augusto (*lex Iulia et Papia Poppaea*), que impedían que cualquiera de los cónyuges, en caso de no tener hijos, recibiera más de una décima parte del patrimonio hereditario del otro (de ahí la denominación de *lex decimaria* de la parte de estas leyes que se referían a las incapacidades entre cónyuges). Además de esta décima parte, podían recibir el usufructo de un tercio, y, en caso de tener hijos, un décimo de más por cada hijo y la propiedad también de un tercio, si los hijos eran comunes y habían premuerto. La mujer además podía solicitar la dote legada. Estuvieron en vigor prácticamente hasta tiempos de Justiniano, aunque su declive había comenzado antes. Vid., por todos, BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 142 y sigs.

La tendencia marcada por la *lex Iulia* contraria a la sucesión entre cónyuges se complementaba con la prohibición de donaciones *inter vivos*, ya que los límites establecidos se hubieran podido burlar en la práctica si hubieran sido válidas estas donaciones. Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 663 y sigs.

La finalidad de la *lex Voconia* fue evitar el excesivo enriquecimiento de las mujeres de las capas altas de la sociedad, lo cual no afectó a la configuración general del régimen de sucesión entre cónyuges. Otras incapacidades fueron, si bien, al igual que la anterior, establecidas con carácter especial y con fundamentos morales, la de la viuda que violaba el año de luto o la del caso de matrimonio incestuoso. Vid. SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 204 y sigs.

situación concreta del momento hasta la misma muerte del causante pero supeditaba su resultado a la discrecionalidad del mismo (96).

2.3.2. La restitución de la dote y el nacimiento de la *donatio ante nuptias*

Incluimos aquí lo que GIRARD llama «*dispositions en faveur du mariage*», las cuales, ocupando una situación intermedia entre las donaciones ordinarias y los actos a título oneroso (97), cumplieron en el Derecho clásico, sobre todo la dote, una función primordial al servicio de la garantía patrimonial de la mujer tras la disolución del matrimonio.

Ya vimos cómo en la época arcaica la *dos* pasaba a ser propiedad exclusiva del marido, consecuencia lógica del régimen de la *manus*, y cómo poco a poco se fue abriendo paso la idea de que ésta pertenecía a la mujer y de que, por tanto, una vez que había dejado de cumplir su finalidad tras la disolución del matrimonio, debía serle devuelta. Ello tuvo su reflejo en el nacimiento del *legatum dotis*. Pues bien, esta concepción de la dote será la que se consolide en la época clásica, de modo que, consagrado ya el matrimonio libre y siendo la constitución de la misma una especie de deber moral o social para la familia de la mujer, la *dos* se configurará definitivamente como *res uxoria*, se limitarán los poderes del marido sobre la misma (98), y se irá estableciendo progresivamente la obligación jurídica de restituirla a la mujer (99). De este modo, el *legatum dotis* se convertirá

(96) En este sentido, LÉVY, «Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 179.

(97) Vid. «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1006 y 1007.

(98) Al marido se le consideró propietario pleno durante el matrimonio de los bienes dótiles, por la inercia del régimen anterior y porque la idea de una propiedad fiduciaria era extraña al Derecho clásico, pero, sin embargo, quedó sujeto a restricciones en su actuación, precisamente para no hacer ilusoria la posible restitución de los mismos. La más importante limitación de sus poderes fue la que estableció la *lex Iulia de fundo dotali* de Augusto, por la que no podía enajenar un inmueble dotal sin el consentimiento de la mujer. Vid. SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 118 y 119.

(99) Primero se manifestó una obligación contractual de restituirla cuando, en el momento de la constitución, el marido se había obligado a ello mediante la *cautio rei uxoriae*. Más adelante, y para los casos en que las partes no lo hubieran pactado, el pretor creó una segunda vía para reclamar la restitución, la *actio rei uxoriae*, primero para supuestos de divorcio y luego también de muerte del marido, que coexistió al lado de la anterior *actio ex stipulatu*. Además, la restitución efectiva estaba garantizada por un régimen de responsabilidades del marido para casos de pérdida o deterioro. Vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1011 y sigs.; JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 406 y sigs.; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 120 y sigs.; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 272 y 273.

en un *legatum debiti* con el que el testador cumplirá voluntariamente su obligación de restitución (100), y la dote en una especie de capital de reserva para la viuda destinado, aparte de a contribuir durante el matrimonio a las cargas que éste ocasionara, a garantizarle unos medios de vida tras su disolución (101), tanto por divorcio (102), como por muerte del marido, en cuyo caso los bienes que la componían se separaban de los hereditarios para ser entregados a la consorte supérstite.

Para terminar, hay que hacer referencia al nacimiento de la *donatio ante nuptias*, que vino motivado por la creencia de que este modo de asegurar la subsistencia de la mujer viuda podía en ocasiones ser insuficiente (103). Consistía ésta en una donación que el futuro marido prometía a la mujer, quien la adquiría definitivamente tras la muerte del mismo, siendo, por tanto, su finalidad la de garantizarle una parte de los bienes de su consorte en caso de viudez. Se habla, por ello, de su conexión con la dote y de su equivalencia con un pacto sucesorio (104). No obstante, su regulación vino dada por constituciones imperiales de la época postclásica y, por ello, no es prácticamente considerada en relación con este período.

Con todo ello, vemos cómo los derechos sucesorios que el cónyuge superviviente podía legalmente exigir en el Derecho clásico se reducían al ilusorio llamamiento a la *bonorum possessio intestati* en defecto de parientes de sexto o séptimo grado y a la restitución, únicamente la mujer, de los bienes dótales, lo cual sería más o menos efectivo dependiendo de la generosidad con que se hubiesen constituido. Si a ello unimos que la misma mujer normalmente perdía los derechos sucesorios en la familia de su padre, no ya por

No obstante, hay que tener también en cuenta que, en ausencia de contrato que garantizara la restitución, la mujer viuda estaba obligada a elegir, en virtud del edicto de *alterutro*, entre la restitución de la dote y lo que el marido voluntariamente le hubiera dejado en su testamento. Los juristas pretendieron adaptar así las nuevas normas al régimen antiguo, dejando abierta la posibilidad de recurrir a este último. En relación con este edicto, BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, pág. 466; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, págs. 137 y sigs., «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 110 y 111.

(100) Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 464 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, págs. 134 y sigs., «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 107 y sigs.

(101) KASER sitúa el nacimiento de esta nueva finalidad de la dote a comienzos de la República («Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 270).

(102) GIRARD pone de relieve cómo, ante el incremento del número de divorcios en la época clásica, la restitución de la dote a las mujeres les habría servido también para facilitarles un segundo matrimonio («Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1011).

(103) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 115.

(104) Vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1023 y 1024.

efecto de unirse al marido sino por el hecho de haber sido dotada, y que el marido, en determinadas ocasiones, podía hacer retenciones de la dote y no restituirla entera, concluiremos con que es fácil que los medios que a la viuda le quedaran para subsistir fueran bastante escasos (105). Sólo la autonomía de la voluntad, a través principalmente del consuetudinario régimen de legados y también en la última época por medio de la *donatio ante nuptias*, podía hacer cambiar esta situación. Caso contrario, se alegaba que la mujer o el padre de ésta podían haber estipulado una mejor garantía antes de la celebración del matrimonio (106). En cualquier caso, este *laissez-faire* constituye más que la constatación del liberalismo e individualismo romanos, presente en todos los ámbitos de su Derecho Privado.

3. ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA

3.1. La situación hasta las Novelas de Justiniano

La regulación de la sucesión intestada en la época del Bajo Imperio continuará por la vía marcada por el pretor de progresivo reconocimiento de la cognación en el orden de suceder, favorecida además por la pujanza de las ideas cristianas de los nuevos emperadores (107). A partir de la petrificación del Derecho honorario en el edicto de Salvio Juliano, a finales de la época clásica, los senadoconsultos y constituciones imperiales integrarán el llamado *ius novum* siguiendo las líneas directrices del derecho pretorio pero complicando aún más, si cabe, el sistema sucesorio intestado (108). Continuarán de este modo vigentes los llamamientos clásicos a la *bonorum possessio*, pero afectados por las nuevas reformas del sistema civil que, hasta Justiniano, tendrán más bien un carácter fragmentario e incompleto, por lo que no se producirán, en conjunto, innovaciones de entidad. Únicamente merecen reseñarse de esta época dos senadoconsultos célebres, el *Tertullianum* y el *Orfitianum*, que reconocieron recíprocamente derechos sucesorios a madre e hijo (109).

(105) Así, ARANGIO RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 541.

(106) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 119.

(107) Sobre la influencia del cristianismo en la esfera jurídica, especialmente en la condición de la mujer, vid., por ejemplo, HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE, *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho Civil* (discursos leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1907, págs. 10 y sigs.).

(108) Así, JÖRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 441 y 447.

(109) La completa desaparición del régimen del matrimonio *cum manu*, en función del cual la madre se consideraba hermana agnada de sus hijos y, por tanto, les heredaba en el segundo orden tanto civil (como *agnatus*) como pretorio (en la clase *legitimi*), había

Con relación a la posición sucesoria del cónyuge supérstite, no hubo modificaciones. Debió existir algún intento de reforma pero éste fue rechazado por sus mismos autores (110).

Este estado de cosas será el que se refleje con carácter general en la obra compilatoria de Justiniano, Instituciones, Digesto y Código, pues, si bien existieron también reformas concretas del emperador anteriores a las Novelas, éstas continuaron en la línea de los criterios clásicos y sin desterrar definitivamente los antiguos principios civiles (111).

Por todo ello, es posible afirmar que el carácter ecléctico del Derecho clásico (entre la *agnatio* y la *cognatio*) se mantuvo durante el período postclásico, pues, a pesar de las reformas particulares que se fueron introduciendo en el sistema, éste era siempre el antiguo, el de las XII Tablas, que será la norma base que rija la sucesión intestada hasta la Novela 118 de Justiniano, corregido y completado, claro está, por los llamamientos a la *bonorum possessio* (112). El resultado no podía ser otro que el de un sistema completamente confuso y falto de sistemática que requería algo más que una simple revisión.

No obstante, la importancia de este período se puede centrar en relación con los derechos del cónyuge, si no en el régimen legal, que, como hemos

originado que ésta solamente pudiera heredar a sus hijos en el tercer grupo del edicto, el de los cognados. Esto había creado un sentimiento de injusticia que llevó a la publicación de ambos senadoconsultos, el Tertuliano, para la sucesión de la madre a los hijos, y el Orficiano, para la de los hijos a la madre. Su importancia estuvo en que, por tener estas disposiciones el carácter de fuentes del Derecho, por primera vez se admitió en la sucesión intestada civil, en la *hereditas legitima*, a personas que no pertenecían a la familia agnaticia. Sobre ambas normas y el resto de parciales reformas llevadas a cabo en esta etapa, por ejemplo, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 900 y sigs.; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(110) Según VOCI, tal debió ser una Constitución de Teodosio II y Valentiano III del año 428, que excluía de la sucesión intestada al cónyuge siempre que existieran parientes. Sólo hubiera tenido, pues, según esta norma, preferencia frente al Fisco («Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 43 y 52).

(111) Sobre tales modificaciones, en relación con la legitimación de hijos naturales, con los hijos adoptivos, y, en general, dirigidas a un mayor reconocimiento del parentesco consanguíneo, vid. VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 36 y sigs.

(112) La relación de la *hereditas legitima* con la *bonorum possessio* en esta época avanzará en el sentido de un progresivo acercamiento, de modo que el dualismo clásico irá desapareciendo hasta llegar a una fusión de ambos sistemas por obra de las Novelas 118 y 127. En la época clásica, a pesar de que desde un punto de vista práctico la herencia pretoria sustituyó a la civil, ambas vimos que permanecieron conceptualmente diferenciadas y con regímenes más o menos distintos. Pues bien, en la época postclásica, la confusión reinante y la superación práctica del dualismo llevó a que poco a poco dejara de hablarse de *bonorum possessio* y a que se asimilara totalmente al beneficiado con ésta con un verdadero heredero, de modo que su concesión llegará a reducirse a una mera formalidad. La tradicional pluralidad de ordenamientos es un anacronismo a comienzos del siglo IV. Vid. BIONDI, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, págs. 133 y 134, y, sobre todo, 140 y sigs.

visto, siguió igual, sí en una serie de aspectos parciales que, de alguna manera, irán preparando el camino hacia la legislación justiniana, tendente en todo caso a su protección y favorecimiento.

Así, en relación con el régimen dotal (113), desde Teodosio II se estableció la obligación jurídica de dotar, lo cual tiene su importancia, pues, si bien hasta Justiniano no se generalizará la obligación de restitución, sí que supondrá desde un punto de vista práctico un incremento de las posibilidades de la viuda de recibir bienes a la muerte del marido.

Justiniano será el que realice una profunda modificación del sistema dotal, entre otras cosas porque éste había perdido ya sus bases racionales (114). Así, en una constitución del año 530, y tomando por fundamento la concepción de que la dote era *res uxoria*, generalizó y reforzó la obligación de restituir y, consecuentemente, restringió aún más los poderes del marido sobre los bienes dótiles y estableció mayores garantías a favor de la mujer (115). Con ello, su posición salió considerablemente fortalecida, pues a partir de ahora siempre tendrá garantizada la devolución íntegra de unos bienes sobre los que el marido además no ostentará en la práctica durante el matrimonio más que un derecho de usufructo, según unos (116), o una fiducia, según otros (117).

(113) Específicamente sobre la regulación de la dote en el Derecho del Bajo Imperio, vid. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 162 y sigs.; «El régimen jurídico del patrimonio uxorio en el Derecho vulgar romano-visigótico», en *AHDE*, 1959, págs. 413 y sigs.

(114) Por un lado, la posibilidad de que el hijo heredara directamente a la madre dejaba sin sentido que el marido viudo retuviera la dote para que luego la recibieran los hijos, y, por otro, la finalidad de los bienes dótiles de ser un fondo que ayudara a la mujer a contraer segundas nupcias dejó de tener razón de ser cuando los principios cristianos las miraron con disfavor (GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 1021).

(115) Las dos acciones de restitución se unieron en una sola, que conservó unas veces el nombre de la *actio ex stipulatu* y otras se llamaba directamente *actio dotis*, y se creó una obligación de restituir del marido en todo caso y cualquiera que fuera la causa de disolución del matrimonio. Desaparecieron así los casos en los que, según el Derecho clásico, éste podía conservar los bienes dótiles (supuestos de muerte de la mujer, a no ser que viviera el padre dotante de ésta), al igual que la posibilidad de efectuar retenciones y el edicto de *altenitro*. La prohibición de enajenar de la *lex Iulia* fue ampliada y se concedió a la mujer una hipoteca general y privilegiada sobre los bienes del marido en garantía de su derecho de restitución. Sobre estas cuestiones, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 1021 y sigs.; JÓRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 408 y 409; SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 119 y 120, 122 y 123; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 455, 457 y 458; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 273 y 274; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 396 y sigs.

(116) Así, JÓRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 409; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 455 y 457; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 270, y D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 397.

(117) SCHULZ, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 119.

Vemos, pues, cómo la evolución del régimen de la *dos* se produjo en el mismo sentido de limitar las facultades del marido y aumentar las de la mujer, con lo que, sin duda, y a pesar de no suponer un derecho hereditario, acabaría cumpliendo una importante función al servicio de su mantenimiento tras la disolución del matrimonio, puesta aún más de relieve en la época postclásica (118).

