

Aproximación histórica a los derechos sucesorios de los ascendientes

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo ha nacido del deseo de comprender –si fuera posible– el alcance exacto de la escueta noticia que ofrece Tácito («Germania», 20) sobre las reglas de devolución sucesoria entre los germanos de su tiempo:

«Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum; si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patruī, avunculi.»

Este problema, por otra parte, ha suscitado el interés de muchos historiadores del Derecho, que le han dado explicaciones diversas¹.

Pareció interesante, para intentar resolverlo, o al menos, acercarse a esa solución, examinar cuál era, en otros momentos y lugares –desde la Antigüedad hasta la Edad Media– la situación sucesoria de los ascendientes, al objeto de comprobar si puede darse una explicación intemporal a su regulación.

Pero, a raíz de este examen, surgieron nuevos interrogantes.

Esta sucesión de los ascendientes, siempre que se ha planteado, lo ha sido a falta de descendientes o, al menos, de los hijos del *de cuius*: unas veces es admitida, otras no. Cuando no se admite, o bien es porque no se hace mención

¹ Estas explicaciones son expuestas en la obra de Alexander GAL, «Der Ausschluss der Ascendenten von der Erbenfolge und das Fallrecht», en *Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte. Herausgegeben von Dr. Otto Gierke*, 72 Heft, Breslau, 1904, pp 6-7 en nota.

de ella, o bien porque se prevé expresamente la exclusión de los ascendientes en la sucesión del *de cuius* muerto sin descendencia.

Entre los interrogantes a los que antes se ha aludido, unos son sugeridos por la legislación visigoda —que contempla y admite la sucesión de los ascendientes— porque presenta unas disposiciones de contenido dudoso o de difícil explicación. Son disposiciones del Código de Eurico², luego retomadas por el *Liber Iudiciorum*³, que tratan sobre la sucesión de los ascendientes y sobre otras disposiciones sucesorias, pero relacionadas con las primeras. Se ha intentado aclararlas o, al menos, decir de qué manera parece que deban ser entendidas.

En cuanto a los casos de no-sucesión de los ascendientes, ya porque no se menciona esta sucesión, ya porque se prevé expresamente la exclusión de aquéllos, se ha tratado de saber en qué medida puede hablarse de exclusión deliberada de los ascendientes.

Otros autores que se han interesado por esta cuestión han aportado aclaraciones definitivas, pero que, a mi juicio, no agotan el problema⁴.

Finalmente, tras este examen de la historia de la situación sucesoria de los ascendientes, se ofrece la explicación —que parece deducirse de ello— a la vez, de la admisión y del rechazo de tal sucesión.

Así pues, van a tratarse en primer lugar los problemas suscitados por la sucesión de los ascendientes en *CE* y *LV*, para examinar, a continuación, en qué medida la no-sucesión de los ascendientes se debió a la voluntad deliberada de excluirlos. En un último apartado se examinarán las razones que pueden explicar, a lo largo de la historia, la admisión o la exclusión de los ascendientes en la sucesión de sus descendientes.

2. PROBLEMAS SUSCITADOS POR LA SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES EN EL CÓDIGO DE EURICO Y EN EL *LIBER IUDICIORUM*

2.1 LA SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES EN EL *CE*

En este punto, nos interesan especialmente los capítulos 336⁵ y 328⁶. *CE* 336 establece que, a falta de hijos o nietos del *de cuius*, heredan el padre o la

² En adelante, *CE*.

³ En adelante, *LV*.

⁴ GAL, «Ausschluss», cit. nota 1. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, «O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar», Braga, 1947, 2 vols., en especial tomo II.

⁵ *CE* 336, ed. A. d'Ors, *El Código de Eurico*, 43

«In hereditate illius qui moritur intestatus, si filii desunt, nepotibus debetur hereditas. Si nec nepotes fuerint, pronepotes vocantur ad hereditatem. 2. Si vero qui moritur nec filios nec nepotes nec pronepotes reliquerit, pater aut mater hereditatem sibi vindicabit...»

⁶ *CE* 328, ed. A. d'Ors, *El Código de Eurico*, 41

«Qui moritur, si avum paternum et maternum relinquit, ad avum paternum hereditas mortui inversa pertineat. 2. Si autem avum paternum et aviam maternam reliquerit, aequales capiant portiones.»

madre. Por su parte, CE 328 dispone que si, a la muerte del *de cuius*, viven el abuelo paterno y el abuelo materno, el abuelo paterno recibe toda la herencia, quedando excluido de la misma el abuelo materno. Pero si quienes viven son el abuelo paterno y la abuela materna, sucederán a partes iguales: *aequales capiant portiones*.

De estos enunciados, se deduce lo siguiente:

a) En línea ascendente, el grado más próximo excluye el más remoto: mientras queda vivo uno de los padres, se queda con toda la sucesión. En las generaciones anteriores, no se contempla más que a los abuelos, no a los bisabuelos: bien porque son excluidos de esa sucesión, bien porque la hipótesis de su sucesión, a falta de todos los abuelos, es muy poco probable.

b) Aún dentro de cada grado o generación, existen preferencias. Así, en la generación de los padres, hay preferencia del padre sobre la madre: «*pater aut mater*», ésta hereda en defecto del padre, cuando es viuda⁷. En la generación de los abuelos, se repite la preferencia de la línea paterna, o al menos del abuelo paterno, sobre la línea materna; es decir, sobre el abuelo materno –si sobrevive sólo– y también sobre los dos abuelo-abuela maternos, si sobreviven los dos. Esto último se deduce del hecho de que la abuela materna es llamada a heredar sólo si es viuda⁸.

c) Ésto quiere decir que la mujer ascendiente casada, no viuda, no es tenida en cuenta en esta sucesión. Si el marido hereda, se supone que ella se beneficiará, pero sólo indirectamente; y si el marido no hereda, ella tampoco.

Pero si la mujer es viuda, la abuela –al menos la abuela materna– sucede: la herencia se reparte por igual entre ella y el abuelo paterno. Esta disposición ha provocado mucha perplejidad⁹: contradice el principio de preferencia del abuelo paterno (o quizá de la línea paterna) reconocido en el precepto anterior del mismo c.328 y, además, en favor de una mujer, lo que sorprende mucho, dada la posición de segundo orden que se da a la mujer¹⁰, como hemos visto. Para explicar esta rareza, se ha llegado a pensar que se trataba de un error del escriba del Palimpsesto de París¹¹. Pero parece que no es así¹²; y, en todo caso, creo que existe una explicación.

En la generación de los padres del *de cuius*, la ascendiente materna viuda –la madre viuda– también sucede, pero en este caso no sorprende porque la

⁷ Así lo cree también ALVARO D'ORS, y lo expone en «El Código de Eurico», en *Estudios Visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960, p. 263.

⁸ D'ORS, «El Código de Eurico», 265.

⁹ Por ejemplo, BRAGA, «O direito», II, 294.

¹⁰ Ver D'ORS, «El Código de Eurico», 252 s.

¹¹ G. BRAGA DA CRUZ, «A successao legitima no Codigo Euriciano», *AHDE*, 23, 1953, 769-829, en especial p. 791 s.

¹² LV IV,2,6, que retoma las disposiciones de CE 328, reproduce la redacción de este capítulo y considera sus mismos supuestos. Ver GERMAIN SICARD, «Recherches sur les dévolutions fractionnées du patrimoine successoral dans le Droit du Bas-Empire et la législation wisigothique», en *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse*, 3, 1955, 105-170, p. 148.

madre, cuando hereda, al ser viuda, no concurre con el representante de la línea paterna que es su marido difunto, cosa que sí ocurre cuando sobreviven el abuelo paterno y la abuela paterna viuda. Creo, entonces, que la explicación es la siguiente: Eurico reconoce el principio de preferencia de la línea paterna, o al menos del padre y del abuelo paterno, sobre la línea materna; pero establece otro: ninguna ascendiente viuda, en el grado llamado a la sucesión, debe ser apartada de ésta¹³.

Estos dos principios, contenidos ya en realidad en c.336, podían plantear dudas a la hora de su aplicación a la generación de los abuelos. Pero el capítulo 328 viene a aclararlas. En primer lugar, confirma que en la generación de los abuelos se sigue aplicando el principio de preferencia de la línea paterna¹⁴. Es una precisión necesaria porque la solución que se da al segundo supuesto: el de la concurrencia del abuelo paterno y de la abuela materna, si fuese mencionado sólo, plantearía la duda. En cuanto a este segundo supuesto, resuelve también otra duda, a saber: si la ascendiente viuda sucede sólo en ausencia de representante de la línea paterna, o sucede siempre que es viuda: c.328 indica que esta segunda solución es la correcta.

