

El apartamiento y la desheredación

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I) DESHEREDACIÓN SIN NECESIDAD DE CAUSA, O APARTAMIENTO: 1. *Exhereditio* y apartamiento.—2. La legítima foral navarra.—3. El apartamiento vizcaíno y ayalés: a) *En la Tierra Llana de Vizcaya, Aramayona y Llodio*. b) *En la Tierra de Ayala*.—II) DESHEREDACIÓN CON JUSTA CAUSA: A) *Introducción*.—4. Su concepto. Su discriminación de la indignidad; y su no redundancia con ésta. La desheredación *bona mente*.—5. La desheredación en Derecho romano.—B) *La desheredación en el Derecho de Castilla y en el Código civil*.—6. De las Partidas al Código civil.—*Régimen de la desheredación del Código civil*: 7. a) *Sujetos de la desheredación*. 1) Capacidad para desheredar. 2) Quiénes pueden ser desheredados, 3) Capacidad para ser desheredado.—8. b) *Modo de efectuarse*. 1) Debe hacerse en testamento. 2) Designando al desheredado. 3) Expresando la causa legal en que se funde.—9. ¿La desheredación debe ser total? ¿Cabe que sea sólo parcial?—10. ¿Puede desheredarse condicionalmente?—c) *Causas legales de desheredación*. 11. Su carácter de *numerus clausus*.—*Causas de indignidad que pueden serlo de desheredación*: 12. Análisis del artículo 852.—13. La causa primera del artículo 756.—14. Causa segunda del artículo 756.—15. Causas quinta y sexta del artículo 756.—16. *Causas de desheredación de los descendientes*: Causa primera del artículo 853.—17. Causa segunda del artículo 853.—18. Causas tercera y cuarta del artículo 853.—19. *Causas de desheredación de los ascendientes*: Causa primera del artículo 854.—20. Causas segunda y tercera del artículo 854.—21. *Causas de desheredación de los cónyuges*: Causas del artículo 855.—d) *Requisitos para la efectividad de la desheredación legalmente ordenada*: 22. Primer requisito: necesidad de probar su certeza.—23. Segundo requisito: necesidad de que no haya habido reconciliación.—24. ¿Hay colisión entre las normas del artículo 757 y 856 C. c.?—25. Tercer requisito: que no haya habido remisión de la causa.—26. Cuarto requisito: que no haya habido testamento ulterior instituyendo al ofensor.—27. Quinto requisito: que el testamento que contenga la desheredación no sea anulado ni revocado.—e) *Efectos de la desheredación justa*: 28. Efectos con respecto al desheredado.—29. Efectos respecto a los legítimos descendientes del hijo o descendiente desheredado.—30. Destino de la porción legítima del des-

(*) El presente trabajo corresponde con ligeras ampliaciones al cap. V y parte del cap. IX de nuestro volumen en elaboración "Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer", correspondiente al tomo LVIII del Tratado práctico y crítico de Derecho Civil del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

heredado a falta de descendientes legítimos del mismo, caso de ser descendiente el desheredado.—C) *La desheredación en los regímenes forales*: 31. a) *Aragón*. b) *Baleares*.—32. c) *Cataluña*.—33. d) *Navarra*.—34. e) *Vizcaya*.—III) DESHEREDACIÓN INJUSTA: A) *Introducción histórica*.—35. Su origen en Roma.—36. Su régimen justiniano.—37. En las Partidas.—38. Doctrina de los autores castellanos después de las Leyes de Toro.—B) *En el Código civil*. a) *Génesis del artículo 851*: 39. Precedentes legislativos del artículo 851. b) *Régimen de la desheredación injusta en el Código civil*.—40. Quid si fue efectuada por error.—41. Acción para reclamar contra la desheredación injusta. Su naturaleza, ejercicio y extinción.—42. Su transmisión y prescripción.—43. *Efectos de la desheredación injusta*: α) En cuanto a la institución de heredero. I) ¿Qué parte de la institución se invalida?—44. II) ¿Quién sufre la invalidación? III) ¿Cómo cubre su cuota el injustamente desheredado?—46. β) En cuanto a los legados y mejoras dispuestos a favor de otro legitimario o de cualquier otra persona. γ) Respecto a la partición practicada sin el concurso del desheredado.—47. Efectos de la desheredación injusta del cónyuge viudo. Derechos de los descendientes legítimos de un hijo injustamente desheredado que haya premuerto al testador.—C) *En los regímenes forales*: 48. a) *Aragón*. b) *Baleares*.—49. c) *Cataluña*.—50. d) *Navarra*. e) *Tierra Llana de Vizcaya*.

I) DESHEREDACION SIN NECESIDAD DE CAUSA, O APARTAMIENTO

1. Es sabido que el Derecho civil romano admitió la *exheredatio* sin necesidad de justificación alguna (1), pero que el régimen de la *querella inofficiossi testamenti* eliminó de facto esta posibilidad en cuanto podía invalidarse el testamento si el testador no hubiese tenido causa que justificase la *exheredatio* ni hubiese dejado su *quota legitima* al exheredado (2).

Hoy, sin embargo —como también es sabido—, algunos de nuestros regímenes forales mantienen la posibilidad de exheredar a herederos forzosos o legales sin más requisito que instituirles en una legítima formal simbólica o *apartarlos* con algo también simbólico.

Así, la preterición (3), puede quedar excluida, sin derecho material alguno a nada efectivo del legitimario no favorecido, mediante:

a) En la Tierra de Ayala, *apartándolos* los causantes “*con poco o mucho como quisieren o por bien tuvieren*” (art. 62 Comp. Vizcaya y Alava).

b) En Vizcaya, *apartándolos* “sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de

(1) Fritz Schulz, “Derecho Romano Clásico” (traducción española de Santa Cruz Teijeiro, Barcelona 1960), n. 460 y nn. 468 y ss., pp. 254 y s. y 258 y ss.

(2) Schulz, op. cit., nn. 476, 477 y 478, pp. 462 y ss.

(3) Cfr. nuestro trabajo “El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles”, n. 20, d, y 21, en An. Der. Civil, XX-I, pp. 65 y ss.

separarlos de la herencia", tratándose de descendientes o ascendientes (art. 23, § 2.º, Comp.) o expresa o tácitamente de tratarse de colaterales tronqueros (art. 23, § 3.º, Comp.).

c) En Navarra, *instituyéndoles en la legítima foral simbólica —o dejándosela simplemente—* de los cinco sueldos febles o carlines y la robada de tierra en los montes comunes (Ley 232 en rel. con Ley 233, inciso 1.º del Proyecto de 1959, que recoge el Derecho tradicional).

La exclusión de los herederos forzosos puede alcanzar a todos sin excepción en Ayala y, salvo si concurren hijos de varios matrimonios, en Navarra. En cambio, en Vizcaya el apartamiento no puede comprender a todos, sino, como máximo, a todos menos uno, pues —como dice el art. 23, § 1.º, Comp.— "*El testador podrá distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas a que se refiere el artículo anterior [descendiente legítima, descendente natural, ascendente de cada línea y colateral tronquera, por este orden] o elegir uno solo de ellos apartando a los demás.*"

El apartamiento es necesario hacerlo no sólo en los testamentos, sino también, en Vizcaya, en "capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación" (art. 30 Comp.) y, en Ayala, en "donación, a título universal o singular" (art. 62 Comp.); y la institución en la legítima foral navarra también es precisa en las donaciones universales por razón de matrimonio, o donaciones *propter nuptias* (ley 16, tít. 13, lib. 3.º, Novísima Recopilación navarra y Ley 174 del Proyecto de 1959) (4).

La naturaleza de la institución en la legítima foral navarra y la del apartamiento vizcaíno y alavés no han sido cuestiones pacíficamente aceptadas, sino, por el contrario, objeto de discusión. Vamos a verlo tratándolas por separado.

2. La legítima foral navarra.

Dos cuestiones principales se han discutido en relación a la naturaleza de la legítima foral navarra: una, la relativa a si se trata de una verdadera institución de heredero, de la cual nos ocuparemos en otra ocasión, y otra, que ahora debemos estudiar especialmente, acerca de su distinción de la desheredación.

Alonso (5) había considerado la institución en la legítima foral como una forma indirecta de desheredación. "De dos maneras —escribió— puede hacerse la exheredación, una, expresa, directa y rigurosamente; otra, indirecta y latamente, o por sólo sus resultados tenida

(4) Dice la Ley 174 del Proyecto de 1959: "Las donaciones *propter nuptias* serán válidas aunque no contengan institución en la legítima foral a favor de los herederos forzosos, siempre que éstos resulten o se declaren dotados o se imponga al donatario la obligación de dotarlos."

(5) José Alonso, "Recopilación y Comentario de las Leyes y Fueros del Antiguo Reino de Navarra", Comentario a las leyes XVII a XXI del Tít. I del Lib. V, cfr. ed. Pamplona 1964, vol. I, pp. 337 y s.

por exheredación". Para la primera —prosigue— “se necesita una de las causas que señala el Fuero de este reino en los capítulos que forman la ley 17 precedente. Esta causa no sólo ha de expresarse por el testador, sino que éste o el heredero, que instituyere, deben probarla y de otra suerte no vale...”. “La segunda manera de exheredación —dice después— es la que indirectamente se hace, por medio de la institución en la legítima del Fuero, de todos los hijos o parientes que puedan tener derecho a la herencia del testador. Aunque en realidad es una verdadera institución, pero limitada sólo a cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes, produce respecto de los demás bienes hereditarios una efectiva exheredación.”

Morales (6), en su *Memoria*, observó que cuando se estableció la desheredación no existía la libre disposición de bienes; existían las legítimas del Fuero, de las que no podían ser privados los hijos sin las justas causas fijadas, que se escribieron para privar de la legítima del Fuero que consistían en bienes raíces, no para privar de una fórmula, ya se considere más o menos honorífica, pero que al fin viene a ser la verdadera desheredación; mas después de introducida la libertad de disponer por testamento con sólo la institución de los hijos en la formularia legítima no se comprende que existan causas de desheredación, pues no existiendo heredamiento forzoso, no cabe desheredamiento; por lo cual no se ha visto caso alguno de desheredación, pues cuando no se quiere dejar nada a un hijo, basta con heredarlo en la legítima del Fuero” (7).

Arriaga (8), después de reconocer que esta institución, a los efectos patrimoniales, es una verdadera desheredación, añade que quizá “convendría que la llamásemos “EXHEREDACION”, puesto que se excluye de la herencia al legitimario, pero no se le priva de lo que la ley le concede (legítima, aun cuando sea formularia), como ocurre en la desheredación”.

Sin embargo, existe un caso en que la desheredación propiamente dicha puede ser necesaria al no ser posible la exheredación formal. Se trata del supuesto de que deje el testador hijos de varios matrimonios, pues, según la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1765 y 1766, a todos los hijos del anterior o anteriores matrimonios no se les puede exheredar sin causa de desheredación de las señaladas en el Fuero de Navarra (9).

(6) Antonio Morales, “Memoria...” (cfr. su ref. en “Derecho Civil Vigente en Navarra” de la Biblioteca Judicial, vol. II —Madrid 1888— p. 142).

(7) En parecido sentido se ha expresado Lacarra (Instituciones de Derecho Civil Navarro) arts. 848 a 857 —ed. Pamplona 1932— vol. I, pág. 234) quien explica que “habiéndose extendido posteriormente la libertad de testar a todas las clases sociales de Navarra, los padres que quieren desheredar a un hijo o hija, para evitar descrédito, le dejan la legítima foral formularia, o sea, cinco sueldos febles o carlines o una robada de tierra en los montes comunes”.

(8) José Miguel Arriaga y Sagarra, “Libertad de testar, legítima foral y desheredación”, Pamplona 1948, cap. V, pp. 28 y ss.

(9) Cfr. Alonso, loc. últ. cit., pp. 339 y s. y Lacarra, loc. últ. cit., pp. 235 y s.

Esta doctrina es reflejada en la Ley 233 del Proyecto de 1959, al disponer que: "La institución en la legítima foral excluye al instituido en la de toda clase de derechos patrimoniales por sucesión forzosa en la herencia del instituyente, pero concurriendo descendientes de dos o más matrimonios, los del anterior no podrán ser apartados de la herencia sino por justa causa de exheredación" (10).

El Tribunal Supremo, en S. 30 junio 1905, declaró que la institución en la legítima foral de un hijo, tanto en Aragón como en Navarra, equivale a la desheredación. Y la Dirección General de los Registros, en Res. 17 febrero 1927, relativa a Navarra, declaró que "Según el testamento, fuera de la legítima foral, los hijos están desheredados, "excepto si algo les dejaren" sus padres."

3. *El apartamiento vizcaíno y ayalés.*

a) *En Tierra Llana de Vizcaya, Aramayona y Llodio.*

Se ha sostenido (11) que el apartamiento "guarda una semejanza casi absoluta, en el orden práctico, con la desheredación que establece el Derecho común, sin más diferencia... que el Fuero (hoy la Compilación) no exige causa para el apartamiento de la herencia, en tanto que para la desheredación se requiere justa causa conocida por la Ley"; y que el apartado nada adquiere susceptible de transmisión y embargo.

Algún autor (12) se ha fijado en el texto literal de la Ley 7, tit. XXI del Fuero de Vizcaya, que dice: "*La tal tierra de apartación, sucede en lugar de la legítima*", para deducir "que el Fuero concreta bien claramente que la cuota de apartación es señalada *no como legítima*, sino precisamente *en lugar de la legítima*".

Otros han negado que se trate de una verdadera desheredación, pues para ésta es preciso que exista algún motivo grave (13), y porque

(10) Juan García Granero, J. J. Nagore, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors, J. J. López-Jacoiste y J. Arregui Gil (*Notas a la Recopilación Privada al Derecho Privado Foral de Navarra, —Pamplona 1967—* nota a la Ley 231, página 159) deducen que "La doctrina de la desheredación sólo es aplicable en Derecho Navarro, además del supuesto de privación del derecho de usufructo de fidelidad, al caso de privación de derecho a los hijos de anterior matrimonio".

(11) Antonio Astorqui, "Introducción al Derecho de Vizcaya y Alava" (Bilbao 1964), p. 113.

(12) Angel Sánchez de la Torre, "Régimen jurídico de la legítima vizcaína", en *Estudios Deusto*, vol. VI, n. 12 (julio-diciembre 1958), pág. 429.

(13) Cfr. Francisco Javier de Arcillona y Landesa, "Erróneas interpretaciones dadas a la jurisprudencia vizcaína por el Tribunal Supremo", en *An. Der. Civ.* XII-II. Diciembre 1959, pág. 676; José María de Esjavierría, "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación del Derecho Civil de Vizcaya", n. X, en *Estudios Deusto*, n. 14 (julio-diciembre 1959), pp. 432 y ss. Este razonó que con la visión exacta del problema "se explica perfectamente la razón de la existencia de la desheredación en un régimen de libertad como es el del Fuero de Vizcaya si bien, para evitar dudas, solamente por causa legal y justificada se puede imponer tal castigo, como se señala en la ley 22, título XXXIV".

el apartado continúa siendo un heredero siquiera de rango inferior (14), y la tierra de apartación puede reclamarla al heredero principal y sobre ella “hacer valer, si lo desea, toda clase de atributos dominicales reconocidos por el derecho a la propiedad” (15).

Afirmándose, por Esjavierría (16), que: “Si los herederos apartados no fuesen herederos secundarios, no podrían ejercitar sobre los bienes familiares el retracto foral conforme las leyes 1, 2, 3, 4 y 6 título XVII del Fuero, ya que al carecer de la categoría de herederos, quedarían privados del derecho de la saca foral, que les reconocen las leyes citadas, concedido únicamente a los herederos tronqueros” (17). Sin perjuicio de haber explicado (18) que: “por ser en el Fuero de Vizcaya todos los hijos herederos forzosos de sus padres, para conceder ese derecho a uno solo, hubo necesidad de inventar una ficción legal para pagarles el derecho legitimario que les era debido, conciliándose así el derecho de todos ellos con la libertad que tiene el testador de escoger a uno solo; con esa ficción o exposición de la ley foral, se da una condición o calidad a los herederos apartados que no les es natural, sino fingida, para conseguir así que queden pagados de una legítima que, sin esa presunción, tendrían que percibir de la herencia, evitándose con ella que los excluidos se consideren preteridos o desheredados”. Y “que pertenece al género de simulaciones que en Derecho se han llamado “mentiras convencionales”, y no es “sino un simbolismo jurídico”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por la equivalencia del apartamiento a la desheredación.

Así, la S. 12 abril 1927 consideró la facultad foral de apartar “equivalente a la desheredación castellana, sin más diferencia que la

Claro que tal subsistencia de la desheredación puede ser suficientemente explicada por la posibilidad de que a todos o al único heredero forzoso del grupo de que se trate pueda y quiera el testador desheredarlos.

(14) Cfr. Arcillona, loc. y pág. cit.; Esjavierría, loc. cit., n. IX, pp. 430 y siguientes.

(15) Esjavierría (loc. cit., VIII, pág. 429), entre dichos atributos enumera: “transmitirla en testamento o adquirirla sus hijos en un abintestato, inscribirla a su nombre en el registro de la propiedad, venderla, solicitar para uso, si lo precisa una servidumbre de paso, o valerse de esa pertenencia para entablar el retracto de colindantes a que se refiere el art. 1.523 del Código civil. Y, conforme a las leyes administrativas de antaño, el dueño de esa cuota conservaba el derecho de usufructuar los bienes comunales en el término municipal en el que estaba situada la raíz de su aportación”. Añadiendo (en nota 38), que Serralbo había afirmado: “Conocemos un caso en el que un heredero apartado pidió al heredero principal la entrega de la tierra raíz que le había sido adjudicada en el testamento de su padre habiéndole sido entregada la cantidad estipulada por el causante.”

Pero, ¿era todo eso posible verosíblemente por un palmo o centímetro de tierra?

(16) Esjavierría, loc. cit., IX, p. 431.

(17) Pero, ¿el retracto dependía en el Fuero de la condición de heredero forzoso o, como ésta, de lo que dependía era simplemente de la condición de pariente tronquero? Cfr., hoy el art. 51 de la Compilación.

(18) Esjavierría, loc. cit., III, pp. 412 y s.

de que el Fuero no exige causa, aparte de esa insignificancia del real y porción de tierra, que sólo demuestran que no se tuvo en olvido al hijo apartado"; que el hijo apartado no podía "tener intervención de ninguna clase en la testamentaria ni adquirir derechos transmisibles, de grado o por fuerza", ni se le transmitió "nada sujeto a numeración de cantidad ni embargable por sus acreedores personales", ni adquirió "de la herencia de su madre ninguna clase de bienes y derecho (excepto el real de vellón y palmo de tierra que no se discute) susceptibles de transmisión o de embargo".

Y la S. 27 mayo 1961 ha dicho que la legítima, que "la constituyen aquellos bienes de que el testador no puede disponer libremente, en Vizcaya corresponde en potencia a todos los llamados a ella, es una expectativa colectiva de la que son privados por voluntad del testador en favor de uno o varios, reduciendo a los demás a una formal participación sin verdadero contenido económico, incluso un centímetro cuadrado...".

Hoy, la Compilación no exige que al no instituido se le aparte con algo de tierra, sino simplemente que sea apartado o excluido sin fórmula especial de apartamiento, siempre que conste claramente la voluntad del testador de separarles de la herencia (cfr. art. 51 Compil.); con lo que queda más claro su aspecto negativo, esencialmente de exheredación. Sin necesidad material de dejar algo, sino sólo la *formal* de excluir o apartar a uno de los legalmente con derecho.

b) *En la Tierra de Ayala.*

Según Uriarte (19) "la desheredación y el apartamiento son cosas distintas. El apartamiento exige precisamente que a los apartados se les separe con algo, poco o mucho, pero siempre con algo de la herencia de aquél que los aparta. El apartamiento supone en los apartados derecho a la herencia de aquél que los aparta; pero la cuantía de la legítima queda al arbitrio del apartante..." y... "Si el apartar no es desheredar, aún considerando aplicable a los actos de libre disposición de los bienes, conforme al Fuero de Ayala, el artículo 849 del Código civil, resultará que puede apartarse fuera de testamento".

Pero, si lo usual es que ese "algo", "poco o mucho", sea simbólico, (20), parece que lo dicho por la Jurisprudencia respecto a Vizcaya, es aplicable a la Tierra de Ayala.

II) DESHEREDACION CON JUSTA CAUSA

A) *Introducción.*

4. En otro trabajo (21) hemos examinado los deberes formales positivos de instituir herederos a los legitimarios y de no preterirles,

(19) Luis María Uriarte Lebario, "El Fuero de Ayala" (Madrid 1912) cap. V, pp. 119 y ss.

(20) Cfr. Uriarte Lebario, op. y cap. cit., pp. 129 y s.

(21) "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en...", An. Der. Civ., cit.

y acabamos de contemplar el deber formal negativo, para caso de querer el testador excluir a alguno de sus legitimarios, de desheredarlo, aún sin causa, o apartarlo, aunque sólo sea con algo simbólico. Pero esta facultad, limitada únicamente por dicho deber puramente formal, no ha sido ni es aceptada en la mayor parte de los ordenamientos positivos que han exigido y exigen una causa cierta que justifique esa exclusión y su declaración y expresión formal verificada por el testador al ordenar la desheredación.

Ahora vamos a examinar ese aspecto formal de la legítima, consistente en la exigencia de la declaración expresada en la debida forma de la voluntad de desheredar y de su causa determinante y de los presupuestos exigidos para la efectividad de la exclusión ordenada.

Así, podemos definir la desheredación propiamente dicha como el *acto formal por el cual el testador invocando una causa legal y cierta excluye de su derecho a un legitimario*.

Esta institución aparece ya en el Código de Hammurabi (entre 2300 a 2000 a.J.C.), como facultad del padre sometida a confirmación por el Juez después de comprobada la indignidad del desheredado (arts. 168 y 169) (22).

Desarrollada tardíamente en Derecho romano —como luego examinaremos—, el Derecho comparado nos ofrece hoy una clara disparidad entre las legislaciones.

Así, desconocen la desheredación y sólo admiten la indignidad, entre otros Códigos, el francés y el italiano.

Regulan además de la indignidad sucesoria, la posibilidad de desheredar, entre otros Códigos del grupo latino, el portugués de 1967 (arts. 2.166 y 2.167) y el argentino (arts. 3.744 y ss.), y los germánicos como el austriaco (§ 768 y ss.), el B. G. B. (§ 2.333 a 2.338), el suizo (art. 477).

El hecho de que, además de producir incapacidad para suceder, algunas de las causas de indignidad puedan serlo también de desheredación (23) no supone una redundancia inútil. En efecto: en nuestro

(22) Cfr. Ernest Roguin, "Traité de Droit Civil Comparé", "Les Successions", vol. IV (París 1912), n. 2.535, p. 723.

(23) Respecto la distinción entre desheredación e indignidad, cfr.: Luis Vallterra Fernández, "Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas", en Información Jurídica, n. 125, octubre 1953, páginas 865 y ss., y Félix Hernández Gil, "La indignidad sucesoria" I, en Rev. Der. Priv. XLV-1961, pp. 469 y ss. La afirmación de De Diego ("Instituciones de Derecho Civil Español" —Madrid 1932—, vol. III, Sec. 90, p. 233 y s.) de que la desheredación se funda en la magistratura doméstica y castiga infracciones de deberes fundamentales necesarios al buen orden de la familia mientras la indignidad tiene causas que primariamente son faltas sociales, a nuestro juicio es más aparente que realmente cierto y constatable. En efecto, según el art. 757: "*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiere en documento público.*" Lo cual indica que la eficacia de la indignidad queda en definitiva a disposición del causante, excepto aquéllas que por no conocerlas, o por ser posteriores a toda posible actuación del mismo (núms. 4.º

Código civil, para su eficacia incapacitante, las causas de indignidad han de ser siempre objeto de prueba y declaración judicial correspondiente (24); en tanto que no hace falta probar la certeza de la justa causa de desheredación expresada, sino en caso de que *fuere contradicha* (art. 851 C. c.) (25). Además, en caso de existir al tiempo de otorgar su testamento una causa de indignidad de uno de los herederos, la desheredación impide que el silencio del testador se tome como remisión tácita (26), o que, en principio, se considere como preterición (27).

No aceptamos, en cambio, la opinión de aquellos autores para quienes las causas de indignidad, por sí solas, no privan de la legítima, excepto la núm. 2 del art. 756 —que expresamente lo preceptúa, a diferencia que de los demás supuestos— (28). Con la mayor parte de la doctrina (29) y el Tribunal Supremo (30), creemos que la indigni-

y 7.º del art. 756), que, precisamente por eso, no son recogidas como causas de desheredación en el art. 852, actúan sólo *ex lege*.

(24) La S. 11 febrero 1946 declaró que “es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad *ab initio* para suceder”. Los autores coinciden en que la indignidad requiere su declaración por sentencia firme cfr., Felipe Sánchez Román, “Estudios de Derecho Civil” VI-II, cap. XVI, n. 26, —2.ª ed. Madrid 1910— pág. 1.113; José Castán Tobeñas, “Derecho civil Español Común y Foral”. 4.ª ed. Madrid 1939, I-II, Lec. XXVIII, pág. 375; Federico Puig Peña, “Tratado de Derecho Civil Español”, —Madrid 1963— vol. V-II, capítulo XV, I, A, c, c’, p. 418; Francisco Bonet Ramón, “Compendio de Derecho Civil”, vol. V —Madrid 1965— n. 129, pp. 695 y ss.; José Puig Brutau, “Fundamentos de Derecho Civil”, V-III, —Barcelona 1964— cap. II, 3, V, pp. 223 y s.

(25) La S. 20 mayo 1931 en su segundo considerando razonó que si bien, “los hijos tienen acción para defender y reivindicar sus derechos hereditarios, esa doctrina no puede ser aplicable... porque mientras no sea anulado el testamento de... en que el demandante fue desheredado, la desheredación priva de todo derecho sobre la herencia de su padre”.

(26) Cfr. J. Santamaría, “Comentarios al Código civil” (Madrid 1958), T. I, arts. 848 a 857, n. 3, pág. 331. Pensamos en un testamento que no contenga más que legados y en el que no se disponga de toda la herencia ni se haga mención alguna del indigno.

(27) Calixto Valverde Valverde (“Tratado de Derecho Civil Español”, vol. V —ed. Madrid 1939— cap. XIII, § II, p. 303) ha escrito que invocada una causa de indignidad por el testador como causa de desheredación, le permite nombrar e instituir otro heredero, cosa que no podría hacer, si la causa de indignidad no lo fuera de desheredación. Así, aun cuando creemos —cfr. “El deber formal de...” n. 16, *α*, loc. cit., pp. 55 y s.— que el indigno puede ser preterido sin que entren en juego sus efectos invalidatorios, es lo cierto que la indignidad no probada del preterido —ya que ésta ha de probarse y ser declarada en sentencia firme— daría lugar a los efectos más amplios del artículo 814 y no a los más restringidos de la desheredación injusta del 851.

(28) Manresa, “Comentarios al Código civil español”, vol. VI —ed. Madrid 1932— arts. 756 y 757, p. 59; De Diego, *op. y vol. cits.*, Lec. 82, p. 45; Valverde Valverde, *op. y vol. cits.*, cap. XX, § II, p. 448.

(29) Mucius Scaevola, “Código civil comentado y concordado extensamente” —5.ª ed. Madrid 1943— art. 756, III, C, 2.º, p. 395; Demófilo De Buen, Notas al “Curso Elemental de Derecho Civil” de A. Colin y H. Capitant, vol. VIII, (ed. Madrid 1928), cap. IV, sec. I, § 2, p. 381; Castán Tobeñas, *op. y vol. cits.* p. 278; Roca Sastre, *Notas al Derecho de Sucesiones de Theodor*

nidad del legitimario le excluye siempre de su derecho a la legítima (31).

El Derecho romano había conocido la llamada *exhereditio bona mente facta* (32) dispuesta en interés del propio desheredado o de su familia.

Hoy admiten expresamente esta forma benigna los Códigos austríaco (33), suizo (34) y alemán (35). Sin embargo, predominan los

Kipp, vol. II (Barcelona 1955); Mario Armero Delgado, "Testamentos y particiones" —Madrid 1951— n. 256, p. 430; José Luis Lacruz Berdejo, *Notas* al "Derecho de Sucesiones" de Julius Binder (Barcelona 1955) § 39, p. 346; Manuel Espinar Lafuente "La herencia legal y el testamento" (Barcelona 1956) § 166, pp. 367 y ss.; J. Santamaría, op. cit., art. 756, p. 742; Puig Brutau, op. y vol. cit., cap. II, n. 3, V, p. 225; Bonet Ramón, op. y vol. cit., CXXIX, número 129, pp. 695 y ss.

Con ciertas atenuaciones Félix Hernández Gil, loc. cit., p. 489 y Puig Peña, op. y vol. cits., cap. XV, I, A, pp. 416 y ss.

(30) S. 28 febrero 1947.

(31) Son razones que nos parecen decisivas: 1.º No parece lógico escindir los efectos de la indignidad según se trate de los bienes libremente disponibles y de los integrantes de la legítima. 2.º Repugna moralmente admitir como herederos forzosos a quienes hayan incurrido en cualquiera de las causas del artículo 756, que dan lugar a que la ley los califique de indignos y suponen grave violación de los deberes familiares en los que se funda la sucesión forzosa. 3.º El art. 761 C. c., al prevenir en términos generales para el supuesto de que el excluido por incapacidad fuese hijo o descendiente legítimo del testador, no alude a un supuesto excepcional sino a todos los casos de indignidad. 4.º El remedio de la desheredación sólo sería posible en caso de que el causante conociera los hechos que causen la indignidad y si tuviese capacidad para testar; por lo cual, en caso de desconocerlas o de no ser capaz para testar, se llegaría al absurdo de que el indigno tendría asegurada su legítima, a todo evento.

(32) Dig. XXVIII-II, 18; XXXVIII-II, 12, § 2. Véase el supuesto de Dig. XXVII-X, 16, pr. y § 2.º, en el cual el testador que tiene un hijo enfermo mental o pródigo instituye herederos a los hijos de éste, y al mismo, solamente, le deja los alimentos necesarios.

(33) Código austríaco, 773, la admite para caso de insolvencia absoluta o prodigalidad de un hijo, pero dejando su legítima a los hijos del propio hijo desheredado plenamente.

(34) Código civil suizo, art. 480: "*Le descendant contre lequel il existe des actes de défaut de biens peut être exhéredé pour la moitié de sa réserve, à condition que cette moitié soit attribuée à ses enfants nés et à naître.*"

"*L'exhéredation devient caduque si, lors de l'ouverture de la succession, il n'existe plus d'actes de défaut de biens ou si le montant total des sommes pour lesquelles il en existe n'excède pas le quart de son droit héréditaire.*"

(35) El B. G. B., § 2338, dice: "Si un descendiente se ha dado a la prodigalidad de tal forma o si está de tal manera sobrecargado de deudas que su posterior adquisición pelagra notablemente, el causante puede limitar el derecho de legítima del descendiente mediante la ordenación de que después de la muerte de dicho descendiente sus herederos legítimos deban percibir lo a él dejado o la legítima a él correspondiente como herederos sucesivos o como legatarios sucesivos, según la proporción de sus porciones hereditarias legítimas. El causante puede también transmitir a un ejecutor testamentario la administración por el tiempo de vida del descendiente; el descendiente tiene en semejante caso pre-tensión al producto neto anual.

A las ordenaciones de esta clase se aplican oportunamente las disposiciones del parágrafo 2336, párrafos 1.º a 3.º. "Las ordenaciones son ineficaces si al

ordenamientos jurídicos que sólo regulan la desheredación como pena o sanción de una conducta inmoral de quien es desheredado.

García Goyera (36) afirmó que esta desheredación “nunca tuvo lugar entre nosotros; y menos puede tenerla en el nuevo Código” (37). Ninguno de los ordenamientos jurídicos españoles vigentes la reconocen (38).

5. Hemos visto en otro trabajo (39), que en Roma, por *ius civile* los *sui* debían ser instituidos herederos o exheredados, y que por *ius praetorium* este criterio se extendió a los *liberi*. La *exhereditio* en un principio no tenía más requisitos que los puramente formales. Es decir, no requería justificación causal alguna, hasta que apareció la *querella inofficiosi testamenti*.

Esta *querella* que debió iniciarse a fines de la República y que aparece como estable en tiempos de Trajano, fue desenvuelta en la práctica del Tribunal de los *Centumviri* (40), palestra de los virtuosos de la retórica. Estos podían impresionar a miembros de Tribunales que no fuesen juristas describiendo el testamento impugnado, a imitación de modelos griegos, como hecho por un loco (*a fusioso factum*) que obró *colore insaniae* o *non sanae mentis* (41).

Pero la *querella* no podía prosperar, si el testador había tenido razones suficientes para justificar, a juicio del Tribunal, la *exhereditio* ordenada (42). La expresión por parte del testador de la causa de la exclusión no se estimó necesaria sino en el caso de que ésta fuese total (43).

La Novela CXV en sus capítulos III —para los descendientes— y IV —para los ascendientes—, exigió que para la eficacia de la desheredación: el testador expresara la causa; que ésta fuera una de las previstas por la ley, y que en caso de ser negada por el desheredado fuera probada por el heredero instituido (44).

tiempo de la muerte del causante el descendiente se ha apartado duraderamente de la vida pródiga o si ya no existe la superendeudación que fue causa de la ordenación.”

(36) Florencio García Goyena, “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español”. T. II. art. 666, p. 110.

(37) Puig Peña (op. y vol. cit., cap. XV, n. 1, p. 422) recuerda que el Fuero de Zamora permitió que si fuesen los hijos o hijas jugadores o malos, pero no hubiera causa legal de desheredación, podía retenerles la legítima el cónyuge sobreviviente hasta que fueran buenos.

(38) Puig Peña (loc. últ. cit.) y Puig Brutau (“Fundamentos...”, vol. V-II, cap. II, n. 3, III, pág. 220) apuntan que en nuestro Derecho los efectos de la desheredación *bona mente* pueden lograrse mediante el uso de cautelas, instituciones modales y otros institutos sucesorios como la mejora.

(39) Cfr. *supra*, nota 3.

(40) Cfr. Schulz, op. cit., § 477, p. 263.

(41) Cfr. Schulz, § 485, pp. 265 y s.

(42) Schulz, § 482, p. 264.

(43) Cfr. Windscheid, “Diritto delle Pandette”, § 585, 1 (ed. italiana con notas de Fadda y Bensa. Torino 1925, vol. III, p. 258), que cita Dig. XXXVII-IV, 3, § 5.

(44) Windscheid, § 587, n. 2, pp. 274 y ss.

Ambos capítulos III y IV de la Novela CXV determinaron las justas causas de desheredación, respectivamente, de los descendientes (45) y de los ascendientes (46).

Respecto de los hermanos pospuestos a *turpis persona* nada innovó la Novela CXV (47).

B) *La desheredación en el Derecho de Castilla y en el Código Civil.*

6. El Derecho romano justinianeo fue recogido fiel y galanamente por Las Partidas, en el Título VII de la 6.^a Partida. Sus leyes 4, 5, 6 y 7 señalaron las justas de desheredación de los descendientes, explicando el primer inciso de la 8.^a que: "*Si el padre deshereda su hijo por alguna razón culquier, de las que diximos en las leyes ante desta, si fuere provada, dezimos que deve perder porende el hijo la heredad del padre*". La ley 10 expresó las causas de desheredación de los ascendientes. Y la ley 12 formuló la doctrina relativa a la desheredación del hermano, para que éste no pueda impugnar el testamento en que fuera pospuesto a *persona turpis* (48).

A las causas de desheredación de los descendientes, la ley 49 de Toro (Novis. Recop. X-II, ley 5) añadió respecto de las hijas su matrimonio clandestino. Y la Pragmática de Carlos III de 23 marzo 1773 (Novis. Recop. h.t., ley 9) agregó el matrimonio de los hijos de familia, menores de 25 años, sin consejo o consentimiento paterno.

El Código civil español en su art. 813 § 1, dice que: "*El testador*

(45) Según el cap. III de la Novela CXV eran justas causas de desheredación: 1. Ofensa de obra. 2. Injuria grave o deshonrosa. 3. Acusación en causa criminal que no fuera por delito contra el Príncipe o la República. 4. Vivir como malhechor, o con malhechores. 5. Atentado contra la vida de sus ascendientes. 6. Comercio ilícito con la madrastra o con la concubina del padre. 7. Delación que causara a los ascendientes graves quebrantos. 8. Negativa a prestar fianza en caso de prisión del ascendiente. 9. Haber impedido testar al ascendiente. 10. Asociación contra la voluntad del ascendiente con atletas o mímicos o participación en tales actividades. 11. Vida lujuriosa de la hija o nieta. 12. Falta de prestación de auxilio en estado de locura del ascendiente. 13. No rescatarlo estando cautivo. 14. Apostasía o herejía de la fe católica del descendiente, si el ascendiente fuese católico.

(46) Según el cap. IV de la Novela CXV, eran justas causas de desheredación de los ascendientes: 1.º Entrega del descendiente para que pierda la vida. 2.º Atentado contra su vida. 3.º Trato ilícito con la nuera o con la concubina del hijo. 4.º Haberle impedido hacer testamento. 5.º Atentado de un padre contra la vida del otro. 6.º Falta de cuidados estando loco el hijo. 7.º Negligencia en rendirle, estando cautivo. 9.º No ortodoxia del ascendiente siendo el descendiente católico.

(47) Cfr. Windscheid, § 587, p. 274.

(48) De la ley 12. tit. VIII de la 6.^a Partida resulta que: "*Pero tres razones son, porque non se quebrantaria el testamento en que el hermano ouiesse establecido por su heredero a ome, maguer fuese enfamado, o de mala vida*" ... "*si ouiesse desheredado a aquel su hermano*" por "*que ouiesse trabajado de su muerte en alguna manera*", "*le ouiesse acusado criminalmente a muerte o perdimiento de miembro*", y "*le ouiesse fecho perder la mayor partida de sus bienes...*".

no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”, y regula la desheredación en la sección 9.^a del capítulo II del Título III del Libro III (arts. 848 a 857). Esta tiene sus precedentes legislativos en el cap. VII, Tit. I del Libr. III del Proyecto de 1851 (arts. 666 a 674) y en la Sec. 7.^a del cap. I, Tit. III, Lib. III del Anteproyecto 1882-1888 (arts. 834 a 842).

Pero, pese a la clasicidad de la regulación de la desheredación que el Código civil contiene, es lo cierto que en la esencia de su concepto ha operado una mutación fundamental. “*Desheredar*” no responde ya en el Código civil a su significado etimológico. No olvidemos que —como hemos visto en otro trabajo (49)— ha desaparecido el deber formal de instituir herederos a los legitimarios. Desheredar, hasta el Código civil, era privar de la condición de heredero a alguno de los llamados herederos forzosos. Hoy es *privar de su legítima* a quienes en principio tienen derecho a ella. Así lo define el § 1.^o del artículo 813 C. c.; y así resulta de la mutación, antes indicada, en el deber de atribuir la legítima, que ya no es necesario que sea otorgada a título de heredero.

Régimen de la desheredación en el Código civil.

a) *Sujetos de la desheredación.*

1) *Capacidad para desheredar.*

La Ley 2, Tit. VII de la 6.^a Partida, en su primer inciso, precisó que: “*Todo ome que pueda fazer testamento, ha de poder desheredar a otro de sus bienes*”. Gregorio López (50) glosó que esto concordaba con lo expuesto por Azón en su *Suma* del Tit. *De liberis praeteritis* del *Codex*.

Nada dice al respecto el Código civil, por lo cual —siendo requisito formal de la desheredación, hacerse en testamento— debe entenderse que la capacidad para desheredar es la normal requerida para testar: Quien puede instituir heredero puede desheredar (51).

(49) Cfr. “El deber formal de instituir...”, n. 3, loc. cit., pp. 10 y ss.

(50) Gregorio López, gl. a la palabra *desheredar* de esta ley 2, cfr. ed. anotada por Saponts y Barba, Martí de Eixalá y Ferrer y Subirana, Vol. III. Barcelona 1843, gl. 5 del tit. VII, P. 6.^a, p. 536.

(51) Cfr. Modesto Falcón, “Exposición doctrinal del Derecho civil común y foral”, tit. I, cap. III, sec. II, párraf. IX, n. 3; cfr. 5.^a ed. Barcelona 1897, t. III, p. 278; Rafael Ramos Bascuñana, “De las sucesiones. Tratado teórico práctico según el Código civil”. T. II. Madrid 1898, cap. XXXV, n. 6, p. 237; Castán Tobeñas, op. cit., 4.^a ed., vol. I-II, Lec. LXVIII, III, p. 372; Valverde Valverde, op. y vol. cits., cap. XIII, § VI, p. 300; Juan Manuel Pascual Quintana, “La desheredación en el Código civil”, en R. D. Español y Americano, año III, n. 12, marzo-abril 1958, p. 109; Puig Peña, op. cit., vol. V-II, cap. XV, 3, A, p. 424; Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., § CXXIX, n. 129, p. 691.

