

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**LA FALTA DE ATENCIÓN AL DISCAPACITADO COMO  
CAUSA DE INDIGNIDAD: DE LA NOVELA 115 A LAS LEYES  
41/2003 Y 15/2015**

**THE LACK OF ATTENTION OF THE DISABLED AS A CAUSE  
OF INDIGNITY: FROM THE NOVEL 115 TO THE 41/2003 AND  
15/2015 LAWS**

**María José Azaustre Fernández  
Profesora Asociada de Derecho Romano  
Universidad de Oviedo**

## I. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DEL DISCAPACITADO EN DERECHO ROMANO

La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha introducido importantes novedades en nuestro ordenamiento en materia de discapacidad, como la posibilidad de constituir un patrimonio especialmente protegido, la dispensa de la obligación de colacionar los gastos realizados para cubrir las necesidades especiales de hijos o descendientes con discapacidad, etc., llegando incluso a provocar la ruptura de algunos principios clásicos de nuestro Derecho civil, como el de la intangibilidad de la legítima, en aras a proporcionar una mayor protección al discapacitado. Entre tales novedades figura, la introducción de una “nueva” causa de indignidad sucesoria: la de quienes, teniendo derecho a su herencia, no le hubiesen prestado las atenciones debidas. A la hora de analizar tal medida habrá de acudirse, en primer lugar, al estudio de sus antecedentes históricos, lo que lleva a constatar, inmediatamente, que lejos de constituir una innovación del legislador del 2003, la medida existió ya en el Derecho romano, concretamente a partir de una constitución de Justiniano del año 542 d.C.-incluso con un alcance protector mucho mayor que el actual, por cuanto concedía el derecho a la herencia al extraño que se hubiese

ocupado del enfermo mental abandonado-, y que estuvo presente en nuestro derecho histórico hasta 1889.

Define la RAE al discapacitado como *la persona que sufre una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida*<sup>1</sup>; como se ha destacado entre nosotros, se trata de un concepto diferente del de “incapacitado”<sup>2</sup>, y que incluye tanto supuestos de discapacidad física como psíquica. Pues bien, el Derecho romano no fue ajeno, en modo alguno, a la situación de las personas con discapacidad. Dejando aparte el primer grupo de

---

<sup>1</sup> El artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad considera como tales “a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación*, “RGDR”, 17, 2008, p. 2 y ss.; mientras que el término incapacitado expresa, en un sentido técnico, de forma indubitada, la situación en la que se encuentra una persona respecto de la que una sentencia ha determinado su estado civil como tal; la discapacidad alude en cambio a una situación administrativa. Por ello “no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial”.

supuestos<sup>3</sup>, sólo en relación con la discapacidad psíquica se han contabilizado hasta 279 textos<sup>4</sup>. En este conjunto normativo pueden diferenciarse dos grandes bloques: el de aquellas normas que se ocupan de determinar la situación jurídica del incapaz y el de aquellas que establecen medidas de protección en su favor, fundamentalmente articuladas en torno a la constitución de una curatela (*cura furiosi*), aunque existieron otras, como la contemplada en la Novela 115, 3, 12 y 115, 4, 6.

---

<sup>3</sup> Las discapacidades físicas como la ceguera, la sordera, la mudez, etc., podían incidir en la capacidad de obrar, pudiendo determinar, según los casos, la imposibilidad de abogar por otro (D. 3, 1, 1, 5, *Ulp. l. VI ad edictum*), de ser nombrado juez o árbitro (D. 4, 8, 9, 1, *Pomp. l. XXXIII digestorum*), de realizar contratos verbales como la *stipulatio*, o de impedir -o reducir a determinadas formas- el otorgamiento de testamento. Sin embargo, en el presente apartado nos referiremos únicamente a los supuestos de discapacidad mental, pues la disposición que consagra como causa de indignidad en Derecho romano la falta de atención al incapacitado, se limita a este tipo de discapacidad. Para la extensión legislativa a supuestos de discapacidad física habrá que esperar a la reforma del Código Civil de 2003.