CE 328 no contempla más supuestos porque de estos dos se deduce la solución de los demás. Así, creo que las diversas combinaciones de supervivencia de los abuelos dan lugar a que sucedan como sigue:

- a) Si sobreviven los cuatro abuelos, hereda el abuelo paterno.
- b) Si sobreviven tres abuelos: b.1) abuelo paterno y los dos maternos: hereda el abuelo paterno; b.2) abuela paterna y los dos maternos: hereda la abuela paterna; b.3) abuelo materno y los dos paternos: hereda el abuelo paterno; b.4) abuela materna y los dos paternos: reparten la abuela materna y el abuelo paterno.
- c) Si sobreviven dos abuelos: c.1) los dos paternos: hereda el abuelo paterno; c.2) los dos maternos: hereda el abuelo materno; c.3) abuelo paterno y abuelo materno: hereda el abuelo paterno (c.328); c.4) abuelo paterno y abuela materna: reparten entre sí (c.328); c.5) abuela paterna y abuelo materno: hereda la abuela paterna; c.6) abuela paterna y abuela materna: reparten entre sí.

Es pertinente añadir una observación a propósito de la sucesión de la abuela materna, que en realidad vale también para todos los casos de sucesión de las mujeres ascendientes que aquí se examinan. Se ha dicho que aquélla sólo sucede en usufructo, y que esa era la razón por la que se le permitía suceder junto al abuelo paterno¹⁵: porque así, realmente no desviaba definitivamente los bie-

¹³ Esta novedad se explica probablemente por la preocupación que manifiesta Eurico por mejorar la situación sucesoria de la mujer. Sobre la mejoría de la situación de la mujer, ver D'ORS, «El Código de Eurico», 252.

¹⁴ Me inclino a pensar que hay preferencia de la línea paterna y no sólo del abuelo paterno sobre la línea materna –aunque la redacción de c.328 no es clara a este respecto– porque en LV IV,2,6, –que retoma las disposiciones de CE 328– queda clara la preferencia de la línea paterna, como se ve más adelante.

¹⁵ D'ORS, «El Código de Eurico», 265.

nes cuya propiedad, en virtud del principio de preferencia masculina, seguía perteneciendo al abuelo paterno.

No lo creo así, en base a dos razones. En primer lugar, por la misma redacción de la disposición: la expresión *aequales capiant portiones* indica paridad en el reparto (*aequales*), sin implicar ningún matiz, y el mismo verbo *capere* sugiere un dominio pleno por aprehensión sobre lo que se toma, y una separación material de las partes del todo que es sometido a división. Además, en otras ocasiones en que la mujer sucede en usufructo, se dice expresamente¹⁶.

En segundo lugar, existe otro argumento. Se ha defendido la idea de que la mujer, en la sucesión *ab intestato*, no hereda bienes inmuebles más que en usufructo (si tiene potenciales herederos varones)¹⁷. Esta afirmación se basa en una interpretación del c.320¹⁸, según la cual los cuatro primeros párrafos del capítulo se refieren a la sucesión testada, y sólo el último (# 5) a la sucesión intestada. Según esta interpretación del c.320 las hijas, si sus padres han muerto habiendo otorgado testamento, reciben porción igual a la de sus hermanos (# 1), con la sola condición de que se hayan casado con el permiso debido; pues sólo si se han casado sin permiso pierden todo a favor de sus hermanos (# 2). Si se quedan solteras, no tendrán de las tierras más que el usufructo (# 3). En la sucesión *ab intestato*, la hija soltera, pero que se puede casar, recibe siempre las tierras en usufructo, nunca en propiedad.

Interpretado así CE 320, el legislador admitiría, pues, que en caso de sucesión testada de los padres, las hijas casadas reciben todos los bienes –muebles e inmuebles– en propiedad, mientras que las que se quedan solteras tienen las tierras –los inmuebles– sólo en usufructo. Es caso de sucesión intestada de los padres, las hijas casadas o solteras no pueden recibir nunca las tierras en propiedad: sólo las heredan en usufructo.

La verdad es que no se comprende esta discriminación que establece el legislador en contra de las hijas casadas en la sucesión intestada, respecto de la situación de las mismas en caso de sucesión testamentaria. Si Eurico considera inconveniente que las hijas, aun casadas, hereden las tierras en propiedad en la sucesión *ab intestato*, ¿por qué lo tolera en la sucesión testada? No es por respeto a la voluntad del testador, puesto que en el caso de la hija soltera, en la sucesión testada, interviene para prohibir que reciba tierras en plena propiedad.

¹⁶ Así en CE 320 (*vid.* n. 18) o en CE 322 (*vid.* n. 21).

¹⁷ D'ORS, «El Código de Eurico», en especial p. 252.

¹⁸ CE 320, ed. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, 37

Si parentes testati decesserint –sequuntur 4 versus in quibus singulae tantum litterae legi possunt– / de ea... eas ad facu<l>tates... sorores... ccipient... cum fratribus suis in terris vel in aliis rebus aequalem habeant portionem. 2. Quod si aliqua sine viro fuerit relicta, et ad conjugium expetens sponte transierit, totam portionem quam acceperat suis fratribus vel eorum heredibus relinquat. 3. Quod si ipsa virgo permanserit, quamdiu advixerit in rebus vel in culturis cum fratribus habeat portionem; post obitum vero eius terras ad heredes superius comprehensos sine mora revertantur, reliquas facultates cui voluerit donatura. 4. Circa sanctimoniam autem quae in castitate permanserit voluntate parentum, praecipimus permanere. 5. Quod si parentes sic transierint ut nullum fuerit testamentum, ea puella inter fratres aequalem in omnibus habeat portionem, quam usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, post obitum vero suum terras suis heredibus relinquat; de reliqua facultate faciendi quod voluerit in ei<u>s potestate consistat./

He dicho en otro lugar que la lectura del c.320 hecha por Zeumer, y que apunta a que todo este capítulo se refiere a la sucesión intestada, me parecía mucho más verosímil¹⁹, y lo que se expone a continuación es un argumento suplementario en este sentido.

En la lectura que hace Zeumer de CE 320 no existe esta discriminación sorprendente: el # 5 sólo se refiere, como explica el profesor Lalinde²⁰, al caso de la hija monja contemplado en el párrafo anterior (# 4). Ésta se queda, por hipótesis, soltera toda su vida, y por ello no tiene derecho más que al usufructo de las tierras, como se establece para la hija soltera, con carácter general, en el # 3. El # 5 no contempla el supuesto de la hija casada.

Si esta última interpretación del c.320 es, como así creo, la correcta, la hija casada hereda los bienes inmuebles en propiedad y no hay razones para pensar que la mujer casada, en general y en nuestro caso la ascendiente, no puede heredar más que en usufructo. Sin duda, hereda en propiedad.

Ciertamente, el c.322²¹ prevé que la *uxor* que concurre con sus hijos a la herencia de su marido, sólo recibe bienes en usufructo. Pero no se trata del mismo caso: lo que recibe son bienes del marido, a quien no puede heredar, según prevé c.334²², más que a falta de parientes hasta el séptimo grado. En cambio, en los supuestos que nos ocupan –sucesiones de mujeres ascendientes– la mujer recibe bienes de su hijo o nieto.

Seguramente, la mujer ascendiente perderá su herencia si se vuelve a casar, según dispone c.327²³ respecto de la madre. Probablemente no se contempla el

¹⁹ ROSINE LETINIER, *Abrogata legis illius sententia*: a propósito del enigma contenido en la ley *Dum illicita* de Chindasvinto (LV IV,5,1), *AHDE* 69, 1999, 367-388, en especial p. 373.

Añadiré, en el mismo sentido, que la redacción de LV IV,2,1: «Si pater vel mater intestati discesserint, sorores cum fratribus in omni parentum facultate absque aliquo obiectu equali divisione succedant» tiene, en lo que se puede comprobar de CE 320, una redacción muy similar al # 1 de dicho capítulo. LV IV,2,1 considera el caso de la sucesión intestada de los padres. Si CE 320 habla de esa sucesión intestada sólo en el # 5, ¿por qué LV IV,2,1 no presenta el supuesto siguiendo la redacción de este # 5, sino que justamente adopta la redacción del # 1?

²⁰ JESÚS LALINDE ABADIA, «La sucesión filial en el Derecho visigodo», *AHDE*, 32, 1962, 113-129, en esp. p. 121. Por su parte, FERNANDO DE ARVIZU, en «La femme dans le Code d'Éuric», *Revue Historique de Droit Français et Étranger (RHD)*, 1984, cuaderno 3, 391-405, en esp. p. 401, emite reservas sobre la opinión de Lalinde y piensa que la tesis de D'Ors es admisible.

²¹ CE 322, ed. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, 39

«Mater, si in viduitate permansit, aequaliam inter filios, id est qualem unus ex filiis, usufructuariam habeat portionem; qua(m) usque ad tempus vitae suae usufructuario iure possideat, ceterum nec donare nec vindere nec uni ex filiis... e conferre praesumat... 5. Post obitum vero matris, portio quam acceperat ad filios equaliter revertatur, quia non possunt / de paterna hereditate fraudari. 6. Quod si mater ad alias nuptias forte transierit, ex ea die usufructuariam portionem, quam de bonis mariti fuerat consecuta, filii inter reliquas res paternas, qui ex eo nati sunt conjugio, vindicabunt.»