2) *¿Quiénes pueden ser desheredados?*

Del texto del Código civil resulta que pueden ser desheredados:

— “*Los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales*” (art. 853);

— “*los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales*” (art. 854);

— el “*cónyuge*” (art. 855).

Es decir, pueden ser desheredados todos los herederos forzosos enumerados en el artículo 807.

La duda sólo surge respecto a los *hijos adoptivos*:

Parece que, antes de la reforma de 1958, al haber dejado de ser heredero forzoso el adoptado, en todo caso, y al haberse transformado en contractuales sus derechos hereditarios, la figura de la desheredación propiamente dicha no era aplicable (52). No obstante, pudo discutirse si las causas de desheredación podían aplicarse analógicamente para resolver el pacto sucesorio previsto en el artículo 177 C. c.

Hoy, en virtud de la reforma de 24 abril 1958, podemos distinguir:

I) *La desheredación propiamente dicha aplicable a los supuestos de adopción plena*, en virtud de la asimilación a efectos sucesorios: del adoptado plenamente, y por representación de sus descendientes legítimos, con el hijo natural, y del adoptante, en la sucesión de aquél, al padre natural (art. 179 C. c.) (53).

II) *Su aplicación analógica a los derechos sucesorios establecidos en la escritura de adopción*, tanto si esta es plena como menos plena, en virtud de lo dispuesto en el § 3.º del artículo 174 C. c., al disponer que: “*Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación o se declare extinguida la adopción*” (54).

(52) Cfr. J. Robles Fonseca, “¿Puede el padre adoptante desheredar a su hijo adoptivo?”, en R.C.D.I. XV, julio 1942, pp. 464 y ss., quien destacó el cambio operado al discutirse el Proyecto de 1851 al desecharse la ponencia de Cirilo Alvarez y aceptarse la de García Goyena.

(53) La asimilación parece total y absoluta, incluso a efectos de aplicación a los descendientes legítimos del adoptado desheredado justamente o declarado indigno de los beneficios de los arts. 761 y 857 C. c. Cfr. Francisco Castro Lucini, “Los derechos sucesorios del hijo adoptivo”, en A. D. C. XV-III, julio-septiembre 1962, p. 649.

(54) Esa aplicación analógica no significa asimilación a la legítima de los derechos derivados del pacto sucesorio en escritura de adopción (cfr. Castro Lucini, loc. últ. cit., pp. 637 y s.). Al circunscribirse al adoptado los derechos derivados del pacto previsto en el art. 174 C. c., al no ser extensivos a los descendientes legítimos de éste, y al no haber base alguna para la aplicación a su favor del derecho de representación, no vemos base para aplicar a favor de éstos los beneficios previstos en los arts. 761 y 857 en caso de haber incurrido el adoptado, favorecido en el pacto sucesorio, en causa de indignidad o desheredación (cfr. Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., § CXXIII, n. 89, B, a, 2.º, p. 504. y Castro Lucini, loc. cit., p. 638).

De la llamada *desheredación por el reservista* deberemos ocuparnos en su lugar oportuno (55):

3) Capacidad para ser desheredado.

La misma ley 2, en su inciso 4.º, previno que: "*Otrosi dezimos, que todos aquellos que descenden por la línea derecha, pueden ser desheredados de aquel mismo de quien descenden si fizieren por que, e fueren de edad de diez años e medio a lo menos*" (56).

Tampoco sobre esta cuestión dice nada el Código civil. La doctrina no se ha mostrado de acuerdo.

Unos autores creyeron de aplicación la capacidad penal (57).

Otros la refirieron a la capacidad para actuar con dolo (58).

Otros se han inclinado por dejar la apreciación de la imputabilidad al ponderado arbitrio de los Tribunales, sin que quepa determinarla a priori, sino que debe aplicarse atendiendo a las circunstancias de cada caso (59).

Y, finalmente, ha predominado el criterio de distinguir según el hecho que sea causa de desheredación constituya un delito penal o bien sólo un acto civilmente culposo o doloso (60), bien sea matizado con un flexible arbitrio judicial (61).

(55) Cfr. lo que al respecto dijimos en "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", II Parte, § 5.º, n. 31, I, y n. 32, ed. sep., pp. 238 y ss. y 255 y ss., y A.D.C. XIII-III, pp. 699 y ss. y 721 y ss.

(56) Gregorio López, al glosar las citadas palabras "*Otro si dezimos*" (gl. 8 al tit. VII, ed. y vol. cit., p. 537) señala que concuerda con Azón; y al glosar las palabras "*de diez años y medio*" (gl. 9, p. cit.) cita la ley 33, § 1.º, Cod. III-XXVIII, que concluyó "*Satis enim crudele nobis esse videtur, cum, qui non sentit, ingratum existimari*".

(57) Este criterio fue defendido por Falcón (op. y loc. últ. cit., n. 2, pp. 277 y s.), quien precisó la edad de quince años, de acuerdo con el Código penal entonces vigente. En contra de este criterio, Nicolás R. Gómez (Tratado teórico legal de Derecho de sucesión. T. I. Valladolid 1891, cap. XVII, n. 4, p. 606) observó que no cabe comparar la capacidad penal y la civil, y que en caso de estimarse aplicable aquélla, debería determinarse por la edad que deja de ser circunstancia atenuante (es decir, dieciocho años y no quince en el Código penal entonces vigente).

(58) Cfr. Gregorio Burón García, "Derecho Civil Español según los principios, las leyes, los códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código civil" (ed. Valladolid 1898, vol. III, § 977, p. 811).

(59) Valverde Valverde (op. cit., vol. V, cap. XIII, § 2.º p. 301); De Buen (Notas cit., vol. VIII, cap. II, Sec. IX, 7, pp. 346 y s.), que cree que el arbitrio judicial ha de atender a la capacidad requerida para incurrir en dolo o en culpa civil; Alberto Rovira Mola, voz *Desheredación*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. VII, Barcelona 1955, p. 262; Mario Armero Delgado (op. y vol. cit., p. 432); De Diego, "Instituciones...", vol. III, Sec. 90, pp. 233 y s.), quien dudó entre el criterio de aplicar la capacidad penal o el de dejar la solución al criterio de los Tribunales.

(60) Rafael Ramos (op. y vol. cit., cap. XXXV, n. 10, p. 240) fue el primero en distinguir según se tratara de un delito penal, supuesto en el cual estimó de aplicación la capacidad penal según ese Código, o de casos con dolo o culpa civil, para los cuales estimó que el juez en cada caso debía determinar si el autor tenía el discernimiento suficiente para podérsele imputar. En igual sentido, Bonet Ramón (op. y loc. últ. cit., n. 127, p. 692).

(61) Puig Peña, op. y loc. últ. cit., p. 425.

8. b) *Modo de efectuarse.*1) *Debe hacerse en testamento.*

El artículo 849 C. c. comienza declarando que: “*La desheredación sólo podrá hacerse en testamento...*” (62).

Corresponde al criterio tradicional, que sólo autorizaba a desheredar en testamento y no permitía hacerlo en codicilo (63).

“Esto claramente significa —explicó Sánchez Román (64)— que no puede hacerse en acto *inter vivos* ni en otra forma o instrumento alguno que la de *testamento*; y, por tanto, que, *dentro de él*, y *no fuera*, en documento de ninguna clase, ha de constar hecha la desheredación, con todas las condiciones legalmente necesarias para su validez; pues, si bien a esto bastaría el precepto terminante del artículo 849, concuerda con el sentido general del Código revelado en el artículo 672 de que “toda disposición que sobre la institución de heredero, mandas o legados —verdad es que no dice *desheredación*, pero puede deducirse de la generalidad de sus primeras palabras— que haga el testador refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será *nula*, si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo” (65).

Puede hacerse en cualquier clase de testamento, común o especial (66).

Naturalmente, la revocación del testamento que contiene la desheredación deja esta sin efecto (67). Pero el testador puede fallecer

(62) Literalmente igual al primer inciso del art. 835 del Anteproyecto 1882-1888. El art. 667 del Proyecto de 1851, comenzaba: “*La desheredación debe hacerse en testamento...*”.

(63) Gregorio López, al glosar las palabras “*Todo ome que pueda fazer testamento ha poder de desheredar*” de la ley 2, Tít. VII, Partida 6.^a (gl. 5 a dicho tít., cfr. ed. y vol. cit., p. 536), señala que el texto concuerda con la *Suma* de Azón y que se colige que debe hacerse necesariamente en testamento; y que en codicilo no puede darse ni quitarse la herencia conforme al Derecho romano. Pero planteó dudas en los supuestos de que la desheredación se contuviera en codicilo confirmado después en testamento; e indicó que había conocido una causa en la cual se debatía la validez de la desheredación de una hija hecha en cierta escritura cuyo contenido aprobó el padre en su testamento, fallándose la validez, lo que estimó justo porque el testamento se había referido expresamente a la desheredación contenida en la escritura.

(64) Sánchez Román, op. cit., vol. VI-II, cap. XVI, n. 23, pp. 1105 y s.

(65) En igual sentido han interpretado el art. 672 C. c. Mucius Scaevola, op. cit., vol. XIV, art. 849, III, 3, p. 997; Luis Vallterra, loc. cit., p. 852; Alberto Rovira Mola, loc. cit., p. 263; Puig Brutau, op. y vol. últ. cits., cap. III, 3, p. 220; Puig Peña, loc. últ. cit., 3, C, a, p. 428.

(66) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1106; Vallterra, loc. cit., p. 862, hacen notar que con cualquier clase de testamento se cumple el deber formal, ya que el art. 849 no distingue.

(67) Los apartados 2 y 3 de la ley 2, tít. VII, 6.^a Partida, dicen: “*Pero si el testamento en que fuesse alguno desheredado, se rompiesse, por alguna derecha razón, o lo reoucasse aquel que lo hizo, o se desatasse por razon de que los herederos que eran escritos en el, non quisiessen entrar la heredad del*

con varios testamentos válidos (68); y no sólo por declaración expresa del testador, sino también por resultar tácitamente ser esta su voluntad interpretada de conformidad al artículo 675 C. c. (69). No hay, pues, duda de que la desheredación puede ser compatible con la vigencia simultánea de varios testamentos, que no supone ni puede suponer la existencia de dos voluntades distintas, sino que entre todos integran una sola voluntad. De esta forma las circunstancias legalmente necesarias para la desheredación podrán no constar todas en cada uno de los testamentos, ni siquiera en uno solo de ellos, siempre que reunidos las completen y que no se excluyan o revoquen uno al otro, sino que sean compatibles (70).

2) Designando al desheredado.

La ley 3 tit. VII de la 6.^a Partida, en su primer apartado, dijo que: "*Ciertamente, nombrándolo por su nome, o por sobrenome, o por otra señal cierta, deue el testador desheredar a cualquier de los que descenden del por línea derecha, quando la quiere fazer; quier sea varon, o quier sea muger, e sea en su poder o non, de manera que ciertamente pueda saber, qual es aquel que deshereda*" (71).

El Código civil, al tratar de la desheredación, no contiene ninguna disposición equivalente a la transcrita, pero su doctrina debe estimarse

testador; estonce, el que fuesse desheredado en tal testamento, non le empeceria. Ca pues que el testamento non valiesse, non valdria el desheredamiento que fue fecho en el."

(68) Art. 739, § 1.º, C. c.: "*El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.*"

(69) SS. 22 marzo 1901, 12 septiembre 1947, 4 noviembre 1961. Cfr. Luis Díez Picazo, "Pluralidad de testamentos", en Rev. Der. Notarial, XXVII, enero-marzo 1960, pp. 7 y ss., y Félix Pastor Ridruejo, "La revocación del testamento" (Barcelona 1964), cap. VII, pp. 190 y ss.

(70) Cfr. Manresa (op. y vol. y arts. cits., n. 3, pp. 563 y s.), quien dice que así es posible y válido que "desheredado un heredero forzoso sin expresión de causa en un testamento, se haga constar esa causa en otro posterior, o que expresada una justa causa y omitido después un hijo, se le desherede más tarde de modo expreso, siempre que, combinadas las disposiciones de unos y otros testamentos, conste claramente la desheredación y la causa legal y cierta en que se funde". También Scaevola (loc. y art. últ. cits., pp. 995 y s.), quien observa que debe rechazarse, por exceder de su finalidad, una interpretación restrictiva y literalista del art. 849, apoyada en que éste emplea en singular la palabra *testamento*, y en que luego añade que habrá de expresarse *en él* la causa de la desheredación. El mismo criterio hallamos en Sánchez Román (loc. últ. cit., p. 1106), Marceliano Isabal ("Desheredación", en Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. XI, pp. 802 y ss.), Rovira Mola (loc. cit., p. 262), Puig Peña (op., vol. y cap. cits., nota 14 de la p. 248).

(71) En los siguientes párrafos esta ley 3 señala los supuestos en que se puede desheredar sin nombrar por su nombre al desheredado como si quien tuviere un hijo solamente, dijere: "*Desheredo mio hijo*", o si dijere "*El malo, o el ladrón e el matador que non meresce ser llamado mio hijo, desheredolo por tal yerro que me fizo*".

la misma, deduciéndola de lo úispuesto para la institución de heredero en los artículos 772, §§ 1 y 2, y 773, § 1 (72), que dicen así:

Art. 772, § 1.º: “El testador designará a su heredero por su nombre y apellido, y cuando haya dos que los tengan iguales, deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido.” § 2.º: “Aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse de, quién sea el instituido, valdrá la institución.”

Art. 773, § 1.º: “El error en el nombre y apellido o cualidades del heredero no vicia la institución cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada.”

3) *Expresando la causa legal en que se funde.*

El art. 849 C. c. después de decir que la desheredación sólo podrá hacerse en testamento, concluye “..., expresando en él la causa legal en que se funde” (73).

Este requisito formalmente queda cumplido:

— si se expresa la causa legal aunque no se precisen los hechos constitutivos, que de ser ciertos podrán ser probados por los herederos, en caso de ser controvertidos, aunque el testador no los haya precisado (74).

— si se refiere el hecho constitutivo, aunque no se indique la causa legal a que corresponda (75).

(72) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., pp. 1107 y s.; Isabal, loc. cit., p. 802; De Buen, *Notas* y loc. cit., p. 346; Valverde Valverde, op. y loc. cit., p. 301; Puig Peña, loc. últ. cit., n. 128, pp. 693 y s.

(73) El art. 667 del Proyecto de 1851 concluía “expresándose la causa especial en que se funde”, y el art. 835 del Anteproyecto de 1882-88, “expresando en él la causa especial en que se funde”.

García Goyena (op. y vol. cits., art. 667, p. 110) glosó que la Novela 115, cap. 3, exigió que “*ipsus nominatim ingratitudinis causas suo inseruarit testamento*” y que: “Concuerdan la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y las 1 y 2, título 9, libro 3 del Real; pero son notables sus palabras “Nombre señaladamente la razón porque lo deshereda...”.

La ley 1 del Tit. VII de la 6.ª Partida, al definir la desheredación, explica el modo de hacerla expresando “*porque tal yerro me fizo*”.

(74) La S. 4 noviembre 1904, que en un supuesto en que el testador expresó que desheredaba a su hijo por “haber sido injuriado gravemente de palabra y en actos repetidos” y “considerarlo comprendido en la causa 2.ª de desheredación que establece el art. 853 del Código civil”, estimó correcto el modo de expresión y, en su primer considerando, que no existe precepto alguno “que obligue al testador a determinar el hecho constitutivo de la injuria o las palabras en que éste se haga consistir, por cuanto su certeza puede ser contradicha, y debe en este caso probarse, en juicio, para que la desheredación sea válida y eficaz en perjuicio del desheredado”.

Cfr., en este sentido, Manresa, loc. últ. cit., n. 3, p. 564; Ricardo Oyuelos, “Digesto”. T. IV —Madrid 1921—, art. 949, a, pp. 66 y s.

(75) Cfr. Scaevola, loc. últ. cit., pp. 997 y s., que propone estas fórmulas: “Desheredo a mi hijo porque me ha llamado ladrón”: “Desheredo a mi hija por la vida prostituida que lleva”.

— si se señala genéricamente una causa que pueda comprenderse en alguna o en varias de las legalmente tipificadas (76).

— si, aún sin precisar el hecho ni referirse a una causa legal genérica ni específicamente determinada, las palabras con las que el testador se exprese sean suficientemente explícitas para hacer entender que se refirió a hechos ocurridos calificados por la ley como causa de desheredación (77).

4) *¿La desheredación debe ser total? ¿Cabe que sea sólo parcial?* (78).

9. La ley 3, tit. VII, 6.^a Partida concluye "... e de toda la heredad lo deve desheredar, e non de una cosa tan solamente; e si assi non lo fiziesse non valdria".

Gregorio López (79) glosó que concuerda con la ley 19 Dig. *De lib. et posth.* (XXVIII-II) y ambas leyes se estimaron, la romana por Bartolo (80) y la castellana desde los autores del Siglo XVI (81) a Febrero (82), como consecuencia del principio "nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest". Lo cual, ciertamente, resulta del mismo texto de Paulo, ya que éste contrapone la negativa a poder desheredar en una parte o en un fundo, al criterio de la ley "si ex fundo", en la cual al instituido sólo en cosa cierta se le con-

(76) S. 6 diciembre 1963, que si bien no dio lugar a la desheredación por no haberse probado la inclusión en causa legal, presupuso, sin embargo, que la ícma quedaba cumplida pese a que "la cláusula testamentaria en que se establecía la desheredación no adscribe los motivos en que dice fundarse, de modo específico, a ninguna de las causas legales prevenidas al efecto, aunque de modo genérico comprenda a varias".

(77) Cfr. Scaevola, loc. últ. cit., p. 998, que pone al examen una serie de fórmulas de generalización progresiva: "*Desheredo a mi hija por haberse prostituido*"; "*por su vida licenciosa; por sus alardes inmorales*"; "*por su mala conducta*"; "*por su género de vida*", cuando realmente la hija se hubiese entregado a la prostitución. A su juicio, su solución se halla "en una pura cuestión de prueba de la voluntad del testador. Cuando las palabras con que éste se exprese sean suficientes para comprender que se refirió a hechos de los calificados en la ley al establecer las causas de desheredación, el art. 849 se considera cumplido. Cuando, por el contrario, quepa duda de si se refirió a otros hechos, la desheredación se deberá tener por nula." Como ha dicho Puig Brutau (loc. últ. cit., p. 221), no será admisible manifestar en forma dudosa o ambigua la voluntad de desheredar.

(78) Cfr. nuestro trabajo "¿Puede desheredarse parcialmente o bajo condición?, en *Rev. Der. Not.*, LVII-LVIII, julio-diciembre 1957, págs. 179 y ss.

(79) Gregorio López, gl. a las palabras "*e non de una cosa*" de la ley 3, tit. VII, 6.^a P., gl. 19 del tit. VIII (cfr. ed. y vol. cit., p. 538).

(80) Bartolo de Saxoferrato, "In Primam Infortiatu Partem" ad Lib. XXXIII, Tit. *De liberis et posthumis*, lex XIX (cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 91 vto.).

(81) Doctor Luis de Molina Morales, "De Primogeniorum Hispanorum Origine ac Natura", Lib. I, Capt. IX, n. 20 (cfr. Nova editio, Lugduni 1749, p. 86).

(82) Josef Febrero, "Librería de Escribanos e instrucción jurídica, teórico-práctica de principiantes", I Parte, cap. I, § XVI, n. 174 (cfr. 3 ed. Madrid 1783, tomo I, p. 155).

sideraba como legatario; diferencia sólo debida a que la institución debe interpretarse favorablemente mientras las desheredaciones no deben ser favorecidas.

Así se afirmó que al desheredado podían atribuírsele legados (83).

Además, apoyándose en la ley 30 *pr.* del Cód. III-XXVIII, y en su interpretación por Bartolo (84), se admitió la posibilidad de rechazar la petición del complemento a quien hubiese recibido menos de su legítima, aún a título de institución, y sido declarado ingrato o desheredado por el testador, resultando convicto de dicha ingratitude (85).

El Código civil (86) nada ha dicho respecto de la prohibición de desheredar parcialmente (87). Pero el silencio tiene clara explicación en favor de la supresión de toda prohibición al respecto.

Así vemos que se venía insistiendo, a partir de la revisión del Febrero hecha por Joseph Marcos Gutiérrez (88), en que el texto de

(83) Luis de Molina, S. I., "De Iustitia et Iure", Tract. II, Disp. CLXXV, n. 22 (cfr. ed. novissima Coloniae Allobrogum 1733. T. I, p. 391): "Potest tamen filio exheredato relinquere legatum".

(84) Bartolo, "Ad tertium lib. Codicis", Lib. III, tit. De inoff. testam. lex XXX (cfr. ed. cit., fol. 104 vto. y s.).

(85) Antonio Vázquez de Menchaca, "De successione creatione", Lib. III, § 30, n. 96 (cfr. ed. Salmanticae 1559, fol. 210 vto.); Gregorio López, gl. a las palabras "non podría después querellarse" de la ley 6, tit. VIII, 6.^a Partida (gl. 38 al tit. VIII, p. 568, ed. cit.); y Luis de Molina, S. I. loc. últ. cit.

Gregorio López, en esta glosa, contrapone el supuesto del § 2.^o, ley 35 Cod. h. t., de aprobación del testamento por el hijo preterido que hubiese recibido parte de su legítima, la cual no le impide ejercitar su derecho al suplemento, frente al caso, expuesto en el texto, de haber sido desheredado, en el cual no puede reclamarlo. Vázquez de Menchaca (op., lib. y § cit., n. 97, fol. cit.) discrepa de esta opinión tan sólo en el sentido de que para excluir el derecho al suplemento, además de ser desheredado por el testador, es preciso que por los herederos instituidos se pruebe la ingratitude que constituyó su causa.

(86) Se han invocado los arts. 851 y 857, en rel. con el art. 152, n. 4, y al art. 815 C. c. Pero ninguno de estos artículos ofrece una argumentación decisiva. El art. 815 no se refiere al desheredado. Y los derechos que a los hijos de éste confiere al art. 857 pueden referirse, naturalmente, en caso de admitirse la desheredación parcial, sólo a la parte de legítima de la que el desheredado resulte privado.

(87) Manuel Batlle Vázquez ("Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho", en Anales de la Universidad de Murcia 1951-52, 1.^o trim., pp. 63 y ss.) ha deducido que se mantiene la prohibición contenida en los referidos textos Dig. XXVIII-II, 19, y Partida 6.^a, tit. VII, ley 3, puesto que la Base 15 de la ley de 11 mayo 1888, que alude expresamente a la desheredación al nombrar las instituciones sucesorias, ordenó que en ellas "se mantendrá en su esencia la legislación vigente". "ordenando y metodizando lo existente". Pero olvida cuál fue la interpretación predominante de aquellos textos y no tiene en cuenta los precedentes doctrinales de ese silencio del Código, los cuales nos lo explican de otro modo, en especial dado que precisamente Florencio García Goyena fue el ponente que redactó el texto de los preceptos del Proyecto de 1851 que regularon la desheredación, según vamos a ver en seguida.

(88) Josef Marcos Gutiérrez, nota 1 al n. 128 de la P. I, cap. I, § V del "Febrero Reformado y Anotado o Librería de Escribanos" (cfr. 3.^a ed. Madrid 1805, t. I, p. 83).

la citada ley de Partidas, se fundaba en sutilezas tomadas del Derecho romano”, y derogados por las leyes Recopiladas (89). Criterio compartido por García Goyena, que fue quien redactó en esta materia la propuesta de la Sección de lo Civil aprobada por la comisión de Codificación en la sesión de 17 de diciembre de 1943 y que pasó a integrar el Proyecto del Código civil de 1851 (90), de donde arranca el silencio acerca de esa vieja prohibición, que se mantuvo en el Anteproyecto 1882-88 y permanece en el Código civil.

En general, la doctrina posterior al Código civil se ha mostrado opuesta a esa posibilidad (91). Pero no han faltado quienes se han mostrado indecisos (92), o han atenuado la negativa en cuanto a la asignación de alimentos al desheredado (93), adoptando posiciones

(89) Cfr. Joaquín Escriche. “Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia”, voz *Desheredación* (cfr. ed. Madrid 1847, t. I, p. 633); Florencio García Goyena, Joaquín Aguirre y Juan Manuel Montalbán, “Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos”, vol. I, adición al n. 1.300 (cfr. 4.ª ed. Madrid 1852, p. 404); y José Gonzalo de las Casas, “Diccionario General del Notariado de España y Ultramar”, n. 10.983, *Desheredación* (Madrid 1855, vol. IV, p. 77).

En contra de tal derogación, pero no por razones históricas, sino filosófico-jurídicas, se mostraron José de Vicente y Caravantes, en nota adicionada al *Febrero* en continuación de la de García Goyena, Aguirre y Montalbán (op. y loc. últ. cit.), y Benito Gutiérrez Fernández (“Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español”, Lib. III, cap. IV, § IX; cfr. ed. Madrid 1863, vol. III, p. 388).

(90) Cfr. Florencio García Goyena, “Concordancias...”, vol. II, Apéndice, n. 9 (ed. cit., p. 348).

(91) Manresa, op. y vol. cits., arts. 848 a 850, cfr. 6.ª, Madrid 1932, p. 561. En igual sentido, Scaevola (op. y vol. cits., art. 849 *in fine*, ed. cit., p. 1000); Sánchez Román (op., vol. y cap. cits., n. 23, pp. 1109 y s.); Ramos Bascañana (op. y vol. cits., cap. XXXV, n. 8, p. 237); Valverde Valverde (op. y loc. cits., p. 302); Castán Tobeñas (op. y vol. cits., Lec. XVIII, IV, 3, p. 373); Manuel Batlle Vázquez (“Invalidez de la desheredación parcial en nuestro Derecho”, en Anales de la Universidad de Murcia 1951-52, 1.º trim., pp. 63 y ss.); Vallterra (loc. cit., p. 853) —quien insiste en que la desheredación “es indivisible en sus efectos”—; Juan Manuel Pascual Quintana (“La desheredación en el Código civil español”, en Rev. de Der. Español y Americano, año III, n. 12, marzo-abril 1958, p. 106); Diego Espín Cánovas (“Manual de Derecho Civil Español”, Madrid 1957, vol. V, sec. III, cap. IV, III, p. 339); Bonet Ramón (“Compendio...”, vol. V, CXXXIX, n. 128, p. 694).

(92) Mario Navarro Amandi (“Cuestionario del Código civil”. T. III Madrid 1890 art. 848 a 851, cuest. 2.ª, p. 348) vacila entre las razones de que o “ha habido perdón o no lo ha habido” y de que “quien puede lo más puede lo menos”; y De Diego (op. y loc. cits., p. 234) manifiesta igual duda.

(93) Sánchez Román (op., vol. y cap. cits., n. 23, p. 1110), dice que: “La aplicación de algunos bienes hereditarios a los alimentos del heredero forzoso desheredado, no puede significar la ilicitud de la desheredación parcial; la desheredación priva al heredero de la legítima, pero no puede desposeerle del derecho a los alimentos cuando proceda reclamarlos y obtenerlos; y aun el mismo legado voluntario de alimentos, que no otra cosa sería en el caso indicado, y que se funda en el derecho a la vida y no en el hereditario, cabe confundirlo con la desheredación parcial, ni hacer equivalente dicho derecho a la legítima con el de los alimentos”. Cabe objetarle a Sánchez Román, que la obligación de dar alimentos cesa, según el art. 152, n. 4.º C. c.: “Cuando el alimentista,

intermedias (94), o simplemente aceptando su posibilidad (95) con más o menos salvedades (96).

Para resolver la cuestión hay que partir de la modificación del concepto de desheredación operado en el Código civil (97).

Desheredar ya no es excluir del título de heredero por el cual, conforme al Derecho anterior debía atribuirse la legítima. Desheredar es simplemente privar de la legítima. Si en el Derecho castellano había desaparecido el principio *nemo pro parte testato pro parte intestato decedere potest*, eliminándose así la *ratio* de la prohibición romana y de las Partidas, ésta queda hoy aún más descartada por razón del cambio de concepto expresado. Las razones dogmática e histórica carecen ya de fundamento serio.

Sólo queda en pie la cuestión teleológica de si el padre u otro desheredante debe poder graduar la pena reduciéndola, o bien si no puede evitar la alternativa de desheredar implacablemente —dando paso a los efectos legales predeterminados en los arts. 813 § 1.º y 152 n. 4— o perdonar reconciliándose con la radical consecuencia de excluir totalmente —conforme el 856 C. c.— las consecuencias de la desheredación. Pero:

Si las autoridades judiciales pueden tener en cuenta circunstancias atenuantes para reducir la pena, ¿por qué el padre ha de ser de peor condición?

Si el desheredante puede proveer de alimentos al desheredado, y —según vimos que opinó Sánchez Román (98)— podrá aplicar a

sca o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación."

(94) Demófilo De Buen, (*Notas y loc. cit.*, p. 347) ha admitido que si bien la desheredación sólo puede ser total en la legítima, cabe dejar al desheredado algo a título de libre disposición. J. Santamaría (op. y vol. cit., arts. 848 a 857, n. 5, p. 832) dice que no cabe la desheredación parcial, pero sí la total mitigada por la atribución de un legado al desheredado.

(95) Isabal, loc. cit., p. 802, y Mario Armero Delgado, op. cit., p. 432, han admitido la posibilidad por no hallar inconveniente en que el testador por compasión deje algo al desheredado, y por estimar que, admitida la reconciliación, no se alcanza por qué no va a permitirse que se la gradúe y limite.

(96) Lacruz Berdejo (*Notas cit.*, § 36, p. 313) a quien han seguido Rovira Mola (loc. cit., IV, B, b, pp. 263 y s.), Puig Peña (loc. ult. cit., 3, B, pp. 426 y s.) y Puig Brutau (loc. ult. cit., 3, d, p. 222), se ha inclinado por admitir la desheredación parcial, fundado en que "no se trata aquí de dividir la culpa, que perdura en toda su extensión, sino en atenuar la pena, lo que no parece imposible cuando queda al arbitrio del causante imponerla o no"; y ha razonado *ad minorem* que: "En todo caso parece que pueden obtenerse los efectos de la desheredación parcial atribuyendo al legitimario desheredado algo de la herencia indirectamente: por ejemplo, mediante gravamen modal impuesto a un heredero. Tal atribución no arguye de modo necesario la reconciliación entre ofensor y ofendido, y tampoco supone arrebatar al desheredado sólo una parte de lo que por legítima le compete."

(97) Cfr. nuestro trabajo "El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles", I, 2 y 3, en An. Der. Civ. XX-I (enero-marzo 1966), pp. 8 y ss.

(98) Los. cit. pág. 1.110 (véase *supra* nota 93).

dicho fin algunos bienes hereditarios: ¿dónde pondremos los límites en la cuantía de los alimentos y en el modo —directo o indirecto— de atribuirlos? Creemos que sólo el desheredante puede y debe precisarlos.

Sin duda que, para efectuar esa asignación, unas fórmulas parecen más adecuadas que otras. Parece correcta la fórmula modal —propuesta por Lacruz— o el legado —invocado por Santamaría—; y parece incorrecto expresar que se deshereda en parte o bien que se instituye en menos de la legítima a quien previamente se ha desheredado. Pero, como hemos dicho en otra ocasión, no creemos que pueda hacerse depender la validez de una disposición de la forma en que es expresada prescindiendo de cuál es su esencia: “Si una pieza de un mineral determinado está recubierta de polvo o de lodo, podrá desagradarnos, pero no por ello podremos pretender que no es del metal que realmente es.”

En caso de asignar el desheredante algún bien al desheredado no vemos inconveniente en que éste se impute al tercio de legítima. No creemos que lo obstaculice el artículo 857, ya que éste sólo puede entenderse racionalmente en el sentido de que los hijos del desheredado han de ocupar su lugar, pero únicamente en cuanto aquello de que efectivamente sea privado su padre por la desheredación. Y, por tanto, de la correspondiente legítima deberá deducirse cuanto el desheredado haya recibido o reciba del desheredante, si éste no hubiese ordenado otra cosa o se dedujera que otra fue su voluntad, y en tanto sea —conforme las reglas normales de la imputación— de cuenta de la legítima.

5) ¿Puede desheredarse condicionalmente? (99).

10. La repetida ley 3, tít. VII de la 6.^a Partida, comienza su último apartado diciendo que “*E qualquier a quien desheredasen, deuser desheredado sin ninguna condición...*” (100).

La explicación que se dio a este texto fue: que, en el *ius vetus*, así como no podía instituirse condicionalmente al hijo sin correr el riesgo de que resultare preterido en caso de darse el supuesto contrario, tampoco podía desheredársele condicionalmente sin igual riesgo.

De ahí que se tendiera a admitir por los autores que sólo cabía instituir condicionalmente si se desheredaba para el caso contrario (101).

(99) Cfr. nuestro cit. trabajo “¿Puede desheredarse...?”, II, en Rev. Der. Not. cit., pp. 188 y ss.

(100) Gregorio López (gl. penúltima a la ley 3, tít. VII, P. 6.^a, ed. cit., nota 18 del tít. VII, pág. 538) glosó: “concuerta con Azón, en la Suma, Cod. de lib. praet., col. 2, vers. *exhereditatio autem debet fieri pure*, no importa que la condición sea tácita. 1. 68, D. de hered. instit.”

(101) Cfr. Accursio, “*Infortiatum seu Pandectarum Iuris Civilis*”, Lib. XXVIII-II, ley 3, § *Pure* (cfr. ed. Lugduni 1569, col. 382); Bartolo (“*In primam Infortiati partem*”, XXVIII, lex 3, § *Pure* (cfr. ed. cit., fol. 89); Windscheid (op. cit., § 589, ed. y vol. cit., p. 279). La opinión clásica se basaba especialmente en la ley 4 Cód. VI-XXV.

Sin embargo, se observó que en Derecho nuevo la condición puesta a la institución se tenía por no puesta en cuanto a la legítima, conforme a la ley *Quoniam in prioribus* (Cod. III-XXVIII, 32): de lo cual se dedujo bien sea que “si in defectum praedictae conditionis filium exheredet non adiecta legitima causa, non valet exhereditatio”, o, contrariamente, que “non possit sub conditioni exheredari, sed pure sit exheredandus” (102).

Aparte de estas razones, puramente positivistas y formalistas, la indicada prohibición no se estimó propiamente racional, pues se alegó que lo que puede hacerse puramente, con más razón podrá hacerse condicionalmente, y que es menor injuria para el hijo desheredarle condicionalmente que puramente (103).

Lo cierto es que también de esta prohibición de la ley 3, tit. VII, 6.ª Partida, se dijo “que se funda en vanas sutilezas tomadas del Derecho romano” (104). Criterio asumido por García Goyena (105), ponente en esta materia del Proyecto de 1851, de cuyo silencio sea tal vez esta la clave. Silencio continuado en el Anteproyecto 1882-88 y por el Código civil.

Es cierto que la cuestión continuó discutiéndose por la doctrina en el periodo codificador (106) y que sigue la polémica polarizada entre aquellos que niegan totalmente su posibilidad (107), quien la admite siempre (108), los que distinguen entre el condicionamiento de la desheredación, que rechazan, y del perdón, que aceptan (109); los que no se deciden entre estas dos últimas posiciones (110) y quienes hacen equivalente el condicionamiento del perdón y el de la deshere-

(102) Cfr. Diego Spino, “Speculum Testamentorum”, gl. XX *principalis*, n. 31 (ed. Francofurti ad Moenum MDC, p. 840).

(103) Cfr. Spino, (Sp. cit., n. 27, p. 839): “Quae sententia eam potest difficultatem habere; nam omnis actus, qui potest fieri pure, potest fieri sub conditione... Fecit praeterea, quia exhereditatio censetur iniuria filii..., sed minus laeditur filius ex condicionali exheredatione, quam ex pure... ergo videbatur posse filium sub conditione exheredari”. Véase también el mismo Spino en el sig. n. 32 (p. 840).

(104) José Marcos Gutiérrez, “Febrero Reformado”, vol. y § cits., n. 128, nota 1, pág. 83.

(105) F. García Goyena, J. Aguirre y J. M. Montalbán, op. y vol. cits., adición al n. 1.300, p. 404.

(106) En contra cfr. de Vicente y Caravantes (4.ª ed. del Febrero, últ. cit., n. 1.300 cit.) y Benito Gutiérrez Fernández (loc. últ. cit.).

(107) Sánchez Román (loc. últ. cit., pp. 1.108 y ss.); en igual sentido López R. Gómez (loc. últ. cit., n. 5, pp. 667 y ss.), Ramos (loc. últ. cit., n. 7, p. 237), Pascual Quintana (loc. cit., pp. 106 y s.). También Valverde Valverde (loc. últ. cit., p. 302).

(108) Mario Armero Delgado (loc. cit., p. 432), observa que el Código civil no la prohíbe y que no halla principios que impidan la desheredación condicional.

(109) Cfr. Manresa, loc. últ. cit., 565; Scaevola, loc. últ. cit., 998; De Buen, Notas loc. cit., p. 347; Vallterra, loc. cit., pp. 853 y ss.; Lacruz Berdejo, Notas y loc. cit., p. 314; Rovira Mola, loc. cit., IV, B, c, p. 264; Santamaría, loc. últ. cit., n. 5, p. 832; Puig Brutau, loc. últ. cit., IV, c, p. 221.

(110) Cfr. Castán Tobeñas, loc. últ. cit., IV, 4, p. 373 y Bonet Ramón, loc. últ. cit., n. 128, pp. 694 y s.

dación que tuviere justa causa, si la condición se refiere a la realización de actos posteriores que impliquen arrepentimiento o enmienda (111).

A juicio nuestro, para resolver la cuestión es preciso distinguir:

1.º) Desheredación condicionada a *que en lo futuro incida un legítimo en causa de desheredación*.

Su posibilidad (112) es rechazada por nuestra doctrina (113), en base a que el artículo 849 C. c. exige que la desheredación exprese “la causa legal en que se funda”, lo que requiere que la causa se haya producido ya para poder fundamentarla. La gravedad de la decisión reclama un hecho real ocurrido, no una previsión imaginada aunque resulte profética.

2.º) *Desheredación efectuada por el testador sin tener la certeza del hecho y condicionada a que éste resulte probado*.

No vemos inconvenientes a su validez (114). La condición se refiere a una circunstancia de prueba la cual es primariamente un requisito legal para la eficacia de la desheredación en caso de ser contradicha su existencia (art. 850 C. c.). Por eso no creemos que la elevación de esa *condicio iuris* a condición expresa —ni aun ampliando su supuesto al caso de no haber sido contradicha la certeza— pueda invalidar la desheredación.

Por otra parte, la certeza de la causa se exige en el artículo 850 como requisito con carácter objetivo referido al hecho causante y no como un requisito subjetivo del testador. Esta certeza subjetiva resultaría, por otra parte, variable según el temperamento de éste y, además, muy difícil de calibrar.

3.º) *Desheredación ordenada para el supuesto de que se produzca la sentencia que fundamente como causa la desheredación*.

En esos casos, creemos que para ordenar la desheredación ha de bastar la existencia del hecho que pueda servir de fundamento a la

(111) Cfr. Navarro Amandi (vol. y arts. últ. cit., *Cuestión 1.ª*, pp. 347 y s.), Isabal (loc. últ. cit., p. 802), Puig Peña (loc. últ. cit., c, p. 430).

(112) Notemos que Windscheid (op. cit., § 589, nota 5, ed. y vol. cit., p. 279) entendió que era admisible en Derecho romano la desheredación bajo condición de verificarse en lo futuro una causa de exclusión legal ocurrida antes de la muerte del testador.

(113) Cfr. los autores citados en las notas 107 y 109, especialmente Manresa (“la ley supone un hecho o una causa ya existente y conocida por el testador y no cabe que la pena de la desheredación nazca después por un acto aún no realizado”), Valverde y Puig Brutau. También Puig Peña, que resume: “La doctrina ha justificado este criterio sosteniendo que si la desheredación es privar de la legítima por una causa justa es necesario que esta *se haya producido con anterioridad a la formulación del castigo*. y, además, *que sea perfectamente conocida por el testador*. Por esta razón nunca podrá admitirse una causa que nazca por vía condicional, después de formulada la desheredación en el testamento. Como sostiene, en general, la doctrina, las ideas de incertidumbre, condicionalidad o contingencia son contrarias a la sanción que este instituto representa.”

(114) En contra cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1.108 y Puig Peña (dext. últ. cit.).

sentencia, sin perjuicio de la necesidad de ésta para su efectividad. Esta sentencia actúa como condición, del mismo modo que actúa como *condicio iuris* en los casos en que la ley la exija como causa de la desheredación (115).