Por otro lado, la práctica de la *donatio ante nuptias*, llamada desde Justiniano *propter nuptias* con la finalidad de hacerla posible también durante el matrimonio mismo (119), adquirió pleno significado y desarrollo a partir de su regulación por la legislación del Bajo Imperio, gracias sobre todo a la influencia del cristianismo. La donación nupcial acabará configurándose como una especie de contradote, pues consistía en una aportación que el marido prometía a la mujer con la misma finalidad de constituir un patrimonio familiar y como contrapartida de la dote aportada por ésta. La legislación justinianeana acentuará su asimilación, determinando igualmente la obligación de efectuarla, asegurando también su restitución tras la disolución del matrimonio y estableciendo una obligatoriedad de equivalencia entre ambas, pues se entendió que los dos cónyuges debían de contribuir por igual a las cargas del matrimonio (120). No obstante ésta que fue su finalidad inicial, también al igual que la dote, la *donatio propter nuptias* acabará sirviendo al mantenimiento de la mujer viuda tras la disolución del matrimonio, configurándose así ya como una «ganancia de supervivencia legal» y no convencional como era la antigua *ante nuptias* (121).

La importancia de estas donaciones del marido ha de ponerse también de relieve por cuanto vinieron a sustituir, cumpliendo la misma función, el anterior régimen de legados que se realizaban en favor de la mujer (122).

Por último, un senadoconsulto propuesto por Septimio Severo y Caracalla en el año 206, en la línea de la jurisprudencia y de la legislación que tendían

(118) Entiende que ésta fue la única finalidad de la dote según la concepción de Justiniano, D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 397.

(119) Vid. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 150 y sigs.; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 397 y sigs.

(120) Esta igualdad de aportaciones demuestra el despego del Derecho romano de la última época con respecto al régimen de separación de bienes del período clásico y su tendencia hacia los regímenes comunitarios. En este sentido, ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 461; GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, pág. 139, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 111; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 398.

(121) LÉVY, «Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 180.

(122) GARCÍA GARRIDO, «*Ius uxorium*...», *op. cit.*, pág. 139; «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 111 y 167; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 417.

a restringir la aplicación de la prohibición de donaciones *inter vivos* entre cónyuges, decretó su convalidación si el donante moría sin haber modificado su voluntad. De este modo, la donación se colocaba al mismo nivel que una disposición testamentaria, quedando sólo supeditada a que respetara los límites de la sucesión entre cónyuges según las leyes de Augusto (123). No obstante, la desaparición de tales incapacidades a partir de una constitución de Arcadio y Honorio del año 396 (124), hizo que la prohibición de donaciones perdiera buena parte de su fundamento y se mantuviera sólo por respeto a la tradición (125).

En cualquier caso, vemos cómo durante este período aparecieron un conjunto de disposiciones cuyo denominador común parece estar en un deseo de favorecer y mejorar desde el punto de vista patrimonial la situación del cónyuge, que hallarán además su correlativo en una mayor frecuencia y amplitud de las disposiciones voluntarias realizadas en favor del otro consorte, influenciada sin duda por la concepción cristiana del matrimonio (126). Esta tendencia encontrará su punto culminante en la obra legislativa de Justiniano, marcada hasta tal punto por el deseo de proteger a la mujer casada, que se le ha llegado a llamar por esta razón *legislator uxorius*.

3.2. *La Novela 118 y el nuevo orden sucesorio establecido a favor de los parientes: subsistencia de la bonorum possessio unde vir et uxor*

La actuación del emperador Justiniano en materia de sucesión intestada no se limitó a efectuar una mera reforma sino que intervino en ella organizándola desde la base, pues derogó el antiguo régimen legal de las XII Tablas, todavía vigente, y lo reemplazó por un sistema orgánico y totalmente nuevo que adoptó, además, como único criterio para establecer los llamamientos, el parentesco de sangre entre sucesor y sucedido. De ahí la importancia de la Novela 118, del año 543, incrementada, de un lado, por el hecho de que la situación inmediatamente anterior a la que puso fin era, como consecuencia del gran número de normas que se entremezclaban para regu-

(123) Sobre la *confirmatio donationis*, vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 679 y sigs.

(124) En lo sucesivo encontraremos sólo subsistentes incapacidades de carácter especial, como la de la viuda que violaba el año de luto, que fue confirmada por la Novela 22 de Justiniano, y, en general, aquéllas relacionadas con la legislación cristiana sobre segundas nupcias. Vid. GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 167; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 417.

(125) Vid. BIONDI, «Sucesión testamentaria...», *op. cit.*, págs. 667 y 684.

(126) En este sentido, HINOJOSA, «Sobre la condición...», *op. cit.*, pág. 12.

larla, de un gran confusionismo y complicación (127), y de otro, porque los principios en que se fundó serán los mismos que pasen, en lo esencial, a las legislaciones modernas (128).

La Novela 118 estableció cuatro órdenes o clases de herederos intestados que eran llamados según la *successio ordinum et graduum* (129):

- En primer lugar heredaban todos los descendientes del causante, con independencia de que al tiempo de su muerte se encontraran o no bajo su potestad. La distribución de la herencia se hacía por cabezas, si todos eran del mismo grado, o por estirpes, en caso contrario.
- En defecto de los anteriores, eran llamados los ascendientes junto con los hermanos y hermanas germanos y los hijos de éstos, en caso de que sus padres hubieran premuerto. Si sólo había ascendientes de igual grado, la división de la herencia se efectuaba por líneas, paterna y materna, y, después, por partes iguales en cada línea. Siendo de distinto grado, el más próximo excluía al más remoto. Si sólo había hermanos y/o hermanas el reparto se hacía por cabezas, y si concurrían con ascendientes la división se hacía igualmente por partes iguales entre todos ellos. Por último, los hijos de hermanos o hermanas premuertos heredaban por estirpes la parte que hubiera correspondido a su padre en concurso con otros hermanos o hermanas del causante, y, desde la Novela 127, del año 548, en concurso también con ascendientes.
- La tercera clase comprendía a los hermanos y hermanas de vínculo sencillo, consanguíneos o uterinos, y a sus descendientes de primer grado. La distribución se hacía entre ellos por estirpes.
- En último lugar, eran llamados a suceder el resto de parientes colaterales, siguiendo el principio de proximidad de grado. Es discutido si,

(127) No obstante, el sistema justiniano de sucesión intestada tampoco ha estado exento de críticas en este sentido. Así, JORS-KUNKEL, comparándolo con el sistema alemán de parentelas, entienden que el sistema de las Novelas tampoco era completamente orgánico, lo cual no deja de ser una característica general de la complicada estructura del Derecho hereditario romano («Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 441).

(128) Así lo ponen de relieve, entre otros, ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 878.

(129) Cfr. SCHOELL, R.-KROLL, G., *Corpus iuris Civilis*, Editio stereotypa quarta, vol. tertium, Novellae, Berolini, 1912, págs. 567 y sigs.

Para el orden sucesorio establecido por ésta, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 902 y 903; JORS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 447 y 448; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, págs. 543 y 544; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 54 y sigs.; KASER, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 309 y 310; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 324 y 325; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 877 y sigs.; IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, págs. 585 y sigs.

puesto que la Novela no estableció nada, no existía límite en el llamamiento, o si, por el contrario, debía entenderse subsistente el establecido por el edicto del pretor (130).

Como se ve, el orden sucesorio establecido sólo determinaba una prelación en relación con los parientes del causante, sin hacer ninguna referencia al cónyuge sobreviviente. Ello ha llevado a que la doctrina mayoritariamente considere subsistente el llamamiento del régimen anterior a la *bonorum possessio unde vir et uxor*, en defecto de todos los parientes sin limitación de grado, o con el límite mismo del edicto pretorio, según se considere (131). Teniendo en cuenta que la legislación justiniana actuó siempre en la línea de favorecer al cónyuge, parece más adecuado entender que permanecieron vigentes tanto el llamamiento a la *bonorum possessio* a su favor, como probablemente también los límites de grado de la sucesión de los colaterales, pues, en caso contrario, se estaría perjudicando al supérstite en contra del espíritu de esta misma legislación, bien no llamándole nunca a la sucesión intestada, bien haciendo su derecho todavía más ilusorio de lo que lo era con anterioridad.

La subsistencia de la *bonorum possessio unde vir et uxor* será, por otra parte, el único residuo que quede del antiguo y anacrónico dualismo clásico entre los dos sistemas sucesorios tradicionales, el de la *hereditas* civil junto con el de la *bonorum possessio*, a la que Justiniano no hizo directamente ninguna referencia. Por tanto, ésta habría desaparecido del panorama sucesorio pero no completamente, sino sólo en relación con los órdenes expresamente contemplados por las Novelas (132).

(130) Novela 118,3: «...Si vero ñeque fratres ñeque filios fratrum, sicuti diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus secundum uniuscuiusque gradus praerogativam, ut viciniore gradu ipsi reliquis praeponantur...». Cfr. SCHOELL, «Corpus...», *op. cit.*, págs. 570 y 571.

Entienden que el tope del sexto grado, o del séptimo, en determinados casos, fue suprimido por las Novelas, JÓRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 447; VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, pág. 55, e IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 586. Por el contrario, se manifiesta a favor de la subsistencia de los límites de la *bonorum possessio unde cognati*, D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 325.

(131) La doctrina romanista se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la permanencia del llamamiento del cónyuge viudo a la *bonorum possessio*. Así, GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, pág. 903; BONFANTE, «Corso...», *op. cit.*, pág. 416; JÓRS-KUNKEL, «Derecho Privado...», *op. cit.*, págs. 441 y 447; FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 48; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», *op. cit.*, pág. 544; implícitamente, VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, pág. 56; D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 325; ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 879; IGLESIAS, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 586. Señala sólo la probabilidad de que subsistiera SCIALOJA, «Diritto ereditario...», *op. cit.*, pág. 82.

(132) Por ello, BONFANTE la califica como el instituto más resistente del Derecho pretorio, pues ni siquiera con las Novelas se puede decir que dejara de existir («Corso»..., *op. cit.*, pág. 416).

3.3. Las Novelas 53 y 117: nacimiento de la cuarta uxoria

La situación con que se encontró Justiniano en orden a los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente, en particular, de la parte más necesitada de protección, la mujer, no era, ni mucho menos, alentadora. Su subsistencia quedaba prácticamente supeditada a la existencia de disposiciones que dependían de la autonomía de la voluntad, pues, legalmente, sólo era llamada a la sucesión de su consorte en un muy lejano lugar que difícilmente se haría efectivo alguna vez. De ahí que toda la legislación del emperador en esta materia se orientara a favorecer y garantizar la posición de la viuda tras la disolución del matrimonio. Una aportación importante supuso toda la modificación del régimen dotal, ya examinada, pero quizás la más emblemática institución justiniana establecida a favor de la mujer sea la *cuarta uxoria* (133).

En las Novelas 53, del año 537, y, sobre todo, en la 117, del 542, Justiniano reguló un derecho que pretendía garantizar la subsistencia de la viuda con escasos recursos económicos. En virtud de la primera, se estableció el derecho recíproco de los cónyuges de recibir una cuarta parte del patrimonio del premuerto, cuando éste fuera rico y el supérstite pobre, con independencia de la existencia de hijos y de su número, y no pudiendo sobrepasar esta cuota la cantidad de cien libras de oro, a semejanza de lo ya determinado en la Novela 22 para el caso del marido que repudiara o abandonara sin justa causa a su mujer (134). La Novela 117,5 modificó las anteriores en el sentido de entender que sólo la mujer en tales circunstancias podría ser beneficiaria del derecho, nunca el marido. Además, la cuarta sólo podría pedirse en el supuesto de que los hijos fueran tres o menos de tres, pues, en caso contrario, la cuantía a recibir se reducía a una porción viril, que, por otra parte, sería sólo en usufructo si los hijos concurrentes fueran comunes (135).

(133) Vid., especialmente, FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, págs. 109 V sigs.

(134) Novela 53,6: «...et sicut scripsimus legem volentem, si sine dote existentem uxorem vir dimiserit, quartam partem eius substantiae accipere eam, sic etiam hic, quoniam contingit forte paucos aut plures esse filios, quartam partem substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint...». Cfr. SCHOELL, «Corpus...», *op. cit.*, págs. 304 y 305. Para la Novela 22,18, cfr. págs. 157 y 158.

(135) Novela 117,5: «...uxorem autem ex utroque horum casuum, si quidem usque tres habuerit filios eius vir sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem quantum uni competit filiorum: ita quippe ut usum solum in talibus rebis mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur quos ex ipsis nuptiis habuit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus etiam domini iure habere eam res...». Cfr. SCHOELL, «Corpus...», *op. cit.*, págs. 554 y 555.

El primer requisito a tener en cuenta era, puesto que se trataba de un derecho derivado de la calidad de cónyuge, que ambas partes estuvieran unidas al tiempo de la muerte del causante por un matrimonio válido: es lógico exigir en este sentido que los cónyuges no estuvieran separados, aunque, ciertamente, no se podría pedir que hubiera existido una convivencia no interrumpida a lo largo de todo el período matrimonial (136).

Las Novelas exigían que la viuda fuera pobre e indotada. No obstante, una adecuada interpretación de las mismas ha entendido que también en los casos en los que fuera dotada pero en cuantía insuficiente para poder subsistir podría solicitar el beneficio patrimonial en que la cuarta consistía, con base en que ello no estaba expresamente excluido por la ley y de nuevo de acuerdo con el espíritu inspirador de la legislación justiniana (137).

Por lo que se refiere al requisito de que existiera una posición social desahogada en el marido (*locuples*) y de necesidad en la mujer, éstos eran conceptos relativos que obligarían lógicamente a realizar una valoración flexible en función de las circunstancias particulares del caso concreto (138).

Pues bien, una vez determinado en qué consistía la *quarta uxoria*, una de las cuestiones más interesantes que se plantean es sin duda la de determinar su calificación jurídica.

La viuda tenía derecho en todo caso a la atribución determinada por la ley, pero no toda viuda, sino sólo aquella que se encontrara en las especiales circunstancias examinadas al tiempo de la muerte del causante, y, por supuesto, nunca el viudo. Ello excluye que podamos hablar de la existencia de un derecho legitimario establecido en favor del cónyuge supérstite (139).

Se trataba de una atribución patrimonial fundada en una situación particular y destinada a satisfacer un fin igualmente especial, atender a la seguridad de la viuda carente de medios. Por tanto, lo que ésta tenía sería algo bastante aproximado a un derecho de crédito a satisfacer contra los herederos

(136) FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 111.

(137) Así, FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 110.

(138) FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, pág. 111.

(139) La legítima material o derecho intangible a un determinado contenido patrimonial de la herencia fue formándose progresivamente, como ya vimos, a favor de determinadas categorías genéricas de personas, que, en el Derecho justiniano, eran los descendientes, ascendientes y hermanos del causante, estos últimos si habían sido puestos a persona torpe, pero nunca el cónyuge. Sólo ellos podían entablar la *querella inofficiosi testamenti* en caso de que el causante les hubiera privado de la porción que legalmente les era debida, al igual que el resto de mecanismos protectores de la misma. Sobre el régimen de ésta, su cuantía, la *querella*, la *actio ad supplendam legitimam* y demás medios configuradores de la regulación de la *portio debita* en el Derecho justiniano, sobre todo a partir de la reforma que supuso la Novela 115, vid. GIRARD, «Manuel élémentaire...», *op. cit.*, págs. 913 y sigs.

del marido, verdaderos obligados por las cargas de la herencia. Es por ello por lo que a la viuda que recibía la cuarta nunca se le podría atribuir tampoco la cualidad de heredera por este concepto, pues, en definitiva, lo que recibía no era más que una aportación de fines alimenticios que reposaba sobre la idea romana de la protección debida hacia los próximos, el *officiumpietatis*, y cuyo pago correspondía hacer efectivo a los herederos, en cuanto principales destinatarios y únicos responsables del caudal relicto. La cuarta suponía para su beneficiada una adquisición siempre a título particular, y sólo en el supuesto de que el causante la hubiera instituido heredera tendría ésta responsabilidades en la herencia, las cuales serían siempre, por tanto, ajenas a la atribución de la cuarta (140).