²² CE 334, ed. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, 43

“Maritus et uxor tunc sibi hereditario iure succedant quando nullus usque ad septimum gradum de propinquis aut quibuscumque parentibus inventur.”

²³ CE 327, ed. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, 41

«In priori lege fuerat constitutum ut si patruus aut patrui filii cum matre... vindicarentur. 2. Nos modo meliori ordinatione censuimus ut patre defuncto, si filius decesserit, omnem facultatem eius sibi mater dibeat vindicare, quae tamen sit post obitum vidua...»

caso de un nuevo matrimonio ¡de la abuela! por tratarse de una posibilidad más bien remota.

El hecho de que la ascendiente viuda tenga que devolver su herencia, si vuelve a casarse, hace suponer que, mientras existen posibles herederos del *de cuius*, ella no puede enajenar esa herencia *inter vivos*, como parece que ocurre también en el supuesto que expone *CE* 319²⁴. Este capítulo dispone que la mujer viuda que observa una conducta honesta, puede poseer y *disponer* por testamento de las cosas a ella donadas por su marido, pero las perderá a favor de los herederos de éste si no mantiene esa conducta.

2.2 LA SITUACIÓN DE LOS ASCENDIENTES EN *LV*

Al tratar de la situación de los ascendientes, *LV* vuelve a considerar supuestos previstos en *CE*, y en especial los que acaban de examinarse: se trata de las leyes *IV,2,2*²⁵ y *IV,2,6*²⁶, que corresponden a *CE* 336 y 328 respectivamente.

La ley *IV,2,2* establece que a la herencia del *de cuius* muerto *ab intestato*, suceden en primer lugar los descendientes, en segundo lugar el padre o la madre y en tercer lugar el abuelo o la abuela. Por su parte, la ley *IV,2,6* dispone que si el *de cuius* deja abuelo paterno o abuelo materno, tanto el uno como el otro recibirán la herencia entera; si deja abuelo paterno y abuela materna, heredarán a partes iguales, y si deja abuela paterna y abuela materna, se aplicará la misma solución (es decir, repartirán entre sí).

²⁴ *CE* 319, ed. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, 35

«Maritus si uxore suae aliquid donaverit, et ipsa post obitum mariti sui in nullo scelere adulterii fuerit conversata sed in pudicitia permanserit, aut si certe ad alium maritum honesta conjunctione pervenerit, de re(bus) sibi a marito donatis possidendi et post obitum suum relinquendi cui voluerit habeat potestatem. 2. Sin autem per adulteriu(m) seu inhonestam conjunctionem se miscuisse convincitur, quidquid de facultate mariti sui fuerat consecuta, totum incunctanter amittat, et ad heredes donatoris legitimos revertatur.»

²⁵ *LV* *IV,2,2*, ed. Zeumer, MGH, LNG, 174

«Quod in hereditatis successione filii primi sunt.»

«In hereditate illius, qui moritur, si intestatus discesserit, filii primi sunt. Si filii desunt, nepotibus debetur hereditas. Si nec nepotes fuerint, pronepotes ad hereditatem vocantur. Si vero qui moritur nec filios nec nepotes seu patrem vel matrem relinquit, tunc avus aut avia hereditatem sibimet vindicabit.»

²⁶ *LV* *IV,2,6*, ed. Zeumer, MGH, LNG, 175-176

«Si his, qui moritur, avos relinquat aut avias.»

«Quotiens qui moritur, si avum paternum aut maternum relinquat, tam ad avum paternum quam ad avum maternum hereditas mortui universa pertineat. Si autem qui moritur avum paternum et aviam maternam reliquerit, equales capiant portiones. Ita quoque erit, si paternam et maternam aviam qui moritur relinquere videatur. Et hec quidem equitas portionis de illis rebus erit, que mortuus conquisisse cognoscitur. De illis vero rebus, que ab avis vel parentibus habuit, ad avos directa linea revocabunt.»

Estas porciones iguales se refieren sólo a los bienes adquiridos por el *de cuius*. Los bienes que éste tenga de sus abuelos o de sus padres²⁷, retornarán a los abuelos, respetando la línea de la que proceden dichos bienes.

De estas disposiciones se puede deducir lo siguiente:

a) **Por lo que se refiere a LV IV,2,2**

En la sucesión de los ascendientes, el grado más próximo excluye al más remoto; en la generación de los abuelos, esta ley sólo alude a lo que ocurre en cada línea, es decir, en cada matrimonio de abuelos²⁸. Ocurre lo mismo que en la generación de los padres: la mujer hereda sólo y siempre²⁹ en defecto del marido.

Esta referencia en singular al matrimonio de los abuelos parece indicar o confirmar que la ley no permite siempre que sucedan las dos líneas³⁰ —como creo y explico más adelante: en efecto, si es así, es decir, si existe la posibilidad de exclusión de una línea por la otra, en este caso sólo puede heredar un matrimonio de abuelos. Por eso LV IV,2,2, que no entra en los detalles de la sucesión de los abuelos, sino que se limita a indicar que pueden ser llamados a suceder después de los padres, no habla más que de un matrimonio de abuelos *in abstracto*.

Hasta ahora, parece que LV IV,2,2 dispone lo mismo que CE 336, añadiendo las precisiones que se han señalado respecto de los abuelos.

b) **Por lo que se refiere a LV IV,2,6**

Esta ley viene a precisar las modalidades de devolución de la sucesión del *de cuius* a sus abuelos. Su redacción es ciertamente imitada de CE 328, con algunas modificaciones y añadidos.

El primer supuesto que contiene se refiere a la supervivencia del abuelo paterno y del abuelo materno. Ciertos autores³¹ consideran que contempla el caso de supervivencia de ambos a la vez. Siendo así, se produciría un cambio radical respecto a lo dispuesto por CE 328: los dos abuelos se repartirían la herencia por mitades y no habría preferencia de la línea paterna sobre la materna.

²⁷ SICARD, «Recherches», 150, indica que la traducción de *parentes* debe ser aquí la de «padres». En LV, *parentes* designa alguna vez a parientes distintos de los padres, pero sólo excepcionalmente. La acepción habitual es la de «padres».

²⁸ La ley no puede referirse al supuesto de concurrencia de un abuelo y una abuela de líneas diferentes, puesto que es LV IV,2,6 la que contempla este supuesto y le da una solución diferente: el abuelo paterno y la abuela materna reparten la herencia entre sí.

²⁹ Salvo, probablemente, en el caso de la viuda que vuelve a casarse.

³⁰ Como ocurría en CE.

³¹ D'ORS, «El Código», 265 s. y nota 895. BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 311.

Desde este punto de vista, es lógico afirmar, como hace el profesor Braga da Cruz³², que la redacción de IV,2,6 es mala: los dos supuestos siguientes (concurriencia del abuelo paterno y de la abuela materna, concurrencia de las dos abuelas) que corroboran este principio de reparto paritario entre las líneas masculina y femenina son superfluos o son insuficientes (habría que haber añadido las demás hipótesis de supervivencia de abuelos).

Pero no parece que esta interpretación del primer supuesto sea la correcta. Ciertamente, la ley dice que, sobreviviendo uno de los dos abuelos varones –y no ambos– éste recogerá toda la herencia. Esto no significa, por mucho que le parezca obvio a Braga da Cruz, que si sobreviven ambos al mismo tiempo, repartirán entre sí la herencia.

Y ha de insistirse en que aquí la ley no contempla esa supervivencia concomitante de los dos abuelos varones. En efecto, la redacción de IV,2,6 imita la del c.328. Por tanto, cuando modifica alguna palabra, es por expresa voluntad de modificar en este punto el tenor de dicho capítulo euriciano. Por consiguiente, si en vez de *avum paternum et maternum*, en LV IV,2,6 se dice «*avum paternum aut maternum*, es que no contempla expresamente la concurrencia de los dos abuelos a la sucesión³³, sino qué ocurre si sobrevive uno de los dos³⁴. En este caso, cualquiera de ellos recibe toda la herencia (lo cual está implícito en IV,2,2, ya que el abuelo o abuela que queda solo recibe la herencia).

Con esta frase y esta redacción, del primer supuesto, no se dice qué ocurre si sobreviven ambos abuelos varones. Pero creo precisamente que, en este caso, el abuelo materno sigue (como en CE 328) excluido por el abuelo paterno. Y ello en base a la redacción del texto: si el abuelo paterno y el materno hubieran debido repartirse la herencia, se establecía una novedad importante respecto del euriciano c.328 la cual, por tanto, debía ser señalada expresa y claramente. Por otra parte, el supuesto contemplado a continuación en LV IV,2,6 –concurriencia del abuelo paterno y de la abuela materna– empieza igual que CE 328: «*si autem*», expresión que indica una oposición respecto a la solución del caso anterior.

³² Cit. en nota anterior.