4.º) *Desheredación fundada en un hecho ocurrido con anterioridad al testamento, pero condicionándola a la posterior conducta o a un hecho ulterior del desheredado.*

Debemos subdistinguir:

I) Parece evidente que si se trata de un hecho o una conducta referidos a antes de la muerte del testador y si tienen relación con la causa de la desheredación, significando arrepentimiento, rectificación de conducta o penitencia, debe admitirse la posibilidad de tal condicionamiento, *equivalente a una remisión o perdón condicionado* (116).

II) Igual solución creemos aplicable a los casos en que la condición puesta a la eficacia de la desheredación y referida a la conducta del desheredado, pueda cumplirse después de la muerte del *cuius* (117), pues el problema no difiere conceptualmente del que suscita la institución o el legado condicionados *post mortem* del *de cuius*. Habrá así una verdadera y justa desheredación y superpuesta a ella una institución, un legado o una atribución modal a favor del desheredado, en lugar de su legítima e imputable a ella, condicionados a que éste rectifique, en algún modo, su conducta (118).

(115) Royo Martínez ("Derecho sucesorio «mortis causa»".—Sevilla 1951-XXI, § 4, pp. 251), parece admitir que en el supuesto de haberse otorgado el testamento que contenga la desheredación después de perseguido o denunciado ante la *jurisdicción competente para exigir el pronunciamiento, que la ley exige como presupuesto necesario para que la facultad de desheredar competa al causante, será admisible que los herederos prosigan el juicio de cuyo resultado dependerá la eficacia de la desheredación. Y Puig Peña (loc. últ. cit., nota 17, pág. 429) cree que en este caso "por imperio de la lógica, por aplicación del principio de retroactividad atribuible a las sentencias", "parece procedente entender que la sentencia funcionará como *condición suspensiva* respecto de la desheredación", y acepta la solución con certeza tratándose de un procedimiento civil, pero con algunas dudas si el procedimiento es penal.*

(116) Cfr. los autores citados en las notas 109 y 111; en especial cfr. Manresa (p. 565) que dice: "Esto sería un perdón condicional, que no vemos inconveniente en admitir, siempre que no se funde en una condición caprichosa y sin relación con las causas en que el testador fundó el castigo". Armero Delgado (p. 438) la admite principalmente si va referida a hechos posteriores que indiquen que el desheredado se ha regenerado y reformado su conducta (en igual sentido Puig Peña —p. 430— y Puig Brutau loc. últ. cit.).

(117) Entre los romanistas Arndts, Wanguerow y Schmidt han admitido sin restricciones la desheredación condicional, aduciendo que quien podría ser desheredado incondicionalmente no puede quejarse de lo menos, es decir, de una desheredación condicional. En cambio Francke y Windscheid limitan esa posibilidad al supuesto de que el hecho condicionante sea anterior a la muerte del testador (cfr. Windscheid, loc. y pág. últ. cit. nota 4).

(118) Puede plantearse si durante la pendencia de la condición, después de la muerte del causante, se suspende la desheredación, o bien si ésta se resuelve al cumplirse la condición. Nos inclinamos a estimar que la desheredación es definitiva, pero que se halla en pendencia un llamamiento en lugar de la legi-

III) En caso de que la condición puesta por el testador se refiera a un hecho ajeno a la conducta y a los signos de arrepentimiento o penitencia del desheredado, tanto si la condición es en sí lícita o ilícita, creemos que la desheredación ha de estimarse por no hecha, ya que esas condiciones son contrarias a la esencia de un acto tan grave como la desheredación, a la que, por la falta de seriedad que significan, la desvirtúan e invalidan.

Pero no creemos, en cambio, que la ineficacia de esas desheredaciones pueda significar remisión del hecho invocado, a efectos del artículo 757, si este hecho constituye causa de indignidad. Solamente ha de tenerse por no hecha la desheredación: el indigno no ha de estimarse desheredado ni instituido; ni castigado ni perdonado.

c) Causas legales de desheredación.

11. El artículo 848 C. c. dice que: "*La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente, señala la ley.*"

Los artículos 834 del Anteproyecto 1882-1888 (119) y 666 del Proyecto de 1851 (120) eran de expresión más rotunda, pues concluían "*y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad*". Sin embargo, parece que a su supresión sólo puede dársele el significado de corregir su evidente redundancia. García Goyena (121) la reconoce, al glosar el artículo 666 del Proyecto de 1851: "El final del artículo parecerá, y tal vez lo sea, redundante: su objeto es fijar y remachar más la aclaración de la duda, que en mi concepto no debió haberla, atendido el Derecho romano y el nuestro". A su juicio: "Así queda cortada la reñidísima cuestión que, casi con igualdad de razones, han sostenido en pro y en contra los romanistas y nacionales: todos los Códigos modernos que admiten la desheredación, la deciden en el mismo sentido: una cuestión resuelta, una duda aclarada, es una mejora" (122).

tima, e imputable a ella, bajo la condición suspensiva de darse el hecho expresado como condicionante.

(119) Art. 838 Anteproyecto 1882-1888: "*La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas señaladas por la ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad.*"

(120) Art. 666 Proyecto de 1851: "*El heredero forzoso puede ser únicamente desheredado por alguna de las causas expresamente señaladas por la ley, y no por otras, aunque sean de igual o mayor gravedad.*"

(121) Florencio García Goyena, op. y vol. cit., art. 666, p. 109.

(122) El mismo García Goyena señala (p. 110) los antecedentes históricos: "*Ut nullo liceat ex alia lege ingratitudinis causas nisi quae in huius constitutionis serie continentur*; Novella 115, capítulo 3.

"Igual es el espíritu y aún la letra de las leyes 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo, y 2, título 9, libro 3 del Real.

"Ciertas razones son por que los padres pueden desheredar a sus hijos, ley 4, título 7, Partida 6.^a: se enumeran en ella y en las siguientes las mismas 14 de la Novela 115, y en la ley 8 añade: "Si por alguna otra razón cualquier que no fuese de las sobredichas desheredar el padre a su hijo, non valdría tal desheredamiento."

Manresa (123) hizo notar que el adverbio *sólo* deja en claro el sentido del artículo 848, de modo que: "No cabe, por consiguiente, fundarse en otras causas, aunque sean de mayor gravedad, ni en motivos análogos."

Se trata, pues, de una enumeración taxativa, de un *numerus clausus* de causas de desheredación, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva, ni siquiera de argumentación *de minoris ad maiorem*; único modo de evitar la incertidumbre y el peligro de arbitrariedad (124).

El Código civil determina las justas causas de desheredación en los artículos 852, 853, 854 y 855, que enumeran, respectivamente: las causas de indignidad que también pueden serlo de desheredación, las justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, para desheredar a los padres y ascendientes y para desheredar al cónyuge.

Causas de indignidad que pueden serlo también de desheredación.

12. El artículo 852 dice que: "*Son justas causas para la desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º.*"

Los artículos 671 del Proyecto de 1851, 838 del Anteproyecto 1882-1888 y el mismo 852, en su primera edición, decían, con mayor

Gregorio López (gl. a las palabras "*puedan desheredar*" de la ley 4 tit. VII, 6.ª Partida (gl. 21 tit. VII, ed. y vol. cits., p. 538), preguntó: "¿Podrá el hijo ser desheredado por alguna causa igualmente grave o mayor que las que la ley expresa?"; y contestó que Jason había afirmado que la opinión general estaba por afirmativa y que Alejandro sostuvo lo contrario. Y al glosar el inciso final de la ley 8 del mismo título, palabras "*Mas si por alguna otra razón cualquier*" (gl. 70, tit. VII, pp. 546 y s.), observó: "Nótese que esta cláusula que parece reprobear la opinión general de que hice mérito en la glos. 21 de este tit., a saber que el hijo puede ser desheredado por otras causas mayores o igualmente graves que las enumeradas por la Ley. La novell. 115 cap. 3 no admitía semejante ampliación... pero nuestra ley 1 de Part. es más terminante al usar de la palabra *cualquier*, la que atendida la naturaleza de su significación, lo abraza todo sin exceptuar cosa alguna... Entendida la ley en este sentido no puede tacharse de inhumana; además lo odioso de la desheredación exige que la interpretación sea restrictiva..."

(123) Manresa, op. y vol. cits., arts. 848 a 850, n. 1, p. 562.

(124) Cfr. Scaevola, op. cit., arts. 848 y 849, III, 1.º, pp. 992 y s.; Falcón, op. vol. y cap. cits., § IX, n. 4, p. 280; Sánchez Román, loc. últ. cit., n. 23, p. 1.106; Oyuelos, op. y vol. cit., art. 848, § 1, p. 65; Valverde Valverde, op. vol. y cap. cit., § II, p. 301; Santamaría, op. vol. y art. cits., n. 2, p. 831; Bonet Ramón, loc. últ. cit., n. 128, p. 692.

Sánchez Román observa que es necesario que la desheredación se funde en causa que sea *legai*, "de las taxativamente enumeradas por la ley", "y no en otra alguna, siquiera sea racional, justa, análoga y aún más grave, que las señaladas por la ley: sin que sea posible en este punto que pueda remitirse a ningún género de apreciación de los Tribunales, ni materia lícita de contienda litigiosa la racionalidad justicia, analogía o mayor gravedad de la causa, comparada con las de la ley".

generalidad, que: "*Todas las causas de indignidad para suceder lo serán también, respectivamente, de desheredación.*"

La explicación de la eliminación de las causas 4.^a y 7.^a del artículo 857 se encuentra en una mera cuestión de hecho. El testador no puede nunca conocerlas, y, por tanto, mal podría fundarse en ellas para desheredar. En efecto, la causa 4.^a se refiere a la no denuncia de la muerte violenta del testador, y la 7.^a, a la alteración, suplantación u ocultación de su testamento —acto que debe ser también posterior a su fallecimiento— o al hecho de haberle impedido otorgar testamento o revocar el que tuviese otorgado, efecto que tampoco se puede consumir hasta que el *de cuius* haya fallecido.

Manresa (125), que así lo explicó, añade que: "Algo análogo cabría decir de la causa sexta, que no fue excluida. Si el testador muere con el testamento que le obligó a otorgar la amenaza, el fraude o la violencia, no cabe desheredar, y si pudo hacer otro, no produjo efecto el acto indigno del heredero. Ahora bien: si se afirma que la indignidad está en el hecho de haber tratado de obligar al testador a que no haga testamento, o a hacerlo, o a alterarlo, o a revocarlo, y no en que se produzca el resultado apetecido, se ve la posibilidad, lo mismo en la causa sexta que en la séptima, de que el causante se funde en ella para desheredar." Efectivamente, la ley 4.^a del tít. VII de la 6.^a Partida, al referir las razones por las que puede el padre o el abuelo desheredar a sus descendientes, indica: "*E aun puede el padre desheredar al fijo, si le embargare que non faga testamento. Ca, si el padre fiziere después otro testamento, puedelo desheredar en él por esta razón.*" Y, semejantemente, lo vemos respecto la desheredación del padre por el hijo en la ley 11 del mismo título (126). Disposiciones que procedían de la Novela CXV de Justiniano, cap. III, § 9, y cap. IV, § 4.^o Lo que confirma la justeza de la crítica expuesta.

Antes (127) hemos visto cuál es el interés de asimilar a causas de desheredación causas de indignidad y qué ventajas supone que el testador las invoque para desheredar al legitimario que hubiese incurrido en alguna de ellas.

13. Dispone el artículo 756, en su inciso inicial y en los números 1, 2, 3, 5 y 6:

Art. 756: "*Son incapaces de suceder por causas de indignidad:*

1.^o *Los padres que abandonaren a sus hijos y protituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor.*

2.^o *El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.*

... ..

(125) Cfr. Manresa, op. cit., vol. cit., art. 852, p. 571.

(125) Dice la ley 11, tít. VII, 6.^a Part. entre las razones por las que los hijos pueden desheredar a sus padres: "*E la cuarta razon es, quando el fijo quiere fazer testamento, de los bienes de que ha poder de lo fazer con derecho, e el padre lo estorua por fuerza, de guisa que lo non puede fazer.*"

(127) Cfr. *supra*, n. 4.

3.º *El que hubiere acusado al testador de delito al que la ley señala pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa.*

5.º *El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador.*

6.º *El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo.*

.....”
 La causa 1.ª del vigente artículo 756 no aparece en sus antecedentes, artículos 617 del Proyecto 1851 y 754 del Anteproyecto 1882-8. Manresa (128) explicó que se funda en los deberes que la naturaleza y aun las leyes imponen a la paternidad, y tiene algunos escasos precedentes en varias leyes de nuestro antiguo derecho, en las cuales se halla diseminada la doctrina que ha sancionado el Código, no existiendo hasta él ningún texto legal que concretamente comprendiese todos los motivos de dicha incapacidad (129).

Se había planteado si la referencia al *abandono* debía interpretarse restringiendo su aplicación únicamente respecto a los hijos “expósitos” (130). Pero el Tribunal Supremo, en S. 3 diciembre 1946 (131), rechazó la alegación que pretendía inducir ese criterio de la comparación de la causa 2.ª del artículo 854 con la 1.ª del 756 (132); y la desechó, precisamente considerando dicha comparación: “pues esta causa de desheredación tiene por fundamento el desamparo de los

(128) Manresa, op. y vol. cit., arts. 756 y 757, ed. cit., p. 53.

(129) Entre las leyes de nuestro Derecho histórico en las que se hallaba determinada esa doctrina, cita Manresa como precedentes:

La ley 5, tít. VII, 6.ª Partida, que admitía la desheredación por causa de honestidad y por el abandono de locos y desmemoriados.

Las leyes 1, tít. XXII, Lib. IV del Fuero Real y 4, tít. XX, Partida 4.ª, y 5.ª, tít. XXXVII de la Novísima Recopilación, que establecían para la sucesión intestada la incapacidad para suceder por indignidad de los padres que expusieran o permitieran la exposición de sus hijos legítimos.

Y la ley 12, tít. XVI, 6.ª Partida, que declaraba indignos para suceder abintestato a la madre y demás parientes del menor de catorce años que no proveyeran a éste de tutor.

(130) Cfr. el planteamiento de esta duda en Scaevola (op. cit., vol. XIII, art. 756, III C, n. 1, pp. 387 y s.) y en Sánchez Román (op. cit., VI-I, cap. V, art. II, § 3.º, n. 69, *Primero*, pp. 274 y ss.; que rechaza terminantemente esa limitación.

(131) Su primer considerando explica el supuesto: “la madre abandonó, el año 1904, el domicilio conyugal, en el que quedaron el padre y varios hijos comunes, de los cuales tres menores, —como era el que la desheredó, a la sazón de 11 años—, marchando a Barcelona en compañía de su amante, con el que vivió hasta su muerte, desentendiéndose del cuidado, asistencia y educación de ellos, que tuvieron que ser recogidos por familias caritativas, particularmente el llamado Juan, que la desheredó, que lo fue por una vecina, sin que su madre volviese a tener con él relación alguna”.

(132) La posición de la recurrente la resume el 2.º considerando, como deducida “de la comparación de esa causa de desheredación con la segunda del art. 854, razonando que, si la negativa de alimentos a los hijos o descendientes sin motivo legítimo, se configura en la ley como distinta de la del 756, que es el abandono, a ésta sólo puede convenirle la aceptación estricta de la “exposición del hijo”.

hijos no emancipados que necesiten la asistencia de sus padres, debida moralmente por los dos, y legalmente, en el conjunto de deberes impuestos por el artículo 155 del Código civil, por el padre, en primer lugar, y, en su defecto, es decir, cuando por cualquier causa falta la del padre, por la madre, sustitución inmediata que implícitamente impone a la madre el deber de permanecer en relación constante con los hijos no emancipados, para suplir, en cualquier momento, la falta del padre en el cumplimiento de esos deberes, cuyo abandono produce la causa de desheredación de que se trata, y, en cambio, la del número segundo del artículo 854 se funda en la infracción del deber de prestar alimentos impuesto entre parientes, y regulado en el Título sexto del Código civil como obligación legal entre ascendientes y descendientes legítimos, según el número segundo del artículo 143, y que alcanza, como derecho, a los hijos, aun emancipados, que los necesiten y, como obligación, a los padres, aunque no tengan la patria potestad.”

Y, en su último considerando, señaló que la interpretación contraria “conduciría a la conclusión de que la negativa de alimentos a un hijo mayor de edad que accidentalmente lo necesite, constituiría causa legal de desheredación, y el rompimiento absoluto, por toda la vida, de la relación paternofamiliar, desde la infancia del hijo, desentendiéndose no sólo de la obligación de alimentarle, sino también de las de acompañarle, educarle y representarle en el ejercicio de las acciones para él provechosas, si no había sido “expósito”, no sería causa de desheredación de los padres, absurdo legal que impone rechazar la interpretación que a él conduce.”

Esta doctrina fue reiterada en S. 28 febrero 1947 (133).

En cambio no consideró como abandono por la madre el hecho de llevar ésta un hijo natural a una casa de maternidad de la que después le recogió para atenderle, según S. 8 mayo 1893.

La segunda parte de esa primera causa literalmente se refiere sólo a las hijas como sujeto pasivo. Pero se ha sostenido (134), razonablemente, que de un modo general comprende todos los hechos que puedan dar lugar a la corrupción de menores de ambos sexos, porque no sería congruente no tomar en cuenta y dejar impune la corrupción del hijo a la que haya contribuido el abandono del padre o actos más positivos y directos del mismo, como órdenes y ejemplos corruptores, tolerancias indiscretas, direcciones viciosas.

(133) El 2.º Considerando de la S. 28 febrero 1947, acepta como constitutivo de indignidad por abandono un caso en que el padre “abandonó a su mujer e hijo, casi desde el nacimiento de éste”, y declaró que “el hecho de la separación no le exculpaba del deber de atender al hijo, moralmente y en la medida de sus posibilidades económicas”, y que “cuando los hijos son puestos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente por consecuencia de la separación, tal circunstancia no exime al culpable de cumplir las obligaciones que natural y legalmente le incumben respecto de aquéllos”.

(134) Cfr. Sánchez Román, op. cit., VI-I, cap. V, n. 69, p. 275; Scaevola, op. cit., vol. XIII, art. 756, III, C, 1.º, pág. 389.

14. *La causa 2.^a*, con algunas variaciones, corresponde a la 1.^a de los artículos 754 Anteproyecto 1882-8 (135) y 617 Proyecto 1851 (136).

García Goyena (137) señaló sus antecedentes, las aclaraciones de éstos y sus innovaciones:

"La ley 3, título 9, libro 34 del Digesto, dice: *Qui testatorem occidet, aut id egit, ut per negligentiam moreretur*. La 7, título 20, libro 48: *Qui eum occiderunt, vel occidere curarunt*.

"Concuera la ley 7, título 13, Partida 6.^a: "Si el testador fuese muerto por obra o por consejo o culpa del heredero", y la 4, título 9, libro 3 del Fuero Real: "Si lo matare (al testador) o fuere en su muerte" (138).

"Se ha añadido lo del cónyuge o descendientes porque la ofensa parece casi igual, y de este modo se resuelve una cuestión dudosa entre los intérpretes, como la resolvió el artículo 540 austriaco.

"El espíritu del artículo no es comprender la muerte enteramente excusada, en cuyo caso no habrá condena, pero ni aun la simplemente culpable; todos los Códigos modernos suponen, a mi entender, esto mismo, aunque no lo expresan.

"Las leyes Romanas y Patrias, que dejo citadas, parecen comprender también el caso de culpa; pero yo encuentro en esto excesiva dureza y ocasión de muchos y muy dudosos pleitos."

En el artículo 754 del Anteproyecto 1882-8 se añadió: "y *ascendientes*", palabras que recoge el artículo 756 del Código, que así comprende —como el Anteproyecto— el atentado "*contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes*".

Se ha precisado por la doctrina (139) que "la expresión de la ley y los antecedentes históricos del precepto exigen una culpabilidad *dolosa*, en la cual cabrá comprender no sólo el dolo directo, sino, en ciertos casos, el indirecto, y aun la culpa con previsión; en cambio, quedará excluido el homicidio culposo. Respecto al llamado delito preterintencional, la solución puede variar según el designio funda-

(135) Art. 754, n. 1.^o del Antep. 1882-8: "El condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes".

(136) Art. 617, n. 1, Proy. 1.851: "El condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia se trata, contra su cónyuge o contra sus descendientes."

(137) García Goyena, op. y vol. cit., art. 617, n. 1, pp. 65 y s.

(138) Además la ley 4, tit. VII, Partida 6.^a señala como causa de desheredación del hijo "Si trabajasse de muerte de su padre con armas, o yeruas, que corresponde al § 5, cap. III, Novela CXV, "vel vitae parentum suorum per venenum, vel alio modo insidiari tentaverit", y la ley 11, tit. VII, Partida 6.^a, señaló como causa de desheredación de los padres por el hijo "si el padre se trabaja de muerte de su fijo; queriendolo matar con yeruas, o con fierro, o con algund maleficio o de otra manera qualquier que fuesse", que dedujo del § 1.^o del cap. IV, Novela CXV.

(139) Puig Peña, op. cit., V-I, cap. III, I, A, 2.^a a, p. 49. Siguen este criterio Puig Brutau, op. cit., V-I, cap. II, 3, e, pág. 141 y Bonet Ramón, "Compendio...", vol. cit., § CXII, n. 25, p. 119.

mental del culpable" (140). Comprende "lo mismo la tentativa que el delito frustrado, que el consumado, y alcanza los grados de autor, de cómplice y de inductor, pero no, al parecer, el de encubridor, por su posterioridad a la comisión del delito (141). Naturalmente, de existir causas *eximentes* de imputabilidad no podrá haber condena ni, por tanto, indignidad, pero sí en caso de que sólo se trate de *atenuantes*" (142).

La cuestión más delicada de precisar, que contiene este número, es su referencia al *que fuere condenado en juicio*. Se trata de aclarar si cabe la desheredación en los supuestos en que no se haya pronunciado aún la condena al ordenarse la desheredación, o ni siquiera al fallecer el testador; y, especialmente, cuando haya prescrito el delito, suspendido el procedimiento por rebeldía del procesado o archivado por fallecimiento del inculcado.

Parece claro que aun cuando el juicio se halle en trámite al disponerse la desheredación, ésta surtirá efecto si llega a pronunciarse la sentencia condenatoria; y si al fallecer el testador el juicio se halla todavía en trámite, se producirá efecto suspensivo, en pendencia de que el juicio criminal concluya (143).

No obsta que después de la condena haya habido indulto, amnistía o la pena haya prescrito (144).

En caso de que la condena no llegue a producirse por muerte del inculcado, rebeldía del mismo o prescripción del delito, creemos que excepcionalmente la jurisdicción civil podrá pronunciar la condena de indignidad aunque el proceso penal hubiere de sobreseerse por esas causas (145).

Naturalmente, la sentencia favorable en juicio de *revisión* que absuelva al anteriormente condenado dejará sin causa la desheredación (146).

(140) No se incluye la mera *imprudencia temeraria*, en la que falta la voluntad directa de hacer tal mal ni otro menor. Cfr. Scaevola, (op. cit., vol. XIII, art. 756, III, C, 2.º p. 392) y Sánchez Román ("Estudios..." VI-I, cap. V, n. 69, pp. 277).

(141) Sánchez Román (loc. cit., p. 276 y s.), Puig Peña, Puig Brutau y Bonet Ramón (locs. últ. cit.).

(142) Cfr. Scaevola (loc. últ. cit.) y Puig Peña (loc. últ. cit., nota 2 de la página 49).

(143) Cfr. Sánchez Román, "Estudios...", n. 69 últ. cit., p. 276, quien afirma que se produce "un efecto suspensivo en la delación de la herencia o el legado hasta tanto que el juicio criminal se resuelva".

(144) Cfr. Scaevola, pp. 593 y s., Sánchez Román, p. 276; Puig Peña, p. 50; Félix Hernández Gil, loc. cit., IV, b, 2, p. 482.

(145) Para el caso de fallecimiento del acusado antes de ser condenado, opinan así Lacruz Berdejo (*Notas al Binder*, § 39, p. 347); Puig Brutau (loc. últ. cit., pág. 140); y Bonet Ramón (loc. últ. cit., p. 119). En contra para los supuestos de declaración de rebeldía y prescripción del delito, cfr. Scaevola (loc. últ. cit., p. 393) y Sánchez Román (loc. últ. cit., p. 276), y también en contra para el supuesto de muerte del acusado antes de la condena cfr. Félix Hernández Gil (loc. últ. cit.).

(146) Cfr. Scaevola (p. 394), Sánchez Román (p. 276).

15. *La causa 3.^a* corresponde, con ligerísimas variantes, al número 2 del artículo 754 del Anteproyecto de 1882-88 (147), y con diferencias importantes al número 3 del artículo 617 del Proyecto de 1851 (148). La modificación operada respecto ésta en el Anteproyecto 1882-88 fue debida a influjo del número 2 del artículo 725 del *Codice italiano* de 1865 (149).

Las diferencias con respecto al proyecto radican en la referencia de éste al delito castigado *con la pena de cadena perpetua o la de muerte* (150), sustituidos por la de delito castigado con *pena aflictiva* y muy sustancialmente porque mientras en aquél bastaba la acusación (151), se requiere además en el Código conforme al Anteproyecto que la acusación *sea declarada calumniosa* (152).

(147) Art. 754 n. 2.º del Anteproyecto 1882-88: "El que hubiere acusado al testador de delito castigado con pena aflictiva cuando la acusación sea declarada calumniosa."

(148) Art. 617, n. 3.º del Proyecto de 1851: "El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de su delito, que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpetua o la de muerte."

(149) Cfr. en la ed. del Anteproyecto cuidada por Manuel Peña Bernaldo de Quirós (pág. 231) la referencia de los autores del Anteproyecto, al fin del art. 754, que dice: "(617 Proy. [1.851] modif. con arreglo al 725 Cód. ital. y 1.762 Cód. port.)". Este último artículo 1.782 y no 1.762, como observa Peña en nota, no se refiere al número que ahora comentamos. El n. 2.º art. 725 Cód. Ital. 1.865 decía: "2.º) El que le hubiese acusado de delito castigado con pena grave (*pena criminale*), cuando la acusación sea declarada en juicio calumniosa."

(150) La ley 2 del Tít. IX, Lib. III del Fuero Real señaló como causa de desheredación del hijo por el padre "si le acusase por cosa que debe perder cuerpo, o miembro, o ser echado de la tierra, si no fuere de cosa la acusanza, que sea ante Rey, o contra su Señorío". La ley 4, tít. VII de la 6.^a Partida expresó esta causa de desheredación del hijo: "si lo acusase sobre tal cosa, de que el padre deue morir, o ser desterrado si gelo prouassen; o enfamándolo en tal manera, por que se valiese menos"; y la ley 11 del mismo título, indicó como causa de desheredación del padre: "si el padre trabaja de la muerte de su fijo, acusándolo que había fecho tal yerro, porque deue morir, o perder algund miembro; fueras ende, si la acusación fuesse fecha sobre cosa que tocasse a la persona del Rey".

Gregorio López en sus glosas a las palabras "*O ser desterrado*" y "*o enfamándolo*" de esta ley 4 (gl. 25 y 26 del tít. VII, 6.^a P., cfr. ed. y vol. cit., pp. 539 y s.) dedujo que, además de los delitos que importaren la pena de muerte, debían comprenderse los que ocasionaren la de pérdida de algún miembro —deduciéndolo de las leyes 3, tít. II, de la Partida 3.^a; 18, tít. IV; 12, tít. V, y 11 del mismo tít. VII de la propia 6.^a Part., y también de la Novela CXV, cap. III, § 3, que decía: "Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem vel rempublicam", subrayando que dice "*in criminalibus*" y no "*in capitalibus*"— y la que ocasionare que el padre quedare *enfamado*. La palabra *desterrado* la consideró referida al destierro perpetuo. Y en su glosa a las palabras "*o perder algun miembro*" de la ley 11 h. tít. (gl. 83, p. 550) la relacionó con la propia ley 4 y con la Nov. CXV, cap. IV, § 3.º

(151) Como puede verse en los textos citados en la nota anterior, en los precedentes históricos no se eximía el supuesto de ser verdadera la acusación, sino en el caso de tratarse de un delito "*adversus principem vel rempublicam*", o "*contra el Rey o su señorío*" (l. cit. del F. Real), o "*a la persona del Rey o al procomunal de la tierra*" (ley 4, h. t., P. 6.^a).

Tres requisitos implica la efectividad de esta causa:

1.º) Que se trate de una *acusación*, debiéndose entender esta palabra en sentido vulgar, incluyendo en ella no sólo la querrela, sino la denuncia y también la declaración testifical y la pericial (153). No, en cambio, la reclamación de responsabilidad civil o la difamación pública que no den lugar a un proceso criminal (154).

2.º) Que sea declarada *calumniosa*.

3.º) Que sea de delito al que la ley señale *pena aflictiva*, según la calificación del Código penal de 1870, que comprendía en ellas las de muerte, reclusión mayor y menor y presidio mayor y menor, y que corresponden a las calificadas hoy como graves, estando excluidas, por tanto, las de presidio y prisión menores, destierro, reprensión pública, suspensión de cargos públicos, confinamiento, etc., y arresto menor (155).

Según la S. 6 de diciembre 1963, no se daría esta causa si “la pena imponible a ese presunto delito falsamente imputado, no sería la aflictiva que el Código refiriéndose al Cuerpo legal punitivo vigente a la fecha de su promulgación exige”; ni si la “evidente intención no envuelve el *animus injuriandi* requerido para su valoración a efectos sancionadores, sino la defensa más o menos vehemente de los derechos de que estaba en posesión la esposa ofendida”.

La causa 5.ª coincide literalmente con la 4.ª del art. 754 del Anteproyecto 1882-88, y, con la sola variante de la palabra *testador* por *difunto*, con la 4.ª del art. 617 del Proyecto de 1851.

Los precedentes romanos y castellanos además de la esposa comprendían a la concubina (156).

¿*Quid* de la condenada en juicio por adulterio con el marido de la testadora? (157). Creemos que debiera ser causa de desheredación.

(152) Cfr. *supra*, en nota 405, que el origen del cambio se halla en el Anteproyecto 1882-88, por influjo del 725 del *Codice italiano* de 1865.

(153) Cfr. Sánchez Román (loc. últ. cit., p. 278), Scaevola (loc. últ. cit., n. 3, pp. 397 y s.). Lo cree dudoso respecto la declaración testifical Lacruz (loc. últ. cit.) y lo rechaza en este caso Puig Peña (loc. últ. cit., p. 50).

(154) Cfr. Scaevola, loc. últ. cit., pp. 397/398 *in fine* y s.

(155) Cfr. Scaevola (loc. últ. cit., n. 3, nota 1 de la p. 399) y Bonet Ramón (loc. últ. cit., p. 119).

(156) La Novela CXV, cap III, § 6.º, señaló como causa de desheredación: “*Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit*”, y en el § 3.º de su cap. IV, como causa de desheredación del padre: “*Si pater norui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit*”.

El Fuero Real, Ley 2, tit. IX, Lib. III, señaló que el padre al hijo “otrosí, puédalo desheredar si yuguere con la muger, o con la barragana”.

La 6.ª Partida, tit. VII, en la ley 4 señaló como causa de desheredación “si el fijo yoguyese con su madrastra, o con otra muger que touiesse su padre paladinamente por su amiga”; en la ley 11 “quando el padre yoguiere con la muger o con la amiga de su fijo”, y en la ley 13 señala como cuarta razón de indignidad “quando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que le estabesció por heredero”.

(157) Scaevola (loc. últ. cit., causa 5.ª, p. 403) cree que el legislador pensaba en ambos adulterios y que se trata de una imprecisión de expresión. Lacruz

Esta causa requiere también sentencia condenatoria, por lo cual nos remitimos a lo que al respecto hemos dicho al hablar de la causa segunda.

La causa 6.^a concuerda, con ligeras variantes de redacción, con la 5.^a del artículo 754 del Anteproyecto 1882-88 (158) y procede del apartado final del n. 6.^o del art. 617 del Proyecto de 1851 (159), con influjo en cuanto a la redacción de aquel artículo del 725 del *Codice italiano* de 1865 (160).

García Goyena (161) glosó que: “Sobre la fuerza y violencia hecha para testar hay conformidad con las rúbricas del título 6, libro 29 del Digesto, y del 34, libro 6 del Código *Si quis aliquam testari prohibuerit, vel coegarit*: la hay con la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, y con la 26, título 1, Partida 6.”

La amenaza, fraude o violencia han de ser determinantes de que el testador se vea obligado a hacer testamento (162) y tiene que ser ejercida directa e individualmente contra la persona del testador (163). Tal hecho justificará que el testador, en otro testamento posterior, desherede a quien sobre él ejerció tal presión. No hace falta condena criminal (164), ni sentencia alguna previa a la desheredación, ni a la sentencia que, en caso de ser contradicha la causa, la declare cierta.

16. Causas de desheredación de los descendientes.

“Art. 853: *Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, los siguientes:*

1.º *Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.*

2.º *Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.*

3.º *Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.*

(loc. últ. cit.) cree más lógico sustituir la palabra *mujer* por *cónyuge*. Puig Brutau (loc. últ. cit., nota 51, p. 143) dice que, en vista de la actual regulación de los arts. 449 y 452 del Código penal, tal vez podría considerarse comprendida la condena por adulterio como manceba [de la hija del padrastro o de la madre con el yerno]. Bonet Ramón (pág. últ. cit.) cree que no, “por no poderse interpretar la ley extensivamente”.

(158) Art. 754 Anteproyecto 1882-88: “5.º El que con amenaza, fraude o violencia obligare a una persona a hacer testamento o a cambiarle.”

(159) Art. 617 Proyecto 1851: “6.º El que..., o forzó al difunto para testar.”

(160) Cfr. la nota final de los redactores del Anteproyecto en la citada ed. cuidada por Peña Bernaldo de Quirós (p. 231). Decía el art. 725 del *Codice italiano* en su n. 3.º: “El que le hubiese coaccionado a hacer testamento o a cambiarlo.”

(161) Florencio García Goyena, op. y vol. cits., art. 617. n. 6, pp. 68 *in fine* y s.

(162) Cfr. Scaevola, loc. últ. cit., n. 6.º, p. 406.

(163) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 281.

(164) Cfr. Scaevola, p. 407.

4.º *Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil*" (165).

La causa 1.ª está redactada literalmente igual que la 1.ª del artículo 839 del Anteproy. 1882-8 y la 1.ª del art. 672 del Proy. 1851. García Goyena (166), al glosar este texto, explicó:

"Esta causa de desheredación no se encuentra entre las 14 de la Novela 115, a pesar de ponerse por tales las de no rescatar al padre cautivo y no salir fiador por él estando preso; y a pesar de que, según la ley 4, título 3, libro 25 del Digesto, *Nacare videtur: qui alimonia denegat.*"

"Tampoco se encuentra en ninguno de nuestros Códigos nacionales (167): pero sí en los extranjeros modernos que han adoptado la desheredación, y esto es muy conforme a la moral y a la justicia; *vivir* es antes y más precioso que *salir de la prisión* o del cautiverio; el hijo que niega los alimentos, comete, en cuanto está de su parte, y a sangre fría, un parricidio indirecto."

Son requisitos de esa causa:

1.º La *negativa de alimentos*, pudiendo precisarse:

— que no es necesario que los alimentos hayan sido reclamados

(165) Ha desaparecido en este artículo, siguiendo al 839 del Antep. 1882-8, la causa 3.ª del art. 672 del Proy. 1851: "Haberse casado sin su consentimiento, cuando por la ley era éste necesario." Cfr. la glosa, correspondiente a esta causa, de Florencio García Goyena (op. cit., vol. III, art. 672, 3.ª, pp. 116 y s.).

(166) García Goyena, op. y vol. cit., art. 672, n. 1, p. 115.

(167) La ley 4, tit. VII, 6.ª Part. otrosí dijo: "que seyendo el padre preso por debeda que deuiese, o de otra manera, si el fijo non le quisiere dar en quanto pudiere para sacarlo de la prisión, que le pueda desheredar el padre". La ley 5 "que seyendo algun home furioso o loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo: si los fijos, o los otros que descien den del por liña derecha, non le guardassen, o non pensaren del en las cosas, quel fuere menester... E si por auentura, este atal tornase en su memoria ante que muriesse, podria desheredar por esta razon, a aquellos que lo deuián heredar por derecho, si no errasen contra el". Y la ley 6, que "Captiuando algun ome, o muger, que ouiesse fijo, si los fijos fuessen negligentes, non auiendo cuydado de redimir su padre, o su madre, o lo dexassen captiuo, pudiendolo redimir, si despues desto saliere este atal del poder de los enemigos, puede por esta razon desheredar sus fijos."

García Goyena (op. cit., vol. III, art. 672, causa 5.ª, p. 118 y s.) glosó "Parece grande exigencia que un hijo tal vez padre de familia haya de salir fiador por deudas que podrían envolver su ruina y la de su familia."

Manresa (op. y vol. cit., art. 853, *Precedentes*, p. 575) comentó que "más rara parecía la supresión de estas causas"; pero ni la prisión ni la cautividad, ni la locura revisten hoy la gravedad o el perjuicio que en otros tiempos, por haberse suavizado notablemente las costumbres y haberse creado establecimientos para el cuidado y la curación, a ser posible, de los desgraciados faltos de razón. Por lo mismo, la omisión antes penada en los descendientes, en la prestación de la fianza, la redención o el cuidado, no ha parecido al legislador causa suficiente en absoluto, para desheredarles, por más de que si en esas situaciones necesitasen alimentos y les fueren negados indebidamente, cabe desde luego la desheredación, en virtud de la causa del art. 853".

judicialmente, bastando que la negativa se pruebe por cualquier medio, con arreglo al artículo 850 (168);

— ni es preciso que se haya producido el hecho de quedarse el ascendiente sin alimentos (169) porque otra persona se los haya prestado;

— que, en caso de haberse decretado judicialmente la obligación de prestar alimentos, aunque esta se cumpla, si consta la anterior negativa, se habrá producido la justa causa para desheredar (170);

— que no hay razón para exigir, además, mala fe o temeridad en la negativa (171).

2.º *La falta de motivo legítimo de la negativa*, que debe relacionarse con las causas extintivas de la obligación alimenticia que expresa el artículo 152 (172). De estas deben excluirse las causas 1.ª y 5.ª, por referirse ésta al ascendiente obligado frente a un descendiente, y por consistir aquélla en la muerte del alimentista. Quedan, pues, las otras tres:

“2.º Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3.º Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4.º Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que, dan lugar a la desheredación.”

García Goyena (173), al glosar el precedente de esta última causa —§ 2.º, inciso 1.º, del art. 72 Proy. 1851: “También cesa esta obligación en los mismos casos en que está autorizada la desheredación...” — explicó que: “Guarda también conformidad el artículo en este punto con la ley 5, párrafo 11, título 3, libro 25 del Digesto, unida a la Novela 115, capítulos 3 y 4, y con la 6, título 19. Partida 4 y su glo-

(168) Cfr. Manresa, op. y vol. cit., art. 853, *Comentario* 1.º, p. 576; Sánchez Román, op. cit., VI-II, cap. XVI, n. 27, 1, p. 1115; Valverde Valverde, op. y vol. cit., cap. XIII, § 2, p. 304; De Buen, *Notas* cit., vol. VIII, cap. II, Sec. XI, § 7, p. 318; Armero Delgado, op. cit., p. 433; Rovira Mola, loc. cit., V, B, 1.º, p. 265; Puig Peña, op. cit., vol. V-II, cap. XV, 4, 1.ª, pp. 431 y s.; Santamaría, op. y vol. cit., art. 853, n. 1, p. 832; Bonet Ramón, “*Compendio...*”, vol. cit., n. 129, B, 1.º, p. 696. En contra, Mucius Scaevola, op. cit., vol. XIV, art. 853, III, B, pp. 1024 y ss., e Isabal, op. y vol. cit., p. 804. Pero es lo cierto que el Código civil no exige como requisito que se reclame judicialmente ni menos aún que haya fallo condenatorio como en otras causas requiere, ni son convincentes las razones aducidas por Scaevola. Debe bastar que se pruebe por cualquier medio, conforme el art. 850.

(169) Cfr. Manresa, loc. últ. cit.

(170) Cfr. Manresa, *ibid.*

(171) Cfr. Manresa, *ibid.*; Valverde Valverde, loc. últ. cit.; Isabal, loc. últ. cit. En contra, Scaevola, loc. últ. cit., p. 1026.

(172) Cfr. Mucius Scaevola, op. y loc. últ. cit., p. 1024; Sánchez Román, loc. últ. cit.; Isabal, loc. últ. cit.; Rovira Mola, *ibid.*; Puig Peña, loc. últ. cit., p. 432; Puig Brutau, op. cit., vol. V-III, cap. XII, 3, V, 1.º, p. 226; Bonet Ramón, loc. últ. cit.