Tomando por base este género de consideraciones, la *quarta uxoria* ha sido calificada de «sucesión extraordinaria» (141), de «especie de ganancia de supervivencia» (142), o, simplemente, de «participación especial impuesta por la ley» (143), si bien, desde el punto de vista romano, es posible simplificar bastante la cuestión, pues este tipo de beneficios legales a título singular entraban todos en el concepto de las *monis causa capiones*, es decir, de las adquisiciones por causa de muerte que no tenían atribuido otro nombre específico (144).

En cualquier caso, la importancia de esta institución ha de ser siempre resaltada porque, aunque quizá llegara demasiado tarde al Derecho romano (145), y aunque únicamente diera plasmación legal a la idea de atender a

(140) FADDA niega el carácter de heredera de la viuda destinataria de la *quarta uxoria* alegando la contraposición que resulta de la Novela 1 17 entre los derechos de los hijos herederos y los de la viuda, la declaración expresa de Justiniano en la Novela 53 de querer atribuir a la viuda pobre un favor patrimonial de igual modo que a la mujer repudiada en la Novela 22 y, en general, el modo de expresarse de éste. Vid. «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, págs. 111 y sigs. No obstante, este mismo autor se muestra contrario a la consideración de la cuarta como un legado legítimo, fundamentalmente porque puede dar lugar al equívoco de creer que tales adquisiciones tenían por base la voluntad presunta del causante. Considera preferible por ello entender que suponía una mera ventaja patrimonial o adquisición a título singular. Vid. *op. ult. cit.*, págs. 120 y sigs. Niega también que la viuda pobre que recibe este beneficio sea heredera, pero la califica sin problemas de legataria *ex lege*. VOCI, «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 58 y 755.

(141) Así, VOCI, que distingue además entre sucesión extraordinaria legítima y necesaria, reuniendo la cuarta de la viuda pobre las dos características, pues, además de operar en la delación intestada, limitaba la facultad de disposición del testador. Vid. «Diritto ereditario...», volume secondo, *op. cit.*, págs. 56 y sigs.

(142) LÉVY, «Coup d'oeil historique...», *op. cit.*, pág. 194.

(143) ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, «Derecho romano...», *op. cit.*, pág. 891.

(144) Sobre las mismas, FADDA, «Concetti fondamentali...», *op. cit.*, págs. 121 y sigs.

(145) No obstante, nunca llegó a ser una institución de Derecho vulgar, sino que se mantuvo dentro de los límites del Derecho romano postclásico. En este sentido, KASER explica cómo las instituciones que fueron conscientemente creadas y planificadas por los emperadores postclásicos no pueden considerarse vulgares. Tampoco entrarían en tal

la seguridad de la viuda, constituye, junto con los derechos de viudedad del Derecho germánico, un posible origen o punto de partida de lo que es actualmente la legítima viudal. La cuarta marital, si bien es cierto que, por sus especiales características, no puede considerarse un verdadero precedente, marcó sin duda un comienzo en la sensibilidad histórica desarrollada siglos más tarde sobre la situación económicamente digna que debía asegurar la ley al supérstite tras la disolución del matrimonio, sobre todo en una época en que las reticencias a considerarle un heredero relativamente próximo en la sucesión intestada eran todavía demasiado grandes (146).

III. DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

1. ÉPOCA VISIGODA

1.1. *Pervivencia de la tradición romanística en el llamamiento intestado a favor del cónyuge*

Con carácter general, las leyes visigodas se distinguieron por ser una obra legislativa de continuidad con respecto a la llevada a cabo por los emperadores romanos. El Código de Eurico (C. E.), primer conjunto visigótico de normas escritas tras la desaparición de la hegemonía romana, es considerado como una fuente de Derecho romano vulgar, y su autor como el nuevo responsable del progreso jurídico, sustituto en este sentido de los príncipes de la última época romana (147). Tanto es así que se ha llegado a decir que, si bien

concepto reformas que culminan una tendencia anterior, como la superación del dualismo entre *ius civile* y *ius honorarium*, ni instituciones de origen provincial, no genuinamente romanas, como la *donatio ante nuptias*. Vid. KASER, M., «El Derecho romano-vulgar tardío» (AHDE, 1960, págs. 622 y 623).

(146) Así, ha considerado que la actual legítima viudal del Código Civil (arts. 807.3.º y 834 y sigs.) arranca de la *quarta uxoria* romana, D'ORS, «Derecho Privado...», *op. cit.*, pág. 398.

También ha sido importante su presencia en aquellos territorios forales que recibieron más intensamente la influencia del Derecho romano en la época de la Recepción. Así, por ejemplo, los *Furs* valencianos, vigentes de 1240 a 1707, tuvieron una institución muy similar a la *quarta* justiniana. Vid. MARZAL RODRÍGUEZ, P., *El Derecho de Sucesiones en la Valenciaforal y su tránsito a la Nueva Planta*, Universitat de Valencia, Valencia, 1998, pág. 287. Y, actualmente, todavía se conserva en Cataluña la cuarta viudal, con origen en su homóloga romana (arts. 379 a 386 CSC).

Sobre la influencia de la *quarta uxoria* en Derecho comparado, vid., por ejemplo, respecto a su recepción en el Derecho francés, TURLAN, J. M., «Recherches sur la quarte du conjoint pauvre» (*Revue Historique de Droit*, 1966, págs. 210 y sigs.).

(147) Vid. D'ORS, A., «El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, índices» (*Estudios Visigóticos II, Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, núm. 12, Consejo Superior

el poder de los reyes visigodos iba aumentando paulatinamente en los territorios sometidos, por contra, la cultura romana había ya desde un principio dominado a los invasores (148). Sólo en relación con determinadas instituciones o puntos concretos de las mismas se dejó sentir la influencia germánica, como la dote o el régimen económico matrimonial (149).

Resultado también de la evolución del Derecho romano será el predominio de la sucesión legítima sobre la testamentaria (150), y, particularmente, el mantenimiento en el Código de Eurico (Título XXX. *De successionibus*), y, en general, en toda la legislación visigótica, de un sistema sucesorio intestado con-

de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1960, págs. 1 y sigs.). De hecho, el llamado Código de Eurico no es en realidad más que un edicto, que suplanta a otro, el *edictum Theodorici*, según D'ORS, que sólo pretendía aclarar puntos concretos presuponiendo la aplicación general del Derecho romano, todavía vigente. Es más, incluso sus innovaciones estarán siempre en la línea del último Derecho romano (*op. cit.*, págs. 7 y 8). Sobre la romanización de la legislación visigoda, vid. también WIEACKER, F., *Storia del Diritto privato moderno*, traduzione italiana di Umberto Santarelli e Sandro-A. Fusco, volume primo, Giuffrè Editore, Milano, 1980, págs. 40 y 41; MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de D. Alonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, 1808, págs. 17 y 18; HINOJOSA Y NAVEROS, E. DE, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, edición facsímil, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 7 y sigs. Se muestra sin embargo más crítico con relación a la utilización de las fuentes romanas ZEUMER, K., *Historia de la legislación visigoda*, traducción del alemán por Carlos Clavería, Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1944, pág. 223, especialmente para la sucesión intestada, págs. 280 y sigs.

(148) D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, pág. 6.

(149) D'ORS reconoce la existencia de vestigios o infiltraciones de costumbres germánicas en el Código de Eurico, que habrían ido apareciendo progresivamente en el Derecho visigodo y en el hispánico en general, procedentes del pueblo franco, pero siempre partiendo de la gran romanización que se observa en estos primeros tiempos. Vid. «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 9 y sigs. La relación entre el Derecho romano y tales elementos fue sin duda favorecida por la vulgarización del primero, que le acercó a los arcaicos Derechos germánicos (KASER, «El Derecho romano-vulgar...», *op. cit.*, págs. 628 y 629). A partir de Recesvinto ya será posible observar una mayor presencia del Derecho germánico en el reino visigodo, y ello a pesar de que tanto la monarquía como la iglesia se esforzaron por eliminar estas costumbres del ordenamiento civil, contrarias al pensamiento cristiano y a la soberanía del Estado. Vid. HINOJOSA, «El elemento germánico...», *op. cit.*, págs. 9 y sigs.

(150) Vid. OTERO, A., «La mejora» (*AHDE*, 1963, págs. 24 y 25). Según este autor, la crisis de la sucesión testada en los últimos tiempos del Derecho romano vino marcada por la frecuencia del codicilo y el progresivo debilitamiento del testamento. No obstante, también hay que tener en cuenta que en el influyente Derecho germánico la regla era la sucesión legal basada en el parentesco (no en la romana voluntad presunta), y que sólo a partir de la próxima Edad Media empezará a admitirse en él una sucesión voluntaria, siempre con carácter excepcional. Vid. PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado Germánico*, traducción directa de la tercera edición alemana por Carlos Melón Infante, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 343 y sigs.

servador de los principales rasgos del orden justiniano (151). Así, tras el llamamiento de descendientes, ascendientes y colaterales de séptimo grado, el cónyuge viudo fue llamado en C. E. 334 a toda la herencia del causante:

«*Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nullus usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque parentibus invenitur*» («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») (152).

Al respecto, la doctrina está de acuerdo en entender mayoritariamente que esta disposición consagra de nuevo el llamamiento *unde vir et uxor* romano: el séptimo grado no es una limitación de creación visigoda sino una simplificación de la establecida en la *bonorum possessio unde cognati*, al generalizarse lo que en esta última sólo se aplicaba para los *a sobrino vel sobrina natus*, el séptimo grado (153). Tan fielmente se sigue en esta norma el Derecho romano que incluso se llega a excepcionar el principio feudal de que la viuda que contrajera segundas nupcias o llevara vida deshonesta debía perder lo adquirido en la herencia del marido, pues tal condición aquí no

(151) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 37 y sigs. Según este autor, no hay ningún punto en este Título en el que se pueda decir que influyeran las concepciones germánicas. Ni siquiera en la regla referente a la imposibilidad de las mujeres de disponer de los inmuebles heredados, que quedaban reservados a sus herederos legítimos, pues este principio aparentemente novedoso lo entiende relacionado con los vestigios de la capacidad limitada de las mujeres sometidas a tutela familiar. Vid. *op. cit.*, págs. 248 y sigs., especialmente pág. 252. Siguiendo a este autor, OTERO, A., «Aventajas o mejoría, Bienes excluidos de partición en beneficio del cónyuge sobreviviente», en *AHDE*, 1960, págs. 494 y 495, y, en el mismo sentido, GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 172; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 419.

(152) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 42 y 43.

C. E. 336, incompleto, debió de contener un cuadro general de los llamamientos a la sucesión intestada. No obstante, su reconstrucción es bastante fiable por comparación con las leyes *antiquas*. Incluso se puede deducir una concurrencia de ascendientes y hermanos, a semejanza del Derecho justiniano. La preferencia total de los ascendientes sobre los colaterales no llegaría hasta Leovigildo. Vid. *op. cit.*, págs. 268 y sigs.

(153) Vid., especialmente, D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 266 y 267. El mismo límite del séptimo grado vuelve a aparecer además en C. E. 335, para determinar el derecho a suceder de la iglesia a la que pertenecieran los clérigos, monjes y religiosas que murieran intestados y sin parientes de tal condición. Cfr. *op. cit.*, págs. 42 y 43. En el mismo sentido, GACTO FERNÁNDEZ, E., *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los fueros de León y Castilla*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 27, 1975, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pág. 145; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 186, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 440, y BERMEJO CASTRILLO, M. A., *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pág. 292.

En contra, entendió que tal límite era visigótico, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 298 y 299.

aparece, si bien es cierto que tampoco existirían los parientes con derecho a reclamar tal adquisición (154).

La única particularidad a tener en cuenta está en que, a pesar de que el llamamiento en principio era a toda la herencia y en plena propiedad, quizá la mujer llamada a la sucesión intestada no podría nunca disponer de los bienes inmuebles, consecuencia del principio general que inspira toda la regulación euriciana de que ésta no puede enajenar los inmuebles heredados en garantía del derecho de los hijos y cuya principal aplicación estuvo, como veremos, en la cuota hereditaria que le señaló C. E. 322 (155).

Vemos, por tanto, cómo, en el estricto llamamiento intestado, se siguió dedicando al cónyuge superviviente 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.

La misma norma será recogida por Leovigildo y, a través de éste, llegará al *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* de Recesvinto, del año 654 (156), y a su versión romanceada, el Fuero Juzgo (157). La regulación de la sucesión intestada en este último código, considerado primer cuerpo legislativo nacional digno de atención (158), se ubicó en el Título II del Libro IV («*De successio-nibus*»/«*Titolo de los herederos*»)(159), tomando por fundamento el parentesco de consanguinidad, base del Derecho sucesorio germánico (160), pero también de

(154) En este sentido, la explicación de GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 9, 10, 145 y 222.

(155) Así, D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, pág. 267.

(156) L. V. 4.2.11 *antiqua*: «*Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant, quando nidia adfinitasusque ad septimum gradum de propinquis eorum vel parentibus inveniri poterit*». Cfr. *Textos de Direito visigótico*, I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1923, pág. 166.

(157) F. J. 4.2.11: «*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*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, M., *Códigos antiguos de España*, colección completa de todos los Códigos de España, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, Madrid, 1885, vol. primero, pág. 31.

(158) MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 16.

(159) Rúbrica idéntica a la del Código de Eurico, primer indicio de la similitud entre ambas normas. Cfr., para el *Liber*, «Textos...», *op. cit.*, pág. 161, y, para el Fuero Juzgo, MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 30.

(160) El derecho hereditario de los parientes de sangre evolucionó desde la antigua comunidad doméstica o círculo estricto de personas que componen la casa hasta la cristalización en la Edad Media del llamado sistema de parentelas, pasando por la sucesión de generaciones tras la descomposición de la primera. Vid. PLANITZ, «Principios...», *op. cit.*, págs. 347 y sigs. Sobre la evolución de la antigua comunidad patrimonial germánica, también, BRUNNER-V. SCHWERIN, *Historia del Derecho Germánico*, traducido y anotado por José Luis Álvarez López, Labor, Barcelona, 1936, págs. 237 y sigs.

la sucesión *ab intestato* romana de la Novela 118 (161). *L. V. 4.2.11*, y su correspondiente norma del Fuero Juzgo, reguladoras del derecho del cónyuge sobreviviente en la sucesión *abintestato* a falta de parientes colaterales de séptimo grado, se corresponden casi literalmente con C. E. 334, por lo que no parece necesario volver a insistir (162).

Hasta aquí el precedente gótico en cuanto a la sucesión recíproca de los cónyuges en la herencia intestada, que, como hemos visto, no modificó el poco favorecedor límite establecido por el Derecho romano para que procediera, y que, como veremos, tampoco será modificado durante toda la época medieval.