³³ Si bien la solución a dar en el caso de concurrencia de los dos abuelos varones se puede deducir del contexto de la ley, como se expone más adelante.

³⁴ No hay razón –a mi juicio– para defender que en *avum paternum aut maternum*, *aut* no es disyuntivo, como lo es en otros casos en que se emplea: p. ej., en CE 336: *pater aut mater*. Ver D'ORS, «El Código», 263.

Estimo correcta la traducción de SICARD, «Recherches», 149: «Toutes les fois que le mort laisse le grand-père paternel ou maternel, que l'entière hérédité du mort appartienne tant au grand-père paternel qu'au grand-père maternel.» En Contra, D'ORS, «El Código», p. 266, nota 895.

Debo añadir sobre el comentario de Sicard en este punto, que no hay contradicción entre el primer supuesto de IV,2,6 y la ley IV,2,4, que dispone que la sucesión del muerto *ab intestato* vaya a los parientes del grado más próximo. Esta ley IV,2,4 es general, pues sienta el principio de preferencia del grado más próximo en la sucesión intestada, mientras que IV,2,6 precisa su alcance: dentro del mismo grado, la línea paterna tiene preferencia sobre la materna, con las excepciones indicadas.

Si, como dice el profesor D'Ors, el caso anterior contempla la concurrencia del abuelo paterno y del materno resolviendo el reparto de la herencia entre ellos, esta oposición expresada en *Si autem* no se justifica. He aquí una razón suplementaria para pensar que el primer supuesto no contempla la concurrencia del abuelo paterno y del materno; y sobre todo, una razón para pensar que este primer supuesto presupone, aún sin decirlo explícitamente, que en caso de concurrencia de estos dos abuelos, la solución es opuesta. Es decir, que no reparten la herencia, sino que la recibe entera –*universa hereditas*– el abuelo paterno, que es la solución tradicional, la de *CE 328*.

Finalmente, de ser así, se explicaría la redacción de *IV,2,6*, que entonces no sería –como dice Braga da Cruz– una mala redacción, sino una redacción suficientemente precisa. Pues en efecto, si quedando vivos el abuelo paterno y el materno, hay preferencia de la línea paterna (primer supuesto), los dos supuestos siguientes (concurrencia del abuelo paterno y de la abuela materna, y concurrencia de las dos abuelas) que vendrían a mitigar (como ocurre en *c.328* para la concurrencia del abuelo paterno y de la abuela materna) el rigor de este principio de preferencia de la línea paterna, haciendo que no quede una abuela viuda sin herencia, son los dos únicos casos en que la aplicación rigurosa del principio de preferencia de la línea paterna podía dejar a la abuela viuda sin herencia. Por tal razón se contemplan esos dos supuestos, y sólo esos dos³⁵.

Por todo ello, ha de pensarse que el principio de preferencia de la línea paterna sobre la materna está implícito en la primera frase –o primer supuesto– de *LV IV,2,6*, y que, por consiguiente, el abuelo paterno y el materno no suceden por igual, sino que el abuelo paterno excluye al abuelo materno. Todo sigue como en *CE 328*, con la única diferencia de que, ahora, estas reglas de devolución sólo conciernen a los bienes adquiridos por el *de cuius*.

Sin embargo, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿por qué, en lo que *CE 328* y *LV IV,2,6* regulan de la misma manera, no se mantiene una redacción idéntica (primer y tercer supuesto de *LV IV,2,6*)?

Por lo que se refiere al primer supuesto, el *c.328* sólo consideraba –y ello de manera abrupta– la exclusión del abuelo materno por el representante de la línea paterna. Probablemente, se consideró oportuno precisar en *IV,2,6*, que podía heredar, así como cuándo y cómo podía hacerlo³⁶.

Por lo que atañe al tercer supuesto, no aparece en *c.328*, por lo que se trata de una novedad introducida por *LV IV,2,6*. Tal vez se introdujo para que queden citadas exhaustivamente las excepciones al principio de preferencia de la línea paterna, o quizá para resolver una cuestión dudosa: en el caso de concurrir las dos abuelas, se podía interpretar que se repetía el primer supuesto: concurren dos personas del mismo sexo y en la misma situación –ambas viudas–

³⁵ Son contemplados para decir cómo debe ser corregido el principio de preferencia de la línea paterna: hay reparto paritario de la herencia entre la línea paterna y la abuela que podría ser perjudicada: la abuela materna viuda.

³⁶ Quizá el laconismo de *CE 328* habría conducido a interpretar que el abuelo materno podía ser excluido también si concurren parientes próximos de la línea paterna.

pero una de ellas (la abuela paterna) presenta la superioridad de pertenecer a esta línea preferente. La ley deja, así, bien claro que la preferencia de la línea paterna no puede nunca perjudicar a una ascendiente viuda.

3. LA NO-SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES Y SUS CAUSAS

A lo largo de la Historia, la situación sucesoria de los ascendientes ha sido regulada de forma muy distinta según los pueblos y las épocas. Unas veces se admite esta sucesión, otras no. Debe, por tanto, plantearse la pregunta de cuáles pudieron ser las razones, los criterios tenidos en cuenta, tanto para admitir a los ascendientes a la sucesión de sus descendientes, como para apartarles de ella.

En el caso de admitirse esta sucesión, los motivos parecen obvios: se toma en consideración la especial proximidad existente entre el difunto y estos parientes suyos, que son los únicos a quienes aquél debe lo más sagrado, que es la vida, y normalmente también, la educación y cuidados durante la etapa de su vida en que dependió de ellos.

Si tal es la relación normal entre los ascendientes y sus descendientes, sorprende que no siempre se admita la sucesión de aquéllos a la herencia de un hijo suyo, muerto sin descendencia. Esta no-sucesión de los ascendientes, ¿se debe a la expresa voluntad de apartarlos de aquélla, u obedece a otros motivos?

A menudo, los historiadores han buscado y expuesto explicaciones sobre casos concretos, los más conocidos y llamativos de la no-sucesión de los ascendientes. Así, se han ofrecido varias explicaciones a la situación sucesoria de los germanos, descrita por Tácito³⁷. Muchas, igualmente, del famoso aforismo francés «propres ne remontent» o de su paralelo «fiefs ne remontent»³⁸. En ellas, se admite generalmente que la no-sucesión se debe a un rechazo voluntario, del que es necesario encontrar las razones.

3.1 TESIS DE BRAGA DA CRUZ

El profesor portugués, en su importante obra sobre el derecho de troncalidad, estudió exhaustivamente la situación sucesoria de los ascendientes en los

³⁷ Ver nota 1.

³⁸ Entre otros, MONTESQUIEU, «L'esprit des lois». I. XXXI, cap. 34, comentado en J. TRUILLÉ, «Le regime successoral des ascendants dans l'ancien Droit et le Droit intermédiaire», Thèse de Doctorat, Paris, 1910, 38 s. HEINRICH BRUNNER, «Ueber den germanischen Ursprung des droits de retour», en *Forschungen*, 694, cit. por BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 204. JULIUS FISCHER, «Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte», Innsbruck, 1891-1904, vol. 2 parte 2, p. 476 s. y vol. 3 parte 2, 569 s. J. BRISSAUD, «Manuel d'Histoire du Droit Français, II, Paris, 1908, p. 1188. PAUL OURLIAC y JEHAN DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit Privé*, III, Paris, 1968, 144.

sistemas jurídicos conocidos de la Antigüedad, así como en los europeos de las Edades Media y Moderna³⁹. Parte de la idea, cuya exactitud intenta demostrar a lo largo de todo el trabajo, de que la no-sucesión de los ascendientes –aun cuando se haya previsto expresamente– tiene, prácticamente siempre, una explicación diferente de la del rechazo voluntario de tal sucesión⁴⁰. Es decir, que los ascendientes, cuando son apartados de la sucesión, lo son indirectamente, a consecuencia de la existencia de reglas jurídicas que no tienen como finalidad apartarles, pero cuya aplicación conlleva, de hecho, este resultado.

En apoyo de su tesis procura, en primer lugar, refutar las opiniones de quienes afirman que la exclusión de los ascendientes es una institución de origen muy remoto, que ya existe en la Antigüedad en la sucesión *ab intestato*. En efecto, los Derechos primitivos orientales omiten nombrar a los ascendientes entre los posibles sucesores de sus descendientes, porque el carácter patriarcal y agnaticio de la familia hace imposible esta hipótesis⁴¹: el patriarca es el único propietario dentro de la familia, por lo que las adquisiciones de sus hijos le pertenecen y si éstos le preceden en la muerte, nada tienen que dejarle en herencia.

Tampoco se presenta la posibilidad de la sucesión de la madre en cuanto ascendiente, pues en razón del carácter agnaticio de los vínculos familiares, o bien es totalmente extraña a la familia, o bien es considerada como hija de su marido, por lo que hereda como hermana en la sucesión de los hijos, pero no como ascendiente.