(173) Fl. García Goyena, op. cit., vol. I, art. 72, p. 86.

sa 3 (174); lo mismo opina Antonio Gómez, *Variarum resolutionum*, tomo 1.º, capítulo II, número 13 (175). Cierta es que la ley Romana pone el caso de un hijo que delató a su padre, y que la Partida habla del padre e hijo que se acusan sobre cosa grave, y es uno de los casos de desheredación. ¿Pero no milita igual razón en todos ellos, como es el de poner manos airadas en el padre; trabajarse de su muerte con armas o con hierbas, y abandonarle estando demente? Era pues forzoso en buena lógica redactar este párrafo con la generalidad que tiene, mayormente cuando hemos reducido el número de causas de desheredación...”.

17. *La causa 2.ª* coincide literalmente con la 2.ª del artículo 839 Antep. 1882-8; y, con la sola variación de “Haberla” por “Haberlos”, con el n. 2 del 672 del Proy. 1851.

García Goyena (176) glosó así ésta: “En la Novela 115, capítulo 3, párrafo 1, se decía: *Si quis parentibus suis manus intulerit*: párrafo 2: *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingresserit*”. “La ley 4, título 7, Partida 6, la copia con nervio y elegancia: “Cuando el hijo a sabiendas e sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirlo e para prenderle, o si le desonra de palabra gravemente”, la ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo (versión castellana) dice: “Si el filio o la filia, o el nieto o la nieta ficiere grand tuerto o gran desonra al padre o la madre, o al avuelo o a la avuela (pone varios ejemplos de malos tratamientos de obra), o si lo denostó en conseio”. La ley 2, título 9, libro 3 del Fuero Real: “Si alguno de ellos (los descendientes) le firiere por saña o deshonna o si le dixiere *denuesto develado*”.

Y, después de analizar los Códigos extranjeros, concluyó: “En tanta variedad de elocuciones se adoptó *lo de malos* tratamientos, etc., un puntapié no es menor ultraje que una bofetada; tener a un padre encerrado, como en prisión, arrimarle ascuas a los pies siendo ciego...”.

“Hay injurias de palabra tan graves como las de hecho, aún más sensibles según la condición de las personas.”

“Cierta es que por este medio se da cierta latitud al Juez; pero no hay posibilidad de evitarla, y menos en la calificación de injurias. Además será mayor el número de los que devoren en silencio las in-

(174) Gregorio López, en la cit. glosa a las palabras “*como si uno dellos acusasse*” (gl. 35 del tit. XIX, 4.ª P., ed. cit., vol. II, p. 1101) dice que: “Lo mismo debe decirse de las otras causas de ingratitud, por las cuales puede el hijo ser desheredado, a tenor de lo que nota la glosa a d. l. 5, § 10, vers. *idem judex* [Dig. XXV-III], y la ley últ. C. *de alend. liber.* [Cod. V-XXV]”.

(175) Antonio Gómez, “*Variae...*”, I, cap. XI, n. 14 (ed. cit., p. 140), también generaliza “*quod ex eisdem causis, ex quibus pater potest exheredare filium, potest ei alimenta in vita denegare*”, señalando que así lo entendieron la glosa ordinaria y el común de los autores, citando a Bartolo, Juan Andrés, el Abad Panarmitano y otros modernos, como Palacios Ruvios, y concluyó que: “*Pro qua communi sententia et conclusione allego et considero expressam legem partitae l. pen. tit. 19, 4 part.*”

(176) F. García Goyena, op. cit., vol. II, art. 672, 2.º, pp. 115 *in fine* y s.

jurias graves, que el de los que usen de esta arma legal por las realmente leves.”

Vemos, pues, dispuesto un criterio flexible, con necesario arbitrio judicial, para el cual no debe tratarse de asimilar rígidamente las expresiones del precepto civil con figuras delictuales tipificadas en el Código penal (177), sino que “todo debe resolverse teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y, desde luego, el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa” (178). También debe comprenderse la injuria gravemente hecha por escrito (179). Es precisa la intencionalidad o *animus injuriandi* de esa causa, sin que pueda encajar la imprudencia temeraria (180).

No es necesario que ni los malos tratamientos ni las injurias hayan dado lugar previamente a condena penal, según lo ha entendido la doctrina (181) y el Tribunal Supremo lo ha declarado en S. 4 noviembre 1904, que en su 2.º considerando declaró que: “la desheredación es una institución de derecho civil establecida como facultad concedida al testador para reprimir las graves faltas y la maldad de aquéllos que debieran heredarle; y tratándose del padre, el medio de castigar, valiéndose de su propia autoridad, al hijo que por su conducta o por las ofensas que le haya causado se haga indigno de sucederle; pero sin que para el ejercicio de este derecho, cuando de injurias graves se trate, haya de preceder una sentencia condenatoria: 1.º, porque la ley sólo exige este requisito previo cuando haya incurrido el hijo en un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil; 2.º, porque correspondiendo a los herederos del testador la prueba de la certeza de la causa de la desheredación si el desheredado la negare, a tenor del artículo 850 del Código, no será esta prueba compatible con la declaración hecha en un fallo anterior que necesariamente vendría a prejuzgarla; 3.º, porque la necesidad de ejercitar por medio de querrela la acción penal por delito de injurias podría dificultar, y tal vez hacer ilusorio, el derecho de carácter civil concedido al padre, sobre no compadecerse tampoco la ritualidad y las exigencias de un procedimiento criminal con la intimidad de los vínculos familiares y los deberes de sumisión y respeto en el hijo, de que no es dable prescindir en las relaciones del derecho, aunque por el mismo hayan sido olvidados; y 4.º, porque la gravedad de las injurias de que se trata queda

(177) Especialmente la palabra *injuriado* debe tomarse en el sentido vulgar más que en el legal, pudiendo incluir la calumnia. Todo sometido a la apreciación de los Tribunales. Cfr. Manresa, loc. últ. cit., 2.º, pp. 577 y s.; Sánchez Román, loc. últ. cit., pp. 1115 y s.; Valverde, loc. últ. cit., p. 304; Rovira Mola, loc. últ. cit., p. 266; Puig Peña, loc. últ. cit., 2.º, p. 432 y s. Más restrictivamente, Mucius Scaevola, loc. últ. cit., pp. 1129 y ss.

(178) Puig Peña, op., vol. y cap. últ. cit., 4, 2.ª, p. 433.

(179) Cfr. Puig Peña, loc. últ. cit., p. 432; Puig Brutau, loc. últ. cit.

(180) Scaevola, loc. últ. cit.; Rovira Mola, loc. últ. cit., p. 265; Puig Peña, loc. cit., 2.º, d, p. 434.

(181) Manresa, loc. últ. cit., p. 578; Sánchez Román, p. 1116; Valverde, p. 304; Oyuelos, p. 67; Santamaría, p. 832; Puig Peña, p. 433; Puig Brutau, p. 226; Bonet Ramón, pp. 696 y s. En contra, Scaevola, loc. últ. cit., pp. 1031 y s.

evidentemente patentizada con la simple enunciación de las palabras en que consisten y que en la sentencia recurrida se determinan, al consignar que son las que expresan los testigos que sobre ello fueron interrogados.”

18. *La causa* 3.^a concuerda literalmente con la 3.^a del art. 839 del Antep. 1882-8; y, con la omisión de un artículo “*la*” delante de “*nieta*”, con el n. 4 del art. 672 del Proy. 1851. Como a éste glosó García Goyena (182), la Novela CXV, cap. III, § 11, aludía a la hija o nieta a quien el padre o abuelo quiso casar, pero prefirió vivir lujuriosamente, pero excluía la causa si llegaba a los 25 años, sin que los padres cuidasen casarla, dieran ocasión a que haga maldad con su cuerpo”, y este criterio fue copiado por la ley 5, tit. VII, 6.^a Partida; guardando silencio el Fuero Juzgo y el Real acerca de la prostitución. La cuestión edad extraña al comentarista, que dice: “Yo no encuentro en los Códigos modernos esta limitación de edad, y entiendo que en eso han procedido con discreción. El caso no puede concebirse en una hija menor de edad, porque el padre, a cuya autoridad está sujeta, puede impedirlo: la ofensa y la deshonor sólo pueden causarse por la mayor edad, y conviene poner algún freno o pena en el Código civil al último grado de inmoralidad en la mujer, callen o no los Códigos penales.”

Es de notar que en las palabras “hija o nieta” se comprenden también las descendientes de ulterior grado (183).

Que la palabra “*prostitución*” debe tomarse en sentido estricto sin comprender el amancebamiento, por público que sea, ni la conducta irregular por extremada y escandalosa que sea, mientras no pueda calificarse de prostitución (184).

Y que tampoco requiere fallo judicial previo, y sólo posterior en el caso de que la desheredada negare el hecho causante y fuese objeto de prueba por los herederos instituidos conforme los artículos 850 y 851 (185).

La causa 4.^a es literalmente idéntica a la 4.^a del artículo 839 Anteproyecto 1882-8 y a la 5.^a del 672 Proy. 1851. García Goyena (186) glosó “diose lugar a ella para igualar a los hijos con los padres que pierden por la misma su patria potestad...”.

Se ha criticado la introducción de esta causa porque significa una razón extrafamiliar (187).

(182) Cf. García Goyena, loc. últ. cit., 4.^a causa, pp. 117 y s.

(183) Comprende la biznieta, según Manresa, loc. últ. cit., 3.^o, p. 579; De Buen, loc. últ. cit., p. 348; Rovira Mola, p. 266; Puig Peña, p. 434; Bonet Ramón, p. 697.

(184) Cfr. Manresa, p. 579; Scaevola, pp. 1033 y ss.; Sánchez Román, p. 1117; Valverde, p. 265; Rovira Mola, p. 266; Santamaría, p. 832; Puig Peña, p. 434; Puig Brutau, p. 227; Bonet Ramón, p. 697.

(185) Cfr. Scaevola, pp. 1035 y s.; Sánchez Román, p. 1117.

(186) García Goyena, op. y vol. cit., art. 672, n. 5.^o, p. 118.

(187) Cfr. Sánchez Román, loc. últ. cit., 4.^o, pp. 1117 y s.; Puig Peña,

Sólo se refiere a la interdicción total, no a la parcial (188).

Por constituir su fundamento el hecho determinante y no la pena impuesta, se afirma que el indulto no excluye la causa de desheredación (189).

Claramente resulta del texto del precepto que es indispensable que previamente haya sentencia condenatoria (190).

19. *Causas de desheredación de los ascendientes.*

“Art. 854: *Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:*

1.^a *Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 169.*

2.^a *Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.*

3.^a *Haber atentado uno de los padre contra la vida del otro, si no hubiera habido entre ellos reconciliación.”*

Al glosar García Goyena (191) el art. 674 del Proyecto de 1851, precedente del 855 C. c., comentó que: “De las ocho causas establecidas en el Derecho romano y copiadas en el nuestro, algunas quedan comprendidas entre las de indignidad, como acontece también con los descendientes; ésta es la razón de haberse omitido unas y otras en el presente capítulo.”

La llamada hecha en el art. 854 pr. al n. 1.º del art. 756, concretamente referida en éste a los padres, la hace extensiva el 854 a los abuelos y demás ascendientes, debiéndose entender el verbo “abandonar” en el sentido amplio que en el 756 tiene (192).

La causa 1.ª, con la sola diferencia del número del artículo referido, como expresivo de las causas de la pérdida de la patria potestad, coincide con el n. 1.º del art. 840 del Anteproyecto 1882-8, y, además con alguna variante de redacción, con el n. 1 del 674 del Proy. de 1851. Esta causa fue glosada por García Goyena (193): “El padre indigno de la patria potestad se hace también acreedor a la desheredación: ¿bajo qué aspecto, o por qué título podrá en los casos de este número reclamar los derechos, ni aun el simple dictado de padre?”

loc. últ. cit., 4.º, pp. 434 y s.; Bonet Ramón, p. 697. La crítica también Scaevola, loc. últ. cit., E, pp. 1036 y s.

(188) Manresa, loc. últ. cit., 4.º, p. 579; Sánchez Román, p. 1118; Rovira Mola, p. 266; Puig Peña, p. 435.

(189) Rovira Mola, p. 266; Puig Peña, p. 435; Puig Brutau, p. 228.

(190) Manresa, loc. últ. cit.; Scaevola, loc. últ. cit., p. 1037; Sánchez Román, p. 1118.

(191) García Goyena, op. y vol. últ. cit., art. 674, p. 120.

(192) Sánchez Román (cap. últ. cit., n. 28, p. 1119) dice que debe optarse entre la interpretación que la extiende a todos los ascendientes, en el sentido que allí tiene el verbo *abandonar*, o restringir esta causa de desheredación sólo entre padres e hijos.

(193) García Goyena, loc. últ. cit., pp. 120 *in fine* y s.

Dice el art. 169 C. c.: “*El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:*

1.º *Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad.*

2.º *Cuando por sentencia firme en pleito de separación personal se declare, mientras duren los efectos de la misma.”*

El supuesto 1.º del art. 169 comprende tanto la privación de la patria potestad en virtud de sentencia en causa criminal que directamente condene a ella (art. 453 bis del Código penal, texto revisado de 1963) como la derivada de la imposición de la pena accesoria de interdicción civil (194).

La doctrina muestra extrañeza de que falte una llamada al artículo 171, ap. 1.º C. c. que previene: “*Los tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad..., si tratasen a los hijos con dureza excesiva o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores*”. Nosotros creemos que la llamada al art. 169 la comporta, como complementaria suya, también a los arts. 170 y 171 C. c. (195).

Las dudas respecto a si pudieran considerarse como causa de desheredación por el hijo las segundas nupcias de su madre (196) han desaparecido con la nueva redacción dada al art. 168 por la ley 24 abril 1958, conforme a la cual dichas nuevas nupcias han dejado de ser causa de pérdida de la patria potestad.

Esta causa requiere sentencia condenatoria a la pérdida de la patria potestad, como claramente expresa el precepto, no bastando haberse dado lugar a ella, si no es decretada tal pérdida (197). En cambio, no importa que la declaración haya tenido lugar después de la emancipación o de la mayoría de edad del hijo desheredante (198).

(194) Recordemos la glosa de García Goyena a la causa 4.ª del art. 672 Proy. 1851 (loc. cit., p. 118), indicativa de que se dio lugar a que la pena de interdicción civil fuera causa de desheredación de los hijos, porque por ella los padres pierden la patria potestad e inciden en esta causa. Scaevola la considera comprendida en la llamada del art. 854 al 169, n. 1. En contra, Sánchez Román (n. 28, *Primera*, 1.º, pp. 1119 y s.). Notemos que el art. 170 C. c. alude sólo a la *suspensión* de la patria potestad por la interdicción civil.

(195) Cfr. Scaevola, loc. últ. cit., p. 1044, y en igual sentido, respecto al art. 171, Rovira Mola, loc. cit., V, C, 1.º, p. 267. Puig Brutau, loc. últ. cit., V, b, p. 229, ve dudosa la inclusión del art. 171 y rechaza la del 170. En contra, por estimar que se trata de materia de interpretación estricta, Manresa, p. 512; Sánchez Román, p. 1121; y Puig Peña, cap. últ. cit., V, 1.º, p. 436, si bien éste indica que *de lege ferenda* debiera comprender el supuesto de pérdida incluido en el art. 171 C. c. Santamaría (loc. cit., art. 854, p. 834) niega que se comprenda el supuesto de dicho art. 171.

(196) Cfr. Manresa, p. 582; Sánchez Román, p. 1120; Puig Peña, p. 436.

(197) Manresa, p. 682; Puig Peña, p. 435; Santamaría, op. y vol. cits., art. 854, p. 832.

(198) Sánchez Román (p. 1120), Rovira Mola (p. 267), Puig Peña (5, 1.º, a, p. 436), porque: “el hecho anterior de la condena a la pérdida de la patria potestad mantiene su eficacia y la ley no lo limita ni modifica, sino que parte del supuesto de la organización legal que el Código establece en cuanto a la duración de las causas normales de la cesación de la patria potestad”.

Ni debe considerarse extinguida por el hecho de recuperar la patria potestad aun antes de haber salido de ella los hijos, por cumplimiento de la condena o indulto (199).

El supuesto 2.º del art. 169, requiere igualmente sentencia que decrete la separación sin que baste haber incurrido en una de las causas para ella expresadas en el artículo 105 C. c. (200). El inciso de dicho n. 2.º “*mientras duren los efectos de la misma*”, nos lleva al inciso 1.º del § 3.º del art. 73 C. c.: “*A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable a recobrar la patria potestad y sus derechos si la causa que dio lugar a la separación no afectare a la formación moral de los hijos*”; y al art. 74 que, conforme —como el anterior— a su nueva redacción por ley de 24 abril 1958, previene: “*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto... sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, subsistirán, en cuanto a los hijos, los efectos de la separación cuando ésta se funde en el conato o la convivencia del marido, o de la mujer, para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas...*”.

Esto significa el carácter *especialísimo*, por *temporal* y *transitorio*, de esta causa de desheredación (201), de modo que cesa, en virtud de la muerte del cónyuge inocente o por reconciliación de ambos, si el culpable recobra la patria potestad (202), salvo si el hijo desheredante hubiere fallecido antes (203).

Hay que entender que, también a estos efectos, hay reconciliación, conforme al final del art. 855, en caso de convivir ambos cónyuges bajo el mismo techo (204).

Esta causa 1.ª del art. 854 parece referida, según la doctrina (205), sólo a los padres y no a los abuelos y ascendientes de ulterior grado, ya que éstos no tienen patria potestad sobre los nietos y descendientes de ulterior grado.

20. *La causa 2.ª* está redactada literalmente igual que la 2.ª del artículo 840 Antep. 1882-8, y, aunque en distinta redacción, coincide en su contenido con la 2.ª del artículo 674 Proyecto 1851 (206). Esta fue glosada así por García Goyena (207): “La obligación de alimentos es recíproca e igualmente sagrada: admitida contra los

(199) Sánchez Román (loc. últ. cit.), Puig Peña (pág. últ. cit., b), “pues su fundamento está no en el ejercicio del poder paterno, sino, precisamente, en haber sido causante de su pérdida”. En contra, Manresa (p. 582).

(200) Sánchez Román, p. 1121.

(201) Isabal, loc. cit., p. 805; Rovira Mola, loc. últ. cit.; Puig Peña, p. 436, c).

(202) Manresa, p. 583; Sánchez Román, p. 1121. Con mayor amplitud, Scaevola, p. 1045, cree que si al recuperar la patria potestad el padre o madre, el hijo desheredante ya ha salido de ella, subsistirá la desheredación.

(203) Cfr. Manresa, loc. últ. cit.

(204) Santamaría, loc. últ. cit.

(205) Cfr. Manresa, p. 582; Scaevola, p. 1040; Sánchez Román, 1119; Puig Peña, p. 435.

(206) Art. 674 Proy. 1851: “2.º Cuando les negaren los alimentos sin motivo legítimo.”

(207) Fl. García Goyena, loc. últ. cit., p. 121.

hijos no puede menos que admitirse contra los padres...” Por lo tanto, todo lo expresado al referir la causa 1.^a del art. 853 es de aplicación a la que ahora examinamos.

La S. 3 diciembre 1946, en su tercer considerando, precisa que la causa del n. 2.^o del art. 854: “Se funda en la infracción del deber de prestar alimentos impuesta entre parientes, y regulado en el Título VI del Código civil como obligación legal entre ascendientes y descendientes legítimos, según el número 2.^o del art. 143, y que alcanza, como derecho, a los hijos, aún emancipados, que lo necesiten, y, como obligación, a los padres, aunque no tengan la patria potestad.”

La causa 3.^a concuerda con la 3.^a del art. 840 Antep. 1882-8, sustituyendo “*el padre contra la vida de la madre*” por “*uno de los padres contra la vida del otro*”. El n. 3 del 674 del Proyecto 1851 decía: “Cuando el padre atentó contra la vida de la madre o ésta contra la de aquél, y no hubo reconciliación entre los mismos”. García Goyena (208) glosó: “La ley 11, título 7, Partida 6, pone entre otras esta causa, tomándola de la Novela 115, capítulo 4, párrafo 5; una y otra hablan de *veneno vel alio modo, de otra manera cualquier...*”

Se ha comparado esta causa de *desheredación* con la 2.^a de *indignidad* del art. 756 y con la 2.^a de *separación* comprendida en el artículo 105, que puede producir la pérdida de la patria potestad, conforme al 169 y, por ende, ser causa de desheredación, conforme al 854, n. 1.^o, observándose:

1.^o) Que el n. 2 del 756 se exige la condena en juicio y el n. 1 del 854 requiere que se haya decretado el divorcio y la pérdida de la patria potestad; mientras que en el 854, n. 3, basta el hecho de atentar el uno contra la vida del otro (209).

2.^o) Que el n. 3 del art. 854 se circunscribe al atentado de un padre al otro no alcanzando al perpetrado por o contra otros ascendientes (210).

Notemos que esa diferencia de requisitos puede justificarse por ser el caso del n. 3 sólo de desheredación y el del 756-2, también de indignidad (211), y en que el supuesto del 854, n. 1, abarca hechos menos graves, como son genéricamente los malos tratamientos de obra del art. 105, n. 2.^o (212).

3.^o) Que la reconciliación entre los padres excluye este hecho como causa de desheredación (213). “Cuando el mismo cónyuge per-

(208) García Goyena, pág. últ. cit.

(209) Manresa, loc. últ. cit., p. 583; Sánchez Román, p. 1121; Isabal, loc. cit., p. 805; Rovira Mola, V, C, 3, p. 267; Puig Peña, p. 437; Puig Bru-tau, p. 229.

(210) Scaevola, p. 1047. Esta interpretación le ofrece “sevos repasos” a Puig Peña, loc. últ. cit.

(211) Manresa, loc. últ. cit.

(212) Sánchez Román, p. 1122.

(213) Isaval (loc. y pág. últ. cit.) destaca esa diferencia entre el art. 756, n. 2.^o, y el 854, n. 3.^o

dona, a los hijos también toca perdonar" (214). Para apreciar la reconciliación hay que aplicar el § final del art. 855, considerando la vida de los cónyuges bajo un mismo techo como reconciliación (215).

21. Causas de desheredación de los cónyuges.

"Art. 855: *Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º y 6.º, las siguientes:*

- 1.^a *Las que dan lugar a la separación personal según el art. 105.*
- 2.^a *Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al art. 169.*
- 3.^a *Haber negado alimento a los hijos o al otro cónyuge.*
- 4.^a *Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.*

Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también la desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo."

El art. 855 del Código civil no tiene precedentes en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de 1882-8 por la sencilla razón de que el cónyuge viudo está por primera vez en el art. 807, n. 3.º, C. c., entre los llamados herederos forzosos, a diferencia de los arts. 541 Proy. y 792 Antep. que no enumeraban más que descendientes y ascendientes.

Es de notar que el párrafo inicial del art. 855, que se remite a los números 2.º, 3.º y 6.º del art. 756, excluye *sensu contrario* las del número 1.º —relativo al abandono de los hijos, prostitución de las hijas o atentado contra su pudor, que en cuanto a estos últimos supuestos está incluido en el n. 5.º del art. 105, al que después se remite el n. 1.º del 855— y la del n. 5.º —referido al condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador, que tiene su equivalente en el n. 1.º— del art. 105, con las variantes que veremos (216).

La causa especial 1.ª se remite a las causas previstas en el art. 105, que después de su nueva redacción por Ley de 24 abril 1958, dice así:

Art. 105: *Las causas legítimas de separación son:*

- 1.^a *El adulterio de cualquiera de los cónyuges.*
- 2.^a *Los malos tratamientos de obra, las injurias graves o el abandono del hogar.*
- 3.^a *La violencia ejercida por un cónyuge sobre el otro para obligarle a cambiar de religión.*
- 4.^a *La propuesta del marido para prostituir a su mujer.*

(214) Manresa, *ibid.*; Sánchez Román, 1122.

(215) Manresa, p. 584; Scaevola, pp. 1046 y s.; Sánchez Román, p. 1122; Rovira Mola, p. 268; Santamaría, loc. últ. cit.; Puig Peña, loc. últ. cit.; Puig Brutau, loc. últ. cit.

(216) Cfr. Manresa, *op. y vol. cits.*, art. 855, p. 585; Sánchez Román, *op.*, vol. y cap. *cits.*, n. 29, p. 1122.

5.^a *El conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución.*

6.^a *La condena del cónyuge a reclusión mayor.*

La primera cuestión que suscita esta causa es su remisión a un precepto que sólo determina las causas de separación aplicables al matrimonio civil. Por ello, se ha preguntado si en caso de matrimonio canónico deberá entenderse referida a las causas enumeradas por el *Codex Iuris Canonici* (217). Pero la respuesta debe ser negativa, pues no se trata de que sea declarada la separación, sino de que las causas de separación correspondientes al matrimonio civil, actúen como causas de desheredación del cónyuge viudo (218), aun no habiéndose llegado a la declaración judicial de separación, y sin necesidad siquiera de que haya sido entablada la demanda (219); lo único que se requiere —conforme al § final del mismo art. 855— es “*que no vivan los cónyuges bajo el mismo techo*” (220). Si hay sentencia de separación, prácticamente la desheredación no es necesaria, pues para tener derecho a la legítima el cónyuge viudo es preciso conforme al artículo 834 C. c. “*que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto*” (221).

La 2.^a causa se remite, como la 1.^a del art. 854, al art. 169. Pero así como el 855 n. 2.^o habla de “*haber perdido la patria potestad*”, el 855 n. 1, dice: “*Las que den lugar a la pérdida de la patria potestad.*” Pero la llamada al art. 169 es suficiente, pues, éste en sus dos números presupone sentencia que la decreta (222).

La causa 3.^a coincide con las 1.^a del art. 853 y 2.^a del 854, con la sola diferencia de que omite la salvedad “*sin motivo legítimo*”. Pero,

(217) Son de esta opinión Isabal, pág. últ. cit., y Rovira Mola, loc. cit., D, 1.^o, p. 268.

(218) Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1123; Scaevola, op. y vol. últ. cit., art. 855, III, B, pp. 1048 y s.

(219) Cfr. Manresa, p. 585; Sánchez Román, p. 1123; Rovira Mola, loc. últ. cit.; Santamaría, op. y vol. cits., p. 834; Puig Peña, op. y vol. cits., cap. XV, 6. p. 438. Naturalmente que, si al fallecer el testador estuviere en trámite la demanda de divorcio, habrá de esperar el resultado del pleito (Res. 30 abril 1906). En cambio, de no haberse planteado la demanda y haberse solicitado la desheredación fundándola en una de las causas del art. 105 C. c., negada esta por el desheredado, los herederos tendrán que probarla con arreglo al artículo 850 C. c. (cfr. Manresa, p. 585).

(220) Manresa, p. 585; Scaevola, p. 1050; Sánchez Román, p. 1123; Santamaría, loc. últ. cit. Este indica que equivale a una reconciliación tácita, corolario del efecto de la reconciliación, prevista en el art. 856 como causa extintiva de la desheredación.

(221) Cfr. Manresa, loc. últ. cit.; Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., n. 129, ch), p. 699.

(222) Puig Peña, loc. últ. cit., p. 439; Puig Brutau, loc. últ. cit., V, c, página 230.

sin duda, ésta debe presuponerse dada la igualdad de *ratio* y el idéntico fundamento del deber cuyo incumplimiento se sanciona (223).

La causa 4.^a, parece una repetición del n. 2.^o del art. 756, pero entre ambas existen dos diferencias. Una, el art. 855 sólo dice “*haber atentado...*”, mientras que en el n. 2.^o del art. 756 se lee “*el que fuere condenado en juicio por haber atentado*”. La otra, que es la 4.^a del artículo 855, concluye: “*si no hubiere mediado reconciliación*”, coletilla que no tiene la causa 2.^a del 756. Esta última diferencia carece de importancia a efectos de la desheredación, pues el art. 856 las equipara al aplicarse a ambas, resultando así redundante el inciso final del 855 (224). La primera diferencia, tratándose de desheredación ordenada por un cónyuge respecto del otro, deja de hecho inútil para este supuesto la causa 2.^a del art. 756, puesto que basta el hecho para dar lugar a la n. 4 del 855 (225).

El § final del art. 855, aplica a todos sus casos la reconciliación tácita derivada del hecho de vivir ambos cónyuges bajo el mismo techo. Se ha observado (226) que el convivir los cónyuges bajo un mismo techo no debe entenderse en sentido material, sino en el sentido de haber reanudado la comunidad de vida.

d) *Requisitos para la efectividad de la desheredación legalmente ordenada.*

22. La desheredación hecha con justa causa y en debida forma puede no resultar eficaz en virtud de hechos anteriores o posteriores; ya sean negativos —como la falta de prueba de la causa invocada en caso de ser contradicha— o bien positivos, como es la reconciliación, el perdón, el otorgamiento de testamento en el que se instituya al que incurrió en causa de desheredación, la revocación o nulidad del que la contenga.

1.^o) *Necesidad de probar la certeza de la causa de desheredación invocada, caso de ser ésta contradicha por el desheredado.*

El art. 850 C. c. dice: “*La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare.*”

El texto transcrito corresponde literalmente, con la sola supresión de una coma delante del adverbio “*si*”, al primer párrafo del artícu-

(223) Manresa, p. 585; Scaevola, p. 1050; Sánchez Román, p. 1124 Rovira Mola, p. 268; Puig Peña, p. 439; Puig Brutau, p. 230.

(224) Cfr. Sánchez Román, pp. 1124 y s.; Scaevola, p. 1.051. En cambio parece que Rovira Mola (loc. últ. cit.), Puig Peña (p. 439), Puig Brutau (p. 230) creen que, para extinguir la 2.^a causa del art. 756, no basta la reconciliación tácita que se produce por convivencia bajo el mismo techo.

(225) Sánchez Román, p. 1124; Rovira Mola, p. 268; Santamaría, loc. últ. cit., quien señaló que en la causa 4.^a del art. 855 no hace falta que el cónyuge desheredado haya sido perseguido judicialmente, sino sólo que entre ambos no haya merecido reconciliación, expresa o tácita.

(226) Puig Peña, p. 438.

lo 836 del Anteproyecto 1882-8, que a su vez añadía como § 2.º “No admitirá prueba sobre causa no expresada por el testador”.

El art. 667 del Proyecto 1851 decía: “La prueba de ser cierta la causa de desheredación incumbe a los herederos del testador; y no podrá extenderse a causa no expresada por el mismo.”

Comparando el texto del 667 Proy. con el vigente 850 C. c., se observa: la desaparición del último inciso —“no podrá extenderse a causa no expresada por el testador”— y la admisión del condicionamiento de la necesidad de la prueba por los herederos “si el desheredado la negare”.

Sin embargo, ni esa adición ni aquella supresión significan diferencia de criterio en cuanto al contenido.

La supresión del inciso “no podrá extenderse a causa no expresada por el testador”, o del § 2.º del art. 836 del Anteproyecto, nada cambia, pues su contenido se halla implícito en el art. 849 C. c., que exige que la desheredación se haga “expresando la causa legal en que se funde”, y no otra por tanto (227).

Y la adición del condicional “si el desheredado la negare” no hace sino agregar literalmente algo que ya estaba implícito para los autores del Proyecto de 1851 y explícito en sus antecedentes históricos.

Una y otra afirmaciones quedan confirmadas por el comentario de García Goyena (228) al art. 668 del Proyecto de 1851:

“Puede en rigor suprimirse el final o segunda parte; pero este pleonasma tiene el mismo motivo y objeto que el anterior.

“*Nisi forsan probabuntur ingrati* (los descendientes), Novela 115, capítulo 3.º; *si scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint*: al final del mismo capítulo.

“La ley 1, título 5, libro 4 del Fuero Juzgo: *si manifeste convicti*. La 1, título 9, libro 3 del Fuero Real: “pruébelo él o su heredero si el fijo lo negare.”

“Ley 8, título 7, Partida 6: “Si fuere probada la razón (causa) por que el padre deshereda su fijo; si el padre pusiere muchas razones, abonda que él o el heredero escrito en el testamento pruebe la una cosa tan solamente”. La ley 10: “A menos de probar el mismo (testador) o aquellos que estableció por sus herederos”. La ley 7, título 8, Partida 6: “El yerro que el padre pusiere al fijo en el testamento para desheredallo, el heredero que estableciere es tenudo de lo probar.”

La exégesis del precepto lleva a las siguientes consecuencias:

1.ª La fuerza propia del testamento que contiene la desheredación es título bastante para que el heredero obtenga la posesión de los bienes. Corresponde, por tanto, la iniciativa de la acción procesal al desheredado (229). La *certeza* de la causa de desheredación expresada por el testador constituye una *presunción* a favor del cumplimiento de la disposición testamentaria que la contenga, pero sólo extrajudicial-

(227) Cfr. Scaevola, op. y vol. últ. cits., art. 850, III, p. 1004.

(228) García Goyena, op. y vol. cits., art. 668, pp. 111 y ss.

(229) Cfr. Scaevola, p. 1003.

mente *a priori*, provisional e internamente; no alcanzando procesalmente ni siquiera valor *iuris tantum*, pues cede en cuanto el desheredado no se conforma con que la causa se presuma cierta (230). La negación de la causa debe efectuarla el desheredado en juicio declarativo, no bastando que solicite y obtenga la declaración de herederos abintestato, según resulta de la S. 20 mayo 1931.

2.^a La regla de que la prueba de certeza de la causa expresada por el testador, en caso de ser negada por el desheredado, corresponde al heredero o herederos, no es sino aplicación del principio de que la prueba de un hecho corresponde a quien afirma su certeza (231).

3.^o No será necesaria la prueba por el heredero o herederos cuando la certeza de la causa resulta de antemano probada, ya sea por existir una sentencia condenatoria (232) o bien porque el mismo testador haya adecuadamente formalizado la prueba (233).

4.^a En caso de haber invocado el testador varias causas de desheredación, bastará que pruebe una cualquiera de ellas (234), según declaraba la ley 8, tít. VII, 6.^a Partida, y como presupone en un *obiter dictum* la S. 6 diciembre 1963.

2.^o) *Necesidad para la eficacia de la desheredación que no haya habido reconciliación anterior o ulterior a aquélla.*

23. El artículo 856 C. c. dice: “*La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.*”

Es literalmente igual al artículo 841 del Anteproyecto 1882-8, y, en sustancia, al 670 del Proyecto de 1851 (235).

Sus antecedentes históricos los expuso García Goyena (236) al comentar este último:

“El Fuero Juzgo la previó y decidió en la ley 1, título 5, libro 4, *Tamen si respicientes* (hijos o nietos) *a suo excessu, veniam a supra scriptis quos offenderant* (los padres o abuelos) *imploraverint eosque*

(230) Cfr. Sánchez Román, op., vol. y cap. últ. cits., n. 23, p. 1107.

(231) Cfr. Manresa, op. y vol. últ. cits., arts. 848 a 850, 2.^a, p. 563.

(232) Cfr. Manresa, pp. 562 y s.: Scaevola, p. 1003; Sánchez Román, p. 1107; Oyuelos, op. y vol. cits., art. 850, p. 68; Puig Peña, op., vol y cap. últ. cits., 3, C, b, 3.^o, pp. 428 y s.

(233) Así lo indica, en su 2.^o Considerando la S. 4 noviembre 1904, al decir que la prueba por los herederos de la certeza de la causa no sería compatible con la declaración hecha en un fallo anterior “que necesariamente vendría a prejuzgarla”.

(234) Cfr. Manresa, p. 563, y Oyuelos, loc. últ. cit., precisando éste que “el fundamento de la desheredación no está en la cantidad de motivos, sino en la calidad, siendo suficiente la concurrencia de cualquiera de ellos para que el padre o el hijo, respectivamente, pueda usar la facultad que el Código le concede, puesto que se peca con una única falta y se es criminal con un solo delito”.

(235) Art. 670 Proy. 1851: “La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.”

(236) García Goyena, op. y vol. cits., art. 670, pp. 113 y s.

in gratiam receperint paterna pietate, etc. Según esta ley, la reconciliación debía ser expresa.

"En la ley 2, título 9, libro 3 del Fuero Real, se lee: "Si por aventura padre o madre desheredare por alguna destas cosas su fijo, o su nieto o viznieto, o donde ayuso, así como sobre dicho es, é después le perdonare, o le heredare; que sea heredado así como era antes"; yo creo que esta ley habló en el mismo sentido que la citada del Fuero Juzgo.

"En las Partidas se guarda sobre este punto el mismo silencio que en su original o modelo, el Derecho Romano.

"Sobre este punto callan todos los Códigos modernos que he visto, a excepción del Bávaro y Austríaco, cuyas disposiciones son encontradas."

Y, después de transcribir estas disposiciones (237), prosigue:

"También calló sobre esto el Derecho romano; pero los autores, como el caso no habrá sido raro, han tenido que ventilarlo, y lo han resuelto con alguna variedad. Juan Voet, en sus comentarios a las Pandectas, libro 5, título 2, número 31, lo trata extensivamente, y por la doctrina legal en materia de injurias lo resuelve en el sentido de nuestro artículo, ora sea expresa, ora tácita la reconciliación, porque *lo expreso y lo tácito tienen la misma fuerza*."

Este mismo criterio lo hallamos en la glosa de Gregorio López a la ley 4, tit. VII, 6.^a Partida (238). "Si el padre se reconcilia con el hijo después de haberle desheredado en virtud de justa causa, parece que debiera presumirse revocada la desheredación, Bart. en la l. 3, § 11 D. *de adm. leg.*" [XXXIV-IV].

La simple lectura del precepto nos percata de que comprende dos supuestos diferentes:

Primero: La reconciliación posterior a haberse dado la causa de desheredación, pero anterior a su formalización, impide que ésta tenga eficacia. El testador ha perdido el derecho a desheredar (239).

Segundo: La reconciliación posterior a la desheredación deja ésta sin efecto.

La *reconciliación* requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, de tipo social o familiar (240). En esto *se diferencia de la*

(237) Hoy el § 2337 del B.G.B. dice que: "El derecho a la privación de la legítima se extingue por perdón. Una disposición por la cual el causante ha ordenado la privación, se hace ineficaz por el perdón."

(238) Gregorio López, glosa a las palabras "*pueda resheredar*" de la ley 4, tit. VII, 6.^a Partida (gl. 21 al tit. VII cit., cfr. ed. y vol. III, pp. 538 *in fine* y s.).

(239) Cfr. Manresa, art. 850, p. 586; Sánchez Román, n. 31, p. 1129. De ello resulta que después de la reconciliación, como después del perdón, expreso o tácito, ya no cabe volver a desheredar por los hechos remitidos (cfr. Oyuelos, op. y vol. cit., art. 856, § 1, p. 72; Puig Peña, p. 442). Como ha dicho Royo Martínez (op. cit., cap. XXII, § 5, p. 252) la reconciliación o perdón es *irrevocable*.

(240) Royo Martínez (op. cit., cap. XXII, § 5, pp. 252 y s.) y Puig Peña (cap. cit., 8, A, p. 442) que nos dice que la reconciliación "representa el restablecimiento de las relaciones que corresponden a la índole del parentesco".

remisión o del perdón, que pueden ser actos unilaterales del desheredante y no dar lugar a relación de hecho alguno que indique la reconciliación. Para que haya reconciliación, a efectos del art. 856 C. c., es preciso no sólo que haya causa de desheredación del ofensor, sino que esta sea conocida por el ofendido.

El artículo 856 alude a la reconciliación “del ofensor y del ofendido”, destacando así la bilateralidad del hecho. Pero hay que precisar quién, a tal efecto, se entiende ofensor y quién ofendido. El primero está claro quién es. El segundo hay que precisarlo en los supuestos en que la ofensa no sea hecha directamente al desheredante, sino, v. gr., al cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 756, n. 2.º) o a los hijos (art. 855, n. 3.º). Parece que, en esos casos, la reconciliación del desheredado no es con aquel contra quien se realizó directamente la acción causante, sino con aquel que, en consecuencia, quedó facultado para desheredarle (241).

Sin embargo, hay que precisar que en el supuesto del número 3.º del artículo 854 la reconciliación que éste prevé expresamente en su último inciso no se refiere a la habida entre desheredante y desheredado, sino entre éste y su cónyuge.

Así, en ese supuesto de desheredación de un ascendiente por uno de sus descendientes, hay dos posibles reconciliaciones que excluirían la eficacia de la desheredación: una, entre cónyuge agresor y el hijo desheredante (art. 856), y otra, entre ambos cónyuges (art. 854, n. 3.º).