1.2. *El Fuero Juzgo y el origen de los derechos de viudedad*

La total subsidiariedad de la posición del cónyuge supérstite en la sucesión intestada se ha intentado desde antiguo compensar con la concesión de otro tipo de derechos dirigidos fundamentalmente a proteger la situación de la mujer durante su viudez. Así sucedió con la *quarta uxoria* justinianeas y después con C. E. 322, que, si bien contiene una disposición distinta, se puede ver en ella una cierta similitud, pues estableció el derecho de la madre viuda a recibir una porción en usufructo de la herencia del marido igual a la que recibiera cada uno de los hijos y siempre bajo la condición de que no contrajera segundas nupcias (163). Esta regla constituye una muestra más

(161) En contra, ZEUMER, para el que en la *Lex Visigothorum* sólo había influencia romana, nunca imitación o utilización de la Novela 118: la sucesión prioritaria de los descendientes, en su defecto, de los ascendientes, y, en tercer lugar, de los colaterales, fue, para este autor, una consecuencia de la sucesión cognaticia germánica. Vid. «Historia...», *op. cit.*, págs. 280 y sigs.

(162) Sobre el orden sucesorio de los parientes establecido en el *Liber*, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 287 y sigs., del que merece destacarse la aparición de una distinción entre los bienes ganados y heredados por el causante cuando de la sucesión de los ascendientes se trataba, incipiente derecho de troncalidad que adquirirá en los Fueros municipales de la Alta Edad Media, como veremos, su máximo desarrollo. Así se plasma en F. J. 4.2.6. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 31.

(163) C. E. 322: «*Mater, si in viduitate permansit, aequalem inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat...*» («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...»). Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 38 y 39.

A favor del origen de esta norma en el último Derecho romano, en el que fue tomando forma la tendencia a reducir al usufructo el derecho de la mujer sobre los bienes procedentes de disposiciones voluntarias del marido en su favor, que Eurico llevó a sus últimas consecuencias, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, pág. 313; D'ORS, «El Código de Eurico...».

de la preocupación de este Código por regular la posición sucesoria de la mujer y supuso una aplicación concreta del principio general apuntado de que éstas no podían disponer de los inmuebles, en beneficio de sus sucesores legítimos, aunque con extensión a todos los bienes heredados, muebles e inmuebles (164). La doctrina entiende que C. E. 322 reconoció una cuota hereditaria a la *uxor* en el régimen de la sucesión legal (165), nunca una legítima viudal, fundamentalmente porque era sólo reconocida a la viuda, porque estaba sometida a la condición de permanencia en viudedad y porque no se decía nada para el caso de que la misma no tuviera hijos (166).

El mismo *Codex Euricianus* reconoció también al marido viudo, mientras se mantuviera en tal estado, un derecho de usufructo sobre los bienes de la madre premuerta (167), pero éste, a diferencia del anterior, no constituyó

op. cit., pág. 260; OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, pág. 495, «La mejora», *op. cit.*, págs. 26 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 171 y 172, 184 y 185, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 419, 437 y 438. En relación con esta evolución, hay que puntualizar, con GACTO, que ahora nos encontramos también ante un régimen usufructuario pero en una sucesión legal («La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 144). Y no estaría de más tener en cuenta cómo en los Derechos de origen germánico se dieron muy pronto concesiones hereditarias a favor del cónyuge, que fueron más allá de ser una mera garantía de subsistencia para la viuda pobre, consecuencia de la elevada posición que la mujer tenía en el matrimonio, del rápido nacimiento de la idea de asociación matrimonial entre cónyuges y de la búsqueda de protección del interés familiar. Vid. PLANITZ, «Principios...», *op. cit.*, págs. 301 y sigs.

(164) Vid. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 252 y 253, 265.

(165) D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, pág. 258; OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 496 y 498, nota 12, *La mejora*, págs. 41 y 42, y GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 141 y sigs.

La madre tenía un deber de conservación de los bienes sancionado en caso de incumplimiento y no podía mejorar con ellos a uno sólo de los hijos. No obstante, sí podía ceder el ejercicio del usufructo a uno o a varios de ellos. Sobre el régimen de este derecho. ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 310 y sigs.; D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 258 y sigs.

(166) En relación con este supuesto, GACTO señala la posibilidad de que la participación usufructuaria de la viuda se fijara con relación a la cuota recibida por los parientes más cercanos, a quienes pasarían íntegramente los bienes del premuerto («La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 142 y 222).

(167) C. E. 321: «*Si manto superstita uxor forsitan moriatur, filii qui sunt eodem coniugio procreati in patris potestate consistant, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideat ut nihil exinde aut venderé aut evertere aut quocumque pacto alienare praesumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. 2. Fructus tamen omnes pro suo iure percipiat et una cum filiis communibus consumat expensis. 3. ...*» («Si viviendo el marido muere la mujer, los hijos nacidos de aquel matrimonio queden en administración de su padre, y, siempre que no se case de nuevo, posea éste los bienes de aquéllos, de forma que no intente vender o malgastar o enajenar de otro modo cualquiera nada de aquellos bienes, sino que conserve todo íntegro y escrupulosamente para sus hijos. 2. Tome para sí, en cambio, todos los frutos y gástelos juntamente con sus hijos en las necesidades comunes. 3. ...»). Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 36 y sigs.

una cuota hereditaria sino que fue simplemente una consecuencia de la patria potestad que seguía ejerciendo el padre sobre los hijos, pues consistía únicamente en un derecho de retención sobre tales bienes, que heredaban estos últimos, y que, a diferencia del de la viuda, disminuía en caso de emancipación de los mismos por matrimonio (debía entregárselos, reteniendo sólo un tercio en usufructo) o mayoría de edad (debía entregarles la mitad y retener el usufructo de la otra mitad) (168). En otras palabras, el derecho del padre viudo sobre los *bona materna* estaba condicionado al tiempo que perdurara su autoridad sobre los hijos (169).

Pues bien, estos mismos derechos pasaron, manteniéndose en lo sustancial, al *Liber Iudiciorum* (170), y, por extensión, a nuestro Fuero Juzgo (171).

No obstante, en cuanto a la viuda, hay una importante diferencia que hacer notar en relación con este último conjunto de leyes, y es que, como consecuencia de la consagración legal en la época postgótica de la comunidad de ganancias entre cónyuges (172), este derecho ya no se entenderá a

(168) En este sentido, OTERO, «La mejora...», *op. cit.*, págs. 39 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 140 y 141.

(169) Sobre la influencia también en este derecho de las directrices del Derecho romano del Bajo Imperio y su contenido, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 300 y sigs.; D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 257 y 258; OTERO, «La mejora...», *op. cit.*, págs. 17 y sigs., 40 y 41. Especialmente sobre su régimen, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 138, 142 y 143, en las que analiza las diferencias con el usufructo de la viuda, tanto por razón de las causas que subyacen en la prohibición de segundas nupcias condicionante del disfrute del derecho (evitar que se obstaculice el paso de los bienes a los hijos comunes, en caso del viudo, y la conceptualización de una infidelidad postuma, en caso de la viuda), como por razón de su cuantía y finalidad.

(170) *L. V. 4.2.14*, para la viuda, y *L. V. 4.2.13*, para el viudo. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 167 y sigs.

Sobre el contenido de ambas normas a través de sus varias redacciones, desde Eurico hasta Ervigio, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 299 y sigs.

(171) *F. J. 4.2.14*, para el viudo, y *4.2.15*, para la viuda. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 31 y 32.

(172) La regulación de la comunidad de ganancias entre marido y mujer, vigente antes por vía consuetudinaria, la da Recesvinto, cuya particularidad más destacable está en que el reparto de los bienes comunes tras la muerte de uno de los cónyuges había de realizarse en proporción a los aportados por cada uno (*L. V. 4.2.16* y *F. J. 4.2.17*. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 172 y 173, y MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 32, respectivamente). No obstante, en Castilla se siguió siempre la costumbre del reparto por mitad. Vid. MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 216; ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 314 y 315; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 187 y sigs., «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 442 y sigs.; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 278 y 279. Específicamente, COLLANTES DE TERÁN de la HERA, M.^a J., *El régimen económico del matrimonio en el Derecho territorial castellano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 104 y sigs.

Ello no constituyó más que el resultado de una larga evolución que se produjo en los pueblos germanos, que arrancó de la llamada comunidad de administración de los tiempos

partir de este momento como una cuota hereditaria legal en la herencia del marido, sino como un derecho de viudedad, pues la anterior dejó de considerarse necesaria en un régimen de bienes comunitario. En efecto, el Fuero Juzgo, en la ley 15 del Título II del Libro IV (173), otorga a la viuda que permanezca en tal estado un derecho igual al de los hijos, aunque en usufructo, sobre los bienes de la herencia del marido premuerto: su redactor parece que lo concibe ya como derecho de viudedad y no simplemente como cuota hereditaria, subsistente todavía en L. V. 4.2.14 (174), que no encajaba en un ambiente de comunidad patrimonial familiar en el que, a la disolución del matrimonio, la mujer, igual que el marido, haría suya su participación en las ganancias o bienes adquiridos durante su vigencia (175).

De otra parte, la importancia de este régimen estriba en que habría venido a remediar en lo posible el escaso favorecimiento del cónyuge en el orden de la sucesión intestada, y, sobre todo, en que ha sido considerado por algunos como el más antiguo precedente nacional de la legítima viudal consagrada en los artículos 807.3.º y 834 a 840 del Código Civil (176).

más antiguos, basada en la idea de patrimonio familiar, luego desplazada por la comunidad de bienes o ganancias, con fundamento en la de patrimonio matrimonial. Vid. PLANITZ, «Principios...», *op. cit.*, págs. 304 y sigs., y, sobre las consecuencias económicas de ambos regímenes tras la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges y su relación con la concesión de derechos hereditarios, págs. 311 y sigs., 353. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el mismo Derecho romano, tan caracterizado por la separación de bienes, experimentó, en su última época, como vimos, una evolución hacia la comunidad matrimonial de bienes, que pudo ser consumada por la legislación visigoda. En este sentido, GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 186 y sigs.; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 441 y sigs. Expresamente hace referencia a las dos tradiciones, germánica y romana, de las que habría tomado su base el régimen de gananciales, GÁMEZ MONTALVO, M.ª F., *Régimen jurídico de la mujer en la familia castellana medieval*, Comares, Granada, 1998, págs. 87 y 88.

(173) F. J. 4.2.15: «*La madre si se non casare depues de la muerte del marido, deve partir egualmiente en todos los fructos de la buena de su marido con sus fijos mentre visquiere; mas ni lo puede vender, ni dar á ninguno de sus fijos...*». Cfr. MARTÍNEZ AL-CUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 32.

(174) L. V. 4.2.14: «*Mater, si in viduitate permanserit, equalem inter filios suos, id est qualem unusquisque ex filiis, usufructuariam de facultate mariti habeat portionem; quam usque ad tempus vite sue usufructuario iure possideat. Ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis conferre presumat...*» Cfr. «Textos...», *op. cit.*, pág. 171.

(175) Vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 497 y 498; «La mejora...», *op. cit.*, pág. 42, al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 143 y 144.

(176) MUCIUS SCAEVOLA se mostró favorable a la hipótesis de que, partiendo de los Derechos de origen germano, el usufructo viudal arraigó en el Fuero Juzgo y se conservó en éste durante la invasión árabe en Asturias y en el reino de Sobrarbe, hasta que, con la Reconquista y la formación de los Reinos independientes, se desarrolló extensamente en Aragón y Navarra, primero como privilegio de los infanzones y limitado a la viuda, y luego como derecho de toda clase social y también del viudo. En éste se habría inspirado, a su juicio, el legislador del Código Civil. Vid. «Código Civil», *op. cit.*, tomo XIV, arts. 806 a 857, Reus, Madrid, 1944, págs. 638 y sigs. En el mismo sentido, VALVERDE y

Por último, hay que tener también en cuenta otros medios de atribución de bienes con que contaban los cónyuges, principalmente la mujer, en esta época, que, lógicamente, contribuirían también a que se alcanzara una mejor situación patrimonial tras la disolución del matrimonio por muerte de uno de ellos.

Desde el punto de vista legal, hoy se entiende que, tanto el Código de Eurico, en 327 (177), como la L. V. 4.2.18 y su correspondiente del Fuero Juzgo (178), contenían una especie de sucesión intestada indirecta de la mujer en la herencia de su marido. Ello es así porque la viuda recibía los bienes de éste pero a través del hijo común intermedio que antes sucedía a su padre premuerto, al que posteriormente heredaba su madre (179). Es la llamada *luctuosa hereditas*, que, por suponer una atribución de bienes a la viuda procedentes de su difunto marido, se hacía siempre bajo la condición, típica de esta época y de todo el Derecho medieval, de que no contrajera posteriores nupcias (180). No hay ninguna disposición legal paralela para el caso del viudo que se encontrara en una situación semejante, si bien algún autor ha creído conveniente extenderle la aplicación de la mayor parte de este régimen (181).

También el régimen dotal ayudaría, como en el Derecho romano, a que la mujer tuviera la seguridad de poder disponer de un patrimonio propio a la disolución del matrimonio, sobre todo si tenemos en cuenta que su constitución era obligatoria y que uno de los fines que perseguía era precisamente éste, garantizar a las viudas su subsistencia y continuidad al frente del hogar

VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, Tomo V, Valladolid, 1926, pág. 250; CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho Civil español*, Tomo III, Edición revisada y puesta al día por A. de Cossío y A. Gullón, Madrid, 1959, pág. 219.

En contra, CASTÁN TOBEÑAS, J., «La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales» (RGLJ, 1915, núm. 126, págs. 26 y 27, nota 2).

(177) C. E. 327: «...2. Nos modo meliori ordinatione censuimus utpatre defuncto, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater dibeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua. 3. ...» («Nosotros luego decidimos con mejor disposición que si el hijo murió, habiendo muerto antes su padre, la madre debe tener derecho a toda la herencia de aquél, con tal de que siga viuda tras la muerte de aquél»). Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 40 y 41.

(178) L. V. 4.2.18, redacción de Ervigio: «Patre defuncto, si filius filiave decem sive amplius vel infra diebus vivens et baptizatus ab hac vita discesserit, quidquid ei de facilitate patris competere poterat, mater sibi debeat vindicare...». Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 174 y sigs.

F. J. 4.2.19: «El padre muerto, si el fiio ó lafiia visquieren X. dias, ó mas ó menos, éfuere baptizado, quanto quel pertencie de la buena del padre, todo lo deve aver la madre...». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 32.

(179) GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 182 y 220.

(180) Las varias manifestaciones concretas de esta prohibición en la legislación visigoda derivan con toda probabilidad de la tradición ya formada en el Derecho romano. En este sentido, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 229 y sigs., y GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 184 y 185; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, pág. 439.

(181) Vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 184 y 185, 225.

doméstico, para luego a su muerte pasar a los hijos (182). La particularidad más sobresaliente a tener en cuenta es que ahora se constituye por el marido o su familia, a diferencia de lo que sucedía en Derecho romano, lo cual ha dado lugar a que algunos autores consideren que con ello se introdujo en territorio hispánico la tradicional dote germánica, que permanecerá en vigor hasta las Partidas (183).

No obstante, la limitación de su cuantía a partir del reinado de Chindasvinto al máximo de la décima parte de los bienes del esposo nos induce a pensar que, no tratándose de maridos ricos, por sí sola difícilmente podría constituir un patrimonio de cobertura para la digna subsistencia de la viuda (184). Las aportaciones de la mujer al matrimonio quedaban reducidas al ajuar, que también era retirado por ésta de la masa hereditaria tras la muerte del marido (185).

En relación con la posibilidad de realizar disposiciones voluntarias a favor del cónyuge, nada obstaba para que, no existiendo descendencia directa, pudieran instituirse herederos el uno al otro (186), o hacerse legados,

Sobre el régimen de la *luctuosa hereditas*, sus posibles antecedentes y sus modificaciones en la legislación visigoda, vid. ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 316 y sigs.; GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 181 y sigs., 225 y 226.