Los ascendientes más remotos tampoco pueden suceder, porque si pertenecen a la línea femenina, no son parientes agnaticios y si pertenecen a la línea paterna, fue su muerte la que permitió al *de cuius* tener el patrimonio de cuya devolución se trata.

Ocurre también que, al lado de esta organización patriarcal, existe un sistema de propiedad colectiva del patrimonio familiar, pero la situación de los ascendientes sigue siendo la misma: todos los miembros de la familia son propietarios, a la vez, del patrimonio. Si un hijo muere, no existe un patrimonio privativo de éste que cambie de manos, que se transmita por herencia, puesto que lo que aquél tenía ya pertenecía también, antes de su muerte, a los demás. Por tanto, en el sistema de propiedad colectiva, tampoco hay lugar a una sucesión de los ascendientes. Sólo en caso de muerte del jefe de familia puede producirse una división de ese patrimonio entre sus descendientes, pues o bien queda indiviso bajo la autoridad de uno de los hijos, o bien se divide entre ellos, convirtiéndose cada uno en un jefe de familia autónomo. Su parte será patrimonio de la familia de la cual es jefe. En este caso, tampoco se trata de una verdadera sucesión, porque si bien la división tiene lugar a raíz de la muerte del

³⁹ Todo el tomo II de su obra, tantas veces citada, está dedicado a esta cuestión.

⁴⁰ Y cuando el autor portugués no encuentra explicación, tampoco afirma que se dé el rechazo voluntario hacia los ascendientes, p. ej., II, p. 16 y nota 19.

⁴¹ *Ibidem*, II, 55 s.

primitivo jefe de familia, no se divide lo que era del padre, sino lo que ya era de todos.

Considerando en particular el Derecho griego, Braga da Cruz estima que, si bien en tiempos remotos se omite hablar de la sucesión de los ascendientes, es *razonable* pensar que la razón estriba en el hecho de tratarse de una eventualidad poco probable y no en el deseo de rechazar esta sucesión. En tiempos posteriores, los ascendientes gozan del derecho a suceder.

Respecto al Derecho romano, la no-sucesión de los ascendientes en los tiempos más antiguos se explica por el carácter patriarcal y agnaticio de la organización familiar: el *paterfamilias*, mientras vive, es el único propietario que hay en la familia. La madre no tiene parentesco jurídico con sus hijos, o a lo más como una hermana (si está casada *cum manu*). No hay duda de que esa era la única causa por la que los ascendientes no podían suceder; pues empiezan a ser llamados a partir del momento en que se reconocen tanto los lazos de parentesco cognaticio, como los principios individualistas que permiten que el hijo pueda tener, *pater vivente*, un patrimonio propio.

Fijándose, en fin, en los Derechos de los pueblos germánicos, nuestro autor estima que la situación de los ascendientes en esos pueblos es un ejemplo más, que corrobora su tesis de que la exclusión de los ascendientes, como tal, no existía antes de la aparición, en la Edad Media, del principio de troncalidad. Así, la sucesión de los ascendientes en los pueblos germánicos no se producía en tiempos antiguos porque era incompatible —según él— con la organización de la familia y de la propiedad; pero comienza a ser admitida a medida que se abren paso los principios individualistas.

En este examen de la evolución del Derecho sucesorio de los pueblos germánicos, empieza por considerar el testimonio de Tácito⁴². Este autor, que no es jurista, describe escuetamente las reglas de devolución sucesoria de los germanos de su tiempo, destacando lo que, como romano, llama su atención.

Entre estos germanos imperaba el sistema de propiedad colectiva de la familia (el padre y sus hijos o nietos), de manera que la muerte de uno de sus miembros no daba lugar a la sucesión, como ya se expuso más arriba. Sólo cuando muere el padre, se advierte un cambio, una transmisión, no de los bienes, sino del poder de administrarlos, que sólo posee el padre. Tácito sólo pudo referirse a la muerte del padre, jefe de familia, pues sólo tal supuesto ofrece la apariencia de una devolución sucesoria, pues sólo entonces cambia el titular aparente de los bienes. No mencionó la muerte de un hijo de familia, puesto que no cambiando nada en la situación de los demás —al igual que en Roma, pero por otras razones— no le pareció relevante. Es normal que Tácito no cite a los ascendientes entre los llamados a suceder, puesto que, fijándose sólo en la muerte del jefe de la familia, se refiere a una persona cuyo padre ha muerto forzosamente, ya que de otro modo no sería jefe de familia; y la madre no tiene capacidad para recibir esos poderes de administración, que son lo único de cuya transmisión se trata. Braga da Cruz sabe que, entre los germanos, se daba el

⁴² TACITO, «Germania», 20: «Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum; si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi.»

caso de emancipación –por acuerdo familiar– de un hijo en vida de su padre, pero piensa que tal emancipación corta todo vínculo con la familia y que, por tanto, el hijo emancipado se encuentra en la situación de un hijo cuyo padre ha muerto.

En cuanto al Derecho contenido en las *Leges Barbarorum*, explica que en esa época de principios de la Alta Edad Media, ha dejado de imperar el sistema de propiedad familiar colectiva, para dar paso al de la propiedad individual. Por tanto, el hijo tiene ahora la posibilidad de tener patrimonio propio en vida de su padre. A consecuencia de tales transformaciones, se hizo posible y se reconoció la sucesión de los ascendientes en la época en que se promulgaron estas leyes. No todas las *Leges Barbarorum* son muy claras y explícitas sobre esta cuestión, pero tal es la tendencia de los Derechos de los pueblos bárbaros en esos nuevos tiempos.

Tras estas consideraciones sobre la época de la Antigüedad y principios de la Alta Edad Media, el autor portugués pasa a examinar la situación de los ascendientes en la Baja Edad Media y en los tiempos modernos⁴³. En el siglo XI aparece, en la Francia de los *pays de coutume*, la exclusión de los ascendientes de la sucesión en los bienes propios de sus descendientes, exclusión que más tarde es formulada mediante el aforismo jurídico *propres ne remontent*. El estudio de esta exclusión, que no es exclusiva de Francia, se centra en el *Droit Coutumier* francés, por ser el que más datos ofrece sobre la formación y evolución de aquélla.

De todo lo expuesto sobre los períodos anteriores, Braga da Cruz deduce que esta exclusión no tiene precedentes en la Antigüedad ni en los principios de la Alta Edad Media. Su raíz debe buscarse en la única institución coetánea que puede justificar su formación, y que no es otra que el *derecho de troncalidad*; el cual, para proteger la conservación de los bienes en las familias, manda devolver los bienes propios a la línea de la que provienen: *paterna paternis, materna maternis*. En efecto, los ascendientes, en la Edad Media, pueden suceder –en principio– en los bienes adquiridos por el *de cuius*, a los que se asimilan los bienes muebles; y en los bienes propios también, en la medida en que lo permita la aplicación del principio troncal. Lo que ocurre es que su aplicación impide, generalmente, la sucesión de los ascendientes, y ello por dos razones: por una parte, los bienes propios del *de cuius* le vienen –por definición– de su familia, lo que presupone en la mayoría de los casos la muerte de los ascendientes de cuya línea proceden tales bienes; y, por otra parte, los ascendientes de la otra línea no tienen derecho a ellos.

La regla *propres ne remontent* no significaba sino que los ascendientes no podían suceder en cuanto no pertenecían a la línea de proveniencia de los bienes, y constataba que los ascendientes que sí pertenecían a dicha línea, normalmente tampoco podían suceder, porque habían muerto.

Sólo más tarde, en los siglos XIV y XV, esta regla adquirió autonomía respecto del principio troncal, porque se olvidaron las razones de la formulación

⁴³ BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 137-200.

de la misma: se le dio entonces una aplicación estricta y rígida, excluyendo siempre a los ascendientes de la sucesión de sus descendientes, tanto en los bienes propios como en los muebles y adquiridos.

Otros hechos muestran que la exclusión de los ascendientes fue una consecuencia del principio troncal: esta exclusión no existió nunca donde no existió tal principio, y siempre que se extendió a los bienes muebles y adquiridos, fue porque se generalizó –para estos bienes– la regla de devolución troncal, es decir, que se les consideró como bienes propios.

3.2 CRÍTICA A LA TESIS DE BRAGA DA CRUZ

El análisis exhaustivo, profundo y minucioso del profesor portugués, que disecciona los mecanismos por los que la aplicación de ciertos principios jurídicos provocaba indirectamente la exclusión de los ascendientes, obliga a admitir lo siguiente: indudablemente, tal exclusión puede explicarse en esos casos por causas indirectas. Por ejemplo, es evidente que en la Roma antigua, la propiedad exclusiva de los bienes dentro de la familia a favor del *paterfamilias* tiene como corolario que no puede recibir ninguna herencia de un hijo suyo premuerto, ya que éste no puede poseer ningún patrimonio. Es igualmente claro que, por aplicación del principio de troncalidad, como ya se ha visto, es muy difícil que pueda darse el caso de un ascendiente sucediendo a un descendiente suyo.