La reconciliación, ¿resulta del solo hecho de vivir desheredante y desheredado bajo un mismo techo? El § final del artículo 855 dice que: “*Para que las causas que dan lugar a la separación personal lo sean también de desheredación, es preciso que no vivan los cónyuges bajo un mismo techo.*”

La referencia específica y exclusiva de este párrafo a los cónyuges inclina a deducir que en los otros supuestos no basta, a estos efectos, la convivencia. Ya que “el mero hecho de convivir, si bien en apariencia presupone cierta armonía entre los que mantienen estas relaciones, no puede con ello borrarse la causa ni desvirtuar la voluntad del causante” (242). Ciertamente, por otra parte, que también el hecho de convivir los cónyuges bajo un mismo techo no debe entenderse en sentido material, sino en el de haber reanudado la comunidad de vida (243). Pero, para nosotros, la diferencia estriba en que: tratándose de cónyuges, el hecho material de su convivencia bajo un mismo techo constituye una presunción, que sólo cede ante prueba en contrario, de la reanudación de la comunidad de vida; mientras que, en los otros casos, la convivencia bajo un mismo techo no excusa al des-

(241) Cfr. Scaevola, arts. 856 y 857, II, 2.º, pp. 1053 y s.; Manresa, p. 586; Sánchez Román, n. 31, p. 1129. Este último dice que *ofendido* puede traducirse por testador que deshereda y *ofensor* por heredero forzoso que es desheredado por haber incurrido en justa causa de desheredación.

(242) Pascual Quintana, loc. cit., p. 130.

(243) Puig Peña, p. 438.

heredado de la prueba de la reconciliación y sólo es un dato a valorar, pero insuficiente por sí solo para lograr la prueba de que la ha habido.

24. Se ha planteado por algunos autores si hay colisión entre la norma del artículo 757 y la del 856 C. c. en los supuestos de las causas de indignidad números 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 756, que lo son también de desheredación conforme al artículo 852. La duda resulta de que el artículo 757, para la remisión de las causas de indignidad que hubiere sabido el causante después de haber testado, exige la forma de "documento público", mientras que, según el artículo 856, basta el hecho de la reconciliación sin requisito formal ni documental alguno.

Según unos autores, la reconciliación "priva del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha; pero el indigno continúa con arreglo a la ley incapacitado para suceder, aun en la legítima, mientras en documento público y con arreglo al artículo 757 no se remita la ofensa" (244).

Pero se ha objetado, a favor de la solución contraria, que el testador al "convertir los hechos de indignidad en causa de desheredación, les dio esta naturaleza legal, como por su voluntad podía hacerlo, según la ley lo permite, y los sometió por completo a las reglas de la desheredación, y entre ellas a las del art. 856, respecto de la reconciliación como causa privativa de la eficacia de aquélla, sin que parezca lícito llevarlas de nuevo a la doctrina de la indignidad obrando indebidamente contra la voluntad expresa del testador y lo que parece pensamiento indudable de la ley, más sistemático y menos arbitrario que la opinión contraria, atendida la doble naturaleza legal que unos mismos hechos pueden tener, según que se apliquen a la materia de incapacidad para suceder por indignidad o a la de desheredación, cuando esta segunda fase corresponde determinarla a la libre voluntad del testador". (245).

Esta segunda opinión nos parece más razonable, pero no puede salvar la siguiente antinomia: Supongamos un descendiente que haya incurrido en causa de indignidad, susceptible de serlo de desheredación, y que después haya habido reconciliación de hecho con su ofendido. Si éste no testare, la indignidad de aquél, dada la aplicación que se hace del art. 757, persistiría, y, en cambio, caso de testar su desheredación no sería válida, conforme al art. 856, que es estimado prevalente, en este caso, al 757.

Creemos que ocurre que la cuestión está mal planteada. El artículo 856 se ocupa de la reconciliación, y el art. 757 de la remisión. La diferencia de ambas radica no sólo en que ésta se refiere a la indig-

(244) Manresa, p. 587, y, en igual sentido, Scaevola, p. 1053, que razona: "siendo la indignidad lo más grave y la desheredación lo menos, y siendo aquélla lo general y ésta lo particular, sin que el perdón conste concedido en esos casos, como requiere el art. 757, no se podrá tener por remitida la causa".

(245) Sánchez Román, n. 31, p. 1130. En igual sentido, Valverde Valverde, loc. últ. cit., p. 307; Pascual Quintana, p. 129; Puig Peña, cap. cit., 8, A, nota 26, p. 442.

nidad y aquélla a la desheredación, sino además en esa otra diferencia referente al hecho sanatorio contemplado. Así no hay antinomia entre ambos preceptos, y cabe complementariedad y analogía. Por ello creemos, por lo que respecta a la *reconciliación* propiamente dicha, que el efecto sanatorio del art. 856 es aplicable tanto a la desheredación como a la indignidad de descendientes, ascendientes y cónyuge en los supuestos de los números 1, 2, 3, 5 y 6 del art. 756. Concuerta con esta solución el criterio que resulta de las siguientes palabras de García Goyena (246): “no se pierda de vista que aquí (art. 670 proy., precedente del 856 C. c.) se trata de herederos forzosos, cuya condición es más favorable, y allí (art. 619 proy., precedente del 757 C. c.) de toda clase de herederos”. Por tanto este criterio más favorable debe extenderse por igualdad de *ratio*, cuando el art. 757 se aplica a herederos forzosos.

La *reconciliación* supone, como hemos dicho, una relación bilateral, recíproca, una normalización de hecho de una relación familiar. Pero esta relación de hecho puede ser más o menos visible según la circunstancia (supongamos padres e hijos que viven en lugares distintos). Por ello, no hay obstáculo en que se plasme en documentos, más o menos solemnes, como tampoco puede haberlo en que sólo se exteriorice en meros hechos, o sea, tácitamente (247).

Este hecho debe ser probado, correspondiendo la carga de la prueba al desheredado, como hecho extintivo, que debe probar quien lo invoca, y su apreciación a los Tribunales (248), a no ser que los herederos instituidos reconozcan la certeza de la reconciliación (249).

3.º Necesidad de que no haya habido remisión de la causa antes ni después de la desheredación.

25. El art. 856 se refiere literalmente sólo a la *reconciliación* que como hemos dicho antes presupone una relación bilateral y recíproca, y no habla de la *remisión* ni del *perdón* de la causa, como hace el art. 767 con respecto a las causas de indignidad. Sin embargo, la doctrina incluye en el art. 856 el perdón, *expreso* o *tácito*, *solemne* o

(246) García Goyena, art. 670, vol. cit., p. 114.

(247) Criterio de García Goyena (loc. últ. cit.) respecto al art. 670 Proy., y que han aplicado al art. 856 C. c. Navarro Amandi, “Cuestionario...”, vol. cit., art. 856, p. 350; López R. Gómez, op. y vol. cits., cap. XVII, n. 6, pp. 616 y s.; Sánchez Román, n. 31, p. 1129; Valverde Valverde, p. 306 y s.; De Buen, *Notas* y vol. cits., cap. II, Sec. XI, § 7, p. 320; Castán Tobeñas, op. y vol. cits., LXIX, p. 378; Pascual Quintana, loc. cit., pp. 128 y s.; Rovira Mola, loc. cit., VII, p. 269; Puig Peña, p. 442; Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., n. 131, p. 700.

Royo Martínez (op. cit., cap. XXII, § 5.º, pp. 252 y s.) nos dice que: “Implica renuncia tácita la *reconciliación*, es decir, el restablecimiento de relaciones correspondientes a la índole del parentesco, con aquiescencia del causante agraviado (intercambio de visitas, regalos, felicitaciones, retratos, etc.).”

(248) Sánchez Román, p. 1129; Royo Martínez, loc. últ. cit., p. 253; Puig Brutau, “Estudios...”, vol. cit., cap. II, 3, VI, p. 231.

(249) Sánchez Román, p. 1129.

no solemne, con tal de que sea *especial y concreto* al hecho que produce la causa de desheredación, “no bastando cualquiera fórmula general, tan frecuente, del perdón por parte del testador, más o menos próximo a la muerte, de los agravios que de *todos* haya recibido, para pretender que se comprenda en ellos los que motivaron la desheredación y hacer equivalente este perdón general del medio legal de la reconciliación de que habla el art. 856” (250).

El Tribunal Supremo en el 3.º considerando de la S. 4 noviembre 1904, ha declarado: “que a las manifestaciones de perdón hechas por el testador en la misma cláusula de desheredación no se les puede atribuir el alcance jurídico que pretende el recurrente en el tercer motivo del recurso, pues sólo revelan el ejercicio del derecho que la ley concede al padre, sin enojo, sin resentimiento ni espíritu alguno de adimadversión u odio, pero no la reconciliación a que se refiere el artículo 856 del Código, puesto que, para que ésta existiera en las relaciones de padres con hijos, sería menester que apareciese que dichas relaciones habían continuado entre ellos, como si las injurias no hubieran existido, o que el padre, al menos, hubiese expresado claramente que el propósito de perdonar lo era en toda su extensión y efectos, propósito inadmisibles en el caso del presente recurso, cuando a la vez que ostentaba el testador sus sentimientos, imponía al hijo el castigo a que se había hecho acreedor, ya que las consecuencias del perdón a que se refiere el Código penal, en la materia de injurias, nada tiene que ver con la institución jurídica de la desheredación, por las razones antes expuestas, ni hay incompatibilidad entre el perdón moral de conciencia y la falta de reconciliación a que se refiere dicho artículo 856”.

En general la doctrina ha destacado, al ocuparse de este fallo, la diferencia entre la *remisión o perdón jurídicamente eficaz* y el *perdón moral o de conciencia* (251). Pero, a juicio nuestro, también ofrece otra distinción, que debe ser destacada, entre la *reconciliación*, propiamente dicha del art. 856, y la *remisión*, propiamente dicha, y, en especial, debemos subrayar, que para la existencia de aquélla requiere que la reconciliación aparezca en las *relaciones* de padres con hijos, mientras que para las otras formas de remisión en sentido estricto requiere que se acredite que “*el propósito de perdonar lo era en toda su extensión y efectos*”.

Ello nos hace volver a relacionar los arts. 757 y 856. Así como antes, al tratar de la reconciliación, hemos completado aquél con éste, ahora al ocuparnos de la remisión, creemos que hay que completar el art. 856, que no habla de la remisión simple, con el art. 757 que es-

(250) Sánchez Román, p. 1129; Valverde Valverde, pp. 306 y s.; De Buen, p. 320; De Diego, op., vol. cit., Lec. 90, p. 236; Castán Tobeñas, p. 378; Oyuelos, art. 856, a, pp. 70 y s.; Isabal, loc. cit., p. 805; Rovira Mola, XII, p. 269; Pascual Quintana, p. 129; Royo Martínez, pp. 252 y 253; Puig Peña, pp. 442 y s.; Bonet Ramón, p. 700.

(251) De Buen, Puig Peña, Bonet Ramón (locs. últ. cit.).

pecíficamente se ocupa de ella. Así concluiremos, que la *remisión* que no se apoye en una *reconciliación* de hecho y probada, deberá resultar de un testamento, posterior a haber ocurrido el hecho que la causó, o de un documento público.

Creemos que esta solución es la más adecuada: si los hechos no muestran una reconciliación, la certeza de una remisión, para ser indubitada, deberá resultar de un testamento (abierto, cerrado u ológrafo, común o especial) o de documento público, o por lo menos de escrito ológrafo del desheredante que reúna todos los requisitos del testamento ológrafo.

Algún autor ha afirmado que la remisión debe ser *pura y simple* (252). Pero, como hemos visto antes (253), no es esta la opinión predominante, ni creemos que sea la más adecuada, pues la condición no repugna en esta materia, siempre que se refiera a una ulterior reforma de conducta del desheredado o a signos de su arrepentimiento.

4.º) *Necesidad para la eficacia de la desheredación de que el desheredante, con anterioridad a haberla ordenado, pero con posterioridad al conocimiento de la causa, no haya otorgado otro testamento instituyendo al ofensor.*

26. El artículo 757 declara, en su primer inciso, que: “*Las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer testamento...*”. Es un caso de *remisión* tácita de la causa de indignidad (254).

Esta forma tácita de remisión, al afectar a las causas de indignidad, afecta, evidentemente, a las causas de desheredación fundadas en ellas; y creemos que también a las demás, por analogía, ya que existe idéntica *ratio* para aplicarla a unas y otras.

Como ha dicho un autor (255): “La renuncia [a desheredar] tácita puede resultar del simple hecho de que el causante otorgue testamento sin hacer uso de la facultad de desheredar, ora por que de modo expreso mencione al legitimario ingrato entre los herederos, ora porque, hecha la designación por clases de parentesco (“mis hijos”, “mis nietos”) no lo excluya” (256). “Parece también —añade después (257)— incompatible la desheredación con cualquier atribución de bienes por vía de donación o legado, ya que la asignación de una o de otro llevaría implícito el perdón.”

El *conocimiento* por el testador en el momento de testar de la existencia de una causa de indignidad o de desheredación, por ser ese conocimiento un elemento constitutivo del hecho excluyente de la in-

(252) Royo Martínez, p. 252.

(253) Cfr. *supra*, n. 10.

(254) Cfr. García Goyena, art. 670, p. 114; Navarro Amandi, art. 856, p. 350.

(255) Royo Martínez, p. 252.

(256) En igual sentido, Puig Peña, p. 442, y Puig Brutau, vol. últ. cit., II, 3, VIII, pp. 234 y s.

(257) Royo Martínez, § 6, p. 254. En igual sentido, Puig Brutau, p. 235.

dignidad o de la desheredación, parece que debe ser probado por el indigno o desheredado (258).

Como sea que la *remisión* debe considerarse irrevocable (259), la revocación del testamento que la contenga, aunque sólo sea en forma tácita, no podrá producir la revocación de tal remisión. En cambio, esta resultará ineficaz en caso de nulidad del testamento en que se haya otorgado por vicio de capacidad o defecto de forma, pues decaerá al desaparecer la raíz de su soporte.

5.º) *Necesidad para la eficacia de la desheredación de que el testamento que la contenga no sea anulado ni revocado.*

27. La ley 2, tit. VII de la 6.ª Partida, en su inciso 2.º, decía: *“Pero si el testamento en que fuesse alguno desheredado, se rompiesse por alguna derecha razón, o le reuocase aquel que le fizo, o se desatasse por razón de los herederos que, eran escritos en él, non quisiessen entrar la heredad del testamento; estonce, el que fuesse desheredado en tal testamento non le emperceria.”*

De las tres causas expresadas: invalidación (260), revocación (261) y no aceptación por los herederos escritos (262), esta última carece hoy de efectividad (art. 764 C. c.). Quedan, pues, la nulidad del testamento por defecto de formalidades (art. 687 C. c.) o vicio de voluntad (art. 673 C. c.), y su revocación por el testador (263). La preterición anula la institución de heredero (art. 814), pero no creemos que la nulidad pueda hacerse extensiva a la desheredación legalmente ordenada (264).

Si el testamento revocante fuese a su vez revocado y recobrase su validez el primeramente revocado, conforme al artículo 739, § 2.º, sin embargo, se mantendría la revocación de la desheredación, puesto que,

(258) De esta opinión es Sánchez Román, op. cit., VI-I, cap. V, n. 71, p. 284.

(259) Cfr. *supra*, n. 23, nota 239.

(260) Gregorio López, en su glosa a las palabras *“si rompiessc”* de dicha ley 2, tit. VII, 6.ª P. (gl. 6 del tit. VII, ed. cit., vol. III, p. 536), comentó: *“absurdo sería que subsistiera la desheredación, una vez invalidado el testamento, l. 12, § 5, D. de bon. libert., y l. últ. D. de lib. posth.”*

(261) La revocación puede referirse al testamento en general o incluso específicamente a la desheredación, bien sea simplemente revocándola, o bien instituyendo heredero al que fue desheredado en el testamento anterior. Este supuesto fue previsto en Dig. XXVIII-II, 21: *“Si filium nominatim exheredavero, et cum postea heredem institucro, heres erit”*. Pero la revocación más genérica del testamento también revoca la desheredación en él contenida, si del testamento revocante no resulta lo contrario, conforme al art. 739, 1.º, C. c.

(262) Gregorio López, al glosar las palabras *“non quisiessen entrar la heredad”* (gl. 7, h. t., pág. cit.), observó que: *“Empero después de la l. 1, tit. 2, lib. 5 del Ordenamiento subsistirá la desheredación aunque no admita el heredero instituido...”*, y añade: *“no parece justo ni razonable que penda del arbitrio del heredero escrito la validez de la desheredación del hijo ingrato”*.

(263) Cfr. Oyuelos, op. y vol. cits., art. 856, 9, c, p. 71.

(264) De esta opinión fue ya Gregorio López (gl. últ. cit.) al relacionar la ley 2, tit. VII con la ley 7, tit. VIII, Partida 6.ª

como antes hemos visto (265), la remisión de la causa de desheredación y, por ende, de ésta, es irrevocable.

e) *Efectos de la desheredación justa.*

28. Tanto justa como injusta, la desheredación ordenada produce consecuencias jurídicas respecto del desheredado, de sus descendientes en el supuesto del artículo 857, de sus colegitimarios, e, incluso, en ciertos casos, de los demás herederos. De los efectos de la desheredación injusta nos ocuparemos más adelante, y aquí nos limitaremos a tratar de los dimanantes de la desheredación justa y consumada.

I) *Efectos con respecto al desheredado.*

1.º) Le excluye de todo derecho a reclamar *mortis causa* su legítima. Es la consecuencia directa e inmediata de la desheredación, que responde al concepto que de la misma da el artículo 813, § 1.º, C. c. como *privación de la legítima* en los casos expresamente determinados por la ley.

2.º) En caso de que el *de cuius* no haya dispuesto en su testamento de la totalidad de su herencia y haya lugar, en parte, a la sucesión intestada, o bien en todo si en su testamento se hubiese limitado a ordenar la desheredación: el desheredado debe quedar excluido de toda participación en la sucesión intestada. Es decir, en estos casos la desheredación equivale a exclusión de la sucesión intestada (266). Quien ha sido válidamente excluido de la sucesión legalmente forzosa, tanto más ha de entenderse privado de la porción que la ley solo atribuye con carácter meramente subsidiario y de la que el testador puede excluir al heredero ab intestato sin necesidad de razón justificativa alguna (267).

(265) Cfr. *supra*, n. 23 y n. 26, especialmente nota 239.

(266) No tratamos aquí de la llamada *desheredación en la sucesión intestada*. Figura de Derecho alemán, de cuya aplicación a nuestro Derecho se ocupó Ignacio de Casso Romero ("La exclusión de los herederos en la sucesión legítima", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 1940, pp. 5 y ss.) y fue recogido el tema por Jerónimo González Martínez ("La institución de heredero en usufructo", en Rev. Cr. Der. Inmob. XVII, 1941, pp. 289 y s., y en "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil", vol. III, n. XXII, pp. 356 y s.). En general ha sido negado por nuestra doctrina que sea verdadera desheredación (cfr. Roca Sastre, Notas al Kipp, vol. I, § 7, pp. 58 y s.; Pascual Quintana, loc. cit., III, B, pp. 136 y s.; Puig Peña, op., vol. y cap. últ. cits., cap. II, 3, IX, pp. 235 y ss.), pues esta palabra presupone privación de un derecho sucesorio, ya existente *ex lege*, respecto del cual la voluntad del causante actúa solo negativamente en los casos en que excepcionalmente es posible.

De lo que aquí tratamos es de un efecto de la desheredación propiamente dicha que se produce, fuera de su ámbito exclusivo, como reflejo de la voluntad del causante, manifestada al desheredar, que si quiere privar al que deshereda de lo que forzosamente le era debido, es evidente que tanto más le quiere excluir de aquello que sólo depende de su voluntad dejárselo o no dejárselo.

(267) En este sentido, Francisco Espinar Lafuente, "La herencia legal y el testamento" (Barcelona 1956), § 166, pp. 367 y ss.

3.º) Respecto de las atribuciones testamentarias hechas por el desheredante al desheredado, debemos distinguir:

— las verificadas en un testamento anterior al que contenga la desheredación, aunque tal testamento anterior no deba entenderse totalmente revocado a tenor del artículo 739, § 1.º, habrá que tenerlas por expresamente revocadas en virtud de la desheredación ordenada, a no ser que el testador explícitamente mantenga su vigencia;

— las contenidas en el mismo testamento que ordena la desheredación, o en uno posterior que la mantenga, deben estimarse válidas, como hemos dicho antes (n. 9) al tratar de la posibilidad de la desheredación parcial.

4.º) La desheredación ordenada por un ascendiente significa la privación de todo derecho a la reserva —vidual o lineal— de bienes procedentes de su herencia, siendo así por la propia razón institucional de la reserva basada en una presuposición legal de la voluntad, sea del cónyuge premuerto de que hablan los artículos 968 y ss., o bien del descendiente del que proceden los bienes de que se ocupa el artículo 811 (268).

5.º) La desheredación por el reservista también privará al desheredado de todo derecho a la reserva.

El artículo 973, § 2.º, C. c. dice: *“El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva; pero si tuviere hijos o descendientes legítimos, se estará a lo dispuesto en el artículo 857.”*

Hace años, en otro trabajo (269), nos ocupamos de la polémica entre los autores acerca de si este precepto se refería al reservista o al otro ascendiente, y volveremos a ocuparnos de este estudio en su momento oportuno. Allí nos inclinamos por entender que el artículo 973, § 2.º, C. c. se refiere al cónyuge reservista, que puede privar de los bienes reservables al hijo común que deshereda; y estimamos que esa facultad era extensiva al reservista del artículo 811 (270).

6.º) Las donaciones que hubiera otorgado el desheredante al desheredado, aunque sean imputables a la legítima, no quedan revocadas por el hecho posterior de la desheredación (271). Para esto sería preciso ejercitar la acción de revocación por causa de ingratitud, por las causas expresadas en el artículo 648 C. c., en el corto plazo “de un año, a contar de que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción” (art. 652), y que no se transmite “a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado” (art. 653, § 2.º).

7.º) Queda privado del derecho a recibir alimentos el alimentista

(268) Cfr. nuestro trabajo “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil” (Madrid 1957), II Parte, § 5.º, n. 31, I, p. 243, en rel. con I Parte, § 6, n. 36, pp. 130 y ss.

(269) “La jurisprudencia del...” cit., II Parte, § 5, n. 31, I, pp. 238 y ss.

(270) “La jurisprudencia del...” II Parte, § 5, n. 32, pp. 255 y ss.

(271) Cfr. Puig Brutau, op. y vol. últ. cits., II, 3, VII, A, f. p. 232.

que hubiese incurrido en falta de las que dan lugar a la desheredación. Así lo dice el artículo 152 C. c., que "*Cesará también la obligación de dar alimentos:*" ... "4.º *Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación.*"

8.º) El hijo desheredado queda privado del usufructo y la administración de aquellos bienes que en virtud de lo dispuesto en el artículo 857 C. c. correspondieren a sus hijos y descendientes.

Así, el inciso final de este artículo concluye: "*pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma*" [legítima].

Se trata de evitar que el hijo desheredado se lucre, de los bienes de los que legalmente ha sido excluido, a través del usufructo o administración que, en virtud de su patria potestad, en otro caso, le hubiere correspondido en los que hubieran recaído en sus hijos menores por efecto, precisamente, de lo dispuesto en el primer inciso del mismo artículo 857 (272).

II) *Efectos respecto a los legítimos descendientes del hijo o descendiente desheredado.*

29. El art. 857 C. c. dice:

"*Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima; pero el padre desheredado no tendrá el usufructo ni la administración de los bienes de la misma.*"

Corresponde este artículo al 842 del Anteproyecto 1882-88, con la sola diferencia de las palabras "*conservarán los*" que el Código civil ha adicionado entre "*su lugar*" "*y derechos*" que iban seguidas en el Anteproyecto. Y el art. 842 de éste correspondía al art. 673 del Proyecto de 1851 con variantes en su redacción (273).

García Goyena (274) explicó que: "Este artículo fue también adoptado como base por la Comisión a propuesta mía; aunque es una novedad atendidos nuestros derechos y el Romano" (275).

No obstante, haber sido muy discutida esta cuestión, en torno a la aplicación en este caso del *successorium edictum* (276), puede afir-

(272) Cfr. Puig Peña, op., vol. y cap. últ. cit., 7, 4.º, p. 441.

(273) El art. 673 Proy. 1851 dice: "Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredante tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa heredan."

(274) García Goyena, op. y vol. cit., art. 673, p. 119.

(275) Paulo (Dig. XXVIII-II, 9, § 2, inciso 1) explicó: "Si filium exheredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituo, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem dessecerit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Julianus et Pomponius, et Marcellus aiunt."

(276) La aplicación del *successorium edictum* en el supuesto de desheredación de un hijo fue discutida ampliamente. Para seguir la polémica es preciso distinguir varios de sus aspectos.

a) Se discutió, ante todo, si se daba o no el *successorium edictum* en el *ius discendi nullum*, en la *bonorum possessio contra tabulas* y en la *querella inofficiosi testamenti*, es decir, si en el ejercicio de estos remedios se daba, en virtud de aquél, una *successio graduum et ordinum* que permitía ejercitarlos a los nietos, hijos de un hijo desheredado, o, en defecto de éstos, al padre u otro ascendiente del desheredante, accionando no en nombre del desheredado como sucesores o subrogados suyos, sino *en nombre propio* y por un *derecho propio y originario*.

Su aplicación al *ius discendi nullum* fue rotundamente rechazada incluso por Rodrigo Suárez, *Repetit. Legis* "Quoniam in prioribus", ampliát. X, n. 54 (op. y ed. cits., p. 428), y por Juan Matienzo, op. cit., Lib. V, Tít. IV, lex I, gl. 14, n. 46 (ed. cit., fol. 87 vto. y s.).

Pero la cuestión fue mucho más discutida tratándose de la *querella*.

La ley *Pater filium*, ff. *De inoff. testam.* (D. V-II, 14), inclinó a admitirla a Gregorio López en su glosa a las palabras "que le deuisse heredar de hecho" de la ley 1, tít. VII, 6.^a Partida (cfr. ed. y vol. cits., pp. 435 y ss., gl. 4 al tít. cit.). En ella señaló que, en estos casos de preterición de quienes no ocupan el primer lugar al fallecer el causante (nietos hijos de un hijo desheredado superstite; o padre del desheredante de todos sus hijos), no se daba el *ius discendi nullum*, sino la *querella inofficiosi testamenti*, estimándolos como injustamente desheredados y no como preteridos.

Sostuvieron la aplicación a estos casos del edicto sucesorio: Rodrigo Suárez (Ampliát. cit., n. 56, pág. 429) Matienzo (gl. últ. cit., p. 74 y ss., fol. 91 y vto.), Juan Gutiérrez, "Repetitio 1. *Pater filium*, ff. *de inoffic. testamen.*" n. 24 y ss. (cfr. en "Repetitiones sex et quatordecim Iuris allegationes", 2.^a ed. Salamanca, 1592, pp. 215 y ss.), Jacobo Valdés (Adit. a la Ampl. X de Rodrigo Suárez, letra R, vers. *Tertium est notandum*, ed. cit., p. 439), Jerónimo de Cevallos "Speculum Practicarum et Variarum Quaestionum, Communium contra communes", Quaest. 101, n. 70 (cfr. ed. Toleti 1599, pp. 189 y s.).

Rechazaron su aplicación a los tres remedios: Antonio Gómez, "Variae...", I parte, cap. XI, n. 21 (cfr. ed. cit., pp. 144 y s.), Vázquez de Menchaca, op. cit., Pars I, Lib. II, § XX, n. 133 (ed. cit., fol. 194 vto.); Luis de Molina S. I., "De Iustitia", Tract. II, Disp. CLXXV, n. 31 (ed. cit., vol. I, p. 392) y Spino, op. cit., gl. XX *principalis*, n. 91 (p. 858); Francisco Sarmiento, "Selectarum Interpretationem", Lib. IV, tit. *De Lib. et posth. lex Si filium*, n. 2 (cfr. ed. Antuerpiae 1616, pp. 278 y ss.), Salgado de Somoza, "Labyrinthus creditorum concurrentium", Pars II, cap. XXV, n. 7 (cfr. ed. Lugduni 1687, vol. I, p. 499); Juan Ayllón Laynez, Add. a las "Variae..." de A. Gómez, cit., L. I, cap. XI, n. 25 (cfr. ed. Venetiis 1747, p. 70) quien resume que: "sed communis est resolutio, nepotem in casu proposito, nec iniustum posse facere testamentum sit, ommissa ab extraneo herede instituto hereditate post mortem exheredati filii".

Los textos del *Corpus Iuris* que más se adujeron a favor de esta opinión fueron: La ley *Si quis filium*, Cod. *De inoff. testam.* (Cod. III-XVIII, 34), que al parecer suponía el resultado opuesto, ya que como remedio a la indefensión del nieto cuyo padre falleció sin preparar la querella, le concedió su transmisión *iure sanguinis*, y, aunque se alegó en contra que la anterior falta de remedio se concretaba sólo al supuesto de pretenderse ejercitar la querella *ex persona patris*, pero no *ex persona sua* por el *successorium edictum*, parece que de ser eso cierto tampoco la necesidad del nuevo remedio hubiese existido de haberlo habido ya *ex persona sua* el propio nieto. La ley *Si quis posthumus*, § *Si filio exheredaturo*, ff. *De liber. et posthu.* (Dig. XXVIII-II, 9, § 2.^o) de la que resulta que Paulo opinó, como Juliano, Pamponio y Marcelo, que el nieto-hijo de un hijo desheredado no rompía el testamento si éste sobrevivía al testador anuque muriese sin adir, la herencia. La ley *Illud*, § 1, ff. *De bon. poss. contra tabulas* (Dig. XXXVII-IV, 4, § 1) que niega esta *bonorum possessio* al nieto preterido hijo de un hijo superstite del testador por este desheredado. La ley *Si emancipatus* § 1.^o del mismo título (Dig. XXXVII-IV, 6, § 1.^o) que supedita la entrada del nieto a que el hijo haya premuerto.

marse que la opinión de Antonio Gómez, que la había planteado (277) y discutido (278) ampliamente y que negó todo derecho legitimario, material o formal en la sucesión del abuelo, a los nietos que fueran hijos de un hijo supérstite justamente desheredado, fue la que prevaleció en la práctica castellana (279).

Literalmente el art. 857 habla de los "*hijos del desheredado*", sin distinción del parentesco de éste con el desheredante. Sin embargo, es evidente que el cónyuge viudo no tiene ningún derecho legitimario transmisible, puesto que es personalísimo y le corresponde sólo en usufructo. La duda puede plantearse respecto al ascendiente desheredado, pero creemos que la disipa el art. 929 en rel. con el 925 § 1.º C. c. Aquél nos explica las hipótesis de los arts. 751 y 857 como supuestos *especiales* o anormales (280) de representación sucesoria. "*No podrá representarse*" —dice el art. 929— "*a una persona viva si no en los casos de desheredación e incapacidad*". Y el art. 925 § 1.º dice que: "*El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente*". Por eso, conforme

b) Entre aquellos autores que admitieron la aplicación del *successorium edictum* a la *querella*, hubieron quienes supeditaron el éxito de ésta a la injusticia de la desheredación dispuesta y quienes consideraron que el ejercicio de ésta, en virtud de aquél, era independiente de la ingratitud del desheredado que no podía repercutir en los subsiguientes en grado (cfr. al respecto Matienzo, gl. cit., n. 69 y s., fol. 90 vto. y s.).

c) Y entre estos mismos autores, si bien algunos —como Juan Gutiérrez, loc. cit., n. 39 y Matienzo, gl. cit., n. 76 (fol. 91 *in fine* y vto.)— opinaron que esa aplicación se daba aún en el caso de que el hijo desheredado aprobara el testamento o renunciase al ejercicio de la *querella*, la mayor parte entendieron, por el contrario, que como en el caso de preterición, y a *fortiori*, los efectos de la *querella* no podían darse contra el testamento aprobado por el desheredado. Así opinaron Rodrigo Suárez (loc. ult. cit., n. 57, pág. 429 y s.); Jacobo Valdés (loc. cit., R, vers. *Secundus casus est*, pp. 439 y ss.). Más limitadamente, Cevallos (Quaest. cit., nn. 73 y ss., p. 190 y s.) aceptó esta opinión si con los nietos concurrían otros hermanos de su desheredado padre, pues el derecho de acrecer de éstos excluía a aquéllos del beneficio del *successorium edictum*.

(277) He ahí el planteamiento de Gómez: "Item quaero, si filius est juste exheredatus et exclusus a successione, et querela: quia causa ingratitudinis est probata, vel est exclusus a querela expresse, vel tacite per lapsum temporis, an admittatur nepos ex sua propria persona, et possit agere contra testamentum per querelam et ius dicendi nullum."

(278) Hasta ocho razones expuso Gómez en favor del derecho de los nietos, pero las rechazó todas. De estas razones, tal vez la más fuerte, por ser la menos sofística, es la segunda: "quia filius exheredatus habetur pro mortuo", "vel saltem habetur pro emancipato". Pero la replicó arguyendo que: "quia filius exheredatus habetur pro mortuo, vel emancipato, quoad excludendum eum a successione patris, non vero quoad admittendum alium".

(279) Febrero (op. cit., Lib. II, cap. I, § I, n. 20; cfr. ed. Madrid, 1781, vol. II, p. 17) da por presupuesta la solución, pues sólo plantea la colisión del derecho del extraño instituido heredero con el derecho de acrecer de los herederos forzosos del coheredero desheredado. La opinión de García Goyena la acabamos de leer rotundamente expresada (cfr. *supra*, texto de la nota 274).

(280) Su carácter no *normal* de representación lo explica Sánchez Román, op., vol. y cap. ult. cit., n. 30, pp. 1.126.

lo ha entendido sin excepción nuestra doctrina (281), el art. 857 al hablar de los hijos del desheredado sólo *se refiere a los descendientes legítimos (282) por estirpes del hijo o descendiente legítimo o natural desheredado*. Además, abona esta solución el texto del art. 761, que tiene igual *ratio* y por ello debe entenderse aplicable analógicamente para interpretar el art. 857, pues el art. 761 dice así: “*Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima.*”

En otros trabajos nos hemos ocupado de otras cuestiones que el artículo 857 plantea.

Así, hemos concluido que los nietos, hijos de un hijo supérstite justamente desheredado, no pueden ejercitar la acción de preterición aunque no hayan sido mencionados en el testamento en que el abuelo desheredó al padre (283).

Y que su derecho a la legítima material, en caso de concurrir con otros hijos o estirpes de hijos del testador no desheredados, queda limitado a su legítima corta o estricta (284).

En caso de que el descendiente desheredado hubiese percibido o percibiera del *de cuius* algo imputable a su legítima, conforme a las reglas normales de la imputación, su montante reducirá cuantitativamente el derecho de sus descendientes derivado de este art. 857 (285).

III) *Atribución de la porción legítima del desheredado, a falta de descendientes legítimos del mismo, en caso de tratarse, de un descendiente.*

30. Si se trata de precisar el destino de la porción de la legítima del desheredado de la que éste queda privado, hay que partir de la relación parental que tenga éste con el desheredante.

1.º) Si se trata del cónyuge viudo, no hay cuestión: su cuota legal usufructuaria desaparece, lo que favorece a quienes tengan derecho a la nuda propiedad de la porción correspondiente.

2.º) Si se trata de descendientes sin descendencia legítima, o de ascendientes, si unos y otros tienen colegitimarios de su misma clase,

(281) Cfr. Manresa, op. y vol. últ. cit., art. 857, pp. 588 y s.; Sánchez Román, loc. últ. cit., p. 1127; Valverde Valverde, op. y vol. cits., cap. XIII, § II, p. 306; De Buen. *Notas* y loc. últ. cit., p. 319 y s.; Castán Tobeñas, op. y vol. últ. cits., tema LXVIII, pp. 377 y s.; Rovira Mola, loc. cit., VI, B, p. 269; Santamaría, op. y vol. cits., art. 857, p. 835; Puig Peña, loc. últ. cit., cap. XV, 7, p. 440; Bonet Ramón, “Compendio...”, vol. cit., n. 130, p. 699.

(282) Notemos que conforme al art. 941 C. c. la representación sucesoria del hijo natural se circunscribe, según su interpretación prevalente, a sus descendientes legítimos (cfr. *supra* § III, n. 49, notas 123 y 124).

(283) Cfr. “El deber formal de instituir...” n. 16, d, loc. cit., pp. 55 y s.

(284) Cfr. “Distribución del derecho a la legítima individual de los descendientes en el Código civil”, 5, d, y notas 25 y 26, en Rev. Der. Pri., LI, septiembre 1967, pp. 735 y s. En contra, Santamaría, op. y vol. cits., art. 857, p. 835.

(285) Cfr. *supra*, n. 9 *in fine*.

la porción de que han sido privados debe acrecer a estos colegitimarios por derecho propio y no por derecho de acrecer propiamente dicho.

Así resultaba en el Derecho anterior al Código, según la explícita opinión de Antonio Gómez (286). La legítima del hijo justamente desheredado quedaba englobada en la de los demás porque aquél no debía ser computado en el número de los hijos (287). Las razones expuestas en defensa de esta solución tienen hoy vigencia: “Primo quia talis filius exheredatus pro mortuo, et perinde ac si non esset natus nec in rerum natura”. “Secundo..., quia per concursum plurium filiorum legitima reducetur... Sed in nostro casu, cessat esset concursus filiorum, qui possunt diminuere patrimonium patris, cum unus eorum, vel aliqui sunt exheredati...”.

Esta doctrina es la que refleja el art. 985 cuando dice que el derecho de acrecer entre los herederos forzosos sólo tendrá lugar, en su caso, en cuanto a la parte de libre disposición, y que los coherederos sucederán en la legítima “*por su derecho propio*”. Como dice Roca Sastre (288): “Diga lo que quiera el Código civil, aquí se produce en rigor un derecho de acrecer”. Lacruz Berdejo (289) explica que este artículo quiere decir es: “sencillamente, que hay que respetar la legítima, en la cual suceden en bloque todos los legitimarios aceptantes” (290).

3.º) Si el desheredado es el único descendiente, o en el caso de ser desheredados todos los descendientes, podría plantearse si la legítima desaparecerá o bien si se producirá una especie de *successio graduum et ordinum*, que sitúe como legitimarios a los ascendientes

(286) Antonio Gómez, “Variae...”, Lib. I, cap. XI, n. 22, (ed. cit., p. 145): “Item quaero si filius sit iuste exheredatus a patre, an illa pars, et legitima portio, quae sibi pertinebat, accrescat, et acquiratur aliis filiis, et per consequens computetur, vel non in numero liberorum ad augendam legitimam eorum: ut si pater habeat quinque, vel sex filios, et unum vel duo iuste exheredavit: ut remanent quator filii, et successores instituti...” “et breviter et resolute dico, quod non debet computari in numero liberorum”.

(287) En el mismo sentido Gregorio López, gl. a las palabras “que ouiessen derecho de heredarle” de la ley 1, tit. VIII, 6.ª P. (cfr. ed. y vol. cit., gl. 1, p. 562); Vázquez de Menchaca, “De successione creatione”, Lib. II, § XX, n. 205 (cfr. ed. cit., fol. 215 vto.); Jerónimo de Cevallos, “Speculum Practicarum Quaestionum Communium contra Communes”, “Quaest. 370, nn. 1 y ss. (cfr. ed. Toleti 1599, p. 469); Ayllón Lainez, “Addit...” cit., lib. I, cap. XI, n. 22 (cfr. ed. cit. p. 70).

(288) Roca Sastre, “Estudios...”, vol. II, cap. VII, pp. 249 *in fine* y s.

(289) José Luis Lacruz, “Derecho de Sucesiones-Parte general”, cit., § 207, p. 229. En igual sentido Puig Brutau, “Fundamentos...”, V-II, cap. III, 6, III, B, pp. 348 y s.

(290) No obsta que el art. 985 aluda sólo a la vacante de la legítima por repudiación, pues es éste el único supuesto en que el acrecimiento legal por derecho propio se produce en primer lugar, mientras que en los supuestos de premoriencia y de incapacidad o desheredación, tienen lugar en primer término respectivamente el derecho regular de representación (cfr. “Distribución del derecho a la legítima”, nn. 4 y 5, loc. cit., pp. 732 y ss.) y el especial de los artículos 761 y 857.

supérstites. Pero, la designación de los ascendientes como legitimarios es *subsidiaria* y tan sólo se previene para el supuesto de inexistencia de descendientes legítimos, pero no para los casos de repudiación y desheredación o indignidad de éstos.