(182) En este sentido, dice BERMEJO que la dote se configura, cada vez más, «como una especie de seguro aplazado otorgado a la esposa para atender en la viudedad a la manutención propia y a la de la prole» («Parentesco...», *op. cit.*, pág. 275).

(183) Así, MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 205 y 206; HINOJOSA, «El elemento germánico...», *op. cit.*, pág. 19, «Sobre la condición...», *op. cit.*, págs. 16 y 20; ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 225 y sigs.

En contra, OTERO, que entiende que la dote visigoda no constituyó más que el resultado de la evolución vulgarizadora de la *donatio ante nuptias* del Derecho romano, que ahora se llamará dote. Vid. «La mejora», *op. cit.*, págs. 26 y sigs., 60 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 65 y sigs., 214. En el mismo sentido, aunque reconociendo la probable influencia de principios germánicos, GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 172 y 173; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 420 y 421.

(184) Sobre su regulación, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 225 y sigs., 332 y 333; GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 73 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 173 y sigs., «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 422 y sigs. Es interesante destacar que, desde Chindasvinto, tres cuartas partes de los bienes dótiles debían pasar a los hijos tras la muerte de la viuda, con lo que se le reconoció una libertad dispositiva sobre el cuarto restante. En caso de inexistencia de hijos, podría pues disponer de toda la dote. Sobre este punto, OTERO, que entiende que el cuarto de libre disposición de la mujer sobre la dote era una especie de cuota legítima que se habría confirmado en L. V. 4.5.2 como consecuencia de la consolidación de una práctica anterior («La mejora...», *op. cit.*, págs. 38 y 39, 57 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 74 y 215).

(185) Vid. MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 206 y 207.

(186) L. V. 4.2.20 permitió una total libertad de testar a falta de hijos, que debían resultar siempre beneficiados por lo que se llamó «derecho de expectativa hereditaria». Cfr. «Textos...», *op. cit.*, pág. 178.

sobre todo el marido a la mujer, en relación con los bienes que ésta había usado y disfrutado durante el matrimonio, a semejanza de la práctica romana (187).

En fin, en cuanto a las donaciones entre cónyuges, el Código de Eurico, en 307 (188), parece que estableció sus condiciones de validez, si bien esta disposición ha sido interpretada en el sentido de que sólo se refiere a los legados o donaciones testamentarias, de modo que el Derecho visigodo no habría sido distinto en este punto al romano, en el que había regido la regla de su prohibición (189). Tal norma fue además completada con C. E. 319, que condicionó la libre disposición de la viuda sobre los bienes donados por el marido a que no contrajera una unión ilícita (190). A partir de Leovigildo se redujo tal disponibilidad, en caso de existencia de hijos, a la quinta parte (191). Las donaciones *inter vivos* se permitieron a partir de Chindasvinto tras el primer año de matrimonio (192).

De hecho, ARVIZU recoge un tipo especial de testamento, el *ius liberorum*, procedente del Derecho romano, en el que los cónyuges sin hijos se instituían recíprocamente herederos en un mismo documento, quedando supeditada su validez a que posteriormente no sobreviniera descendencia, en cuyo caso sólo podían disponer libremente a favor de extraños, y, por tanto, a favor del otro cónyuge, de un quinto de sus bienes propios (ARVIZU Y GALARRAGA, F. DE, *La disposición mortis causa en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Euns, Pamplona, 1977, págs. 299 y 300).

Igual condicionamiento existió en relación con las donaciones entre cónyuges, introducido por Ervigio en L. V. 4.2.19. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 176 y 177.

(187) Según OTERO, el sistema de los legados de *parata* romanos a favor de la mujer continuó inalterado bajo el imperio de la legislación visigoda, deduciéndose su subsistencia de la falta de referencia a ellos de unas leyes que fueron dirigidas únicamente a regular aspectos controvertidos o sobre los que recaía alguna modificación («Aventajas...», *op. cit.*, págs. 494 y 496).

(188) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 32 y 33.

(189) Vid. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 236 y 237. En igual sentido, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs.; GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, págs. 179 y sigs.; «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 430 y sigs.; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 282.

(190) Cfr. D'ORS, «El Código de Eurico...», *op. cit.*, págs. 34 y 35.

(191) L. V. 5.2.4 y 5. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 200 y sigs. Sobre esta regulación y sus modificaciones, ZEUMER, «Historia...», *op. cit.*, págs. 334 y sigs.

No obstante, OTERO entiende que C. E. 319 no contiene un principio de libertad de disposición a favor de las viudas, sino que simplemente determina la excepción para el caso de que no tuvieran hijos, interpretación coherente con el principio inspirador de la legislación visigoda de acuerdo con el cual correspondía a la viuda el uso de los bienes familiares y su posterior destino a los hijos, que se aplicó también, como hemos visto, a la cuota legal de C. E. 322. La libertad de disposición (sobre el quinto) habría sido introducida, no reducida por Leovigildo. Vid. «La mejora...», *op. cit.*, págs. 42 y sigs., al que sigue GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 131.

(192) L. V. 3.1.5. Cfr. «Textos...», *op. cit.*, págs. 117 y sigs.

2. PARTICULARIDADES DE LA ALTA EDAD MEDIA: ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

El período comprendido entre los siglos VIII y XIII ha sido tradicionalmente uno de los que más dificultades en el estudio ha ocasionado a los historiadores del Derecho. Y ello por diversas causas, aunque, fundamentalmente, ha sido la territorialización de las normas de esta época lo que ha llevado muchas veces a generalizaciones inexactas, tanto desde un punto de vista espacial como cronológico (193). Por eso, en relación con el tema que nos ocupa, resulta de la misma manera difícil dar un tratamiento uniforme y sistemático a la gran variedad de ordenamientos que regularon en la Alta Edad Media la situación del cónyuge supérstite, principalmente de la mujer viuda, pues, si bien podemos extraer un fondo común, resulta prácticamente inabarcable hacer referencia a todas y cada una de las peculiaridades que fueron apareciendo en los diversos fueros locales y territoriales que, en buena parte de las regiones, eclipsaron la autoridad del Fuero Juzgo. A ello además hay que sumar la especial circunstancia de que en esta materia la regulación fue muy amplia, debido sin duda a la frecuencia de las situaciones de viudedad de las mujeres durante la Reconquista, que habría originado una creciente necesidad de protegerlas frente a situaciones de indefensión (194).

Primeramente, en cuanto al régimen de la sucesión intestada, el orden sucesorio continuó prácticamente inalterado (195). El cónyuge supérstite siguió siendo llamado en ausencia de parientes del causante, lo cual en principio no es de extrañar, sobre todo si tenemos en cuenta la especial importancia que alcanzó durante el período medieval la sucesión familiar, basada únicamente en los vínculos de sangre (196).

(193) Vid. GARCÍA GALLO, A., «El problema de la sucesión *mortis causa* en la Alta Edad Media española» (*AAMN*, tomo X, 1959, págs. 250 y 251).

(194) GARCÍA ULECIA dice que la viuda poseyó una «entidad jurídica propia» que vino motivada por la amplia protección, sobre todo de carácter económico, que se le concedió en esta época (GARCÍA ULECIA, A., *Los factores de diferenciación entre las personas en los fueros de la Extremadura castellano-aragonesa*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, núm. 26, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, pág. 315). Vid. DILLARD, H., *La mujer en la Reconquista*, traducción de Concepción Fernández, Nerea, Madrid, 1993, págs. 124 y 125.

(195) La importancia que la sucesión legítima llegó a adquirir en esta época es tal que el término *successio* sólo se utilizaba en relación con ésta. La pérdida gradual de importancia de la sucesión voluntaria desde el Derecho romano postclásico fue consecuencia de la presión ejercida por la comunidad familiar, a lo que habría que añadir el aislamiento y la pobreza como factores que influyeron también en la preeminencia de la sucesión intestada. Vid. GARCÍA GALLO, «El problema de la sucesión...», *op. cit.*, págs. 257 y sigs.; ARVIZU, «La disposición *mortis causa*...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs.

(196) El marcado carácter familiar de la sucesión en el Derecho altomedieval se relaciona con una mayor presencia en esta época del elemento germánico, otra de cuyas

Sin embargo, ello se llevó a tales extremos que, a falta de descendencia, la sucesión de una persona muerta sin testamento válido no se defería simplemente a los parientes más próximos en función de una supuesta presunta voluntad del causante, como sucedió en el Derecho justiniano, sino que se buscaba la procedencia de los bienes, paterna o materna, para, rompiendo así la unidad de la herencia, atribuirlos a los parientes de la línea de la que fueran originarios. Era la sucesión de la familia pero con un calificativo añadido, el de ser la familia de origen, tendente no sólo a la conservación de la misma sino también a la de la propiedad dentro de ella (*paterna paternis, materna maternis*) (197). La relación matrimonial continuó de este modo relegada más que nunca a la parental, con lo que, en concurrencia con los consanguíneos del causante, el cónyuge sobreviviente siguió prácticamente sin expectativas de llegar a ser heredero intestado (198).

No obstante, en compensación, y como consecuencia de ese aludido espíritu protector de la viudedad, se le concedió un recurso sumamente importante para atender a su subsistencia que consistió en otorgar al supérstite participaciones concretas y derechos preferentes sobre parte del patrimonio ganancial, lógicamente mucho menores que las que recibían los parientes, pero suficientes para su mantenimiento en una posición económicamente digna. Fueron los derechos de viudedad y las ventajas o mejorías, tan características de la Edad Media (199).

El derecho de viudedad, o facultad de la viuda, y algunas veces del viudo, de retener para sí determinados bienes, generalmente comunes, sin perjuicio

manifestaciones habría sido el principio de troncalidad. Vid. HINOJOSA, «El elemento germánico...», *op. cit.*, págs. 22 y 23.

(197) Sobre el derecho de troncalidad en la Alta Edad Media, vid. BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 564 y sigs., que explica detalladamente a través de los distintos fueros cómo el éxito de la reversión hereditaria condicionó todo el sistema de sucesión intestada en ausencia de descendencia.

(198) Es más, el Fuero Viejo de Castilla, por ejemplo, recopilación de fueros y costumbres castellanas, ni siquiera hacía referencia al cónyuge supérstite. Así, la ley 1. del Título II, del Libro V, estableció que: «...e todo lo al, que ouier, devenlo eredar suos parientes, que ouier, ansi como ermanos de padre, o de madre, e el mueble, e las ganancias devenlo eredar comunalmente los enríanos maguer que sean de sendos padres, o de sendas madres: e la erencia del patrimonio de vela eredar el pariente onde la erencia viene; e si ouier sobrinos fijos de ermano, que quieran eredar la buena del Tío, puedenlo auer de derecho en esta guisa...». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero. *ap. cit.*, págs. 97 y 98.

(199) En relación con el régimen económico-matrimonial de carácter comunitario, los Fueros Municipales de Castilla dieron cobertura legal definitivamente al principio de división por mitad en la liquidación, alterado, eso sí, por los derechos de mejoría y viudedad. Vid. BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 279 y 280, 362; DILLARD, «La mujer...», *op. cit.*, págs. 126 y 127, 141 y sigs.

de la parte que les correspondiera en la liquidación del patrimonio conyugal, cumplía con la aludida función de asegurar al supérstite unos medios de vida con los que poder hacer frente a su situación económica. Por ello seguirán apareciendo siempre condicionados a que no se contraiga ulterior matrimonio y la mayor parte de las veces consistirán en un usufructo, para que, a la muerte del beneficiario, reviertan a los parientes del causante (200).

Estas atribuciones no llegarán a constituir nunca un derecho demasiado amplio, por lo que, desde este punto de vista, parece que podía ser más favorable a la viuda el usufructo que, sobre una porción de bienes hereditarios igual a la que recibieran los hijos, le había concedido el Fuero Juzgo (201). Sin embargo, el régimen anterior cayó en el olvido por desuso en la mayor parte de la Península, sobre todo en Castilla, en la que, por un mayor influjo germánico, serán únicamente estas normas particulares de cada territorio las que regirán hasta la unificación y restauración del Derecho romano lograda con la Recepción (202). Donde realmente arraigaron y se desarrollaron los derechos de viudedad de origen visigodo fue en Aragón y Navarra: allí se formó con fuerza una institución que ha llegado hasta nuestros días (203).

Las ventajas o mejorías del Derecho medieval otorgaban al cónyuge sobreviviente el derecho a excluir de la partición determinados bienes, generalmente aquellos de naturaleza personal que en otros tiempos fueron objeto de los legados de *parata* romanos y que luego continuaron con una

(200) MARTÍNEZ MARINA expresó cuál fue el espíritu de la viudedad en los siguientes términos: «Nuestros legisladores, para estrechar más el nudo matrimonial y dar mayor firmeza al mutuo amor de los casados, y hacerles concebir ideas grandiosas del matrimonio, extendieron sus providencias y miras políticas aun mas allá de la vida de cada qual de los consortes, honrando la viudedad, haciendo que se respetase la condición de las viudas proporcionando á éstas medios de subsistir entregadas con decoro y comodidad; obligándolas por motivos de honor y de interés á permanecer en ese estado al duelo y llanto de sus difuntos maridos, y prohibiendo que ninguna pudiese contraer segundas nupcias sino después de haber pasado por lo menos un año contado desde la muerte de sus esposos» («Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 217 y sigs.).

(201) Para un relato pormenorizado de los bienes concretos que integraban la viudedad en cada uno de los distintos fueros y sus particularidades, vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 173 y sigs. Destacar únicamente que sólo subsidiariamente permitían algunos fueros que, a falta de bienes comunes, la viuda reclamara la viudedad de los bienes propios del premuerto, disminuyendo en tal caso su cuantía.

(202) Según HINOJOSA, hasta la primera mitad del siglo XIII la influencia del Derecho romano en los fueros será mínima («El elemento germánico...», *op. cit.*, págs. 14 y sigs.).

(203) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, «La sucesión del cónyuge viudo...», *op. cit.*, págs. 26 y sigs. Específicamente sobre el nacimiento, regulación y desarrollo de la viudedad aragonesa a finales de la Edad Media, consistente en un usufructo sobre todos los bienes inmuebles del premuerto, a salvo las ventajas y la división de los muebles comunes, pero susceptible de ser modificado, ampliado o disminuido, por voluntad de las partes, vid. GARCÍA HERRERO, M.^a C.. «Viudedad total y viudas aragonesas a finales de la Edad Media» (*Hispania, Revista Española de Historia*, núm. 184, vol. LIII/2, 1993, mayo-agosto, págs. 431 y sigs.).

trayectoria semejante en la época visigoda. De esta manera, la práctica generalizada de este tipo de legados habría llegado a convertirse en norma legal, produciendo consecuencias semejantes (204). Se deducían siempre del patrimonio conyugal, de ahí su nombre, aparte de que éste era el único que se podía dividir entre el viudo y los herederos del causante, pues los bienes privativos ya hemos visto que revertían directamente a los parientes de la línea de procedencia (205). Nacidas primeramente para la mujer viuda, y sin condicionarse a que contrajera o no posteriores nupcias, luego se extendieron al marido y a los herederos de ambos, lo cual no debe sorprender si se tiene en cuenta que estos bienes estaban destinados en último término a los hijos del matrimonio (206).