Sin embargo, la tesis de Braga da Cruz, que quiere ignorar la exclusión voluntaria de los ascendientes como origen de su no-sucesión, me parece demasiado categórica y por tanto, criticable.

No se pretende aquí volver a examinar todos los derechos estudiados por este autor, pero sí formular reservas sobre conclusiones suyas, relativas a algunos de los sistemas jurídicos que analiza, porque parecen precipitadas.

Existen casos –y pienso en el período de la Antigüedad– en los que, si bien no se puede afirmar que la no-sucesión de los ascendientes se debe al rechazo voluntario de tal sucesión, tampoco es seguro que se deba –como él pretende– a otras razones que impidiesen sólo indirectamente que acaeciese tal sucesión. Y es interesante, a este respecto, examinar algunas disposiciones de las leyes bárbaras.

En otras ocasiones –me refiero a la Edad Media– la explicación de la no-sucesión de los ascendientes derivada de esas otras razones que la provocarían indirectamente –en este caso, la aplicación del principio de troncalidad– no es suficiente, sino que indudablemente se debe también a la voluntad expresa de apartarles de la sucesión de sus descendientes. Y no debe olvidarse, asimismo, que en la Edad Media existen casos en que la exclusión de los ascendientes no tiene nada que ver con la aplicación del principio de troncalidad. Braga da Cruz lo reconoce⁴⁴, pero no se pronuncia sobre cuál pudo ser la razón de esta exclusión.

⁴⁴ Por ejemplo, *ibidem*, II, p. 18 y nota 19.

a) **Supuestos en los que la no-sucesión de los ascendientes pudo deberse al rechazo voluntario de esa sucesión**

a.1) No está demostrado que en la antigua Grecia, la omisión de los ascendientes como posibles sucesores de sus descendientes se explique por el mero hecho de que la supervivencia de los ascendientes es una hipótesis poco frecuente y, por tanto, poco probable.

a.2) El problema de la omisión de los ascendientes en el Derecho de los antiguos germanos descrito por Tácito, aunque difícil de resolver ofrece, no obstante, más posibilidades de discusión, pues Tácito no pretende exponer con detalle y precisión el sistema sucesorio de los germanos de su tiempo, sino dar una breve noticia de ello. Sin duda, sólo le parecen interesantes de resaltar las diferencias que presenta respecto del Derecho sucesorio romano, y escoge los rasgos que más llaman la atención de un romano de la calle, no de un jurista⁴⁵. Empieza por indicar que los herederos de cada uno son exclusivamente sus propios hijos, hecho sorprendente para la mentalidad romana de entonces, que se explica y completa por otro hecho aún más sorprendente: no existe sucesión testada⁴⁶. No sólo da esta información, sino que sigue con el tema sucesorio, considerando ahora el caso de quien muere sin hijos. Esta hipótesis no debía de ser muy frecuente, dado que los germanos solían tener familias numerosas⁴⁷, salvo quizás en el caso de jóvenes muertos en la guerra. Si Tácito lo menciona, es, sin duda alguna, porque presenta a sus ojos una particularidad llamativa. A falta de hijos suceden los *fratres, patruī, avunculi*. No hay duda de que la sucesión de los *avunculi* –tíos maternos– es extraña para un romano del siglo I, pues son parientes cognaticios. Probablemente, le extraña también que no sucedan las hermanas ni las tías paternas del difunto, pues son agnadas suyas, y en la Roma de entonces⁴⁸ estarían llamadas a suceder.

En lo que concierne a la situación sucesoria de los ascendientes, Tácito no insiste en el hecho de que no suceden a un hijo premuerto sin descendencia: simplemente, no los nombra entre los llamados a suceder.

¿Quiere esto decir que no le extrañaba esta no-sucesión de los ascendientes, pues en definitiva ocurría lo mismo en Roma? Es algo generalmente admitido que el sistema de propiedad de los germanos era distinto al romano: en Roma, mientras vive el *paterfamilias*, es el único propietario dentro de la fami-

⁴⁵ Así piensan también GAL, «Der Ausschluss», 7 s. y el propio BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 115.

⁴⁶ Esta ausencia de sucesión testada tiene que parecer verdaderamente inaudita a un romano, ya que ésta es la forma normal de sucesión en Roma. Lo subrayan GAL, «Der Ausschluss», p. 7 y nota 2, y BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, p. 115 y nota 174. Con las *Leges Barbarorum*, las cosas cambiaron, como pone de relieve GIULIO VISMARA, «La successione testamentaria nelle leggi barbariche», en *Studi in honore di A. Solmi*, Milano, 1941, 184-220.

⁴⁷ Es un hecho conocido. Incluso Tácito lo da a entender en «Germania» 19, *in fine*: «Numerum liberorum finire... flagitum habetur».

⁴⁸ Sólo más tarde las mujeres agnadas del *de cuius* distintas de sus hermanas fueron apartadas de la sucesión, a raíz de la promulgación de la *lex Voconia* (169 a.C.), para evitar el riesgo de desfilfarro de las fortunas, considerado típico de las mujeres. Ver BRAGA DA CRUZ, «O direito» II, 90.

lia; en cambio, en el Derecho germánico impera la propiedad colectiva en la familia y los hijos son propietarios, *patre vivente*, de ese patrimonio ¿Cómo se explica entonces que sus padres no sean llamados a sucederles, cuando han muerto sin descendencia? ¿Admitió Tácito ese problema? Braga da Cruz cree que no⁴⁹ porque, como ya se expuso, él explica cómo, a pesar de ser completamente distintos los sistemas de propiedad dentro de la familia en Roma y entre los germanos, es fácil confundir, en el sistema germánico, la propiedad del patrimonio con la detentación del poder de administración de éste; poder que sólo pertenece al jefe de familia, es decir, al padre. Tácito habría, pues, cometido esta confusión: piensa que si muere un hijo de familia, no tiene nada que transmitir puesto que no es propietario y por tanto –como en Roma– su muerte no da lugar a sucesión.

Esta muerte no es relevante, y Tácito no piensa ni en mencionar tal hipótesis: al hablar de sucesión, piensa sólo en la muerte del jefe de familia, que es el único supuesto en que hay apariencia de sucesión; una sucesión que transmite el poder de administración (aunque lo pueda confundir con la propiedad). Braga da Cruz ve en el hecho de que Tácito «no mencione a la madre ni a ninguna otra mujer entre los posibles herederos del *de cuius*» la confirmación de que el texto refleja sólo la hipótesis de la transmisión del poder de administración o «soberanía doméstica» del jefe de familia y no la transmisión de bienes⁵⁰.

Como la madre nunca puede ser jefe de familia, aunque este viva en el momento de la muerte del *de cuius*, no podrá sucederle y heredar ese poder de administración; por eso no aparece como posible heredera.

En cuanto al padre: según el profesor portugués, aparte del caso especial de la emancipación, un jefe de familia adquiere esta condición sólo por la muerte del que fuera su propio jefe de familia, es decir, su padre. Por tanto, normalmente, el jefe de familia –de cuya sucesión exclusiva trata el texto– no tiene padre, por lo que Tácito no lo nombra entre los llamados a suceder⁵¹.

Esta demostración lógica de que la omisión de los ascendientes en el texto de Tácito se debe a la imposibilidad material de que puedan ser llamados a suceder es bastante discutible. Aunque Braga da Cruz afirma lo contrario, la noticia de Tácito en su primera frase: *Heredes successorum sui cuique liberi* indica que las mujeres heredan como hijas: *liberi* comprende tanto a los hijos como a las hijas⁵².

⁴⁹ *Ibidem*, II, 119.

⁵⁰ *Ibidem*, II, 119 y nota 181.

⁵¹ *Ibidem*, II, 119

⁵² La palabra *liberi* aparece pocas veces en la «Germania» de Tácito, pero siempre con el sentido de hijos e hijas. Así en c. 18: «accipere se quae liberis inviolata ac digna reddat»; c. 19: «Numerum liberorum finire... flagitium habetur», c. 20: «pares validaeque miscentur, ac roboram parentum liberi referunt». Cuando se quiere designar a los hijos varones se emplea la palabra *fili*. También en c. 20: «Sorum filiis idem apud avunculum qui ad patrem honor.»

Si esta primera frase habla de la sucesión de las mujeres, aunque sólo sea como hijas, no puede tratar de la transmisión del poder de administración o soberanía doméstica, pues las mujeres no lo pueden recibir.

La segunda frase: *si liberi non sunt, proximus gradus in possessione, fratres, patrui, avunculi*, contempla a un *de cuius* en la misma situación familiar que en la primera frase, salvo respecto de la descendencia: en este caso, los hijos no existen, pero es lo único que cambia en el planteamiento del entorno, de las circunstancias en las cuales se considera al *de cuius*. Por tanto, debemos pensar que tampoco en la segunda frase se trata de la transmisión del poder de administración –prerrogativa del jefe de familia–, sino de la transmisión de los bienes.