Así resulta de los siguientes argumentos:

a) La letra del texto del n. 2 del artículo 807: "*A falta de los anteriores*". Es decir, a falta de hijos y descendientes legítimos: *No a falta de que reciban efectivamente la legítima, sino a falta de ellos mismos.*

β) Los antecedentes históricos del precepto en el Derecho de Castilla: Así la ley 6.^a de Toro, (1.^a, tít. VIII, Lib. V, Nueva Recopil. y I, tít. XX, Lib. X de la Novísima) declaró que los ascendientes legítimos "por su orden e línea derecha suceden en testamento e abintestato a sus descendientes", "*en caso de que los dichos descendientes no tengan hijos o descendientes legítimos, o que hayan derecho de los heredar*" (291). Y es de notar que esta ley corrigió la 1 tít. VI, Lib. III del Fuero Real que excluía a los ascendientes de toda legítima; pues disponía: "*Que si el hijo no tuviere descendientes legítimos ni otros hijos que tengan derecho a heredarles, pueda hacer de sus bienes lo que quiera... y no se lo pueda embargar padre ni madre ni otro pariente*". La ley 6 de Toro, por lo tanto, se redactó sobre la hipótesis anterior de la exclusión de los ascendientes, como legitimarios, aun en el caso de no tener el causante hijos ni descendientes, lo que

(291) Es decir, el precedente de "*A, falta*" del art. 807, n. 2, es el "*no tengan*" de la ley 6 de Toro, más rotundo aún.

La expresión "*o que hayan derecho a los heredar*" se refería a los hijos naturales respecto a la madre, según Diego Castillo ("Las leyes de Toro glosadas —Utilis et aurea glossa..." Methymnae Campi 1553— lex VI, glos. 7, fol. 55); "ut sunt filii naturales tantum: quae exclusis ascendentibus, succedent matri ex testamento et abintestato: prius vero ex testamento..." Antonio Gómez ("Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauri", lex VI, gl. 10, cfr. ed. Salmanticae 1575, fol. 32 vto.) opinó que dichas palabras comprendían los hijos naturales o espureos legitimados por subsiguiente matrimonio o por rescripto del príncipe "quae est persona quae possit excludere praedictos ascendentes". Ludovico Velázquez de Avendaño ("Legum Taurinorum... utilissima glosa sequitur", ad. 1. 6, gl. 9, cfr. ed. Toleti 1588, fol. 13 vto.), opinó como Diego Castillo: "*O que hayan derecho a heredar. Ut quia filii naturales censent respectu matris quia sunt legitimi heredes et excluderent ascendentes...*" En la versión del *Febrero* de García Goyena, Aguirre y Montalbán y de Vicente y Caravantes ("Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos" T. I —Madrid 1852— n. 1.155, pp. 359 y s.) se incluyen a los hijos naturales y espureos respecto de la madre y siempre a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio que "se equiparan a los legítimos y como tales son de estimarse". Téngase además presente —se añade como nota en la última edición— que según la ley 6, tít. 20, lib. 10 Novísima Recopilación, no teniendo el padre hijos o descendientes legítimos, puede dejar todo lo que quiera a su hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos por manera que éstos no son en el caso dicho herederos forzosos..." (Ley 10 de Toro, según la cual el hijo natural, sin embargo, no era legitimario de su padre, pues sólo lo era de la madre conforme a la ley 9 de Toro).

muestra que su letra y su *ratio* coincidieron plenamente en su aplicación sólo en el caso de no tener hijos o descendientes.

γ) La opinión que se impuso con respecto a la inaplicación a la *querella* del *successorium edictum* parece prejuzgar esta cuestión, pues no resultaría razonable que los ascendientes fuesen de mejor condición que los descendientes de ulterior grado (292).

4.º) A falta de colegitimarios y dado que no debe tener lugar la *successio graduum et ordinum*, la parte del desheredado, que tampoco deje descendientes legítimos, integrará el caudal hereditario libremente disponible, deferido conforme las normas del testamento del desheredante o, en cuanto lo que éste deje vacante, según las de la sucesión intestada (art. 912, n. 2.º).

5.º) En todos estos casos, como en el supuesto examinado en el epígrafe anterior (n. 29), si el desheredado hubiese recibido alguna donación normalmente imputable a su legítima, o el testador le hubiese asignado algún legado, modo u otra atribución, también normalmente imputable a la legítima, creemos que la desheredación no modifica su imputación. Por consiguiente, en estos casos el montante de tales liberalidades disminuirá la cuota que engrose la parte de los destinatarios de la porción que sin la desheredación sería la legítima del desheredado justamente.

(292) En Derecho romano un texto calificado por bastantes autores de *dificilis*, la ley *Pater filium*, ff. *De inoff. testam.* (Dig. II-V, 14) contempla un caso en que el testador había desheredado a sus hijos y preterido a su padre y en el que fue dictaminado que a éste le correspondía el ejercicio de la *querella* una vez resueltas desfavorablemente las correspondientes a los hijos desheredados.

Respecto al Derecho castellano, Alfonso de Acevedo, "Commetarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones", Lib. V. Tít. VIII, ley 1, n. 66 y 67, cfr. ed. Lugduni 1731, vol. III, pp. 241 y s.), después de reconocer a la vista de la ley 9 de Toro: "videbatur ex iis verbis nostri text. quod extraneo excluso patre esset admitendus, nam patrem praecessit illi legitimis testatoris, ergo pater non admittitur, ex text. nostra in iis verbis. En caso de que los dichos descendientes no tengan hijos, etc.", prosigue que, no obstante, por la citada ley *Pater filium*, había de aceptar la opinión contraria. Como él había opinado Juan Gutiérrez (loc. últ. cit.) e implícitamente Rodrigo Suárez y Matienzo (locs. cits., *supra*, nota 276), y opinaron Cevallos (Quaest. 101 cit., nn. 62 y ss., p. 188) y Antonio Pichardo de Vinuesa (V Institutionem Imperatoris Iustinianum Libros", Lib. II, Tít. XVIII, nn. 64 y s.; cfr. ed. Lugduni 1671, vol. I, p. 262). En el Derecho de las Partidas, igualmente Gregorio López (gl. a las palabras "que le deuisse heredar de derecho", gl. 4 de la ley 1.ª del tít. VII, 6.ª Part. ed. y vol. cits., pp. 435 y s.). El criterio de Juan Gutiérrez le vemos recogido aún por Febrero (op. cit., Pars. II, Lib. II, cap. IV, § I, n. 3, cfr. ed. Madrid, 1781, vol. II-II, p. 314), limitándola al caso de haberse instituido heredero a un extraño, pues en otro caso era claro que prevalece el derecho de acrecer de los hermanos del desheredado (cfr. Cevallos, n. 74, p. 190): *ius accrescendi excludit successorium edictum*.

Pero la solución, aparte de contradecir la letra de la ley 6 de Toro, tenía que resultar inaceptable para quienes interpretaban que el ejercicio de la *querella* no podía lograrse por el *successorium edictum* (cfr. *supra*, nota 276), ya que no sería lógico que los ascendientes fueran de mejor condición que los descendientes de ulterior grado.

C) *La desheredación en las regiones forales.*

31. La tendencia de las Compilaciones forales promulgadas ha sido la de no regular los requisitos ni las causas y su prueba de la desheredación, con lo que resultan aplicables en esta materia las normas del Código civil. Tan sólo, en alguna de estas Compilaciones, hay alguna disposición singular relativa a los efectos de la desheredación, especialmente de la injusta o sin causa. El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra sigue el mismo criterio.

a) *Aragón.*

La desheredación había sido regulada por los cuatro Fueros de la rúbrica *De exheredatione filiorum* (293) y, si bien su aplicación perdió importancia a partir de los Fueros *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium* (294), lo cierto es que aquellos cuatro Fueros fueron mantenidos a continuación de estos dos en el Libro VI en la reforma de la Compilación acordada en 1547, y que algunos tratadistas tendieron a ampliar más que a restringir las causas de desheredación (295).

No reguló la desheredación (296) el Apéndice Foral, aunque pre-

(293) El Fuero 2.º *De exheredatione filiorum*, señaló las siguientes causas de desheredación: 1. Si el hijo hiriere o maltratase a su padre o madre. 2. Si fuere causa de que éstos perdieren sus bienes. 3. Si en público los trató de embusteros. 4. Si les arrastró por los cabellos. 5. Si les obligó a jurar.

El Fuero 1.º no reguló la desheredación, sino que trató de la pérdida del derecho a ser dotada la mujer que contrae matrimonio sin la voluntad y consejo de los padres.

El Fuero 3.º regula la *desafiliación*: 1.º Si sabiendo el hijo que su padre está en cautiverio no le quiere rescatar. 2.º Si viéndole en necesidad, no le socorre o ayuda, pudiendo hacerlo. 3.º Si tuviese acceso carnal con la mujer legítima de su padre. La *desafiliación*, era de efectos mayores que la desheredación e inmediatos, pues significaba la rotura de los vínculos legales entre padre e hijo. Se tramitaba por comparecencia ante el Juez. Pero a partir, al parecer, del siglo XVIII ya se hallaba en absoluto desuso (cfr. Isabal, voz "*Desafiliación*", en "*Enciclopedia Jurídica Española*", vol. XI, pp. 835 y s.).

El Fuero 4.º, a estos efectos, establece diferencias entre los actos de yernos y nueras y los de hijas e hijos.

(294) La amplia libertad de disponer entre los hijos, apartándolos en cuanto al padre placiere, quitó importancia a la desheredación; en especial según aquellos autores que habían entendido que podía apartarse con algo, aun sin causa, al hijo único o a todos los hijos e instituir a un extraño. No siendo así, conservaba la desheredación interés en estos supuestos, así como para privar a un hijo de todo, incluso de los diez sueldos usuales o del "*algo*" exigido (cfr. Manuel Dieste y Jiménez, "*Diccionario del Derecho civil Aragonés*", voz "*Desheredación*" —Madrid, 1869— pp. 183 y s.).

(295) Cfr. Isabal, voz "*Desheredación*", "*Enciclopedia...*" y vol. cit., pp. 800 y s.

(296) En cambio, Luis Franco y López, en su "Adición" a la "Memoria sobre las instituciones civiles de Aragón" (Zaragoza, 1893) propuso regular la "*Desheredación*" en el Capítulo VIII del Libro III, arts. 145 a 150, señalando normas acerca de: la posibilidad de hacerse en testamento o en otro documento, pero siendo siempre revocable; sus efectos; la prescripción de la acción para reclamar contra la desheredación, que fijaba en un año; la edad

supuso su existencia al referir los efectos de la que “no tenga causa legítima” o hecha “injustamente” (art. 32); ni la regula la vigente Compilación que también alude a la “injusta desheredación de todos los legitimarios” (art. 122) y al “descendiente injustamente desheredado” (art. 123).

b) *Baleares.*

Excepto la exclusión de que en codicilo se pueda desheredar, que previene el art. 17, nada dice la Compilación civil de Baleares acerca de la desheredación, que antes se regía por la legislación justinianea (297), aparte de algún precepto autóctono de dudosa vigencia (298). Queda pues íntegramente incorporada al régimen de la desheredación del Código civil.

c) *Cataluña.*

32. Cancr (299) expresó por desheredación, “poenam privationis legitimae, et successionis hereditatis parentum”, de donde se ha tomado la definición de desheredar, como “eliminar expresa y nominalmente a un heredero forzoso, de la legítima y de todos los bienes del testador” (300).

Entre los Usatjes trataron de la desheredación los *Exheredare* —conocido en su versión en catalán por *Usatje “Firam”*— y *Si quis filium* (301) tomados de las *Petri exceptiones* (Lib. I, cap. 15 y 18),

para poder ser desheredado (cfr. su *exposición*, pp. 69 y ss., y el articulado, pp. 178 y ss.).

(297) La desheredación de los descendientes se regía por el cap. III de la Novela CXV y la de los ascendientes por el cap. IV de la misma Novela (cfr. Luis Pascual González, “Derecho civil de Mallorca” —Mallorca 1951—, Tit. IV, cap. IV, sec. 6.ª, pp. 217 y s.).

(298) Matías Mascaró y Alberty (“Derecho foral de Mallorca” 3.ª ed. Palma 1904, pág. 167) alude al Privilegio dado el 20 de septiembre de 1460 por Juan II, a petición del síndico de Palma de Mallorca y Reino Dtr. D. Bartolomé de Veri, relativo a ser causa de indignidad para suceder y de desheredación de las hijas menores de veinticinco años, que éstas contrajeran matrimonio sin autorización de sus padres o abuelos. Pero si bien el Colegio de Abogados de Palma lo dio por vigente en 1881, lo cierto es que no lo recogían ni la Memoria de Ripoll ni los Proyecto de 1903, 1920 y 1949, siendo criterio general del Foro de Mallorca su no vigencia (cfr. Pascual González loc. cit., p. 218).

(299) Jacobo Cancr, “Variarum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae”, Pars III Cap. XI, n. 1.º (cfr. ed. Lugduni 1683, vol. III, p. 194).

(300) José Pella y Forgas, “Código civil de Cataluña”, arts. 848, 849 y 850, vol. IV —Barcelona s. f.— p. 11.

(301) Recogidos ambos como Usatje 1 en el tít. III del Lib. IV, que dice así: “Desheretar poden los dits Pares genitors lurs Fills, o Fillas, Nets, o Netas, si son tant presumptuosos, quel Pare, o Mare, Avi, o Avia greumen firam, ols deshonren, ols acusen de crim en judici, osils Fills son fets basadors, o si las Fillas no volran ajustar a Marits, mas turpament viuran, o sils Fills tornan Sarrahins, e no se volen penedir, tots aquests aytals manifestament convençuts, pot lo Pare, e la Mare, lo Avi, o la Avia desheretar sis vol. Si nengun vol

abreviaciones del Derecho romano entonces muy en boga (302), y sus disposiciones fueron complementadas con las disposiciones del Derecho romano, en especial los cap. III y cap. IV de la Novela CXV (303). La ley del Asentimiento paterno, sustituida por el art. 45 C. c., derogó el Privilegio de Jaime I de 1269 a Barcelona, en virtud del cual perdían sus derechos hereditarios, como si hubiesen muerto, los hijos que entrasen en religión sin consentimiento del padre (304). En lo demás las normas relativas a los requisitos de la desheredación eran semejantes en Castilla y en Cataluña, pues tanto la fuente inspiradora como el Derecho supletorio eran los mismos, es decir, las normas del Derecho romano (305). No es de extrañar, por ello, que la vigente Compilación no regule la desheredación y que sólo contenga respecto estas normas singulares, como son las siguientes:

1.º No puede desheredarse en codicilo (art. 105, § 1.º, inciso 3.º).

2.º En caso de desheredación justa de un legitimario *se extingue su legítima individual*, y si es legitimario único *la extingue totalmente* (art. 144, ap. 1 y 2). “*En todos estos casos, la legítima será absorbida por la herencia sin que acrezca nunca a los demás legitimarios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.*” Y el artículo 130 dice que: “*Para determinar la legítima individual entre, varios legitimarios hace número el que de ellos sea heredero, así como el legitimario que la haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante, sin perjuicio de que los hijos o descendientes legítimos del desheredado o declarado indigno, que sea hijo legítimo o natural del causante, tengan el derecho que les atribuyen los artículos 761 y 857 del Código civil.*”

Hemos visto que, conforme al artículo 985 C. c., cuando no tuviere lugar el artículo 857, el derecho de los legitimarios no desheredados se extiende a toda la legítima. En cambio, vemos, aquí, que —conforme al art. 130 Comp. Cat.— la legítima individual se calcula incluyendo en el divisor al desheredado, pero el cociente que le hubiese correspondido no incrementa la porción de los otros legitimarios, sino que —si no actúa el art. 857— es absorbida por el instituido o instituidos herederos.

También hemos visto antes que esta cuestión fue discutida por los autores de Derecho común, habiendo sido decisiva en Castilla la opi-

desheretar Fill, o Filla, Net, o Neta, nomenadament los desheret, e diga la culpa per que los deshereta, e instituesca altre en son loc, qui haja a provar la causa del desheretament esser vera; e si una de aquestas cosas hi defall, no pot desheretar Fill, ne Filla, Net, ne Neta en nenguna guisa, e siu fa, va sera, e res no valra”.

(302) Cfr. Pella, loc. y pág. últ. cit.

(303) Cfr. Borrell i Soler, “Dret civil vigent a Catalunya” vol. V, § 510 (cfr. 1.ª ed. Barcelona 1923, pp. 445 y s.).

(304) Cfr. Borrell i Soler, loc. cit., nota 11, pp. 446 y s.

(305) Naturalmente, se dieron algunas diferencias de interpretación. Así, Fontanella (“Tractatus de pactis nuptialibus”, Cl. IV, gl. XXVIII, § 10 (cfr. ed. Lugduni 1667, vol. I, p. 528) opinó que cabía desheredar por otras causas mayores o similares a las previstas por la ley.

nión de Antonio Gómez favorable al acrecimiento de la cuota legítima del desheredado a sus colegitimarios. La misma interpretación, planteada en términos de si se contaba al desheredado para calcular la legítima de los demás, fue aceptada en Cataluña por Cáncer (306), quien al entender que no se contaba concedió que su parte incrementara la de los colegitimarios. Criterio seguido por Vives y Cebriá (307). Pero Durán y Bas (308) recogió la posición contraria, que sostenía el axioma "*Exheredatus numerum fecit ad augendam, et partem facit ad minuendam legitimam*", como interpretación de la ley 8, § 8.º (Dig. V-II), apoyándose en la opinión de Maynz (309), uno de los romanistas que más influjo ha tenido entre los juristas catalanes modernos.

En cambio, el Tribunal Supremo había sostenido el criterio contrario en S. 29 abril 1886 que, aceptando los dos primeros motivos del recurso, casó la sentencia recurrida, afirmando, en el primero de sus considerandos, "que en la distribución no deben entrar los justamente desheredados, que son como muertos para este efecto al tenor de la ley 1, párrafo 5.º, *De coniungendis cum emancipatio*, Digesto, y de la 17 *De inofficioso testamento*, Digesto", y que la sentencia recurrida infringía las leyes citadas "al declarar que lo que correspondió a D. Manuel Benet por legítima paterna es la dozava parte de la herencia, o sea un tercio de la cuarta y no la octava de la misma, o sea la mitad de la cuarta, habiendo habido sólo dos hijos capaces de suceder mediante la desheredación de la otra hija...".

Pero lo cierto es que la opinión de Durán y Bas respecto la parte del hijo desheredado se impuso en la doctrina (310) y ha sido recogida en los referidos artículos 130 y 144 de la Compilación.

d) Navarra.

33. El Fuero General de Navarra señaló diversas causas de desheredación de los descendientes (cap. VIII, tit. IV, lib. II; cap. I, tit. VI, lib. II; cap. I, tit. XX, lib. III) (311). No se señalaron causas

(306) Cáncer, op. cit., Lib. I, cap. III, n. 50 (cfr. ed. novissima Lugduni 1712): "filius juste exheredatus..., et omnes denique qui sunt incapaces successioneis, non computatur in numero filiorum quoad hoc, ut faciant partem".

(307) Pedro Nolasco Vives y Cebriá, "Usatjes y demás derechos de Cataluña", Lib. VI, tit. V, nota 1 (2.ª ed. Barcelona 1862, vol. III, p. 260).

(308) Durán y Bas, "Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña" (Barcelona 1883), Parte 6, cap. 4.º, p. 200.

(309) Carlos Maynz, "Curso de Derecho romano", § 391 y nota 17 (cfr. trad. de Pou y Ordines —Barcelona 1888— vol. III, p. 417).

(310) Cfr. Guillermo M. de Brocá y Juan Amell, "Instituciones del Derecho Civil Catalán", § 740 *in fine* (cfr. 2.ª ed. Barcelona 1886, vol. II, p. 430); Borrell i Soler, op. y vol. cit., § 503, p. 415; Roca Sastre, "Estudios...", vol. cit., cap. VIII, p. 272.

(311) José Alonso ("Recopilación y comentarios de las Leyes y Fueros de Navarra", Lib. V, Tit. I, Ley XXI —cfr. ed. Pamplona 1944— vol. I, p. 337) resume las causas de desheredación del Fuero: 1.º si el hijo hiere al padre o la madre; 2.º si hace jurar a cualquiera de éstos por haberlos acusado el hijo

de desheredación de los ascendientes, puesto que en Navarra sólo los descendientes son herederos forzosos (312).

Una vez establecida la libertad de testar, con posterioridad al Fuero, por la cual bastaba dejarle al hijo la legítima foral, puramente formal y simbólica, se estimó por algunos, como Morales (313), en su "Memoria...", que no hay lugar a la desheredación y que no se conoce caso alguno de ella; y por otros, menos radicalmente, se dice que: "suele utilizarse muy poco la desheredación por causa legal, pues lo que se hace es acudir a la institución de la legítima, evitando de este modo dar al hijo el carácter de desheredado y tener que consignar una causa, siempre desagradable y que va en desdoro no sólo de éste, sino de la propia familia" (314).

Sin embargo, la desheredación con justa causa se ha estimado precisa: 1.º para excluir a algún hijo de su legítima foral (315); y 2.º para desheredar a los hijos del primer matrimonio en caso de haberse contraído segundas nupcias, ya que conforme la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1765 y 1766, solamente si concurriera alguna de las causas legales de desheredación podría apartarse de la herencia a los hijos del primer matrimonio (316).

Se hizo ya notar la conveniencia de suplir las causas de Derecho foral navarro por las del Código civil (317), criterio que siguieron los Proyectos de Arvizu y Aizpún en 1930 y 1945, y que implícitamente, por su silencio, sigue el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra de 1950, pues únicamente alude a la desheredación en su ley 233, inciso final, al disponer que "*concurriendo descendientes de dos o más matrimonios, los del anterior no podrán ser apartados de la herencia sino por justa causa de desheredación*", y en su ley 200, inciso final, que habla de la privación del usufructo de fidelidad al cónyuge viudo "*que por cualquier otra causa legal hubiere sido desheredado en el testamento del cónyuge premuerto*". Criterio que sigue con mayor precisión la Recopilación privada de 1967, en sus propuestas Leyes 231,

de algún delito; 3.º si los prendiese o agarrase por los cabellos; 4.º si el hijo llamase a su padre o madre traidor probado o mesiello (que quiere decir hombre ruin o mujer de mala vida) ante hombres buenos; 5.º si imputare a sus padres algún crimen; 6.º si injuriare gravemente a su madre. En cambio, como dice Lacarra ("Instituciones de Derecho Civil Navarro", arts. 848 a 852 —cfr. ed. Pamplona 1932— vol. II, pp. 234 y s.), no es ya motivo de desheredación el matrimonio clandestino de las hijas, "porque esta clase de matrimonio no existe".

(312) Cfr. Alonso, loc. cit., p. 338.

(313) Antonio Morales "Memoria...", (cfr. su referencia en "Derecho civil vigente en Navarra" de la Biblioteca Judicial, vol. II —Madrid 1888— p. 142).

(314) Cfr. José Miguel Arriaga y Sagarra, "Libertad de testar, legítima foral y desheredación en el Derecho Navarro" (Pamplona 1948), cap. V, pp. 27 y s.

(315) Ss. 28 junio 1864, 26 noviembre 1866 y 2 enero 1946. Cfr. Lacarra, op. y loc. cit., pp. 234 y s. y Arriaga, loc. cit., p. 29.

(316) Cfr. Alonso, loc. últ. cit., pp. 338 *in fine* y ss.; Lacarra, loc. últ. cit., pp. 235 y s.

(317) Cfr. Arriaga, loc. últ. cit., p. 30.

§ 4.º, para los hijos de un anterior matrimonio (318), y 213, § final, para el usufructo de fidelidad (319).

Los autores del Proyecto particular de 1957 (320) han comentado que: "La doctrina de la desheredación es aplicable en Derecho navarro, además del supuesto de privación del derecho de usufructo de fidelidad, al caso de privación de derechos a los hijos de anterior matrimonio." Y que: "Las causas de desheredación contenidas en F. G. (2, 4, 8; 2, 6, 1, y 3, 20, 1) y en el Derecho romano (Nov. 115, 3) resultan anacrónicas; y por ello, la práctica ha recibido las establecidas en el C. c. (arts. 852 y 853). Asimismo es aplicable la doctrina del C. c. en cuanto a la prueba y requisitos de la desheredación (arts. 848 al 851), pero con la salvedad indicada en el texto de esta ley 231, de que en Derecho navarro pueda hacerse la desheredación en testamento o en pacto sucesorio."

e) *Vizcaya*.

34. El Fuero de Vizcaya ni reguló ni verdaderamente previó la existencia de la desheredación propiamente dicha. Por eso los principales tratadistas de Derecho vizcaíno no han dicho nada de ella. Incluso se ha afirmado que Vizcaya no conoce la desheredación, pues tiene el apartamiento que no requiere la expresión ni la existencia de causa (321).

Algunos autores (322) han entendido que la ley XXII del Título XXXIV del Fuero establecía la posibilidad de desheredar, remitiéndose, en cuanto a la regulación, al Derecho común, al decir "... o cometière otras causas de ingratitud, por las cuales el Derecho manda desheredar...". Pero lo cierto es que esta ley a lo que se refiere es a la revocación de donaciones o dotes y a la institución de heredero establecida en capitulaciones matrimoniales. Es decir, en este caso, a la revocación de una sucesión contractual, y, en los otros, a la de donaciones, siendo aquélla y éstas irrevocables de no concurrir esas

(318) Ley 231 § 4: "Se entenderán legalmente desheredados los hijos que lo hubieran sido en testamento o pacto sucesorio por cualquiera de las causas de los artículos 852 y 853 del Código Civil."

(319) Ley 213, § final: "Tampoco tendrá derecho de usufructo el cónyuge al que el otro hubiese privado de su derecho por cualquiera de las causas del artículo 855 del Código civil."

(320) Juan García Granero, José Javier Nagore Yarnoz, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Peix, José Javier López Jacoiste, José Arregui Gil, "Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra", Pamplona 1967, Comentario a la Ley 231, pp. 159 y s.

(321) Aluden a esta opinión —que critican— Isabal, voz y loc. cit., *Vizcaya*, p. 814; Francisco Javier de Arcillona y Landesa, "Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo", en A. D. C. XII-II (abril-junio 1999), p. 676; José María de Esjavierría, "El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya", X, en Estudios de Deusto VII, núm. 14, julio-diciembre 1955, p. 432. Los dos últimos califican dicha opinión de *ligeresa*.

(322) Cfr. Arcillona, loc. y pág. cit.; Esjavierría, loc. últ. cit., p. 433.

causas de ingratitud, que sancionó el Fuero al ordenar que “*pierda el tal Fijo o descendiente, pariente, o donatario la tal herencia, o bienes, que así le fueron dotados y donados*”.

Sin embargo, dado que la libertad de disponer en Vizcaya se concreta sólo dentro de cada grupo de herederos forzosos, es muy cierto que para privar de la herencia al único, o a todos los herederos, de uno de los grupos, si hubieran incurrido en ingratitud, no le puede caber al causante otro recurso sino el de utilizar la desheredación, regulada por el Derecho común (323). Si esta es aplicable al ya designado heredero en forma contractual, tanto más debe serlo al que no lo haya sido aún.

Por lo demás, se ha afirmado (324) que “en la práctica, aunque no sea muy usada, la desheredación se considera subsistente”.

Por eso, ante el silencio de la Compilación, parece que deberá aplicarse supletoriamente, para esos casos, lo dispuesto por el Código civil.

III) LA DESHEREDACION INJUSTA

A) *Introducción histórica.*

35. El Derecho romano no conocía la desheredación injusta hasta que apareció la *querella inofficiosi testamenti*, es decir, la querella por causa de testamento en el cual el testador infringía su *officium pietatis* (325). Como expusimos antes (n. 5), esta debió iniciarse a fines de la República, fue desenvuelta en la práctica por el Tribunal de los *Centunviri* y aparece como estable en tiempos de Trajano (326). El Tribunal de los *Centunviri* fue palestra de los virtuosos de la retórica, quienes podían impresionar a los miembros de los Tribunales que no eran juristas describiendo, a imitación de los griegos, el testamento impugnado como obra de un loco (*a furiosum factum*), que obró *colore insaniae* o *non sanæ mentis*. Aunque los juristas clásicos sabían muy bien que *testamentum inofficiosum* y *testamentum a furioso factum* eran fundamentalmente distintos, es lo cierto que, en tiempos postclásicos, la influencia de los escritos retóricos dio lugar a la interpolación de algunos pasajes clásicos del Digesto, donde hallamos la expresión *color insaniae* (327).

(323) Cfr. Isabal, loc. últ. cit.; Arcillona, loc. y pág. cit.; Esjaverría, loc. cit., pág. 434 y, en especial, nota 43 de dicha pág., y n. XIII, p. 451. Estos dos últimos autores también daban valor a la exclusión, que la desheredación permitía, de la *tierra de aportación* del Fuero.

(324) Esjaverría, loc. cit., p. 434.

(325) Cfr. Schulz, op. cit., § 478, p. 263.

(326) Schulz, § 478, p. 263.

(327) Schulz, § 485, pp. 265 y s. Muestra que los juristas se percataron de tal distinción el texto de Marciano (Dig. V-II, 2) que en su inciso 2.º aclara: *Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.*

Podían ejercitar la *querella* los descendientes, los ascendientes y los hermanos o hermanas (328). Su derecho consistía en obtener una declaración judicial que invalidara el testamento rescindiéndolo —“*rescindit testamentum*” (329)—, lo que daba lugar a que el impugnante recibiera no sólo su cuota legitimaria, sino su entera cuota *ab intestato* (330): “*Eam de inofficioso testamento patris querentem totam hereditatem obtinere posse, non ambigitur*” (331).

Sin embargo, la apertura de la sucesión intestada, en virtud de la invalidación del testamento, podía no ser total en ciertos casos de pluralidad de instituidos o de legitimarios; como eran (332):

1.º) El supuesto de pluralidad de herederos instituidos en perjuicio de un hermano, cuando sólo alguno de aquéllos fuera *turpis personae*; o siempre que, por cualquier razón, la *querella* de un legitimario prosperase contra algún heredero y fracasase contra otro.

2.º) En caso de pluralidad de legitimarios injustamente desheredados, si sólo uno de éstos ejercitase con éxito la *querella*.

3.º) Si entre los instituidos sujetos a la acción de la *querella* hubiese algún legitimario que no recibiera mayor porción de la que *ab intestato* le correspondiere.

Como Bonfante (333) resumió, la *querella* en Roma “tiene un carácter pre-judicial; con ella se obtiene la rescisión del testamento, después de lo cual, el legitimario podrá pedir su cuota con la *hereditatis petitio ab intestato*”; y el testamento “puede ser rescindido tanto total como parcialmente; en esta segunda hipótesis se tiene una nueva excepción al principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus...*”

La *querella* prescribía a los cinco años (334), contados desde la adición de la herencia (335), aun en el caso de que el impugnante poseyera los bienes; plazo que el juez podía prorrogar en casos extraordinarios (336).

El derecho a ejercitar la *querella* no se transmitía por muerte de su titular si éste no hubiese preparado su ejercicio (337); salvo si se tratase de un descendiente injustamente desheredado quien *iure sanguinis* lo transmitía a sus descendientes (338). Pero el desheredado, ni sus herederos ni descendientes, podían ejercitarla, en caso de renuncia a la acción por el mismo desheredado o de su aceptación del

(328) Cfr. Schulz, § 479, pp. 263 y s.

(329) Cfr. Dig. V-II, 8, § 16 (“*rescissum est*”) y 17 pr. (“*resciso testamento*”).

(330) Cfr. Windscheid, op. cit., § 584, ed. y vol. cits., p. 261.

(331) Cod. III-XXVIII, 22.

(332) Cfr. nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, I, § 5, y notas 152 a 155, cfr. ed. sep., pp. 45 y ss., y A.D.D. IV-II, pp. 462 y ss.

(333) Bonfante, “Instituciones de Derecho romano”, § 218, cfr. trad. castellana, Madrid 1929, pp. 627 y ss.

(334) Cod. h. t., 16 y 34 *in fine*, Dig. h. t., 8, § 17, y 9.

(335) Cod. h. t., 36, § 2.º

(336) Cfr. Windscheid, op. y vol. cits., § 585, b, p. 268.

(337) Windscheid, § 585, c), p. 269.

(338) Cod. h. t., 34 y 36, § 2.º, inc. final.

testamento, tanto si fue expresa como tácita, v. gr., por la aceptación de un legado (339).

36. El régimen de *rescisión del testamento* por el ejercicio victorioso de la *querella* fue convertido por el emperador Justiniano —Novela 115, cap. III, § 14, y cap. IV, § 9— en sistema de *rescisión solamente de la institución de heredero* (340), manteniéndose válido el restante contenido del testamento (341).

Sin embargo, hubieron supuestos en los cuales —conforme el desarrollo de esta doctrina por los autores de Derecho común— algunos legados pudieron resultar invalidados, o bien en los que, por el contrario, la parte de la institución que excediese de la legítima del injustamente desheredado podía sostenerse como fideicomiso.

No se estimaron válidos los legados dispuestos a favor del mismo hijo que ejercitó la *querella* (342). La cuestión había sido discutida por la glosa y por los primeros comentaristas al ocuparse de la *Authentica "Ex causa"*, pero acabó imponiéndose la opinión de Bartolo (343), Baldo (344), Paulo de Castro (345) y Jasón (346). Según ésta: no cabía estimar razonable que lo dejado por el testador a un hijo para disminuirle su porción en la herencia pudiera servir para acrecentársela, dándose el absurdo de que el desheredado tuviese mayor parte que el instituido; y, puesto que el desheredado que exige un legado no puede luego impugnar el testamento, a la inversa, si impugna éste, no debe poder exigir después el legado. Más tardíamente

(339) Cfr. nuestro trabajo "Cautelas de opción...", I, A, a, α), loc. cit., pp. 436 y s.

(340) Nov. CXV, cap. III, § 14, inciso antepenúltimo: "*Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuado, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire...*". Análogamente para la desheredación injusta de los ascendientes, cfr. el cap. IV, § 9, inciso 2.º

(341) Prosigue el cap. III, § 14, inciso penúltimo: "*Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut libertates, aut tutorum donationes relinqui, vel quae libet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dare illis quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*". En parecidos términos, respecto de los ascendientes, cfr. cap. IV, § 9, inciso 3.º

(342) Cfr. nuestro trabajo "Cautelas de opción...", I, A, a, β), y notas 51 y ss., loc. cit., pp. 437 y ss.

(343) Bartolo de Saxoferrato, "In Secundam Codicis Partem Commentario", Lib. IV, tit. De Liber paret., Auth. *Ex causa*, n. 19 (cfr. ed. Augustae Taurinorum 1589, fol. 32 vto.).

(344) Baldo de Ubaldis, "Commentaria in sextum Codicis Libris", Tit. *De liber. praet.*, Auth. *Ex causa*, n. 60 (cfr. ed. Lugduni 1585, fol. 104).

(345) Paulus Castrensis, "In Secundam Codicis Partem Commentarium", Tit. *De liber. praet.* (Cod. VI-XXVIII), Auth. *Ex causa*, n. 15 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 70 lin. final y 70 vto.).

(346) Jason del Mayno, "Secunda super Codicis", "De liber. praet.", Auth. *Ex causa*, n. 15 (cfr. ed. Lugduni 1553, fol. 129 vto.).

Amato (347) precisó que si el hijo legatario impugnase la institución, su legado debía imputársele en la porción que le correspondiera ab intestato. Es de entender —creemos— que tan sólo en cuanto no excediera de ésta.

Pudo valer en parte lo dejado a título de herencia a los instituidos, a pesar de rescindirse la institución de herederos en virtud de la *querrela*, si el testamento contenía cláusula codicilar. Esta doctrina fue desarrollada por la glosa de Imola, Aretino y Jasón a la ley *Filii patri* (Cod. III-XXVI, 16) y las opiniones de Fulgoso, Alejandro, Bartolo, Baldo y Alberico (348).

La citada ley *Filii patri* 16, Cod. III-XXXVI, en su segundo apartado, parece, en efecto, admitir que aun cuando la voluntad del padre en su testamento fuese deficiente por inoficiosa y, por ello, hubiere lugar a la sucesión intestada, el juez debe atenerse a su voluntad en el juicio de partición de la herencia (349).

Como luego veremos, la eficacia al respecto de las cláusulas codicilar y *valere omni meliori modo quo possit*, expresas o sobreentendidas, fue ampliamente recogida por los autores españoles.

37. Las Partidas recogieron la doctrina romana sobre la desheredación injusta, consignándola en las leyes 1, 4, 6 y 7, tit. VIII, 6.^a Partida.

La ley 1, tit. VIII, 6.^a P., en la parte relativa a la desheredación injusta, dice: “El fijo, o el nieto del testador, o alguno de los otros que descenden del por liña derecha, que ouiesse derecho de heredarle si muriese sin testamento; si lo ouiesse desheredado a tuerto, e sin razon, puede fazer querrela delante el Juez, para quebrantar el testamento en que lo ouiesse desheredado: e el Juez deue oyr su querrela, e fazer emplazar al que es establecido por heredero en el testamento de su padre; e si fallare que fue desheredado a tuerto, o que en el testamento non fue fecha mencion del, deue el judgar que tal testamento non vala, e mandar entregar la herencia al fijo, o al nieto, que se querello. E tal demanda como esta es llamada en latin, Querrela inoficiosi testamenti, que quier tanto dezir, como querrela que se faze de testamento que es fecho contra oficio de piedad, e de merced, que el padre ouiera auer del fijo” ... “E lo que diximos en esta ley de los

(347) Antonius de Amato, Panormitano, “Variar Resoluciones Iuris Forenses et Practicabiles”, Pars I, Resolut. XXXVI, n. 26 (cfr. ed. novissima Lugduni 1668, p. 148).

(348) Cfr. Antonio Gómez. “Opus praeclarum... super Legibus Tauri”, Ley III, nn. 62, 64, 65 y 75 (cfr. ed. Salmanticae 1571; fol. 16 y s., y la cita de la ed. Lugduni 1701, pp. 139 y ss., en nuestros “Apuntes de Derecho Sucesorio”, I Parte, nota 173, ed. sep., p. 57, y A.D.C. últ. cit., p. 473).

(349) Cod. III-XXXVI, 16: “*Filii patris testamentum rescindendi si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed et si tam circa testamentum, quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eis declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum, ex senatusconsulto retentionis modo servato, familiae eriscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem patris oportere, iuris auctoritate significatur.*”

descendientes, entiendese tambien de los ascendientes que fuessen desheredados a tuerto, e sin razon; o si non fuesse fecha ninguna mención dellos en el testamento de los descendientes.”

La ley 4, en sus tres últimos incisos, precisa: “Otro si dezimos, que si alguno fuesse desheredado, callasse, e non querellasse fasta cinco años después que el heredero ouiesse entrado en la heredad del testador, que de los cinco años en adelante non se podria querellar; e maguer se querellasse, queriendo mostrar razon por que non deuia ser desheredado, non deue ser oydo. Fueras ende, si fuesse menor de veynte e cinco años. E este atal puede fazer tal querella fasta que sea de edad cumplida, e aun en los quatro años que se siguen despues.”

La ley 6 precisa que: “En cualquier manera, que otorgasse, o consintiesse el fijo, o el nieto, el testamento en que le ouiesse desheredado, assi como si le ouiesse dexado manda en él, o a su fijo, o a otro alguno que fuesse en su poder, e la recibiesse, o si el fuesse Abogado, o Personero, en defendiendo el testamento, o alguna de las mandas que fuessen en el escritas; o consintiesse en el testamento en alguna otra manera semejante destas, non podria despues querellarse, para quebrantar el testamento, nin deue ser oydo.”

Y la ley 7, del mismo título y Partida, añade: “Quebrantado seyendo el testamento por alguna de las razones sobredichas en las leyes deste título, tal fuerza ha este quebrantamiento, que luego que la sentencia es dada por el Juez para quebrantarlo, si non se alçare, o alçandose, si fuere dado el juycio de alçada contra el heredero, contra quien fuere dada, pierde porende aquella parte en que era establecido por heredero. Fueras ende, si fuesse fijo, o nieto del que fiziesse el testamento. Ca estonce este atal, maguer se quebantasse el testamento por querella de alguno de sus hermanos, aura la su parte, que deuia auer segun derecho. Otro si dezimos, que como quier que el fijo, o el nieto, que fuesse desheredado en el testamento, lo quebrantasse por algunas de las razones sobredichas, con todo esso las mandas que fueron y escritas, e las libertades, que fuessen y mandadas, e otorgadas a los sieruos, non se embargan, nin se desatan por esta razon. E sobre todas las razones que auemos dichas en este título, dezimos que el yerro que el padre pusiere al fijo en el testamento para desheredallo, quel heredero que establescire, es tenudo de lo probar, assi como diximos en el título de los desheredamientos.”

38. La ley 24 de Toro aplicó esta doctrina a las mejoras: “Quando el testamento se rompiere, o anulare, por causa de preterición, o exheredación, en el qual oviere mejoría de tercio o quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.”

Esta ley también quitó todo interés a la duda, que la ley 10, tít. VII, 6.^a Partida había alentado, acerca de si la desheredación hecha *sin expresión de causa* equivalía a la preterición y daba lugar a la nulidad

y no a la rescisión del testamento, opinión que Covarruvias había mostrado que carecía de consistencia (350).

En torno a estas citadas leyes giraron, como es natural, los criterios de los autores de Derecho castellano.