En cualquier caso, la diferenciación entre ambos derechos no fue perfectamente nítida sino que muchas veces se confundieron, atribuyéndose a la viuda cosas tradicionalmente comprendidas en los legados de *parata* pero supeditadas a su permanencia en estado de viudedad. Tal confusión ha sido justificada alegando la finalidad semejante que se entiende tuvieron los legados de usufructo, origen de la viudedad, y los de *parata*, origen de las ventajas: asegurar a la viuda su permanencia en la posición familiar doméstica que tenía antes de la disolución del matrimonio; y, en definitiva, como una consecuencia de la aplicación del originario régimen de legados romano, que actuó en un sistema de separación de bienes, a uno comunitario y con reconocimiento específico de derechos de viudedad (207).

(204) OTERO explica así el origen de la mejoría, entendiendo que la insuficiencia de los legados para garantizar a la viuda el uso y disfrute de sus bienes personales tras la consagración de la comunidad de bienes como régimen matrimonial habría motivado su conversión en norma legal. Vid. «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 498 y sigs.; «Mandas entre cónyuges», en *AHDE*, 1957-58, págs. 399 y 400.

(205) Los bienes objeto de la mejoría se enumeraban concretamente en cada ordenamiento, y la causa de su atribución al supérstite estaba en la estrecha relación que se suponía había tenido con ellos (GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 163). No suponían, pues, una ventaja patrimonial de gran valor económico, sino más bien de afección, razón por la cual tales derechos han sido incluidos dentro de los honores y privilegios generales que se otorgaban al estado de viudo (MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 220).

(206) La generalización de la comunidad de bienes como régimen legal habría hecho necesario garantizar también al marido la propiedad de tales efectos personales en que consistía la mejoría. Vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 499 y sigs.

(207) OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, pág. 502.

Para una exposición detallada del régimen concreto de ventajas en cada uno de los fueros del Derecho castellano leonés, aragonés y navarro, confundidos o no con la viudedad, vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 500 y sigs., DILLARD, «La mujer...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs. En la región catalana no prosperaron, consecuencia del predominio del sistema dotal, que impidió que triunfara el régimen matrimonial comunitario. En relación con el Derecho territorial de León y Castilla, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 164 y sigs.; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 296 y sigs. Valga

Con estas atribuciones la viuda consiguió establecerse en una posición bastante mejor patrimonialmente, que incluso se ha calificado de privilegiada (208), si bien es cierto que la falta de una cuota legítima legalmente reconocida en la herencia del premuerto, de mayor trascendencia patrimonial que las simples ventajas, y no condicionada negativamente, como la viudedad, a que se contrajera un segundo matrimonio, son factores que contribuirían a que esta situación no dejara nunca de ser, por lo menos, inestable, y dependiente en gran medida del régimen de gananciales (209).

Una ayuda supondrían también sin duda los bienes recibidos o aportados con ocasión del matrimonio, es decir, las normas reguladoras del régimen dotal y, mucho más limitadamente, de las arras, si bien en la línea de la etapa anterior, pues los Fueros municipales siguieron en este punto bastante fielmente a las leyes godas (210).

No obstante, este régimen legal podía ser modificado por disposiciones de carácter voluntario. Varias posibilidades se ofrecieron a los cónyuges en esta época, aunque parece que la más peculiar del momento fue la famosa ley de unidad, presente en muchos fueros, por la que se autorizaba a los casados a celebrar un pacto, llamado de hermandad, en el que acordaban que el superviviente seguiría disfrutando de todo el patrimonio conyugal hasta su propia muerte, no pudiendo los parientes, herederos del premuerto, pedir la partición ni modificar tal situación a no ser que el sobreviviente pasase a contraer segundas nupcias (211). Era, por tanto, una especie de usufructo vitalicio sobre los bienes gananciales cuyos efectos derivaban del sometimiento voluntario de los cónyuges al llamado régimen de unidad o

como ejemplo la ley 5, del Título I, del Libro V del Fuero Viejo de Castilla: «*Esto es Fuero de Castiella: Que si un cauallero, e dueña son casados en uno, e se muere la dueña, e partier el cavallero con suos fijos del mueble, puede sacar el cauallero de mejorias suo cavallo, e sitas bestias, e suas armas de fuste, e de fierro: e si murier el cavallero, puede sacar la dueña fasta tres pares de paños de mejoría, si los ouier, e sua mula ensillada, e enfrenada, si lo ouier, e suo lecho con suo guarnimiento, el mejor que ouier, e una bestia para acémila, la mejor que ouier*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 97.

(208) BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 302.

(209) En este sentido, DILLARD afirma que la base de la seguridad económica de la viuda era el régimen matrimonial, a cuya disolución ésta haría suyos definitivamente sus bienes privativos y, además, recibiría la parte que le correspondiera en las propiedades adquiridas («La mujer...», *op. cit.*, pág. 125).

(210) MARTÍNEZ MARINA señala como peculiaridades de esta época la sustitución del nombre de «dote» por el de «arras» y algunas variaciones en su cuantía. Vid. «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 207 y sigs. También, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 84 y sigs., 216 y 217.

(211) Vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 158 y sigs.; ARVIZU, «La disposición *monis causa*»..., *op. cit.*, págs. 68 y sigs., 303 y sigs.

mitad (212), pero que también podía conseguirse testamentariamente en caso de inexistencia de hijos (213).

En cuanto a los legados a favor del otro cónyuge, su posibilidad en relación con los bienes familiares estuvo bastante limitada en el Derecho medieval, y, sobre todo, supeditada al consentimiento de los herederos (214). La razón estuvo seguramente en la voluntad de los legisladores de garantizar la continuidad de la familia (215), reflejada también en el orden intestado, pero además hay que tener en cuenta que los tradicionales legados romanos del marido a la mujer se habían institucionalizado a través de las llamadas *aventajas*, con lo que la finalidad a la que éstos habían servido desde antiguo estaba ya incluso garantizada legalmente y era, pues, lógico que, existiendo consanguíneos del premuerto y estando reconocidas legalmente determinadas atribuciones a favor del sobreviviente, se restringieran las disposiciones entre cónyuges que pudieran mermar los derechos de los primeros (216).

Vemos, pues, cómo la participación del viudo en la sucesión testamentaria del premuerto dependía, no sólo de que éste hubiera manifestado en tal sentido su voluntad, sino también y fundamentalmente del derecho prefe-

(212) Considera que son una misma cosa GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 160. Establecen sin embargo diferencias entre ambos regímenes, ARVIZU, «La disposición *monis causa*»..., *op. cit.*, págs. 68 y sigs.; DILLARD, «La mujer...», *op. cit.*, pág. 127, y BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, págs. 280 y 281.

(213) La posibilidad de institución recíproca de heredero de los cónyuges sin descendencia siguió manteniéndose, si bien ahora la gran influencia de la iglesia en las disposiciones *monis causa*, cuyo mejor reflejo fue la cuota *pro anima*, hizo que las disposiciones se redujeran también al establecimiento de un usufructo vitalicio a favor del supérstite, quedando las entidades eclesiásticas como definitivas destinatarias de los bienes. Vid. ARVIZU, «La disposición *monis causa*»..., *op. cit.*, págs. 300 y sigs.

(214) En relación con los bienes ganados o adquiridos, la realidad era otra. Su titularidad sobre los mismos se consideraba ilimitada y no estaba condicionada por el patrimonio doméstico al que pertenecían los propios, con lo que su disposición a favor del otro cónyuge era perfectamente lícita. Vid. GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, págs. 148 y 149.

(215) Así, OTERO, «Mandas...», *op. cit.*, pág. 401; GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 147; BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 284.

(216) Normalmente se condicionaba su validez a la inexistencia de hijos, aunque a veces también se tenía en cuenta que faltaran ascendientes o parientes en general. De cualquier modo, lo que sí se observa es un proceso de progresiva aceptación de las mandas entre cónyuges, limitadas en los primeros tiempos a una determinada cuantía de los bienes muebles y admitidas luego también sobre los inmuebles, pasando por una etapa intermedia en la que sólo se habría admitido legar el usufructo de estos últimos. La vuelta al punto de partida en el que se permitiría legar al viudo toda clase de bienes quedaría sin embargo siempre condicionada por el consentimiento de los herederos. Sobre las concretas limitaciones a la posibilidad de legar los bienes propios al otro cónyuge en el régimen en los distintos fueros de León y Castilla, vid., por todos, OTERO, «Mandas...», *op. cit.*, págs. 400 y sigs.

rente de los herederos, con lo que su situación tampoco pudo cambiar mucho por esta vía.

En cualquier caso, no se puede generalizar, pues, vistos los medios de que se disponía para proteger la viudedad, la situación variaría mucho dependiendo de las circunstancias del caso concreto. Lo que es importante subrayar es que legalmente no se daba al cónyuge supérstite derecho prácticamente a ninguna participación en los bienes privativos del premuerto, a no ser que fuera llamado como heredero intestado, posibilidad que se mantuvo prácticamente impracticable. El aludido espíritu protector de las viudas pudo dar sus frutos cuando los bienes comunes sobre los que debían recaer los derechos de viudedad y sacarse las ventajas fueran suficientes para cubrirlos y cuantiosos para que tuviera lugar un buen reparto, o cuando en vida se hubiera tratado de garantizar la futura viudez a través de alguno de los medios que permitían retrasar la partición hasta la muerte del supérstite, pero no cuando los gananciales fueran escasos o faltaran disposiciones voluntarias en tal sentido. De ahí la importancia que jugó el régimen comunitario de bienes como garantía de una situación que, en parte por desconfianza hacia el cónyuge y en parte por las acusadas concepciones troncales que imperaron en este período, no se resolvió a través de la concesión de derechos sucesorios propiamente dichos.

3. LA RECEPCIÓN DEL *IUS COMMUNE*

La Recepción del Derecho romano justiniano supuso un fenómeno de extraordinaria importancia para el desenvolvimiento de nuestro Derecho y, en general, de la mayor parte del continente europeo. La preparación del encuentro con el último Derecho romano se venía perfilando desde la Alta Edad Media, aunque la verdadera apropiación práctica del mismo, sobre todo en relación con el Derecho Privado, no llegó hasta finales del Medievo (217).

Pues bien, como consecuencia de ello, la presencia preponderante de los elementos romanos en el Derecho Civil se convirtió en la tónica general de la Baja Edad Media, presencia que fue especialmente patente en materia de Derecho sucesorio, siendo el mejor reflejo de ello la Partida VI, en la que quedaron de nuevo plasmadas las instituciones y principios típicos del Derecho hereditario romano en su fase final. La fuerza del influjo romanizador y centralista en Castilla llevó a la pérdida total de vigencia de la ley del Fuero

(217) Sobre el proceso de Recepción, WIEACKER, «Storia...», *op. cit.*, volume primo, págs. 35 y sigs., 177 y sigs.

Juzgo y de los fueros territoriales, de cuya aplicación no se puede hablar a partir de la segunda mitad del siglo XIV (218).

Particularmente, las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges serán transformadas bajo la óptica de los nuevos principios, siendo lo más representativo de este período la vuelta al régimen dotal romano e, íntimamente relacionada con éste, a la cuarta marital justiniana como único medio de atender a la subsistencia de la viuda. Es por ello por lo que se ha criticado que la legislación romanística «arrollara» las leyes civiles nacionales, sin percatarse de la existencia de determinadas instituciones del Derecho patrio que, como podría decirse de la viudedad del Fuero Juzgo, habían servido a buenos fines en la sociedad (219). No obstante, sí hubo alguna que se conservó, como el régimen de gananciales, que, fuertemente enraizado entre la población castellana, fue confirmado expresamente en su vigencia por el rey Sabio en el Fuero Real (220), y presupuesta la misma en las Partidas (221).

(218) No obstante, no hay que olvidar que la Recepción no se realizó de la misma manera en todos los territorios, con lo que la mayor o menor duración de la vigencia del Derecho anterior variaría mucho espacialmente. Así, mientras en Cataluña la Recepción fue muy fuerte y estaba ya asentada a comienzos del siglo XIII, en León y Castilla no tuvo una expresión tan radical ni se impuso hasta la aplicación de las Partidas en la centuria siguiente. Aragón experimentó una influencia bastante menor, que apenas fue perceptible en Navarra durante mucho tiempo. Vid. HINOJOSA, «El elemento...», *op. cit.*, págs. 12 y sigs.; «Sobre la condición...», *op. cit.*, pág. 20.

(219) Así lo expresaba MARTÍNEZ MARINA: «En fin nuestros doctores, como si fueran extranjeros en la jurisprudencia nacional, é ignoraran el derecho patrio y las excelentes leyes municipales, y los buenos fueros y las bellas y loables costumbres de Castilla y León, y olvidándose ó desentendiéndose de la intención del soberano, que siempre deseó conservar en su nuevo código los antiguos usos y leyes en quanto fuesen compatibles con los principios de justicia y pública felicidad, y no conociendo otro manantial, ni mas tesoro de erudición y doctrina civil y eclesiástica que las Decretales, Digesto y Código, y las opiniones de sus glosadores, introduxéron en las Partidas la legislación romana y las opiniones de sus intérpretes, alterando y aun arrollando toda nuestra constitución civil y eclesiástica en los puntos mas esenciales con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de nuestros soberanos» («Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 273).

(220) Título III del Libro III: *De las ganancias del marido y la muger*. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 121.

(221) Varios son los preceptos de los que se puede deducir la subsistencia de la sociedad de ganancias, siendo quizás el más claro el contenido en la ley 24, del Título XI, de la Partida IV, cuando dispone que para todo lo referente al régimen económico del matrimonio debe regir la costumbre del lugar donde éste se celebró: «*Esso mismo seria, maguer ellos non pusiessen pleyto entre si, ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deve valer, quanto en las dotes: e en las arras, e en las ganancias que fizieron...*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 502. También se podría deducir tal vigencia del comienzo de la misma ley 24, al expresar que «*contece muchas vegadas: que quando casan el marido e la mujer, ... ofazen su auenen- cia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno*» (cfr. *op. ult. cit.*, pág. 502), o de

Si bien el Código de las Siete Partidas supone para el Derecho de Castilla el momento culminante de la Recepción, la pequeña preferencia cronológica del FUERO REAL (año 1255) y su atribución al mismo rey Alfonso el Sabio, justifican, junto con su bastante inferior grado de romanización, unas indicaciones previas sobre este cuerpo legal.

Lo que más llama la atención de su régimen sucesorio intestado es que ni siquiera hizo referencia al cónyuge supérstite: la ley 1 del Título VI del Libro III estableció el orden de llamamientos colocando en primer lugar a los hijos y descendientes legítimos, en su defecto, a los padres y ascendientes, y, en ausencia de estos últimos, a los más próximos parientes, sin fijar tampoco un límite de grado (222). Por su parte, la ley 3 del Título V del mismo Libro determinó que los bienes de aquél que muriera sin parientes y sin manda pasaran al Rey (223). Queda, pues, patente que, según esta regulación, el cónyuge viudo no podría nunca ser heredero intestado.

Además, en el Fuero Real no aparecen otro tipo de disposiciones complementarias que, de alguna manera, pudieran contribuir al mantenimiento del supérstite. Únicamente la ley 6 de igual Título y Libro parece contener un vestigio de la etapa anterior, pues concedió al viudo o viuda el derecho a excluir de la partición el «lecho cotidiano», condicionado al requisito de mantenerse en viudedad (224). Vemos entonces en la regresión de este tipo

la ley 15, del Título 17, de la Partida VII, que vuelve a hacer referencia a las cosas que los cónyuges tengan o ganen *de consuno* (cfr. *op. ult. cit.*, págs. 647 y 648). Vid. COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 244 y sigs.