Si el texto habla de la transmisión de los bienes, independientemente de quién ejerce el poder de administración sobre ellos, quiere decir que Tácito sabe que existen propietarios distintos del jefe de familia. Luego, posiblemente, el texto hable de la transmisión de los bienes de cualquiera de los propietarios, y no sólo de la transmisión del poder de administración del jefe de familia.

Cierto es que la primera frase parece indicar que no se reconoce como propietarios a los hijos de familia *patre vivente*, parece que sólo lo son *patre defuncto* y que, mientras el patrimonio está en manos del padre, es considerado propiedad de éste. Sólo cuando muere el padre, Tácito habla de los hijos e hijas como propietarios, independientemente de quién ejerza el poder de administración sobre los bienes⁵³. Si es así, es probable –como piensa Braga da Cruz– que el texto no contemple la muerte y sucesión del hijo o hija de familia. Pero si no contempla la sucesión de éstos, en cambio tiene que contemplar los demás casos, que no se reducen a la sucesión del jefe de familia, entendido como un varón cuyo padre ha premuerto, o si vive –caso de la emancipación– está como muerto para él. Puede tratarse de las sucesiones de los hijos o hijas que ya no están bajo el poder del jefe de familia, bien porque haya muerto, bien porque han adquirido su independencia respecto de él: supuestos de hijas casadas, hijo emancipado o hijo que tiene patrimonio propio por otra razón. Tal vez las hijas, por ser mujeres, heredaban bienes de pequeña importancia, y Tácito no pensase en la sucesión de éstas.

En cuanto al hijo emancipado por acuerdo de la familia, puede éste morir *patre vivente*. Braga da Cruz pretende que tal hijo nunca podrá dejar su herencia al padre, porque, al emanciparse, ha recibido su parte del patrimonio, y así como ya no puede heredar *patre defuncto*, tampoco el padre podrá heredarle. La autonomía adquirida por el hijo en el momento de la emancipación hacía cesar toda relación con su familia originaria⁵⁴. Pero, entonces, no se entiende muy bien por qué el padre no puede suceder al hijo en razón de la partición

⁵³ Por ejemplo: la hija no va a ejercer poder de administración sobre el patrimonio. Este quedará bajo el poder de un hermano o se dividirá; y entonces, lo que a ella le toque, pasará seguramente a poder de su marido. Ver Hans PLANITZ, «Principios de Derecho Privado Germánico», Barcelona, 1957, p. 305. Sin embargo, la hija es considerada propietaria.

⁵⁴ BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 121.

anterior del patrimonio, así como tampoco se entiende, si todas las relaciones con su familia originaria están cortadas, por qué no hereda el padre, pero sí los hermanos y los tíos de ese hijo emancipado.

Aparte del hijo emancipado por acuerdo de la familia, parece que podrían darse más casos de hijos jefes de familia, o con patrimonio propio, *dum pater vivit*: no es imposible que al casarse, el hijo se independizase, como ocurrirá con las hijas. Lo que sí parece seguro es que, en la época primitiva, la capacidad para llevar armas ponía fin a la potestad paterna⁵⁵.

Respecto a la sucesión de la madre, se puede admitir que no se plantea porque la mujer parece heredar sólo como hija, pero en cuanto al padre, es excluido en estos casos sin que exista ningún impedimento, excepto el jurídico, para que sea llamado a la sucesión de su hijo.

a.3) Estas consideraciones conducen a pensar en la posibilidad de la existencia, en la Antigüedad, de un principio jurídico que se opusiese a la devolución de los bienes en un sentido contrario al natural —la línea recta descendente— y prohibiese que se devolvieran en línea recta ascendente. Y parece que podemos encontrar rastros de ese principio en la época de las *Leges Barbarorum*: es incontestable que, entonces, la sucesión de los ascendientes es generalmente admitida, pero sólo generalmente. En efecto, ciertas leyes bárbaras no mencionan esta sucesión, luego pudieron rechazarla⁵⁶.

La *Lex Burgundionum*, por su parte, se muestra cuando menos reticente sobre la sucesión de los ascendientes⁵⁷. El título 78 dispone que el padre recibe sólo en usufructo los bienes que su hijo premuerto había recibido a raíz de la partición hecha por el padre de su propio patrimonio. El título 24 establece que la madre viuda recibe en usufructo los bienes de su hijo premuerto, debiendo dejarlos, a su muerte, a los parientes del costado paterno del hijo. Por último, el título 53 modifica el anterior, dando a la madre, en propiedad, la mitad de los bienes del hijo premuerto, mientras que la otra mitad va a los parientes mencionados en el título 24. Pero esta modificación, como la propia ley indica, se produce sólo porque la aplicación del título 24 conllevaba muchos inconvenientes. Hay que subrayar que, si la madre hereda en propiedad, sólo recibe la mitad de los bienes del hijo. Lo que estas disposiciones traducen es el deseo de que la propiedad de los bienes del hijo no pase a sus padres.

⁵⁵ PLANITZ, «Principios», 60.

⁵⁶ Tal es el caso de la *Lex Salica*, 59,5, en su versión antigua (cit. por BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 124, nota 199, en texto según H. GEFKEN, «Lex Salica zum akademischen Gebrauche herausgegeben», Leipzig, 1898): «De terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit, sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra pertinebit.» La *Lex Ribuarica* admite la sucesión de los ascendientes en los muebles y en los bienes adquiridos del *de cuius*, pero no dice nada de los bienes inmuebles propios. *Lex Ribuarica*, 56,4, en MGH, «Legum», V, Hannover, 1875-1889, pp. 185-268; p. 241: «Sed cum viriles sexus extederit, femina in hereditate aviatica non succedat.»

⁵⁷ Ver los diferentes capítulos de la *Lex Burgundionum* en MGH, «Legum», I, Hannover 1892, 29-122: *LB*, 24,3 en p. 62; 53 en p. 87 s.; 78,1 en p. 102.

b) Supuestos en que la exclusión de los ascendientes no se debe solamente a la aplicación del principio troncal

Ocurren en la Edad Media. Braga da Cruz, tras demostrar cómo la aplicación del *derecho de troncalidad* conduce a la exclusión de los ascendientes en la sucesión de los bienes propios de sus descendientes, y cómo la regla *propres ne remontent* en un principio sólo constata los efectos de la aplicación de aquel derecho sin expresar una norma independiente de él, tiene que abordar el problema del cambio que se produce en los *pays de coutume* de la Francia de los siglos XIV y XV respecto de la sucesión de los ascendientes.

Lo presenta de la siguiente manera: se han olvidado las razones históricas que dieron origen a la regla *propres ne remontent*, y se empieza a entender ésta en un sentido estricto. Por eso, la aplicación que se dio a esta regla tuvo consecuencias mucho más radicales para los ascendientes que la aplicación del *derecho de troncalidad*⁵⁸.

b.1) En especial, se abolió el *droit de retour*, que permitía hasta entonces al ascendiente que había donado un bien al *de cuius* –para éste, bien propio– recuperarlo a su muerte. Este *droit de retour* era compatible con la aplicación del *derecho de troncalidad*. Asimismo el ascendiente fue, en ausencia de colaterales, excluido de la sucesión del *de cuius* por el fisco. También fueron excluidos de esta sucesión los colaterales-ascendientes, es decir: los colaterales de una generación anterior a la del *de cuius* (por ejemplo, sus tíos). Y además, se excluyó a los ascendientes de la sucesión en los bienes muebles y adquiridos pertenecientes al *de cuius*, equiparando estos bienes a los propios.

Es posible que la razón de esta exclusión ampliada de los ascendientes se debiera a una interpretación rígida de la regla *propres ne remontent* –nacida del principio de troncalidad– y por consiguiente, que el Derecho troncal, en este sentido, esté en el origen de tal exclusión ampliada. Pero no es menos cierto que la aplicación estricta de la regla excluía más ampliamente, y de un modo incluso cruel, a los ascendientes (por ejemplo, cuando son excluidos por el fisco). Si este cambio no se debió a un repentino deseo de excluir a los ascendientes, desde luego no se dudó –por la razón que fuera y pudiendo haber dejado las cosas como estaban– en excluir sin contemplaciones a los ascendientes de la sucesión de sus descendientes.

Si, al principio, esta exclusión severa no fue deliberadamente buscada, al menos se aceptó y se consideró tolerable. Incluso puede decirse que pareció conveniente: la exclusión de los ascendientes en la sucesión de los bienes muebles –que nunca se habían considerado propios– y sobre todo de los bienes adquiridos –que no lo son, por definición, es particularmente significativa. Dar ficticiamente a estos bienes un origen familiar que no tienen, asimilándoles a los bienes propios para aplicarles la regla *propres ne remontent*, no fue una decisión tomada para respetar el principio de conservación de los bienes en las

⁵⁸ BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 167 s.

familias (fin exclusivo del principio troncal), sobre todo cuando la mencionada regla ya no es sinónima de conservación de los bienes en las familias, sino de exclusión de los ascendientes. No pudo ser más que un medio de sustraerlos a los ascendientes: luego lo que se buscaba, era excluir a los ascendientes de la totalidad de la sucesión⁵⁹.

b.2) El hecho de no sentir reparo en ampliar esta exclusión no debe extrañarnos demasiado, cuando existieron en Europa casos en los que la exclusión de los ascendientes se hizo deliberadamente fuera de toda relación con el principio troncal⁶⁰. Braga da Cruz reconoce que en Austria al menos, en los siglos XIV y XV, es posible que la exclusión de los ascendientes de todos los bienes del muerto (propios, muebles y adquiridos) se llevase a efecto sin asimilar los bienes muebles y adquiridos a los bienes propios; es decir, de manera autónoma respecto al principio de troncalidad⁶¹.