1.º *En cuanto al ejercicio de la querrela* se explicó (351) que podía verificarse: por modo de acción o mejor de imploración al juez para que rescinda la institución y poder suceder *abintestato*; o bien, por modo de excepción o reconvencción si el hijo desheredado se hallara en posesión de los bienes y el heredero escrito ejercitara contra él la acción *petitio hereditatis*. Se afirmó, incluso, “quod querella non est actionis nomen”: “Sed est causa et ratio, et titu ex quo hereditas petitur” (352).

El plazo de cinco años de prescripción (353) era aplicable a ambos modos de ejercicio (354), y su cómputo debía contarse desde la aceptación de la herencia por el heredero contra quien se ejercitase, aun a pesar de la ley del Ordenamiento en virtud de la cual no era necesaria la aceptación de la herencia para la subsistencia de las disposiciones testamentarias (355).

Conforme a las citadas leyes del Código (III-XXVIII, 36, § 2.º) y del Digesto (V-II, 6, 7 y 8) se admitió que la *querrela* sólo se transmitía: a los hijos y descendientes *iure sanguinis*, aunque en vida no hubiese sido iniciada ni preparada por el hijo; y a los herederos extraños solamente en caso de que el hijo en vida la hubiese preparado (356). Pero la transmisión *iure sanguinis* a los descendientes, se limita a los de los hijos injustamente desheredados, no a los de los ascendientes o hermanos propuestos a *turpis personae* (357).

2.º *En cuanto al título de adquisición del querellante victorioso*, vemos que Gregorio López reiteradamente insiste en que la parte que se le entregará es la que le corresponda ab intestato (358).

(350) Cfr. “El deber formal de instituir herederos...”, n. 9, notas 88 a 90, loc. cit., p. 23.

(351) Cfr. Gregorio López, gl. a las palabras “*pueda fazer querrela delante el Juez*” de la cit. ley 1, gl. 2 del tit. VIII, 6.ª P. (ed. y vol. cits., p. 562), y Antonio Gómez, “*Variae...*”, Lib. I, cap. XI, n. 20 (ed. cit., pp. 143 y s.).

(352) Cfr. Diego Spino. “*Speculum Testamentorum*”, gl. XX *principalis*, n. 80 (cfr. ed. Francofurti ad Moenum 1600, p. 854).

(353) Cfr. Antonio Gómez, op. y cap. últ. cits., n. 16, p. 142).

(354) Gómez, n. 20, vers. *Unum tamen* (p. 144).

(355) Cfr. Gregorio López, a las palabras “*después que el heredero ouiesse entrado en la heredad*” de la cit. l. 4, gl. 22 del tit. VIII, 6.ª P. (pp. 564 y s.), y Antonio Gómez, op. y cap. últ. cits., n. 18 (n. 142).

(356) Cfr. Gómez, n. 17 (p. 142), Spino, op. y gl. cits., n. 89, pp. 859 y s.

(357) Cfr. Diego Castillo, “*Las Leyes de Toro glosadas*”, lex XXIV, l. 29, *Limitat.* 1 y 2 (cfr. ed. Mathynae Campi 1553, fol. 109 vto.).

(358) Gregorio López, gl. a las palabras “*e mandar entregar la herencia*”, de la cit. l. 1, gl. 7 al tit. VIII (p. 563) y gl. a las palabras “*aura la su parte, que deua auer segun derecho*” de la l. 7 cit., gl. 42 al tit. VIII (p. 569). Andrea Angulo, op. cit., lex 8, gl. 4, nn. 6 y 7 (fol. 172 vto.). Tello Fernández, “*Cons-*

Sin embargo, se precisa que no se daba la querrela contra quienes fueran sucesores legítimos y no tuvieran asignado más de lo que les correspondía ab intestato (359). Por tanto, la institución podía rescindirse sólo en parte (360). Esa posibilidad de vencer sólo en parte en el ejercicio de la querrela, dio lugar a que se plantease quién debía satisfacer los legados ordenados (361), resolviendo Salgado de Somoza (362) que debían satisfacerse a prorrata por el querellante que venció a un heredero escrito y por el otro instituido que venció a aquél.

3.º) *Respecto la ineficacia de los legados dispuestos a favor del querellante*, Gregorio López (363) recogió la opinión de Bartolo en este sentido. Diego Castillo (364) y Palacios Ruvios (365), Antonio Gómez (366) y otros autores (367) la extendieron a la mejora a título de legado de tercio y quinto ordenada a favor del hijo que interpuso la querrela.

4.º) *Relativo al alcance de la ley XXIV de Toro, al ordenar la validez de las mejoras de tercio y quinto no obstante la rescisión de la institución*, se discutió si sólo valían las dispuestas a título singular o también las que se hubieren dispuesto a título universal:

a) En el supuesto de no haberse puesto de modo expreso en el testamento la cláusula codicilar ni la *valere omni meliori modo quo possit* debemos subdistinguir tres supuestos:

I) *Disposición del quinto a favor de un extraño*: Se consideró sólo válida tal atribución si se hacía a título de legado, e inválida si era otorgada a título de institución (368).

titutionum Taurinas Utilis Interpretatio”, lex XXIV, n. 3 (ed. Granatae 1566, fol. 194).

(359) Cfr. Gregorio López, gl. 7 cit. a la ley 1, tít. VIII, P. 6.^a (p. 563).

(360) Cfr. Antonio Gómez, “Variae...”, cap. últ. cit., n. 15 (p. 142).

(361) Gregorio López, gl. a las palabras “las mandas” de la cit. l. 7, gl. 46 del tít. VIII (p. 570).

(362) Salgado de Somoza, “Labiryntus creditorum concurrentium”, Pars II, cap. XI, nn. 38 y 39 (cfr. ed. Lugduni 1757, pp. 403 y s.).

(363) Gregorio López, gl. últ. cit.

(364) Diego Castillo, op. cit., lex XXIV, n. 2 (fol. 115 y vto.).

(365) Juan López de Bivero o de Palacios Ruvios, “Glossemata ad leges Tauri”, lex XXIX-XV, ap. 2.º y ss. (cfr. “Opera Omnia”, ed. Antuerpiae 1616, p. 587).

(366) Antonio Gómez, “Opus... super legibus Tauri”, l. XXIX, n. 3, § *Sed his non obstantibus ego teneo*, caso *Secundo*, vers. *Sed his non obstantibus contrarium est tenendum* (fol. 90 vto. in fine y 91).

(367) En este sentido, Matienzo, op. cit., Lib. 5, tít. 6, ley VIII, gl. III (fol. 155 vto.); Angulo, op. cit., lex 8, gl. 4, n. 6 (fol. 170 y vto.); Tello Fernández, op. y lex cits., n. 3 (fol. cit.).

(368) Cfr. Gregorio López, gl. a las palabras “lo quebrantasse”, vers. penúltimo de la ley 7, tít. VIII, 6.^a P., o gl. 45 al cit. tít. VIII (ed. cit., p. 570); Luis de Molina, S. I., op. cit., Tract. II, Disp. CXXXII, n. 7, vers. *Quod si apposita non esset clausula illa* (ed. y vol. cits. p. 270); Alfonso de Acevedo, “Commentarii Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones”, Lib. V, Tít. IV,

II) *Disposición de mejoras a favor de hijos también instituidos en el remanente*: En general los autores consideraron que en este caso, tanto si la mejora se hubiese otorgado a título singular como universal, era válida, ya sea entendiendo que en este último caso tal institución significaba un prelegado (369), o simplemente dado el valor codicilar atribuido al testamento dispuesto a favor de los hijos (370). Pero contra este criterio se manifestó Angulo (371), quien alegó que en los supuestos de preterición y de desheredación injusta no podía presuponerse tal cláusula tácitamente, pues la ley ordenaba que la herencia se distribuyera entre los hijos por partes iguales (372).

III) *Disposición de mejora a favor de un hijo no instituido en el remanente, si otro desheredado injustamente ejercita la querrela*. Es decir, si un padre que tenía tres hijos desheredó injustamente a uno, instituyó heredero a otro y mejoró en tercio y quinto al tercero. Tres posturas se observan entre los autores:

— Palacios Ruvios (373) distinguió según que al mejorado y no instituido en el remanente: se le hubiese atribuido la mejora a título universal, supuesto en el cual la consideró inválida; o a título singular, caso en el que estimó que el hijo mejorado era llamado abintestato con los demás y que era además prelegatario de la mejora.

— Matienzo (374) aplicó esta segunda solución a los dos supuestos.

— Y Antonio Gómez (375), en ambos, imputó la mejora a la legítima del mejorado, convertido en heredero abintestato, y sólo sostuvo la mejora en el remanente de tercio y quinto no cubierto por la cuota hereditaria, lo que estimó más de acuerdo con la verdadera intención del disponente.

IV) *En cuanto a la porción que deben recibir los hijos instituidos desigualmente o por partes iguales y el desheredado injustamente, no habiendo mejoras expresas*:

Antonio Gómez (376) estimó que invalidada la institución y aplicada la sucesión intestada, los hijos instituidos herederos universales

lex 1.^a, gl. 152 y 153 y tit. VI, lex 8, gl. 4 (cfr. ed. Lugduni 1738, t. III, pp. 112 y 181).

(369) Cfr. Palacios Ruvios, op. cit., nn. XII y XIII (p. 586); Antonio Gómez. "Opus supra legibus Tauri", lex XXIX, n. 3, vers. "Sed contrarium est dicendum", fol. 90 vto.

(370) Cfr. Antonio Gómez, loc. últ. cit., n. 3, vers. "Sed salva paci tanti Doctoris" (fol. 91 vto.).

(371) Angulo, op. cit., lex VIII, gl. II, n. 7, (fol. 167 vto. y s.).

(372) La Nov. CXV, cap. III, § 14, vers. penúltimo, dice: "*ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire*".

(373) Palacios Ruvios, op. y lex cits., n. XI, ap. 2 y 3, y n. XIV, respectivamente. Le sigue Angulo, n. 7 en rel. n. 3, gl. cit., fol. 166 vto. y 167 vto.

(374) Matienzo, lex últ. cit., gl. I, nn. 7 y 8, fol. 155.

(375) Gómez, lex últ. cit., n. 4, (fol. 91 vto. y s.). He ahí su solución: "talis filius melioratus habeat legitimam ab intestato, et in super illud plus et residuum usque ad complementum tertii et quinti, quod tenentur alii fratres sibi restituere pre viam praelegati et fideicommissi".

(376) Gómez, op. últ. cit., lex III, n. 86, vers. "Quartus effectus" (fol. 18 vto. in fine y s.).

o los instituidos en mayor porción que la legítima debían recibir, por vía de prelegado o de fideicomiso, la parte asignada en el testamento de sus coherederos, es claro que una vez salvadas las legítimas estrictas de los demás. Y el jesuita Luis de Molina (377) explicó que los hijos instituidos se consideraban mejorados en los bienes de los que el padre pudo disponer libremente y que el injustamente desheredado debía entregarles por vía de fideicomiso lo que ab intestato recibiere de más de su legítima.

El razonamiento en favor de este criterio, se apoyaba: En la ley *Filiū patris* (378), Cod. *De familiae erciscundae* (Cod. III-XXXVI, 16), de la que se deducía que, en esos casos, se sucedía *ab intestato*, pero según las partes determinadas en el testamento (379). Y el valor codicilar del testamento *inter liberos* (380). Razones de las que, según hemos visto, discrepó Angulo (381).

b) *En el supuesto de haberse puesto la cláusula codicilar expresa*, no ofreció duda que el injustamente desheredado debía restituir, en todo caso, lo que excediese de su legítima estricta a los descendientes del testador instituidos en mayor porción (382) y el quinto al extraño instituido heredero (383).

5.º) *Con referencia a los supuestos en que la querrela se entendía renunciada y no podía ejercitarse*, tenemos la respuesta dada en la ley 6, tit. VIII, 6.ª Partida —antes transcrita en lo pertinente—, que siguió el criterio dominante en el Derecho común.

B) *En el Código civil.*

a) *Génesis del artículo 851 C. c.*

39. Al aproximarse el período codificador, se mantiene la doctrina tradicional. Sólo se pone en duda por algunos el valor de la cláusula codicilar, expresa o tácita, que muchos rechazan como una anti-cualia (384).

(377) Luis de Molina, S. I., op. y Tract. cits., Disp. CXXXII, n. 8 (vol. cit., p. 270).

(378) Cfr. *supra*, nota 349.

(379) Gómez, lex III, nn. 62 (fol. 16).

(380) Gómez, lex III, nn. 62, 64, 65 y 75 (fol. 16 y s.); Matienzo (gl. últ. cit., n. 7, fol. 155), Molina S. I., Disp. últ. cit., n. 8, vers. final (p. 270), si bien parece desmentirse previamente en los nn. 4, vers. *Utrum autem* (p. 269 *in fine* y s.), y n. 5, vers. *Non inmerito dixi* (p. 270).

(381) Angulo, gl. últ. cit., n. 7 (fol. 167 vto. y s.).

(382) Gómez, lex III, n. 64 (fol. 16); Angulo, gl. últ. cit., nn. 6, 8 y 9 (fol. 167, 168 y vto.); Luis de Molina S. I., Disp. cit., n. 8 (p. 270); Parladorio, "Quotidianarum Differentiarum sesqui centuria", Diff. CXLVIII, n. 8 (cfr. Opera Omnia, ed. Coloniae Allobrogum 1761, p. 389).

(383) Gómez, lex III, n. 78 (fol. 17 vto. y s.); Luis de Molina S. I., Disp. cit., n. 7 (p. 270); Acevedo, loc. últ. cit.; Parladorio, loc. cit., nn. 7 y 8.

(384) Mantiene la doctrina tradicional, siguiendo la opinión de Gómez: Josef Febrero, op. cit., Lib. I, cap. I, § XVIII, nn. 198 a 200 (3.ª ed. Madrid 1783, t. I, pp. 169 y s.); Juan Alvarez Posadilla, "Comentarios a las leyes de Toro", Ley 3 (Madrid 1796, pp. 59 y s.). De los continuadores de Febrero, mantienen

El Proyecto de 1851, en su art. 669 dispuso que: "La desheredación hecha sin expresión de causa o por una que no sea de las legales o cuya certeza no haya sido probada, anulada la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no perjudiquen a la legítima."

García Goyena (385) explicó que el artículo adopta la disposición de la ley 24 de Toro, "dándole mayor claridad y amplitud.

Y líneas después añadía que: "Los intérpretes de Derecho Romano llevaron la manía de disputar hasta poner en duda si, en caso de hacerse la desheredación sin expresar la causa, regiría la Novela 115, o más bien sería nulo el testamento en todas sus partes". "Algunos intérpretes de nuestro Derecho Patrio han afectado la misma duda, pero con mucha mayor temeridad: porque séase lo que se quiera del lenguaje antiguo y descuidado de las leyes 10 y 11, título 7, Partida 6, de ley 24 de Toro (recopilada 8, título 6, libro 10) ordena que valgan las mejoras del tercio o quinto, no sólo en el caso de romperse el testamento por ex-heredación, sino en el de anularse por preterición; y no se descubre razón por que no hubieran de valer las

la posición del autor: Eugenio de Tapia en el "Febrero Novísimo", Lib. II, tit. II, cap. XXIII, nn. 4 y s. (cfr. nueva ed. Valencia 1839, t. I, p. 571 y s.), y también Joseph Marcos Gutiérrez en la 3.^a edición del "Febrero Reformado y Anotado o librería de Escribanos", P. I, cap. I, § XII, n. 194 (cfr. ed. Madrid 1805, t. I, p. 116 y s.), pero éste ya observa que: "La doctrina acerca de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposición real, sino en el derecho común y en A. A., por la cual ofreciéndose el caso debe examinarse bien, si ha de estarse a ella" (nota 1 al n. 192, p. 115). García Goyena, Aguirre y Montalbán, en la 4.^a edición de su "Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos", n. 157 (Madrid 1852, t. I, pp. 461 y s.), anotan que "en nuestra opinión puede hacerse en codicilo lo mismo que en testamento" y "no admitimos la maravillosa cláusula codicilar, sobre la cual se explica también el reformador de Febrero en los términos siguientes: "Después de haber reflexionado bien sobre el párrafo de la *cláusula codicilar* que trae Febrero hemos creído deber omitirla enteramente en esta cuarta edición, ya no por apoyarse su doctrina sino en el derecho común y en los intérpretes vulgares, y ya por ser infundada y contraria a nuestras leyes como fácilmente puede demostrarse." Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, en sus "Elementos del Derecho Civil y Penal de España", n. 11 al final, escriben: "Nada decimos de la cláusula codicilar, que reputamos inútil, pues de ella no hacen mención tampoco nuestras leyes" (cfr. 13.^a ed. Madrid 1888, t. II, p. 19). Y Benito Gutiérrez, "Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español", Lib. III, cap. V, Sec. II, § II (Madrid 1863), t. III, p. 526), al comentar la ley 24 de Toro, dice, que aunque ningún valor dé a la cláusula codicilar, opina como Gómez que vale la mejora dispuesta a título de herencia a favor de un hijo si otro rompe la institución por desheredación injusta o por preterición.

Como vemos, la visión racionalista de los juristas no forales del pasado siglo les impedía ver, entender y valorar la labor concreta y práctica de artesanía jurídica que a través de la cláusula codicilar, expresa y tácita, realizaron los juristas, que alguno de ellos califica de vulgares (Bartolo y Baldo, entre los de Derecho común; Antonio Gómez, Covarruvias, entre los de Derecho Real), para coordinar la voluntad del testador y la rigidez de la ley con el fin de armonizarlas hasta el máximo.

(385) Florencio García Goyena, op. y vol. cits., art. 669, pp. 112 y s.

mandas, puesto que nunca podían exceder del quinto: de todos modos el artículo corta esta cuestión.”

La sanción del art. 669 para la desheredación injusta no se diferenciaba de la prevista en el art. 644 del mismo Proyecto, para la preterición, de la cual decía ésta que “anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”. Nótese que la única diferencia literal en la expresión del resultado se halla en el inciso final “en cuanto no perjudiquen a la legítima”, en el art. 669, y “en cuanto no sean inoficiosas”, en el artículo 644; pero obsérvese que sustancialmente ambas expresiones son equivalentes: ser inoficioso y lesionar la legítima significan lo mismo.

Notemos también que la solución del Proyecto de 1851 —pretendiendo superar “formalismos anticuados”, como se calificaba a la cláusula codicial— cayó el formalismo de separar en un dualismo irreductible la institución de herederos y las mandas o mejoras, olvidándose de valorar la íntima intención del testador que con la cláusula codicular se había pretendido precisar. La validez de lo atribuido a título de institución sosteniéndose como prelegado, en virtud de esta cláusula, sirvió a ese fin al hacer prevalecer la intención del testador, en cuanto no rebasase el límite de la legítima, con una flexibilidad que se perdía con el criterio del art. 669 del Proyecto.

El art. 837 del Anteproyecto 1882-88, con diferencias de redacción (386) mantuvo el mismo criterio del 669 del Proyecto de 1851.

Pero el art. 851 del Código civil, entre otros cambios de mera redacción, contiene una rectificación sustancial. Su texto dice:

“Art. 851. *La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en uno de los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudiquen al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.*”

Mientras el art. 814 C. c. mantiene para la preterición la sanción de que: “anulará la institución de heredero” —como decía el art. 644 del Proyecto también para la preterición y el 669 del mismo para la desheredación—, en cambio, el art. 851 C. c. para esta última institución limita este efecto “en cuanto perjudique al desheredado”. Así se alcanza el mismo resultado al que se lograba, según los autores, con el uso de la cláusula codicular, y, según Gómez, Matienzo y Molina, en el testamento a favor de los hijos por el valor codicular tácito de éste. Hoy sí que, por fin, puede decirse que con el Código civil se alcanza directamente lo que con cautelas y sutileza lograron los juristas en el Derecho histórico. La línea evolutiva, trazada por su es-

(386) Art. 837 Antep. 1882-8: “La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza no se pruebe, o que no sea una de las legales, anulará la institución de heredero; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en cuanto no perjudiquen a la legítima.”

fuerzo, queda coronada, armonizándose hasta el límite de lo posible la voluntad del testador y el derecho imperativo de las legítimas.

b) *Régimen de la desheredación injusta en el Código civil.*

40. *Si la desheredación injusta ha sido efectuada por error del testador, ¿cabe aplicarle la sanción de la nulidad total?*

La pregunta va ligada a la interpretación del art. 767 § 1.º C. c., y, concretamente, a si lo dispuesto en este precepto respecto la institución de heredero o el nombramiento de legatario es aplicable a la desheredación. Previene el art. 767 § 1.º: "*La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa.*"

Creemos que es la misma la *ratio* para la institución y para la desheredación en este caso, y que, por ello, el texto del art. 767, § 1.º, ha de hacerse extensivo a la desheredación que se exprese como basada en una causa que resulte falsa.

Es requisito de esa nulidad, "*que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal... si hubiese conocido la falsedad de la causa*".

Por ello, sería nula la desheredación si del tenor del testamento, al expresar la causa, o de otras circunstancias del mismo, o incluso del conjunto de sus disposiciones útiles para alcanzar el sentido de la cláusula atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar la última voluntad —las cuales pueden ser extrínsecas, aunque siempre deben ser apreciadas con relación al tenor del testamento (387)— resultase que si el testador hubiese conocido la falsedad de la causa en que basó la desheredación no la habría efectuado.

En cambio, no parece suficiente esa nulidad total de la desheredación, que dotaría al desheredado de su cuota ab intestato íntegra, para invalidar o reducir los legados, mandas o mejoras que la disminuyan, en cuanto no resulten inoficiosas, salvo si la expresión de la causa falsa la comprendiera también como fundamento de estos efectos. En general, se desconoce cual hubiese sido la voluntad del testador, en cuanto a los legados, mejoras o mandas, de haber sabido la falsedad de la causa en que basó la desheredación, por lo cual no puede implicar la invalidez de ellas (388).

(387) La S. 18 diciembre 1965 interpreta que el tenor del testamento, a que alude el art. 675 C. c., "se refiere al conjunto de disposiciones útiles para alcanzar el sentido de las cláusulas dudosas atendidas las circunstancias que tuvo en cuenta el testador para ordenar su última voluntad"; y, entre estas, atendió el Tribunal Supremo, para interpretar el tenor del testamento, a cuáles fueron los lugares en que vivió y murió la testadora.

(388) Cfr., respecto esta cuestión, Scaevola, op. cit., vol. XIV, art. 751, p. 1008, quien creemos que confunde legados y parte de libre disposición, la

Examinado este supuesto excepcional, vamos a volver a ocuparnos de la desheredación injusta, en sus supuestos normales de que se haya efectuado sin que se demuestre que el testador la efectuó con error determinante de la misma, y a esos supuestos normales dedicaremos la exposición que sigue.

41. *Acción para reclamar contra la desheredación injusta. Su naturaleza y ejercicio.*

El art. 851 literalmente dice de la desheredación injusta que “*anulará la institución de heredero en cuanto...*”. La pregunta que aquí formulamos es *si la acción de que dispone el desheredado injustamente es de nulidad, de anulabilidad o de rescindibilidad o impugnabilidad.* En su respuesta, los pocos autores que se la han planteado, no se han mostrado de acuerdo:

— La opinión de los primeros comentaristas (389), coincidente con los antecedentes históricos de la institución, señala que la acción para ejercitar los derechos dimanantes del art. 851, es la vieja *querella inofficiosi testamenti*, aunque no parece que todos ellos fueran totalmente consecuentes con su aseveración (390) o conscientes de la importancia de sus consecuencias (391). López R. Gómez (392) entendió que, “*dado el silencio del Código civil, en las disposiciones*

cual puede ir embebida en la institución de heredero o bien ser dispuesta a título singular.

(389) Manresa, op. y vol. cits., art. 851, p. 568; Nicolás López R. Gómez, “*Tratado Teórico-legal del Derecho de Sucesiones*”, vol. I (Valladolid 1891), cap. XVII, art. 1.º, n. 10, p. 618; Scaevola, op., vol. y art. cits., p. 1007; Sánchez Román, op. cit., vol. VI-II, cap. XVI, n. 24, p. 1111; Rafael Ramos Bascañana, “*De las sucesiones*”, vol. II (Madrid 1898), cap. XXXV, n. 12, p. 242.

(390) Así Manresa, loc. cit., se remite a lo dicho por el mismo respecto de la querella de inoficioso testamento, al comentar el art. 814, y ahí dice (p. 354) que: “*Para pedir la anulación corresponde al heredero preterido una acción que siempre se ha llamado querella de inoficioso testamento*”; pero seguidamente, pocas líneas después, señala como plazo de prescripción el de treinta años, si en la herencia hubiese bienes inmuebles, o el de seis años si sólo hubieran bienes muebles.

(391) Así Sánchez Román (loc. últ. cit., pp. 1110 y s.) dice: “*La anulación o insubsistencia de la institución de heredero es el supuesto, en el antiguo Derecho, de la querella de inoficioso testamento para solicitar y obtener dicha anulación. “Anulará”, dice el artículo, que, en otro lenguaje más corriente, quiere decir será nula la institución de heredero que se hiciere en el testamento, en el caso de desheredación, sin las condiciones legales precisas, que equivale a invalidación, o mejor a insubsistencia, puesto que nunca fue válida desde que se ordenó fuera en los términos estrictamente necesarios según ley, y mal puede anularse e invalidarse, lo cual supone que alguna vez fue válida, cuando no lo fue desde ab initio, a no ser que se explique esta solución, desde el punto de vista del rigor técnico-legal, de que mientras no se ejercite querella de inoficioso testamento por parte del desheredado en forma ilegal, no sobreviene la consecuencia de la anulación de la institución de heredero, y, por tanto, esta subsistiría; pero aparte estas rectificaciones de lenguaje, que no tienen importancia para el manifiesto sentido legal...*”. Repárese en esa calificación que Sánchez Román hace, como “*rectificaciones de lenguaje, que no tienen importancia*”.

(392) López R. Gómez, op. y vol. cits., cap. IX, art. 3, p. 318.

relativas a la nulidad de los testamentos, a la preterición y a la desheredación injusta o con causa falsa, no establece distinción alguna entre las acciones ordinarias y extraordinarias de nulidad”, no hay medio hábil de sostener su “carácter especial y extraordinario”.

— Guillermo G. Valdecasas (393), a través de su distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima (394), llega a la conclusión de que en caso de desheredación injusta la institución en cuanto perjudique al desheredado es nula radicalmente y se produce “la delación forzosa de la cuota reservada si la institución de heredero hecha por el testador sobrepasa la parte de libre disposición en perjuicio de la legítima del desheredado”. “La nulidad parcial de la institución de heredero en la medida en que perjudica al desheredado, es decir, en cuanto le priva de la cuota reservada, es efecto que va necesariamente aparejado con la delación forzosa de esta última” (395). Y precisa que: “La nulidad parcial de la institución de heredero es radical y se produce *ipso iure* en el momento del fallecimiento del testador que es también el momento en que se defiere y transmite al legitimario la cuota reservada” (396).

Para este autor (397), ello es consecuencia inevitable de la prohibición impuesta al testador de disponer de la legítima (es decir, de la cuota reservada) (artículo 806), de que “los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley son nulos (art. 4.º del Código civil)” y de que “si con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2.º del mismo art. 813 hay que considerar nulos los gravámenes impuestos por el testador sobre la cuota reservada, con mayor razón habrá que considerar nula la institución de heredero en cuanto implica disponer de dicha cuota en perjuicio del heredero forzoso, que se vería privado de ella” (398).

A juicio nuestro, en el Código civil, la desheredación injusta no origina una nulidad automática *ipso iure*, sino que es precisa la *impugnación* para *quebrantar* la desheredación y, en lo preciso, la institución de heredero, *rescindiéndola* por su *inoficiosidad* en cuanto perjudicare a la legítima del desheredado injustamente. He ahí nuestras razones:

1.º) La ley de Bases de 11 mayo 1888, en sus Bases 1.ª, 15 y 16, que se remiten al Derecho histórico patrio —la 15 específicamente en cuanto al tratado de sucesiones con las excepciones más cuantitativas que cualitativas indicadas en la 16—, sin que ningún precepto del Có-

(393) Guillermo G. Valdecasas, “La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor”, II, 3, en R. Dr. Pr. XLVII, pp. 966 y ss.

(394) Cfr. nuestra crítica a esta tesis de Guillermo G. Valdecasas en “Notas críticas a la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima”, II, en A.D.C. XVIII-I, pp. 57 y ss.

(395) Guillermo G. Valdecasas, pp. 967 y s.

(396) Pág. 970.

(397) Pág. 968.

(398) La inaplicabilidad de estos tres preceptos, a la desheredación injusta, en el sentido pretendido por Guillermo G. Valdecasas, la razonamos abundantemente en “Notas críticas...” cit., n. 21, I, II y III, loc. cit., pp. 84 y ss.

digo indique otra rectificación sustantiva de la querella de testamento inoficioso que no sea la limitación cuantitativa de sus efectos, y sin que la presuponga el empleo de la palabra “*amulará*”, pues ya en el Derecho histórico fueron usadas indistintamente los sustantivos *nulo* y *rescindido* o sus formas verbales (399); y hemos visto antes el carácter de la *querella* como título para romper, quebrantar o rescindir la institución.

2.º) La desheredación verificada con alguno de los defectos señalados en el art. 851, puede ser aceptada por el desheredado, que apruebe el testamento, en cualquier forma expresa o tácita (400), o que renuncie a impugnarlo o a ejercitar la acción que al efecto le corresponde. Esta posibilidad presupone una situación provisional de expectativa o espera mientras no triunfe la impugnación o se produzca la renuncia o la aceptación.

3.º) Concretamente la verdad de causa invocada se presupone aunque no sea verdadera, salvo “*si fuese contradicha*”, lo cual también exige y requiere la iniciativa del desheredado para invalidar la desheredación.

4.º) Si para la preterición resulta que sólo el preterido puede ejercitar la acción correspondiente y no puede declararse de oficio (401), con mayor razón, por tratarse más aún y siempre de una injuria personalísima al injustamente desheredado, sólo éste debe poder ejercitar tal acción; y, por tanto, respecto terceras personas, interesadas o no, la disposición testamentaria tiene validez, en tanto aquél no ejercite su acción (402).

(399) El texto de Marciano, Dig. V-II, 2, que explica la *ratio* de la *querella inofficiosi testamenti* dice: “*nullum est testamentum*”. Y la ley XXIV de Toro entrecruza “*rompiere, o amulare*” con “*por causa de preterición o exheredación*”, haciéndolas indistintas en sus efectos.

(400) Cfr. nuestro trabajo “Cautelas de opción...”, III, D, loc. cit., pp. 667 y ss., aunque la cuestión en ese trabajo la enfocamos más especialmente respecto a la subsistencia de gravámenes que afectan a la legítima, que requiere una mayor especificación por parte del renunciante a impugnar el testamento por la querella, como allí se explica.

(401) Cfr. “El deber formal de instituir...”, n. 28, loc. cit., pp. 85 y ss.

(402) *¿Qué posición debe observar el Registrador de la propiedad ante una desheredación injusta?*

Ramos (loc. últ. cit., n. 13, p. 244) contestó que: “siendo el efecto, al probarse no ser justa la desheredación, la nulidad de la institución, y tratándose de herederos forzosos, perjudica la adquisición del derecho inmediatamente que se adquiere, entendemos que no puede inscribirse sin aquiescencia del desheredado, porque admitida la inscripción sin justificarse estos extremos y perjudicando a tercero la adquisición, las enajenaciones que de los bienes de la herencia se hicieran no podrían rescindir, y, por tanto, el desheredado que se declarase heredero sería perjudicado por los demás si éstos hubiesen enajenado las fincas; enajenaciones que, como decimos, no vendrían afectas a la rescisión porque apareciendo en el Registro que el transmitente las adquirió a título de heredero forzoso, y no constando si había reclamación alguna contra la desheredación, el adquirente de dichos bienes no viene afecto a responsabilidad alguna; y de aquí entendemos que, sin justificar los extremos antes expuestos, no puedan ser inscritas esas herencias.”

5.º) La disposición hereditaria, a pesar de ser injusta la desheredación, puede mantener su contenido económico íntegramente, si la legítima del desheredado se halla cubierta por donaciones, pues la finalidad del art. 851 queda ya cumplida en el aspecto material, y aunque la querrela puede triunfar en cuanto el aspecto moral, declarándose la nulidad de la desheredación y la condición personal de heredero forzoso del injustamente desheredado, ninguna atribución de bienes habría de rectificar.

42. *Su transmisión y su prescripción.*

Dos corolarios cabe intentar sacar de lo expuesto:

I) Si la acción del injustamente desheredado es continuación de la querrela de testamento inoficioso, parece que, como ésta, debe considerarse personalísima, ejercitable en vida del injustamente desheredado únicamente por él mismo y solamente transmisible a herederos si el injustamente desheredado ya hubiese iniciado el ejercicio de la acción o lo hubiera preparado interponiendo el acto de conciliación, con la sola salvedad a esa regla de la transmisibilidad *iure sanguinis* a los descendientes del descendiente injustamente desheredado. En los otros casos la muerte de éste, así como su renuncia, extingue la acción.

II) En cuanto a su plazo de prescripción el problema es más arduo.

Manresa (403) y Ramos (404), pese a considerar que la acción del desheredado es la querrela de inoficioso testamento, aplican la prescripción de treinta años si en la herencia hubiesen bienes inmuebles y de seis años si sólo la integrasen bienes muebles. El segundo, alega el silencio del Código civil sobre la prescripción de esa acción y también de la prescripción de las acciones mixtas. Lo mismo aduce López R. Gómez (405), quien explica que ante el silencio de los arts. 814 y 851 habrá que acudir al título que el Código dedica a la prescripción de acciones "por si alguno de los artículos que contiene pudiera serle aplicable".

Roca Sastre ("Derecho Hipotecario", vol. II, tema XXXIII, II —5.ª ed. Barcelona 1954—, p. 675) dice, por el contrario: "Creemos que el Registrador no debe calificar si se trata de una desheredación justa, pues aparte de que no es de su competencia apreciar la certeza del hecho que constituye la causa alegada de desheredación, aquí debe atenerse a la mera resultancia de los documentos."

El art. 15, b), 4.º, de la Ley Hipotecaria parece aceptar esta posición, y, aunque la aplicación concreta del art. 15 se reduzca a Cataluña, lo cierto es que la referencia a la posibilidad de no inscribir una desheredación pendiente de impugnación corresponde a la mecánica general del sistema. *Sensu contrario*, también presupone esta norma que, antes de transcurrir los cinco años de la mención de la desheredación, ésta advierte a terceros de la posibilidad de su impugnación.

(403) Manresa, loc. últ. cit., p. 354.

(404) Ramos, loc. últ. cit., n. 13, p. 243.

(405) López R. Gómez, op. y vol. cits., cap. IX, art. 3, p. 318.

García Bernardo, (406), ante ese silencio, propone el plazo de quince años que el art. 1.964 C. c. aplica a las acciones personales “que no tengan señalado término especial de prescripción”.

Nosotros, al ocuparnos de la preterición, propusimos el plazo de cuatro años que a las acciones rescisorias asigna el art. 1.299 C. c., a contar con respecto a las personas sujetas a tutela y para los ausentes respectivamente desde que cese la incapacidad o sea conocido el domicilio (art. 1.299, § 2.º). Plazo que parece suficiente en una sucesión entre parientes tan íntimos como son los legitimarios y que es el más acorde con la naturaleza que históricamente se asignó a la *querrela*.

La S. 15 febrero 1918, en un supuesto en que la desheredación injusta fue declarada, rechazó el recurso que se oponía a que se declarase la nulidad de la partición efectuada, argumentando que la demanda había sido presentada cuatro años después de efectuada aquélla y mucho más de cuatro años más tarde de que el demandante hubiese alcanzado la mayoría de edad. Pero es de notar que en la litis no se discutió el plazo para ejercitar la acción por desheredación injusta, ni se opuso la naturaleza rescisoria de ésta, sino que la parte demandada aceptó tácitamente que no había prescrito pues sólo opuso la prescripción específica de la acción rescitoria por lesión en la partición que el artículo 1.076 señala en cuatro años.

El art. 15, b, n. 4.º, de la Ley Hipotecaria, introducido en ella por la reforma de 1944-46, determina que: “*Cuando el causante hubiese desheredado a algún legitimario o..., se entenderá que los legitimarios aludidos aceptan respecto a tercero la desheredación... si durante el plazo determinado en el apartado a) de este artículo no impugnaren dicha disposición*”. Plazo que, el aludido apartado a, es fijado en “*los cinco primeros años de la fecha de la mención*”. Roca Sastre (407) lo interpreta de esta forma: “transcurridos los primeros cinco años de las menciones de desheredación, sin que conste anotada impugnación alguna de los legitimarios, caducarán de derecho las expresadas menciones...”. Es decir, *cesarán de afectar a tercero*.

Pero ¿es sólo aplicable el precepto de dicho n. 4.º —como el resto del art. 15 L. H.— a los supuestos de sucesión regida por el Derecho catalán? En general se entiende que este artículo es únicamente aplicable en Derecho catalán (408). Sin embargo, se han planteado dudas de si lo es, en el régimen del Código civil, a los supuestos del artículo 840, legítima de los hijos naturales, y del 1.056, § 2.º, disposición del padre para conservar indivisa una explotación (409). De ser así,

(406) Alfredo García-Bernardo Landeta, “La legítima en el Código civil” (Oviedo 1964), p. 136.

(407) Roca Sastre, op., vol. y tema cit., n. IV, p. 692.

(408) Angel Sanz Fernández, “Comentarios a la nueva ley hipotecaria” (Madrid 1945), art. 15, n. 3, pp. 138 y ss. Cfr. Roca Sastre, op. vol. y tema últ. cit., I, p. 666.

(409) Juilán Dávila García, “Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad”, en R.C.D.I. XVII, año 1945, p. 649; Roca Sastre, loc. últ. cit., pp. 667 y s.; Ramón de la Rúa y Arenal, “Comentarios a la ley de reforma

el supuesto de desheredación sería de general aplicación pues no difiere en las hipótesis de que jueguen los arts. 840 y 1.056, respecto de las demás posibles en el régimen del Código civil. Y, por esto, algún autor (410) da por sentada su aplicación al régimen general de esta institución. A nosotros la cuestión nos parece dudosa.

43. *Efectos de la desheredación injusta en caso de prosperar la acción contra ella.*

a) En cuanto a la *institución de heredero*, dice el art. 851 C. c. que se “anulará en cuanto perjudique al desheredado”. Hemos visto cual es el sentido no rigurosamente técnico sino genérico de la expresión *anulará*. Ahora debemos precisar las consecuencias ulteriores de esa invalidación, es decir: qué se invalida, quiénes sufren la invalidación y en qué proporción, y cómo cubre el injustamente desheredado su cuota y qué se le imputa a ella.

I) *¿Qué parte de la institución se invalida?*

Hemos dicho antes, y así lo habíamos ya apuntado hace años (411), que el art. 851 ordena directamente el mismo resultado práctico a que habían llegado los autores castellanos a través de los efectos de la cláusula codicilar, o de la *valere omni meliori modo quo possit*, ya sea expresas o bien tácitas en los testamentos *parentem inter liberos*. Con la diferencia que el resultado, que allí se lograba oblicuamente, sosteniéndose como legado o fideicomiso el exceso de la cuota de institución en cuanto no fuese inoficioso, hoy el art. 851 lo resuelve directamente al declarar válida la institución que no perjudique la legítima del desheredado injustamente. La lucha para que la voluntad del testador se cumpla en todo aquello que no invada los límites de las legítimas, que antes chocaba con unos viejos formalismos, pero que eran contrarrestados con otros formalismos neutralizantes, hoy se logra sin necesidad de recurrir a éstos.

Sin embargo, la doctrina no se ha mostrado concorde en este punto. La duda continúa para algunos en la hipótesis de desheredación de un descendiente, cuando no existe mejora expresa ni legados que reduzcan la institución de herederos a la legítima estricta, sino que tal institución la rebasa y entre los instituidos hay otros descendientes

hipotecaria” (Madrid 1945), III Parte, II, p. 173, nota 1; Lacruz Berdejo, *Notas cit. a Binder*, § 34, p. 309.

(410) Luis Gómez Morán, “Tratado Teórico-Práctico de Particiones” (Madrid 1950), cap. V, p. 385, concluye que: “por lo que se refiere a los bienes inscritos en el Registro, la nueva Ley reforma el Código civil al establecer un plazo para la impugnación de la desheredación que no aparece previsto en ningún artículo de éste, y que, antes bien, pudiera decirse que se halla en contradicción con los artículos 1.936 y siguientes de dicho Código”.