(222) F. R. 3.6.1: «E si home qualquier muriere sin manda, y herederos no hobiere, asi como es sobredicho (se refiere a los hijos y descendientes legítimos), el padre, é la madre hereden toda su buena comunamente: é si no fuere mas vivo del uno, aquel lo herede: é si no hobiere padre, ni madre, herédenlo los abuelos, ó dende arriba, y de esta guisa mesma: é si alguno no hubiere de estos, herédenlo los mas propinquos parientes que hubiere, asi como son hermanos, ó sobrinos fijos de hermanos, ó dende ayuso». Disposición completada por las leyes 7, 10, 12 y 13, de igual Libro y Título, para los modos de distribución de la herencia, de los que se pueden resaltar las distinciones que, en cuanto a la procedencia de los bienes en la sucesión de abuelos y hermanos, establecieron las leyes 10 y 12. No hay una troncalidad tan fuerte como la que rigió con algunos Fueros municipales pero ésta todavía subsiste. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 123 y 124.

(223) F. R. 3.5.3: «Si el home que muriere no hobiere parientes ningunos, é ficiere manda de sus cosas, derecho es que se cumpla la manda según la fizo: é si él no ficiere manda, hayalo todo el Rey». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 123.

(224) F. R. 3.6.6: «Si el marido ó la muger muriere, el lecho que habien cotidiano finque al vivo: é si se casare tórnenlo á partición con los herederos del muerto». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 124.

Si bien por su poco valor patrimonial y por su carácter simbólico esta atribución del lecho debiera considerarse un derecho de ventajas, apareció sometido sin embargo al régimen de la viudedad, produciéndose de nuevo la confusión entre ambos derechos que

de derechos una primera consecuencia de los comienzos de la Recepción justinianeas, que harán improcedente de ahora en adelante una regulación de los derechos de aventajas (225).

En relación con las disposiciones de carácter voluntario sí es de destacar que el Fuero Real recogiera expresamente la posibilidad de que los cónyuges celebraran entre sí un pacto de hermandad, tan arraigado en Castilla, en virtud del cual se heredaran recíprocamente, aunque restringiendo ahora la libertad de las partes, pues sólo podía realizarse a falta de descendencia legítima y tras el primer año de matrimonio (226). No obstante, el requisito de que tampoco existieran otros parientes ha llevado a considerar que este pacto quizá pudiera recaer también sobre los bienes propios, y no sólo sobre el patrimonio ganancial, como había venido sucediendo hasta este momento (227).

Pues bien, el conocimiento y difusión del Derecho romano conocerá su mayor apogeo en la Península a finales del siglo XIII, con el Código alfonsino de las Siete PARTIDAS, de importancia decisiva para el desenvolvimiento del Derecho posterior. En él se hará una nueva valoración de los textos del Digesto en cuanto al régimen jurídico de la mujer (228), siendo el retorno a

tantas veces se manifestó en el Derecho medieval pero que ahora constituye además un síntoma más del decaimiento de la institución.

(225) Esto se hará patente sobre todo, como veremos, a partir de la consagración del sistema dotal romano en las Partidas, pues el Fuero Real en materia de dote siguió bastante fielmente los principios visigodos. Vid. OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, págs. 514 y 515, y BERMEJO, «Parentesco...», *op. cit.*, pág. 302, que relacionan también la inminente desaparición de las aventajas con la legitimación de las donaciones del marido a la mujer, con efectos *mortis causa* condicionados a que se mantuviera en una viudedad digna y debiendo ser reservadas a los hijos comunes (F. R. 3.12.9. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 128).

(226) F. R. 3.6.9: «*Si el marido, é la muger ficieren hermandad de sus bienes, de que fuere el año pasado que casaren en uno, no habiendo fijos de consuno, ni de otra parte que hayan derecho de heredar, vala tal hermandad: é si después que ficieren la hermandad hobieren fijos de consuno, no vala la hermandad: ca no es derecho que los fijos que son fechos por casamientos, sean desheredados por esta razón*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 124.

Sobre la vigencia de este pacto en el Fuero Real, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 129 y sigs.

Existiendo hijos y descendientes legítimos la libre disposición del causante siguió estando reducida a un quinto de sus bienes (F. R. 3.5.9). Por ello, las donaciones entre cónyuges se condicionaban a la inexistencia de hijos, siendo válidas sólo en cuantía que no excediera del quinto libre si después sobrevinían (F. R. 3.12.3). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 127.

(227) Así, GACTO, «La condición jurídica...», *op. cit.*, pág. 161.

(228) GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 193; *El patrimonio uxorio en las Partidas*, Studi in onore di Edoardo Volterra, vol. IV, Pubbl-

la cuarta justinianeana uno de los temas que más interés suscita, tanto por su significado como por su prolongada vigencia hasta la promulgación del Código Civil.

El Título XIII de la Partida VI, dedicado a la sucesión intestada («*De las herencias que orne puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento*»), constituye un fiel reflejo de los principios romanísticos, tanto en relación con los modos de distribución de la herencia, *in capita*, *in stirpes* o *in lineas*, sin residuos del principio de troncalidad (229), como por lo que se refiere al orden de suceder. En este último, se llama sucesivamente a descendientes, ascendientes y colaterales, admitiéndose de nuevo en el segundo orden, a imitación de la Novela 118, a los hermanos germanos en concurrencia con los padres o abuelos, por iguales partes (230).

Método en general sencillo y equitativo (231), ideado por Justiniano con base en el criterio de la presunción de afecto del causante, sino fuera porque la ley 6 situó el llamamiento del cónyuge supérstite en defecto de colaterales de décimo grado (232), lo cual parece que dista mucho de la equidad y de lo que racionalmente se presume que un causante medio de la época, en la que el matrimonio no se puede decir que fuera concebido simplemente como un contrato, hubiera querido para su consorte. Tal disposición ha sido considerada, con razón, un «verdadero oprobio», pues nunca en la historia de la legislación española se situó ni se situará al cónyuge sobreviviente en lugar más alejado e improbable de realizar, ni siquiera en el Derecho romano que le sirvió de ins-

cazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, Casa Editrice Dott. A. Giuffrè-Milano, 1971, pág. 209.

(229) Ello lleva a que se hable ya en esta época de una cierta transformación de la familia, de la entendida en sentido amplio, regida por la parentela, producto en buena parte de las necesidades sociales que creó la Reconquista, a la más moderna familia nuclear o conyugal. Vid. GÁMEZ MONTALVO, «Régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 32, 74 y sigs.

(230) Sobre el modo de suceder en cada uno de los órdenes establecidos por las Partidas, ASSO Y DEL RÍO, I. J. DE/MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. DE, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1792, edición facsímil, Lex Nova, Valladolid, 1975. págs. 127 y sigs.; SALA, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, Tomo I, Madrid. 1820. págs. 220 y sigs.

(231) SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 220.

(232) Partida 6.13.6: «...E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non ouiesse parientes, de los que suben o descien den por la liña derecha, nin ouiesse hermano, nin sobrino o fijo de su hermano, que destos adelante, el pariente que fuere fallado que es mas cercano, del defunto fasta el dezeno grado, esse heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, e el muerto auia muger legitima, quando fino, heredara ella todos los bienes de su marido, esso mismo dezimos del marido, que heredara los bienes de su muger en tal caso como este. E si por auentura el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonce heredara todos sus bienes la cámara del Rey». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 605.

piración (233). Además, hay incluso autores que interpretan el límite legal del «*dezeno grado*» de la sucesión colateral como el «*doceno*» o duodécimo, no el décimo, con lo que la situación sería todavía peor, si cabe (234).

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, el cónyuge no experimentaría realmente cambios en el llamamiento, pues el que había sido tradicional límite del séptimo grado desde el Derecho romano era casi igual de irrealizable. El paso del séptimo al décimo o duodécimo no supondría un empeoramiento a la hora de hacerse efectivo, pues siendo antes casi imposible ahora sólo lo era un poco más. Lo que sí es cierto es que los legisladores, en un período tan extenso históricamente como el que va del Derecho romano a la Codificación civil, no consideraron para nada necesario facilitar al cónyuge la posibilidad de ser heredero legal del premuerto. Parece como si hubiera habido acuerdo en reconocer el derecho de los cónyuges de heredarse mutuamente, pero en último lugar, «como si costándoles trabajo precisar el sitio que ocupan en la familia no hubieran encontrado más recurso que dejarlos fuera» (235).

Las Partidas supusieron, por tanto, un retroceso en la historia de la sucesión intestada del cónyuge, aunque ello hay también que considerarlo en el marco general de su legislación. Ciertamente, la subordinación de la economía del matrimonio al régimen dotal, de nuevo el romano (236), y la acep-

(233) Así la calificó SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, Tomo VI, vol. 3.º Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1910, pág. 1625. Además, este autor achacó a las Partidas el que favorecieran más a la concubina que a la mujer legítima, pues, según la ley 8, la primera tenía siempre derecho en defecto de hijos legítimos o legitimados, o sea, en concurrencia con los hijos naturales, ascendientes y colaterales, a una doceava parte de la herencia, mientras que la mujer legítima nunca tenía derecho a nada, a no ser que fuese pobre, si no era en ausencia de parientes de décimo grado. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 605. En este sentido también la crítica de MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 338.

(234) Así, MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 338; CASTÁN TOBENAS, «La sucesión del cónyuge viudo...», *op. cit.*, pág. 30, y GARCÍA GARRIDO, «El patrimonio de la mujer casada...», *op. cit.*, pág. 201; «El patrimonio uxorio...», *op. cit.*, pág. 215. No obstante, más que una interpretación esto es consecuencia de la confusión que se originó entre los autores antiguos ante la equivocación de copia que sufrieron algunos Códices de las Partidas, y que, parece ser, ha confundido incluso en tiempos modernos. El verdadero texto debió decir *dezeno* (MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», *op. cit.*, Tomo XVI, pág. 519).

(235) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, Tomo tercero, Madrid, 1871, págs. 636 y 637.

(236) Sobre la detallada regulación de la dote contenida en la Partida IV, consecuencia lógica de la importancia que alcanzó, ASSO Y MANUEL, «Instituciones...», *op. cit.*, págs. 51 y sigs.; SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, págs. 47 y sigs. Modernamente, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 155 y sigs.; GÁMEZ MONTALVO, «Régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 116 y sigs.

Las Partidas también trataron de recoger sin éxito la donación del marido a la mujer por razón de matrimonio, la antigua *donatio propter nuptias*, de igual cuantía que la dote,

tación del sistema ganancial, son factores que debieron llevar al legislador a considerar que quizá el cónyuge supérstite, en particular, la viuda, debía tener de ordinario su subsistencia cubierta por esas vías. Y, para cuando esto no fuera así, por ser pobre e indotada, se resucitó el recurso de la famosa *quarta uxoria justinianeana*, ahora denominada cuarta marital.

Así, dispuso la ley 7, del Título XIII, de la Partida VI:

«*Paganse los omes a las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa e derecha es, pues que las aman, e las honrran en su vida, que non finquen desamparadas a su muerte. E por esta razón tuuieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien, e honestamente beuir, nin ella lo ouiesse de lo suyo que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer aya fijos, pero esta quarta parte non deue montar mas de cient libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta ouiesse de lo suyo con que pudiesse beuir honestamente no ha demanda ninguna, en los bienes del finado, en razón desleí quarta parte*» (237).

Se concedió, pues, este derecho exclusivamente a la mujer viuda, igual que en el Derecho romano, y a la viuda pobre, que no tuviese con que vivir bien y honestamente, propio o dejado por el marido premuerto, sobreentendiéndose entonces que el viudo pobre tendría más facilidad que la mujer para salir adelante por medio de su trabajo o industria (238). Pero la cuota, una cuarta parte de la herencia no superior a cien libras de oro, era siempre en propiedad e igual, con independencia de la existencia o no de hijos y de su número, a diferencia aquí sí del Derecho romano.

Estos caracteres de la cuarta han llevado a que se la considere una «legítima circunstancial» (239), una «deuda legal» que debería, por tanto, sacarse de to-

pero diciendo que en España tomaba el nombre de arras. Aparte de la confusión de conceptos, la *donatio* romana ya no estaba en uso (SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 56). Con detalle, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 213 y sigs.; GÁMEZ MONTALVO, «El régimen jurídico...», *op. cit.*, págs. 136 y sigs.

(237) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 605.

(238) GREGORIO LÓPEZ entendió sin embargo posible que el viudo pobre reclamara la cuarta. Vid. LÓPEZ, G., *Las Siete Partidas del Sabio rey Don Alonso el Nono, glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M.*, Tomo III, Madrid, 1789, Glosa (4) a la ley 7, Título XIII, Partida VI, pág. 217, al que siguió FEBRERO, J., *Librería de Escribanos, é instrucción jurídica theorico práctica de Principiantes*, Parte Primera, Tomo Primero, Madrid, 1789, edición facsímil, Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, págs. 201 y 202.

No obstante, con posterioridad, se rechazó expresamente esta posibilidad. Así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639, y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 766.

(239) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 766.

dos los bienes del difunto (240), o un derecho de alimentos, que, por consideración a la desgracia de la viuda, habría establecido la ley (241). Con independencia de la denominación que se le atribuya, lo que es evidente es que se trataba de un derecho legalmente reconocido que debía hacerse efectivo, por tanto, en cualquier tipo de sucesión, testada o intestada. La viuda que reuniera los requisitos exigidos por la ley tenía derecho a la propiedad de una cuarta parte de la herencia del marido, por lo que no se entiende muy de acuerdo con la naturaleza de la institución la doctrina que afirmó que en realidad sólo tenía derecho al usufructo, debiendo reservar la propiedad a los hijos comunes (242), y que le perdía en caso de vida deshonestista (243). La ley de Partida no estableció tales condiciones, por lo que no debieron ser añadidas a las ya exigidas (244).

Otro tipo de cuestiones que se podían plantear eran si la viuda tenía derecho a la cuarta cuando la dote fuera de pequeña cuantía (245), cuando pudiera ejercer algún trabajo o industria que le proporcionara rendimientos suficientes para poder vivir «bien y honestamente» (246), cuando el marido le hubiera dejado voluntariamente algo en su testamento (247), o cuando tuviera padre rico al que pudiera pedir alimentos (248).

Legitimarios realmente sólo eran, como en el Derecho romano justinianeo, los descendientes, ascendientes y hermanos pospuestos a persona torpe. Vid. SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, págs. 169 y sigs.

(240) SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 224.

(241) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639.

(242) G. LÓPEZ, «Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (7) a la Partida 6.13.7, pág. 218.

(243) G. LÓPEZ, «Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (9) a la Partida 6.13.7, pág. 219.

(244) Tal obligación de reservar no la estableció la ley más que para el caso de la viuda que contrajera segundas nupcias y con relación a las arras y donaciones que hubiera recibido de su marido (Partida 5.13.26, en relación con la Partida 4.1 1.23). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, págs. 561 y 502. En este sentido, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639.

(245) A pesar de que la ley hace referencia a la viuda indotada, es normal que, con base en el espíritu de la misma, se entendiera que también procedía en caso de dotes insuficientes para asegurar una digna subsistencia (LÓPEZ, «Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (3) a la Partida 6.13.7, pág. 217).

(246) G. LÓPEZ afirmó que sí, pues la ley no hacía referencia a lo que la viuda pudiese adquirir en un futuro sino a lo que tuviera al tiempo de la muerte del marido («...*nin ella ouiesse de lo suyo, intelligitur tempore mortis mariti...*») («Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (6) a la Partida 6.13.7, pág. 218).