Las *Coutumes* de Lorena (1519) disponen la exclusión de los ascendientes en toda la sucesión del *de cuius*, de modo aún más radical para los bienes muebles y adquiridos que para los propios, dejando bien claro que los dos primeros no son propios⁶². Es evidente que aquí, la sucesión de los ascendientes –al igual que toda generación mayor– no se considera conveniente: *les successions vont en degrez pareil ou descendant, mais ne remontent point*. Las *Coutumes* de Berry, por su parte, excluyen a los ascendientes en los bienes propios y adquiridos; estos últimos no son asimilados de ningún modo a los bienes propios, pues los heredan los colaterales según la proximidad de grado, sin distinción de línea⁶³. De la misma manera, el Fuero General de Navarra generaliza la exclusión de los ascendientes respecto a los bienes adquiridos por el muerto⁶⁴.

4. RAZONES QUE PUEDEN EXPLICAR LA ADMISIÓN O LA EXCLUSIÓN DE LOS ASCENDIENTES EN LA SUCESIÓN DE SUS DESCENDIENTES

Lo que se ha expuesto en la segunda parte de este trabajo muestra que, a lo largo de la Historia, existió el rechazo voluntario de la sucesión de los ascendientes. ¿Qué razones pudieron justificarlo?

⁵⁹ Así lo admite el mismo BRAGA DA CRUZ, *ibídem*, II, 173.

⁶⁰ Tales supuestos son citados *ibídem*, II, por ejemplo p. 18.

⁶¹ *Ibídem*, II, p. 16 y nota 19.

⁶² BONVALOT, «Les plus principales coutumes du duché de Lorraine de 1519, París, 1878, p. 104 (cit. por BRAGA DA CRUZ, «O direito» II, p. 26, nota 19): «Successions vont en degrez pareil ou en descendant, et ne remontent point.»

Los tíos deben ser excluidos de los bienes muebles y adquiridos «pour ce que sy les dicts oncles les héritaient, serait remonter la succession, pour ce que les dicts oncles ny leurs prédecesseurs ny eurent jamais rien».

⁶³ «Anciennes Coutumes de Berry et d'Issoudun» (cit. *ibídem*, II, p. 26 y n. 19): «Le plus prochain prochain parent ascendant gaigne les meubles seulement.»

⁶⁴ PABLO ILARREGUI y SEGUNDO LAPUERTA, «Fuero General de Navarra», Biblioteca de Derecho Foral, (ed. Diputación Foral de Navarra), Pamplona, 1964. FGN, II,4,6: «Cómo de crea-

En primer lugar, no debe olvidarse que los descendientes, en todos los sistemas jurídicos son, cuando existen, preferidos a los ascendientes: se considera natural⁶⁵ que hereden antes que nadie los descendientes, es decir, a la vez los más allegados al *de cuius* y los más jóvenes; los bienes son para quienes más los necesitan, los que en principio tienen más tiempo que vivir, tienen más cargas (especialmente, niños), y también quienes mejor los pueden mantener y explotar.

Si no hay hijos, ¿quién debe naturalmente heredar? Puede responderse del modo siguiente: Es lógico pensar en los más allegados al difunto –padres o ascendientes– a quienes éste debe la vida. Esta solución es la que adoptan varios sistemas jurídicos. Lo hemos visto a propósito de las *Leges Barbarorum*, especialmente al estudiar la situación sucesoria de los ascendientes en el Código de Eurico y en el *Liber Iudiciorum*.

Pero los ascendientes no son los más jóvenes, y su sucesión en los bienes que un descendiente suyo hubiera heredado de la otra línea, perjudica a esta línea, especialmente a sus generaciones más jóvenes, que pierden estos bienes para siempre. Esta es, sin duda, la razón por la cual aparece la preocupación por conservar los bienes en las familias, y su puesta en práctica mediante la devolución sucesoria según el principio troncal. El derecho de troncalidad, que sirve, pues, para conservar los bienes en la familia de la que proceden, mira hacia el futuro de ésta, es decir, hacia sus generaciones más jóvenes, y *presupone* así la *preferencia* de los jóvenes sobre los ascendientes (aunque sea sólo en la sucesión a los bienes de abolorio)⁶⁶.

Por tanto, cuando se produce la ampliación de la exclusión de los ascendientes más allá de la que resultaba del principio troncal, no es más que una

tura non deve tornar al padre mas al prosmano. Si... las creaturas ganassen o conqueriessen algunas heredades e moriesses alguna destas creaturas, las heredades daqueyll muerto non deven tornar al padre ni a la madre, mas deven tornar a la hermandat.»

⁶⁵ Salvo quizá en la Roma antigua, donde se considera que la sucesión normal es la sucesión testada y el *paterfamilias* puede disponer a su capricho de su patrimonio; pero los excesos aca-reados por tales principios fueron progresivamente corregidos.

Respecto del Derecho sucesorio germánico, descrito por Tácito, quiero añadir aquí que el sistema de devolución parece ser el de las parentelas, con exclusión –en cada parentela– del ascendiente del *de cuius* (sistema que existe también en la Edad Media). Así, en primer lugar suceden los *liberi*, o descendientes del *de cuius*; en segundo lugar son llamados los *fratres*, o descendientes del padre del *de cuius*; y después de éstos, los *patrui* y *avunculi*, o descendientes del abuelo del *de cuius*. Este sistema parece lógico en cuanto devuelve la herencia a los más jóvenes –hijos y luego, hermanos– pero sorprende que después sean llamados los tíos y no el padre (que es de la misma generación que éstos) si –como creo– es cierto que Tácito contempla también la sucesión del *de cuius*, *patre vivente*.

Tal vez pueda ofrecerse la explicación siguiente: los germanos y, en general, los que adoptan el sistema de devolución por parentelas, consideran natural que la herencia vaya a los descendientes, y antinatural que vaya a los ascendientes. Razonarían así: la herencia *debe ir a los descendientes más próximos*: primero los del *de cuius*; después de éstos, la generación más próxima de los descendientes son los de su padre, y después, los de sus abuelos.

⁶⁶ De hecho, el principio de troncalidad implica, en la mayoría de los casos, la exclusión de los ascendientes. Si se hubiese sentido repugnancia por esta exclusión, no se hubiera establecido tal principio.

radicalización del principio de preferencia de las generaciones jóvenes sobre los ascendientes, contenido ya en el principio troncal. Las consecuencias injustas de esta radicalización abusiva (sobre todo, en el supuesto de exclusión de los ascendientes por el fisco) hicieron volver más tarde en Francia al sistema de devolución según el principio troncal, el cual —como ya se ha dicho— si bien no persigue la exclusión de los ascendientes, presupone la preferencia de las generaciones jóvenes sobre éstos.

Quiero añadir a este propósito que si el principio troncal supone una toma de posición en favor de las generaciones jóvenes frente a los ascendientes, no es correcta la postura de Braga da Cruz cuando estima que la aplicación del derecho troncal explica por sí sola la exclusión de los ascendientes, y rechaza cualquier explicación que intente justificar la exclusión voluntaria de los ascendientes en la época en que se aplicó el principio troncal⁶⁷.

Todo lo expuesto hasta ahora, me inclina a pensar que las fluctuaciones que encontramos en la situación sucesoria de los ascendientes, a lo largo de la Historia, se pueden explicar por la existencia de dos ideas o sentimientos antagónicos. Por una parte, se considera natural que al muerto sin hijos le sucedan sus parientes más allegados que son, sin duda, sus padres (o demás ascendientes); pero al mismo tiempo, es natural que los bienes sirvan a quienes más los necesiten y mejor los puedan mantener: las generaciones jóvenes.

Según los lugares y las épocas, prevalecen con más o menos fuerza una u otra de esas ideas o sentimientos. Así, unos sistemas admiten plenamente la sucesión de los ascendientes (por ejemplo, el Código de Eurico); otros la rechazan categóricamente (como ocurre en la Francia *coutumière* de los siglos XIV y XV), y otros buscan el modo de armonizar esos dos principios, adoptando una troncalidad que da la preferencia a los jóvenes, pero que no es hostil a los ascendientes.

ROSINE LETINIER

⁶⁷ BRAGA DA CRUZ, «O direito», II, 203.