(411) “La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”, conferencia en la Ac. Matritense del Notariado el 24 enero 1950, VI, 2: cfr. en *Anales de la Ac. Mat. del Not.*, vol. VIII (Madrid 1954), p. 60 y nota 161.

que reciben por este título una porción mayor. Se trata de concretar si, en ese caso, la institución sólo se reducirá hasta cubrir la legítima estricta del desheredado, o bien hasta satisfacerle la legítima larga, en cuanto no se haya disminuido con legados o mejoras expresas, o incluso en este supuesto hasta completarle su cuota viril ab intestato. Tres opiniones he han expuesto al respecto:

— La posición *más amplia*, que sólo ha sido excepcionalmente defendida (412), sostiene que el mal desheredado “ha de percibir una cuota viril de toda la herencia”, en cuanto no hayan legados ni mejoras; pues estima que en estos casos “no hay parte libre ni mejora” y “la legítima equivalente a la cuota legal (intestada)”. Pero esta última afirmación, además de ser gratuita, contradice el texto del artículo 808 C. c., que señala la cuantía de la cuota legitimaria, y lleva a equiparar los efectos ordenados en el artículo 851, para la desheredación injusta, con los previstos en el artículo 814, para la preterición, en contra de lo que resulta de la expresa modificación del texto de aquél, que no pudo tener otro sentido que el de reducir los efectos de aquélla.

— La posición *lata*, que refiere la cuota del desheredado injustamente a los dos tercios o legítima larga, en cuanto no la reduzcan mejoras expresas o legados imputables al tercio de mejora, fue defendida por Sánchez Román (413) —a quien ha seguido Puig Peña (414)— y se apoya fundamentalmente en que, suscribir la opinión restrictiva de los derechos del injustamente desheredado a su legítima estricta, “equivale a la admisión de una mejora *tácita*, contraria al sistema general del Código que quiere que todas sean expresas —fuera de aquellas dos excepciones [se refiere a las de los arts. 828 y 872 C. c....], según literal y concretamente lo confirman los artículos 825 y 828 del mismo”. Pero, lo cierto es que no existe en el Código civil ninguna regla general que prohíba la mejora *tácita*, pues los arts. 825 y 828 sólo contienen dos reglas particulares de las que no puede deducirse una regla general de más amplio ámbito que la suma de que aquéllas tenga (415), y además se incurre en la confusión de mejora *tácita* con la mejora *presunta* (416) de las donaciones contenida en las leyes 26 y 29 de Toro, que fue la que el art. 825 C. c.

(412) Francisco Espinar Lafuente, “La herencia legal y el testamento” (Barcelona 1956), n. 166, p. 369 y nota 137.

(413) Sánchez Román, op., vol. y cap. últ. cit., n. 24, p. 1111, y n. 35, a. 1.º, p. 1141.

(414) Puig Peña, “Tratado...” cit., vol. V-II, cap. XV, 8, B, b, pp. 444 y s.

(415) “La mejora *tácita*”, IV, 2, pp. 26 y s.

(416) “La mejora *tácita*...”, I, 2, loc. cit., pp. 16 y s. En igual sentido, Roca Sastre, *Notas al Derecho de Sucesiones de Theodor Kipp*, vol. II (Barcelona 1951), cap. VII, Apéndice, I, pp. 358 y ss.: “lo que ha querido el Código en dichos arts. 825 y 828 es acabar con el sistema de *conjeturas* en favor de la existencia de la mejora, a cuyo sistema estaban tan aficionados los autores de Derecho intermedio, pero no abolir la mejora *tácita*, que, como la expresa, revelan sin duda la voluntad de mejorar”.

quiso derogar (417), y en la inadvertencia de que el art. 828 sólo establece una regla singular de imputación de los legados, a falta de disposición expresa al respecto del testador, con la que se modificó el criterio sustentado por los comentaristas de las Leyes de Toro (418).

-- La posición restrictiva estima que la institución de heredero sólo se invalida en cuanto al montante de la porción viril correspondiente en un solo tercio al injustamente desheredado, es decir, en la legítima estricta. Fue mantenida por Manresa (419) basado: en que del segundo tercio o de mejora dispuso el testador a favor de los otros descendientes a los que instituyó herederos, y en que aquél para privar de ese tercio "no necesita fundarse en más causas que su voluntad". Este criterio, siguiendo por otros autores (420), fue el que nosotros defendimos, hace años, en nuestra citada conferencia sobre "La mejora tácita..." (421). Las razones que creemos decisivas a favor de esta última posición, son las siguientes:

1.º) El descendiente legitimario que concurre con otros descendientes legitimarios, sólo tiene derecho contra la voluntad paterna a su legítima estricta (art. 808).

2.º) Fuera de este límite la voluntad del testador es ley de la sucesión (art. 675).

3.º) La palabra heredero significa un llamamiento general y absorbente a toda la herencia, a coparticipar en ella con todos los demás instituidos (S. 16 abril 1947); mientras que la desheredación expresa la voluntad de privar al desheredado de toda la herencia.

Consiguiente la desheredación no puede abarcar, cuando es injusta, la porción forzosa de un tercio reservada por la ley a los hijos y que es indisponible por el testador (art. 808 C. c.); pero sí las porciones de que libremente puede disponer entre los descendientes (artículos 808 y 823 C. c.).

El Tribunal Supremo en S. 23 enero 1959 ha aceptado este criterio restrictivo, considerando en los 1.º, 2.º, 3.º y 5.º lo siguiente:

"que habiendo quedado firme la improcedencia de la desheredación que en testamento realizó el padre y común causante de los liti-

(417) "La mejora tácita...", VIII, loc. cit., pp. 90 y ss.

(418) "La mejora tácita...", IX, pp. 119 y ss.

(419) Manresa, op. y vol. cits., art. 851, pp. 508 y s.

(420) Cfr. Ramos, op., vol. y cap. cits., n. 9, p. 238; Isabal —aunque con dudas—, voz Desheredación, en Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. XI, p. 803; Roca Sastre. *Notas* al Kipp, vol. cit., cap. VII, § 137, III, p. 357, en rel. con *Apéndice*, I, pp. 358 y ss.; Manuel de la Cámara Alvarez, "El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos", IV, en Rev. Der. Notarial, VII —enero-marzo 1955—, pp. 62 y s.; Alberto Rovira Mola, voz "Desheredación", B, en Nueva Enciclopedia Jurídica Española SEIX, vol. VII (Barcelona 1955), p. 263; J. Santamaría, "Comentarios al Código civil" (Madrid 1958), t. I, art. 851, p. 832; José Puig Brutau, "Fundamentos de Derecho Civil", vol. V-III (Barcelona 1963), cap. I, 5, IV, F, c, pp. 59 y s.; Alfredo García-Bernardo, op. cit., pp. 133 y s.; Francisco Bonet Ramón, "Compendio de Derecho civil", vol. V, § 128, p. 693.

(421) "La mejora tácita...", VI, 2, pp. 56 y ss.

gantes, sólo pueden ser objeto de resolución en el presente trámite, como lo es también exclusivamente del recurso, las consecuencias jurídicas y económicas de aquella improcedencia, contenidas en la sentencia de instancia, en cuanto a la participación en el caudal relicto del testador, o sea, concretamente, la interpretación que debe darse al artículo 851 del Código civil al determinar que la desheredación legalmente improcedente “anulará la institución de heredero en cuanto perjudica al desheredado; pero valdrán los legados y mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dicha legítima”, pues mientras en la sentencia recurrida se sostiene que alcanza a la nulidad absoluta de la institución por no contener el testamento disposición alguna respecto a mejores legados, en el recurso, conforme con la sentencia de primera instancia, se sostiene que la nulidad referida es sólo eficaz en cuanto perjudique a los desheredados; perjuicio concretando a la participación en la legítima estricta de la herencia.”

“que, en primer lugar, no puede identificarse, según pretende la sentencia recurrida, la preterición de un heredero, excluida la del viudo o viuda, sancionada con la absoluta nulidad de la institución de heredero, siquiera salve también las mandas y mejoras, en el art. 814 de dicho Cuerpo legal, con la desheredación que sólo anula la institución cuando perjudique al desheredado, con lo cual claramente dispone el art. 851, a ella referido, que la institución es válida si no perjudica, o en cuanto no perjudique al desheredado; por esto, lo que sustancialmente hay que definir o discriminar es en dónde empieza y acaba el perjuicio del desheredado, a lo que equivale determinar en qué consiste el perjuicio a que se refiere y salva el último artículo mencionado, sin olvidar, y esto establece una esencial diferencia, que consiste en que, en el primer caso —preterición—, no hay una voluntad declarada, mientras que en el segundo —desheredación— esta voluntad está declarada, y sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar.”

“que para lo expuesto lo primero que se ocurre examinar es a dónde llegan las facultades de disposición testamentaria del padre en relación a los hijos y cuáles sean los derechos absolutos e intangibles de éstos frente a aquél dentro de la sucesión hereditaria, lo cual dará la pauta fundamental para la determinación de los perjuicios que se persigue; y esto resulta de una manera clara y terminante, que no deja lugar a duda, de los artículos del Código civil que facultan al primero para disponer de sus bienes respetando la legítima; es decir, frente a los hijos, el padre testador puede disponer de dos tercios de la herencia, uno de libre disposición en favor de quien quiera, en lo que están incluidos los hijos, y otro el de mejora, sólo en favor de éstos; en ambos casos, en favor de todos o de alguno, en la cuantía total o parcial que determine, y claro está que esos derechos y deberes del padre determinan el alcance de los derechos y deberes de los hijos, correlativamente concordantes con los de aquél, a saber: que los hijos

no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta, el otro tercio de la herencia y todo lo demás depende de su soberana voluntad, con las limitaciones aludidas en cuanto a la mejora, de lo que se desprende que apareciendo expresada la de desheredar a un hijo, éste ha de respetar esa voluntad en la medida y extensión determinada en el ordenamiento jurídico, que consiste, conforme a lo expuesto, en aquello de lo que él podía disponer, quedando sólo con la participación que le corresponde en la legítima estricta por concurrir a la herencia con otros hijos, y que serían los dos tercios si él fuera único heredero forzoso, todo lo que constituye un derecho estricto, absoluto e intangible, lo demás podría serle atribuido por la ley, pero sólo en defecto de testamento o con testamento que otra cosa prescriba.”

“que en cuanto a la extensión de la legítima ha de desvanecerse una duda consistente en si para determinar, en el caso concreto de que se trata, el perjuicio del desheredado ha de entenderse la legítima corta o larga, debido a que en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, sólo admitida en uno o dos supuestos a que se refieren los artículos 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, duda cuya resolución ya viene prejuzgada en los anteriores Considerandos, pues la libre determinación que al testador corresponde para disponer entre los hijos de la mejora, de la que puede excluir a quien tenga por conveniente, es indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía en este tercio al margen de la voluntad del testador, existiendo como existen otros hijos, y, por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora que entre los coherederos forzosos debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición, puesto que la institución de herederos prevalece en toda la extensión en que no afecta a una prohibición legal o a la lesión de un derecho necesario o absoluto, y no es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrido ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, como ya queda anteriormente expuesto, y debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones, y la calificación, naturaleza y extensión de los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo incluye la desheredación parcial en aquella parte cuya atribución a éste dependa, conforme a la ley, de su libérrima voluntad, taxativamente contraria a tal atribución en el caso que se resuelve.”

44. II) *¿Quién sufre la invalidación?*

En términos generales, parece que deben sufrirla todos los herederos instituidos en el testamento a prorrata de la cuota de su institución. Se trata de la norma general de distribución de cuanto reduzca,

merme o grave la institución. Pero esta regla puede sufrir dos excepciones:

1.º) Una, derivada de la ley, la porción de los herederos instituidos que además sean legitimarios tiene como límite de su reducibilidad su propia legítima.

2.º) Otra dimanante de la voluntad del testador. Así, v. gr., si éste instituyó por cuotas concretas referidas a los tercios de legítima, mejora y libre disposición, indicó así las cuotas sobre las cuales debe operar la invalidación parcial.

En estos casos habrá que armonizar aquella pauta general con estas normas específicas, pero siguiendo éstas tan sólo en cuanto aquélla lo permita.

III) ¿Cómo cubre su cuota el injustamente desheredado?

Hemos visto antes (n. 96 y n. 98) cuál era la solución clásica: se anulaba la institución de herederos y se abría la sucesión intestada; caso de no anularse aquélla totalmente, sino parcialmente, se abría ésta en parte, es decir, en la que no correspondía al heredero instituido que conservaba su cuota hereditaria en porción que cubría su parte viril; y, por tanto, de darse el supuesto de no invalidarse más que en cuanto a la porción correspondiente al injustamente desheredado, sólo en cuanto a la cuota abintestato de éste se abría esta sucesión.

Eso mismo ocurre hoy con el régimen del artículo 851 C. c.: Se anula la institución de herederos en cuanto a la legítima del desheredado injustamente, y se abre parcialmente la sucesión intestada únicamente para dar paso a la cuota de éste tan sólo en la parte equivalente a su legítima. Así lo ha entendido, expresa o tácitamente, una buena parte de la doctrina (422), y asimismo lo hemos afirmado (423) y ratificado (424).

En contra de esta tesis, Guillermo G. Valdecasas (425) ha objetado: "Si así fuera, en caso de existir otros herederos forzosos concurrirían

(422) Cfr. Manresa, op., vol. cit., art. 814, *comentario* 2.º, pp. 350 a 352; Scaevola, op. y vol. últ. cit., art. 851, p. 1007; Sánchez Román, op. y vol. cit., cap. cit., n. 35, pp. 1140 y s. —que concluye (p. 1141): "Así es que los preteridos, en el supuesto indicado, suceden *abintestato* en todo, en concurrencia con los demás herederos forzosos o llamados por la ley *abintestato*; los desheredados, únicamente en dos tercios o en uno tan sólo, en la hipótesis de haberse ordenado mejoras"—; Ramos, op., vol. y cap. cit., n. 9, pp. 238 y s., y n. 15, p. 245; Roca Sastre, *Notas* al Kipp, vol. cit., § 137, III, p. 357 —que dice: "Como se anula la institución de heredero en la medida requerida para dejar a salvo la legítima del desheredado injustamente, se abrirá la sucesión intestada en cuanto a la porción correspondiente a la cuota de su legítima individual"—; Bonet Ramón, op. y vol. últ. cit., n. 128, p. 693 —quien se expresa en iguales términos que los transcritos de Roca Sastre—.

(423) "Apuntes de Derecho sucesorio", I, § 5.º, en A.D.C. IV-II, abril-junio 1951, pp. 460 y ss., y ed. sep., pp. 44 y ss.

(424) "Notas críticas..." cit., II, 18, en A.D.C. XVIII-I, enero-junio 1965, pp. 68 y ss.

(425) Guillermo G. Valdecasas, loc. cit., II, 3, p. 968 y nota 20.

a la sucesión intestada junto con el desheredado, el cual no lograría nunca la cuota reservada." Lo cual aduce en favor de su tesis de la delación forzosa de la cuota reservada (426), que naturalmente aplica al supuesto de desheredación injusta. Impresionado por el argumento transcrito, García Bernardo (427) —quien, por otra parte, como nosotros, no ve cabida a un *tertium genus* de sucesión en el artículo 658 C. c.— cree que se debe resolver la cuestión entendiendo que, si bien la institución de herederos se anula totalmente y la sucesión intestada tiene lugar por la totalidad, la herencia se reparte *particionalmente* conforme al testamento con la corrección de la legítima del desheredado (428). Pero, con ello, no hace sino regresar a una solución oblicua, paralela a la de la cláusula codicilar tácita, innecesariamente, puesto que cabe la solución directa, que es más acomodada al texto del artículo 851 y que tiene antecedentes en los casos del ejercicio *ex parte* de la *querrela* —que antes vimos (n. 35)—, en los que la cuota de la institución que era invalidada no la cubrían todos los herederos *abintestato*, sino sólo aquellos a quienes competía. Cosa que es posible, aparte del supuesto estudiado, en el régimen del Código civil, en el caso de institución parcial de herederos; v. gr., si el testador instituye sólo a uno de sus hijos en su parte viril diciendo que nada más debe recibir de su herencia, supuesto en el cual la parte defereda *abintestato* corresponde por partes iguales sólo a los demás hijos.

No es necesario que el desheredado solicite su declaración judicial como heredero *abintestato*, ni antes ni después de haber ejercitado su acción de impugnación: pues el juicio entablado para impugnar la desheredación injusta ya resolverá implícitamente acerca de su condición de heredero, y la sentencia favorable le servirá de título suficiente para acreditarla (429).

(426) De su crítica nos hemos ocupado en "Notas críticas...", II, nn. 17 a 21, pp. 60.

(427) García Bernardo, *op. cit.*, pp. 57 y s., y 134 *in fine* y ss.

(428) Entiende García Bernardo que: "la sucesión intestada se defiere no sólo a favor del legitimario injustamente desheredado, sino también de los demás legitimarios, con lo cual el desheredado tendrá un título de heredero, y los demás legitimarios, dos, el testamentario y el de heredero intestado, lo que no es incompatible, sin duda, pudiendo todos concurrir a la partición, y la cuestión ya no es de título sucesorio, sino de operación particional, de imputación concretamente, pues lo anulado habrá de imputarse a la cuota legítima. Se dirá que en el Código civil los herederos intestados heredan por partes iguales, mas no se trata de una regla general, contradicha, sin discusión, en el caso de donaciones colacionables en que el relictum, no obstante la dicción de la ley, se reparte desigualmente, y no creemos que pueda sostenerse que lo donado y colacionado se adquiere por título de herencia y no de donación" (pp. 57 y s.). Y explica que: "Las adjudicaciones desiguales respecto de herederos intestados con igual título, no insinúan una naturaleza diversa de los títulos, porque la adjudicación es operación particional final, que tiene como antecedentes la colación de donaciones e imputaciones de legados, entre otras operaciones" (pp. 135 *in fine* y s.).

(429) Cfr., en este sentido, Ramos, *op.*, vol. y cap. cit., n. 9, pp. 238 y s., y n. 14, p. 245.

En el supuesto de desheredación parcial, creemos que su injusticia, simplemente, abrirá paso a la norma del artículo 815 C. c.; es decir, al derecho a exigir el suplemento al darse su supuesto tipificado. Nos hallaremos en la hipótesis inversa de la contemplada en la ley 30, pr. Cod. III-XXVIII (cfr. *supra*, n. 9, notas 84 y 85).

45. IV. *¿Qué se imputa a la cuota del injustamente desheredado? ¿Quid de los legados o modos deferidos a su favor?*

Conviene que recordemos el supuesto planteado por la Novela CXV y la *Authentica "Ex causa"* a los autores de Derecho común, que se hallaron ante una expresión legal semejante a la del inciso final del artículo 851, "*pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima*".

¿El desheredado a quien se le hubiese atribuido un legado o beneficiado con un modo, los conservará, además de recibir íntegramente su legítima a título de herencia *ab intestato*? Sabemos que entre dichos autores de Derecho común se impuso la solución negativa: el que impugna algo no debe beneficiarse de lo que impugna, y lo dado como disminución no debe atribuirse como incremento. Criterio justo, que creemos debe ser mantenido con respecto al artículo 851. La letra de éste, por otra parte, parece referirse sólo a los legados otorgados a persona distinta del desheredado, ya que pone el límite de que no perjudiquen a la legítima de éste.

Vimos también el temperamento de imputar dichos legados a la cuota abintestato del injustamente desheredado, solución que nos parece la más correcta —siempre y cuando el legado sea por su género apto para satisfacer la legítima, pues en otro caso podría rechazarlo, así como puede en todo caso rechazar el modo que se le hubiese conferido—. Pero lo que nunca se podrá es acumularlos.

De esta forma, en el supuesto que examinamos, se excluyen las normas de imputación y colación de los artículos 828 y 1.037 C. c. (430), normales cuando concurren a favor de una misma persona un llamamiento a la herencia o a una cuota de la misma y la asignación de un legado.

Las donaciones efectuadas al injustamente desheredado, que ejercite con éxito su acción, deberán imputarse a su legítima (art. 819, § 1.º).

Reglas que no deben tener más excepción que la prevista en el artículo 827, en caso de mejora "que se haya hecho por capitulaciones o por contrato oneroso celebrado con un tercero", que por conservar

(430) En este mismo sentido, Guillermo G. Valdecasas (loc. cit., II, 5, p. 971) dice que: "Como excepción a esta regla [de acumulación de cuota hereditaria, deferida por testamento y abintestato, y de un legado], el legado dispuesto a favor del legitimario se imputa a la cuota hereditaria reservada, siempre que esta se haya deferido con carácter forzoso"... "Añadir el legado a la cuota reservada sería ir contra la voluntad del testador más allá del límite que la ley considera necesario para salvar la legítima."

su carácter de mejora habrán de acumularse, y no imputarse a la legítima.

46. β) *En cuanto a los legados y mejoras dispuestos a favor de otros legitimarios o de cualquier otra persona*, deberá estarse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 851, “*valdrán*”, “*en lo que no perjudiquen a dicha legítima*”, aplicándose la norma del artículo 817, complementada en los artículos 818 a 822 C. c.

γ) *Respecto a la partición practicada sin el concurso del desheredado*, se ha planteado la duda de si debe dar lugar: sólo a la indemnización prevista en el artículo 1.080 C. c. para el caso de partición hecha, sin mala fe ni dolo, con preterición de uno de los herederos; a la rescisión por lesión del artículo 1.076 C. c.; o a su nulidad, por haberse hecho sin la concurrencia de uno de los herederos sobre la base de una desheredación inválida.

En el recurso de casación rechazado por la S. de 5 febrero 1918 sostuvo el recurrente, en su segundo motivo, que la sentencia que había declarado la nulidad de la partición hecha sin intervención del injustamente desheredado había infringido los artículos 1.076 y 1.077 del Código y el 1.080, indicando que el desheredado injustamente sólo tenía derecho a ser pagado con “la parte que legalmente le corresponda”, sin que se pudiera invalidar la partición. Pero el Tribunal Supremo, en su segundo considerando, rechazó el motivo, porque “como no puede ser válida, como contrato, la partición practicada sin la citación, intervención ni aprobación coetánea o posterior del heredero, la sentencia recurrida deduce lógicamente que la nulidad de las operaciones particionales y subsiguiente cancelación de las inscripciones que hubiere producido, son consecuencia necesaria de la nulidad de la desheredación del demandante que tiene derecho a intervenir en todos los períodos de la partición, faltando por su ausencia el consentimiento de un interesado, y no resulta que pueda de otro modo repararse el perjuicio inferido al nuevo heredero, pues el reconocimiento de su derecho invalida cuanto se pudo hacer mientras prevaleció su injustificada desheredación, salvados siempre los derechos que puedan haberse creado a favor de tercero, carácter que no puede ostentar el recurrente para oponerse a los naturales efectos de los actos declarados nulos”.

Por lo contrario, la S. 16 octubre 1957, que contrapone la preterición de los herederos forzosos en línea recta, regulada en el artículo 814, a la de los herederos en la partición, prevista en el artículo 1.080 C. c., dice en un *obiter dictum* de su segunda sentencia que “para los injustamente desheredados se aplica el artículo 851, que da la misma solución que el 1.080”.

El plazo que el desheredado injustamente tiene para pedir la nulidad de la partición practicada sin su concurso no puede comenzar a contarse —según dice el primer considerando de la misma S. 15 febrero 1918— hasta haber obtenido el injustamente desheredado el reconocimiento de su derecho.

47. Efectos de la desheredación injusta del cónyuge viudo.

No obstante la letra del artículo 751 C. c., creemos que la desheredación injusta del cónyuge viudo no produce la invalidación ni siquiera parcial de la institución de herederos ni da lugar por lo que respecta al cónyuge viudo a la apertura de la sucesión intestada (431). La razón esencial la hallamos en el carácter especial de la legítima viudal, primariamente en usufructo y que supone una delación directa a favor del cónyuge viudo (432), y el argumento positivo lo ofrece *de minoris ad maiorem* el § 2.º del artículo 814 que, con respecto a la preterición del viudo o viuda, declara que “no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código”.

— *Derechos de los descendientes legítimos de un hijo injustamente desheredado que haya premuerto al testador.*

La pregunta se concreta a precisar si en este supuesto los nietos o descendientes de ulterior grado deben considerarse preteridos o bien, como representantes del injustamente desheredado, están legitimados para ejercitar su derecho a que se declare injusta la desheredación y reclamar la sucesión intestada en la parte correspondiente a su legítima. Nosotros nos inclinamos por la primera solución, pues si la institución de heredero del hijo premuerto no evita que sus descendientes no mencionados se entiendan en ese caso preteridos, tampoco puede evitarla su desheredación en igual supuesto de premoriencia, tanto si la desheredación fue injusta como si fue justa, pues al fallecer el causante fueron sus legitimarios, por derecho propio, ya no aquel hijo desheredado, sino los descendientes legítimos del mismo (433).

(431) En contra García Bernardo (loc. cit., pp. 59 y ss.), por estimar que el art. 814 al remitirse al art. 838 se remite también al 953 —con lo cual estamos de acuerdo— y que, por tanto, el viudo recibe abintestato su cuota legítima, salvo si concurre con herederos extraños o con colaterales que no sean hermanos o hijos de hermanos, en cuyo caso la legítima se atribuye *ex lege*. Nosotros creemos que, como éste, también en los otros casos la legítima del cónyuge viudo se atribuye *ex lege*, en todo caso, tanto en la herencia testada como en la intestada, como en los casos de atribución forzosa por causa de preterición o desheredación injusta. Así lo indica la génesis de esta legítima y su contenido. Más que como una parte o el todo de una porción abintestato, es aplicada a esa sucesión una legítima atribuida *ex lege* que también como tal actúa en la sucesión intestada.

(432) Cfr. “Apuntes...”, I, § 3.º, a. α, en A. D. C. IV-II, pp. 442 y ss., y ed. sep. pp. 26 y ss.

(433) Este es el criterio que predominó entre nuestros autores al interpretar los textos romanos Así Matienzo (op. cit., Lib. V, tít. IV, lex I, gl. XIV, n. 45, fol. 87 vto.) contestó que si “filius exheredatus mortuus est antequam pater eius”, “nulli dubium quin nepos ex eo rumpat testamentum et succedat, quippe agnaci videatur avo, et primum locum in successione per mortem patris nactus sit, ideo proximior reperiatur tempore mortis avi sui”. En el mismo sentido Spino (pp. cit., gl. XX *principalis* nn. 91, 93 y 94, pp. 858 y s.), que llega al igual resultado en el supuesto de conmoriciencia del padre y el hijo desheredado, habiendo sido omitido el nieto (ya que entendió que la presunción.

C) *En las regiones forales.*43. a) *Aragón.*

Hemos visto antes (n. 31, a) que tanto el Apéndice Foral como la Compilación no regulan la desheredación, sino tan sólo los efectos de la desheredación injusta.

La Compilación sigue el criterio del Apéndice (434) de distinguir la desheredación injusta de todos o sólo de alguno o algunos de los herederos forzosos, y de equiparar los efectos de la preterición intencional y de la desheredación injusta, en caso de ser total, y, de ser singular, sin hacer distinción entre los de ambos casos de preterición y los de la desheredación injusta. Así:

El artículo 122, núm. 1, señala como efecto de la desheredación injusta de todos los legitimarios: "*La delación abintestato de dos tercios del caudal*".

El artículo 123, para la desheredación injusta de alguno de los legitimarios dispone que éste: "*tendrá derecho a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador. Esta porción se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios*".

Notemos que, mientras la simple mención de un legitimario sólo le concede derecho a pedir alimentos si quedare en situación legal de pedirlos (art. 120 en rel. art. 121), el injustamente desheredado tiene derecho a una porción del caudal igual a la del menos favorecido por el testador.

La Compilación no ha recogido el texto del artículo 33 del Apéndice, que fijaba el plazo de prescripción extintiva de las acciones dimanantes de la legítima (435).

de supervivencia del hijo respecto al padre no debía estimarse actuante en la sucesión testamentaria; es decir, que tal presunción era aplicable *in legis dispositionem*, pero que no lo era *in dispositione hominis*).

(434) El art. 32 del Apéndice foral de Aragón disponía tales efectos en sus tres primeros párrafos.

El § 1.º regulaba, en su inciso 1.º, la preterición o desheredación sin causa legítima, que afectase a todos los herederos forzosos, ordenando que "en este caso, entre ellos se dividirán las dos terceras partes del caudal líquido, como si el causante hubiese fallecido abintestato".

El § 2.º aplicaba igual criterio, en caso de preterición o desheredación injusta de sólo alguno o algunos de los herederos.

Y el § 3.º para el caso de que los instituidos lo hubiesen sido por partes desiguales, ordenó que el preterido o injustamente desheredado "tendrá derecho a una porción equivalente a la del menos favorecido de aquéllos. Estas porciones se detraerán de las legítimas de los instituidos a proporción de la cuantía respectiva".

(435) Decía el art. 33 del Apéndice: "El plazo de prescripción extintiva de las acciones de los herederos forzosos dimanadas de su legítima, será de cinco años".

b) *Balcarcs.*

Hemos visto (*supra*, n. 31, b) que esta materia se regía por la Novela CXV (436), pero que la Compilación balear vigente no contiene ninguna disposición al respecto, por lo que es de aplicación el Código civil, pero referido a los legitimarios y a las legítimas del Derecho de Baleares.

c) *Cataluña.*

49. La desheredación injusta de los descendientes en Cataluña se regía por el Usatje *Si quis filium* (recogido en las Constit. de Cataluña, Lib. VI, Tit. III, integrado en el Usatje *Exheredare* (437), y el cap. III, § final, de la Novela 115. La de los padres y ascendientes, conforme se deducía de la Constit. 1. tit. 3, lib. 6, vol. I, sólo les daba derecho a reclamar su legítima (438), así ocurría también con la de los hermanos: e. igualmente, en virtud del Privilegio dado por Pedro el Ceremonioso a Barcelona en 1339, incluso con la de los descendientes regidos por el Derecho barcelonés (439).

Hoy, el § 3.º del art. 141 Comp. Cat. declara que "*La desheredación injusta, o sea la hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea alguna de las señaladas por la Ley, produciría los mismos efectos previstos en el § 2.º de este artículo.*" Y ese § 2.º regula la preterición errónea, sancionando que "*no dará lugar a la nulidad del testamento; pero... le quedará a salvo el derecho a exigir lo que por legítima le correspondía*". Es decir, su parte viril en la cuarta parte, tratándose de descendientes o ascendientes, o de hijos naturales en la sucesión de su madre.

La *querella inofficiosi testamenti*, conforme al Derecho romano, prescribía siempre a los cinco años (440). Sin embargo, hoy, el artículo 146, § 3.º, Comp. Cat., circunscribe este plazo quinquenal a la prescripción de las acciones para pedir la nulidad del testamento por causa de preterición errónea o la reducción o supresión de dotes y donaciones inoficiosas; y, en cambio, la norma general del § 1.º del mismo artículo determina que la acción para exigir la legítima prescribirá a los treinta años a partir de la muerte del causante. Si, como

(436) Parece que predominaba la interpretación de que la desheredación hecha sin expresión de causa equivalía a preterición y anulaba el testamento (Cfr. Luis Pascual González, "Derecho civil de Mallorca" —Mallorca 1951— Tit. IV, cap. IV, sec. 6.ª, p. 218).

(437) Dice así el Usatje *Si quis filium*: "Si nengun vol desheretar Fill, o Filla, Net, o Neta, nomenadament los desheret, e diga la culpa per que los deshereta, e instituesca altre en son loc, qui haja de provar la causa del desheretament esser vera; e si una de aquestas cosas hi defall, no pot desheretar Filla, ne Filla, Net, ne Neta en ninguna guisa, e siu fa, va será, e res no valrá."

(438) Cfr. Borrell i Soler, op. y vol. cit., § 510, pp. 448 y nota 20.

(439) Cfr. Borrell i Soler, op. y vol. cit., § 508, p. 441.

(440) Cfr. Borrell, loc. últ. cit., pp. 440 y ss.

hemos visto, la acción derivada de la desheredación injusta ha quedado reducida en Cataluña, conforme al art. 141, § 2.º, Comp. Cat., a una acción de reclamación de legítima, sin nulidad en parte ni siquiera de la institución, ni rescisión ni rectificación de la partición, sino sólo de petición de una legítima que puede pagarse en dinero, esa acción en nada se parece ya a la querrela, sino que sólo es una acción de reclamación de legítima.

Es evidentemente aplicable a Cataluña el referido n. 4 del art. 15 Ley Hipotecaria con referencia a la ineficacia, *respecto a tercero*, a partir de los cinco años de la inscripción en el Registro de la propiedad, de la declaración judicial de que la desheredación es injusta.

d) *Navarra.*

50. Al tratar de la desheredación en Navarra hemos visto que puede referirse a la de los hijos de un matrimonio anterior, a la legítima foral y al usufructo de fidelidad. Vamos a ver ahora los efectos de la desheredación injusta en estos tres casos:

I) La *desheredación injusta del usufructo de fidelidad* no puede surtir efecto alguno; es decir, su sanción ha de ser simplemente su ineficacia.

II) La *desheredación injusta de un hijo habido de un matrimonio anterior* dará lugar, por la nulidad de ésta, a la aplicación de la ley 48 de las Cortes de 1765-1777 (Ley XIX, Lib. V de la Recopilación), en virtud de la cual será inútil la institución de tales hijos en la legítima del Fuero, a efectos de excluirlos enteramente o instituirlos en menor cuota, sino que deberán ser igualados con el instituido o instituidos del segundo o ulterior matrimonio que más porción tuviese señalada en el testamento (441).

El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra de 1959, en su Ley 233, inciso 2.º, dice que "concurriendo descendientes de dos o más matrimonios, los del anterior no podrán ser apartados de la herencia sino por justa causa de desheredación". Disposición que complementa la Ley 303; que, en su § 1.º, repite la doctrina de que no se puede favorecer al nuevo consorte ni a los hijos que de él se tuviere, o a sus respectivas stirpes, más que al menos favorecido de matrimonio anterior; y en su § 2.º previene que: "El exceso, si lo hubiere, se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiados, sin alterar las participaciones de los demás."

El Proyecto particular de 1967, en el § 2.º de su Ley 231, precisa que: "Si recibiesen menos, el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiados, sin alterar las participaciones de los demás. Sólo podrán ejercitar la acción de inoficiosidad los hijos o descendientes perjudicados o sus causahabientes, y habrán de inter-

(441) Cfr. Alonso, "Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes de Navarra", Lib. V, Tít. I, ley XXI (cfr. ed. Pamplona 1964, vol. I, pp. 339 y s.).

ponerla dentro de los cuatro años siguientes, a contar del fallecimiento del disponente. Cuando el causante, en acto inter vivos o mortis causa, hubiere atribuido a los descendientes de ulterior matrimonio bienes determinados cuyo valor resulte excesivo, podrán aquellos descendientes compensar a los de anterior matrimonio con bienes de la herencia o en dinero.”

Los autores de este Proyecto particular (442) aclaran en sus notas que: “La posibilidad de satisfacer en dinero a los descendientes de anterior matrimonio es confluyente con el principio general de Derecho romano de que los que tienen derecho a que se les complete una parte alícuota de la herencia pueden ser pagados en dinero.”

III) En cualquier otro caso la desheredación injusta parece que no tiene trascendencia: el hijo se entenderá con derecho a su legítima foral simbólica (443); pero no se considerará preterido, ni nada sustantivo puede reclamar.

La intrascendencia de la desheredación, justa e injusta, en el supuesto de haberse dejado al hijo la legítima foral, aunque se le desheredase sin justa causa, resulta de las SS. 28 junio 1864 (444) y 26 noviembre 1866 (445).

La intrascendencia de la desheredación injusta cuando expresamente no se haya dejado la legítima foral, resulta del hecho de la inmaterialidad de esta y de la libérrima disponibilidad de la parte

(442) Juan García Granero, José Javier Nagore, Jesús Aizpún Tuero, Alvaro D'Ors Pérez-Feix, José Javier López Jacoiste y José Arregui Gil, *Nota a la ley 231*, pp. 168 y s.

(443) La S. 2 enero 1946 dice en un inciso de su 5.º Considerando, que la legítima foral navarra “puede ser formularia, mas no excusable sin desheredación”.

(444) La S. 28 junio 1864 en su 2.º Considerando observó que los cónyuges testadores en el testamento en que se instituyeron herederos recíprocamente, se atemperaron a la ley 16, tít. 13, lib. 3 de la Novísima Recopilación, “al dejar a sus cuatro hijos dicha legítima foral por más que los excluyesen, desheredasen y apartasen de los demás bienes”. Añadiendo, en el 3.º considerando “que instituyéndose después herederos mutuamente los dos cónyuges, pudieron imponerse las restricciones y condiciones que tuviesen por conveniente, siendo lícitas y honestas; y que por lo tanto al ordenar que no pudieran señalar ni dejar bienes algunos a la demandante, no tuvieron necesidad de expresar la causa por lo que hacían usando de su derecho y no perjudicando el de aquélla, que quedaba a salvo con la legítima”.

(445) La S. 26 noviembre 1866, en sus dos primeros considerandos explica el supuesto de hecho en virtud del cual no dio lugar al recurso interpuesto por el hijo desheredado sin expresión de causa. Observa el 1.º que el testador en su testamento “hizo dos instituciones, la primera de la legítima foral a favor de sus cuatro hijos, sus nietos y demás parientes que por cualquier causa tuviesen derecho y la segunda del remanente de sus bienes en favor de los mismos cuatro hijos”; y el 2.º dice que “en el codicilo de 1857, como los posteriores otorgados todos con las mismas solemnidades del testamento y después de la lectura de éste, no alteró la institución en la legítima foral en favor de sus cuatro hijos; y si bien exheredó al Don Donato esta exheredación se limitó a la herencia libre de la que podía disponer la testadora con arreglo a las leyes y Fuero de Navarra”.

de libre disposición, que abarca toda la herencia menos la legítima foral simbólica.

Es cierto que la S. 28 junio 1864 dijo en su 4.º considerando: “que el cap. 8, tit. 4, lib. 2.º del Fuero General de Navarra tiene lugar cuando sin dejar la legítima foral a los hijos el testador los deshereda, en cuyo caso no puede hacerlo sin expresar una de las causas que el mismo señala, circunstancia que no concurre en el que se trata para que fuese irrito el citado testamento”. Pero esa ley es anterior a la declaración de la plena libertad de testar de los caballeros y, por tanto, a su extensión a todas las demás clases sociales en Navarra, por lo cual debe hoy estimarse modificada, en los términos que expresó, en su 5.º Considerando, la S. 26 noviembre 1864, al entender que los capítulos 8, tit. 4, lib. 2.º; 1.º, tit. 6.º, lib. 2.º, y 1.º, tit. 20, lib. 3.º del Fuero General y la ley 16, tit. 13, lib. 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, invocadas en el recurso “se refieren a la necesidad de expresar la causa de la exheredación cuando se trata de la legítima foral”.

Aislada de ésta la parte libre, y equivaliendo la desheredación sin causa al apartamiento de esa parte disponible, queda concretada la ineficacia de la desheredación sin causa a la legítima foral. No es pues de extrañar que J. García Granero, J. J. Nagore, J. Aizpun Tuero, Alvaro D'Ors, J. J. López Jacoiste y J. Arregui Gil (446) hayan comentado que: “La doctrina de la desheredación sólo es aplicable en Derecho Navarro, además del supuesto de privación del derecho de usufructo de fidelidad, al caso de privación de derechos a los hijos de anterior matrimonio.”

e) *Tierra llana de Vizcaya.*

El art. 23, 2.º, de la Compilación de Vizcaya dice que los herederos forzosos comprendidos en los núms. 1, 2 y 3 del art. 22 —hijos y descendientes legítimos, naturales reconocidos y padres y ascendientes legítimos— “*podrán ser excluidos sin fórmula especial de apartamiento, siempre, que conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su herencia*”.

Y el § 3.º del mismo artículo dice que el apartamiento de los colaterales tronqueros respecto los bienes de su propia línea “*podrá ser expreso o tácito, considerándose tácitamente apartados aquéllos a cuyo favor no se haga la institución*”.

No cabe, pues, plantear hoy la desheredación injusta de la legítima foral individual (447).

(446) Notas al Proyecto particular de 1967, Ley 231, p. 159.

(447) Para el Derecho anterior a la Compilación, afirmó Francisco Javier de Arcillona y Landesa (“Erróneas interpretaciones dadas a la Jurisprudencia vizcaína del Tribunal Supremo”, en A. D. C. XII-II, abril-junio 1959, p. 676) que la falta de *formal* apartamiento, determinaba la nulidad de la disposición de bienes establecida.

El problema se centra, tan solo al caso de desheredación o apartamiento, sin justa causa de desheredación, del único o de todos los herederos forzosos del grupo preferente en el caso dado. En esos supuestos la desheredación no será válida; y la herencia forzosa deberá deferirse conforme las reglas de los arts. 22, 24 y 25, en relación con los arts. 31 y 32 a) de la Compilación de Vizcaya. Criterio que corresponde al del art. 851 C. c., pero adaptado a la legítima global vizcaína y a sus reglas y cuantía.