(247) En este caso, G. LÓPEZ entendió que si lo dejado por el marido era suficiente para que la viuda pudiese vivir bien y honestamente, aunque fuera de menor cuantía que la cuarta, no podría reclamarla. En caso contrario, sí, debiendo imputar en ella el legado recibido («Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (5) a la Partida 6.13.7, pág. 217). En el mismo sentido, SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 224, a no ser que el marido hubiese hecho tal atribución reservándole expresamente el derecho a recibir la cuarta.

(248) Los autores se pronuncian aquí a favor de la preferencia de la cuarta marital, pues, como dice G. LÓPEZ, la mujer por el matrimonio se liberó de la patria potestad del

La cuarta marital es un buen ejemplo de la extraordinaria preeminencia que las leyes romanas llegaron a tener, pues consiguieron borrar en Castilla cualquier resto consuetudinario del usufructo que, con mayor justicia, había concedido siglos antes el Fuero Juzgo a la madre viuda. Tampoco era posible que la nueva legislación, marcada por el sistema dotal, recogiera instituciones como la mejoría o derecho de excluir determinados bienes de la partición, si bien es cierto que en la práctica se conservó gracias a la conservación misma de la sociedad de gananciales, en la que tenía su razón de ser (249). La cuarta marital de las Partidas, vigente hasta la promulgación del Código Civil, fue calificada de ridícula y mezquina (250), de poco generosa (251), de disposición rara e impertinente, que no estaba de acuerdo siquiera con los principios generales sobre sucesiones que inspiraban la misma Partida (252), y, en último término, de innecesaria, si se hubiesen respetado las antiguas leyes de Castilla (253).

En conclusión, las Partidas protegieron al cónyuge sobreviviente de modo bastante más imperfecto que la legislación anterior, representando un estadio de la evolución histórica bastante regresivo. La superioridad científica y técnica del Derecho romano está fuera de duda, pero esto no conlleva necesariamente la justicia intrínseca de sus instituciones y, en este caso, es obvio que la posición en que el cónyuge se situaba en la familia y la relación que durante buena parte de su vida había debido tener con el premuerto merecían, superados ya tiempo atrás los estadios primitivos del Derecho, algo más (254).

Únicamente a través de disposiciones voluntarias se podría mejorar en algo esta situación. Dentro del sistema de las Partidas cabía la posibilidad de hacer legados al otro cónyuge, como lo demuestra el mismo texto de la ley 7 cuando dice que procederá la cuarta «*si el marido non dexasse a tal muger en que pudiesse bien, e honestamente beuir*». Pero hay que tener también en cuenta que, volviendo de nuevo al Derecho justiniano, se con-

padre y, además, podía darse el caso de existencia de hijos con derecho también a reclamar alimentos («Las Siete Partidas...», *op. cit.*, glosa (6) a la Partida 6.13.7, pág. 218).

(249) OTERO, «Aventajas...», *op. cit.*, pág. 516.

(250) CASTÁN TOBEÑAS, «La sucesión del cónyuge viudo...», *op. cit.*, págs. 30 y 31.

(251) GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 639.

(252) MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, págs. 338 y 339.

(253) Concretamente tres: que el marido dotase a la mujer, que no se celebrase matrimonio sin dote, y que, a la muerte del marido, quedase la viuda como usufructuaria de sus bienes (MARTÍNEZ MARINA, «Ensayo histórico-crítico...», *op. cit.*, pág. 339).

(254) Vid. WIEACKER, «Storia...», *op. cit.*, págs. 217 y 218. Ello es, además, particularmente reseñable si se tiene en cuenta por vía de comparación con lo que las regulaciones europeas, también receptoras del Derecho común, establecieron a este respecto situando al cónyuge supérstite normalmente en mejor situación que en el Derecho justiniano. Vid. COING, H., *Derecho Privado europeo*, I, Derecho Común más antiguo (1500-1800), traducción y apostillas: Antonio Pérez Martín, Clásicos contemporáneos, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, págs. 765 y 766.

sideraron nulas las donaciones entre cónyuges si se producía empobrecimiento en el donante a no ser que éste no las revocara en vida, produciendo efectos, de este modo, a la muerte del mismo (255). Por su parte, el pacto de hermandad siguió considerándose lícito, pues, si bien las Partidas no se refirieron a él directamente, la práctica demuestra que continuó realizándose en la línea de la regulación dada por el Fuero Real (256).

4. EL CAMINO HACIA EL SIGLO XIX: LA CONTINUIDAD REPRESENTADA
POR LAS LEYES DE TORO Y POSTERIORES CUERPOS RECOMPILADORES

La proliferación del Derecho escrito propia del Estado moderno trajo como consecuencia el surgimiento de importantes dificultades a la hora de proceder a la aplicación de las normas. Su abundancia, dispersión y ausencia de ordenación armónica produjeron confusión, lagunas y reclamaciones en exceso que acabaron provocando la necesidad de poner orden a la situación existente a través de la compilación de las mismas. La tarea recopiladora de las leyes existentes será lo que marque en lo sucesivo, hasta el surgimiento del ideal codificador en el siglo XIX, la historia jurídica.

La primera recopilación castellana a tener en cuenta en la materia que nos ocupa la constituyen las ochenta y tres LEYES de TORO, ordenación del Derecho Civil de la época publicada en el año 1505 «*con objeto de poner término á la varia y contradictoria inteligencia que se daba en muchos casos á las leyes del Fuero, Partidas y Ordenamientos, y para suplir en otros la falta de texto legal á que atenerse en la decisión de los litigios*» (257), incorporadas posteriormente a la Nueva y Novísima Recopilación.

El carácter corrector de estas leyes afectó al régimen sucesorio intestado establecido por las Partidas sobre todo en aquellos puntos en los que estas últimas adoptaron singularidades del Derecho romano, como la concurrencia de ascendientes y hermanos en el segundo orden, que no arraigaron (258).

(255) Partida 4.11.4. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 499. Sobre este particular, COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 235 y sigs.

(256) Vid. COLLANTES DE TERÁN, «El régimen económico...», *op. cit.*, págs. 264 y sigs.

(257) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 719.

(258) La ley 7 de Toro (ley 2, Título XX, Libro X, de la Novísima Recopilación) expresamente dispuso que los hermanos no podían concurrir a la herencia con los padres o ascendientes, o, lo que es lo mismo, que éstos últimos excluían a los primeros. Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 722.

Es de destacar también que la ley 6 de Toro (N. R. 10.20.1) restableció el derecho de troncalidad en la sucesión de los ascendientes en aquellos lugares donde existiera por

Respecto al llamamiento del cónyuge supérstite, las leyes de Toro no se refirieron expresamente al límite máximo a que podía llegar la sucesión de los colaterales, por lo que debe entenderse que éste seguiría siendo llamado en defecto de parientes de décimo grado, según la disposición de la ley de Partidas, de aplicación supletoria según el orden de prelación de fuentes establecido por el Ordenamiento de Alcalá en 1348 (259).

La cuarta marital siguió también vigente, lo cual se deduce tanto de su no derogación expresa como de una referencia accidental de la ley 32 de Toro, en la que, con ocasión de las facultades del comisario, se dispuso que, si el causante dejó mujer, aquél debía dejarle «*lo que según leyes de nuestros Reynos le puede pertenecer*» (260).

Vemos, pues, que la situación del cónyuge sobreviviente no cambió en absoluto (261). Lo único que se puede poner de relieve como particularidad es que las leyes de Toro consiguieron una mayor armonización de la sociedad de gananciales con el régimen dotal romano (262), y que adoptaron una posición bastante clarificadora en cuanto a la primera, al distinguir en varias ocasiones entre bienes ganados o adquiridos y bienes propios para dejar constancia de su distinto régimen (263).

fuero, frente a la legislación de las Partidas, que no admitió distinción de bienes («...*lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do según el fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la rayz á la rayz*». Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 722).

(259) Sobre el orden de suceder resultante tras las modificaciones introducidas por las leyes de Toro, vid. LLAMAS Y MOLINA, S. DE, *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1852, edición facsímil, Banchs, Barcelona, 1974, págs. 57 y sigs.

(260) Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. primero, *op. cit.*, pág. 724.

(261) La parte de libre disposición existiendo hijos, y, por tanto, de que un cónyuge podría disponer para después de su muerte a favor del otro en concurrencia con éstos, siguió siendo un quinto de la herencia, de nuevo constatado por la ley 28 de Toro (N. R. 10.20.8). Si los legitimarios eran ascendientes sí se estableció modificación en la parte libre, ahora un tercio [ley 6 de Toro (N. R. 10.20.1)]. Vid. LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, págs. 57 y sigs., 264 y sigs.

Por otro lado, se declaró expresamente la imposibilidad de renunciar a la ley del Fuero Real por la que se limitaba la cuantía de las arras dadas por el marido a la mujer a una décima parte de sus bienes, con la finalidad de no perjudicar el derecho de los parientes consanguíneos. Vid. *op. ult. cit.*, págs. 422 y sigs. [comentario a la ley 50 de Toro (N. R. 10.3.1)].

(262) HINOJOSA, «Sobre la condición...», *op. cit.*, pág. 24.

Por ello, el pago de la dote o donación *propter nuptias* prometida a los hijos que se casaban se determinó que debía hacerse con cargo preferente a los gananciales. Vid. LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, págs. 447 y sigs. [comentario a la ley 53 de Toro (N. R. 10.3.4)].

(263) Así, la ley 14, al declarar la plena libertad del viudo o viuda para disponer de los bienes adquiridos durante el matrimonio; la ley 15, al establecer la obligación de los mismos cuando contrajeran segundo matrimonio de reservar a los hijos del primero todo

Durante los siglos XVI y siguientes siguieron sucediéndose recopilaciones de leyes, ante la dificultad no resuelta de saber en muchas ocasiones cuál era la norma aplicable al caso concreto. Así, la NUEVA RECOPILACIÓN de las leyes de España, de 1567, y la tardía NOVÍSIMA, de 1805 (264), persiguieron la finalidad de crear un cuerpo legal metódico y actualizado que ayudase en la resolución de los conflictos, si bien no estuvieron a la altura de las circunstancias. El objetivo perseguido no se logró nunca, aparte de que la reiteración del sistema compilador en la Novísima resultó algo bastante desfasado en un momento en el que en Francia se había publicado ya el *Code Civil*.

La sucesión intestada no experimentó modificaciones en sus líneas generales, pues se limitaron a recoger las disposiciones de las leyes de Toro (265). No obstante, sí que hay que subrayar, por lo que concierne al llamamiento del cónyuge supérstite, una novedad importante, pues la Novísima limitó el derecho de los colaterales al cuarto grado, disponiendo, sin hacer ninguna referencia al cónyuge, que, en ausencia de «heredero de los que suben ó descienden de línea derecha, ó de travieso», los bienes del difunto pasarían a la Cámara del rey (266).

lo que hubieran recibido del premuerto a título lucrativo, es decir, bienes propios, o la ley 16, al disponer que los bienes que el marido dejase a la mujer en testamento no debían de entenderse comprendidos en su mitad de gananciales. Vid. LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literario...», *op. cit.*, págs. 131 y sigs. [comentario a las leyes 14, 15 y 16 de Toro (N. R. 10.4.6, 7 y 8)].

(264) Especialmente sobre esta última, MARTÍNEZ MARINA, F., *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

(265) Sobre el orden sucesorio intestado plasmado en estas Recopilaciones, FEBRERO, «Librería...», *op. cit.*, págs. 190 y sigs.; ASSO Y MANUEL, «Instituciones...», *op. cit.*, págs. 127 y sigs.; SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, págs. 219 y sigs.

(266) N. R. 10.22.1 (R. 5.8.12): «Todo hombre ó muger que finare, y no hiciere testamento en que establezca heredero, y no hubiere heredero de los que suben ó descienden de línea derecha, ó de travieso, todos los bienes sean para nuestra Cámara». Determinaron el límite del cuarto grado, N. R. 10.22.6 (Instrucción adjunta de 26 de agosto de 1786, núm. 7, 8 y 9), y N. R. 2.11.1 (R. 1.10.9) (Real Cédula de Carlos I de 20 de noviembre de 1522). Cfr. MARTÍNEZ ALCUBILLA, «Códigos...», vol. segundo, *op. cit.*, págs. 1774 y sigs., 908.

Es difícil determinar los motivos por los que se supone que cayó en desuso la limitación del décimo grado establecida por las Partidas, pero tanto la Instrucción de 1786 como la Real Cédula de 1522 son claras en este sentido. Otra Instrucción de 7 de marzo de 1831 vino de nuevo a confirmar el límite del cuarto grado, aclarando además que éste debía entenderse según la computación civil. Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 631; MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», *op. cit.*, tomo XVI, pág. 519. Quizá la existencia de un absorbente criterio fiscal por parte de la Corona en esta época sea la única explicación. En este sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 767.

A favor de la limitación de la sucesión colateral en el cuarto grado civil, FEBRERO, «Librería...», *op. cit.*, págs. 196 y 199. No obstante, con anterioridad a la instrucción de

Esta falta de mención del cónyuge motivó que la doctrina dudara a propósito de la vigencia de su derecho en el orden sucesorio, aun a pesar de que la supletoriedad de las Partidas podía utilizarse válidamente para salvar la injusticia de su olvido (267). En cualquier caso, queda patente que la voluntad del legislador seguía estando muerta por lo que a este tema se refiere, como así se reconoció en la Exposición de Motivos del proyecto de Código Civil de 1836, en la que se declaró que «tampoco se atendió por aquellas leyes en el modo debido al derecho que da la naturaleza o el afecto personal a los hijos naturales, a los legitimados por Real gracia, a los adoptivos, y al cónyuge sobreviviente» (268).

La cuarta marital tampoco fue derogada por las leyes recopiladoras, pues nada establecieron con relación a ésta (269), prolongándose de este modo la subsistencia a lo largo de los siglos de una institución que, más que un derecho sucesorio, parecía una limosna dada a la viuda que carecía de bienes para vivir dignamente tras la muerte del marido.

Continuidad, pues, con respecto a la situación anterior, acaso empeorada, si cabe, en cuanto al llamamiento a la sucesión intestada, ahora también aparentemente inexistente. Ello es difícilmente explicable en relación con el avance de la historia si no es por la existencia de un desmedido afán recaudatorio por parte del Estado que habría llevado a limitar el derecho de los parientes colaterales y a ignorar injustamente al cónyuge supérstite en una fase que, además, dadas las dificultades de nuestra codificación civil, se prolongará hasta la promulgación del Código Civil en 1889.

MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

1831, hubiera podido válidamente alegarse la computación canónica del cuarto grado, que equivalía al octavo civil, para afirmar que no se pretendió innovar de modo tan radical con relación al Derecho anterior. En este sentido, SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 228, y LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, pág. 67.

(267) Así, consideró subsistente el llamamiento del Código alfonso en defecto de colaterales, LLAMAS Y MOLINA, «Comentario crítico-jurídico-literal...», *op. cit.*, pág. 67.

En contra, entendieron que la no mención del cónyuge supuso la derogación del llamamiento de las Partidas, FEBRERO, «Librería...», *op. cit.*, pág. 196; ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo II, Madrid, 1847, Voz «Hereditario legítimo o abintestato», pág. 25; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, «Códigos...», *op. cit.*, pág. 637; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, Tomo VI..., vol. 2.º, *op. cit.*, pág. 767, y MUCIUS SCAEVOLA, «Código Civil», *op. cit.*, Tomo XVI, pág. 509.

(268) Cfr. LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación española*, 4, Codificación civil (Génesis e historia del Código), vol. II, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pág. 126.

(269) Así, SALA, «Ilustración...», *op. cit.*, pág. 224.