<sup>4</sup> NARDI, E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Giuffè ed., Milano, 1983, p. 3 y ss. Para SEMELAIGNE, A., *Études historiques sur l'alienation mentale dans l'Antiquité*, París, 1869, p. 216, considerada en su conjunto, la legislación romana sobre la locura era indicio de una civilización avanzada, contemplando la situación de los enfermos en todos sus aspectos (social, familiar e individual) y protegiéndolos notablemente en sus intereses.

Por lo que se refiere al primer punto, puede decirse que, en líneas generales, los enfermos mentales estaban en Derecho Romano desprovistos de capacidad de obrar, sin ser necesaria una declaración judicial al efecto. A veces llega a compararse su figura con el *infans*<sup>5</sup>, con el ausente<sup>6</sup> o con el que está dormido<sup>7</sup>, e incluso con el muerto<sup>8</sup>. Poco a poco se fue admitiendo la validez de los actos desarrollados durante los intervalos lúcidos, aunque la formulación con carácter general de esta regla no es anterior, según la doctrina mayoritaria, a la época postclásica<sup>9</sup>. Se discutía en Derecho clásico si la curatela cesaba

---

<sup>5</sup> Gai. 3, 109.

<sup>6</sup> D. 29, 7, 2, 3 (*Iulianus l. XXXVII digestorum*): *Furiosus non intellegitur codicillos facere, quia nec aliud quicquam agere intellegitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur*; D. 50, 17, 124, 1 (*Paulus, l. VI ad Edictum*): *Furiosus absentis loco est...*

<sup>7</sup> D. 50, 16, 209 (*Florentinus l. X institutionum*) "*Coram titio*" *aliquid facere iussus non videtur praesente eo fecisse, nisi is intellegat: itaque si furiosus aut infans sit aut dormiat, non videtur coram eo fecisse.*

<sup>8</sup> D. 39, 5, 2, 5 (*Iul. l. LX digestorum*).

<sup>9</sup> **ALVÁREZ SUÁREZ, U.**, *Instituciones de Derecho Romano*, III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 178; **RENIER**, *Observations sur la terminologie de l'alienation mentale*, "Melanges De Visscher", IV, Office International de Librairie, Bruxelles, 1950, p. 429 y ss., y **SOLAZZI, S.**, *Furiosus vel demens*, "AG", nº 143, 1952, p. 24, coinciden en señalar que la posibilidad de intervalos lúcidos no es criterio válido para distinguir entre furiosos y dementes en la época clásica (Así, en D. 1, 18, 14 -*Macer, l. II de iudiciis publicis*- se habla de *continua mentis alienationi*). En contra, **LENEL, O.**, *Intervalla insaniae*, "BIDR", 33, 1924, pp. 227-239, para quien la doctrina

en los intervalos lúcidos, reintegrándose de nuevo al recaer en la enfermedad. Con Justiniano se mantiene el nombramiento del curador, aun reconociéndose la validez de los actos ejecutados por el incapaz durante ese periodo (C.J., 5, 70, 6).

No es el propósito de estas líneas realizar un estudio pormenorizado sobre la situación jurídica del discapacitado psíquico en Derecho Romano, sino simplemente describir a grandes rasgos su posición jurídica, con el fin de comprender cuál era el grado de protección con el que contaba y poder así inscribir, dentro de ese cuadro, la medida consagrada en la Novela 115. Pues bien, si atendemos por separado a cada uno de los sectores del ordenamiento, la falta de aptitud plena para actuar válidamente en el campo jurídico del *furiosus* o *demens* puede resumirse como sigue:

-En el campo del Derecho público, el furioso sobrevenido conserva cargos, dignidades y retiene las magistraturas y la

---

de los intervalos lúcidos pertenece a la etapa clásica, por ser inverosímil que los juristas de tal período hubieran desarrollado una teoría opuesta tanto a las ideas de su tiempo (cita, al efecto, varios pasajes literarios de la época que confirmarían la teoría de los intervalos lúcidos) como del tiempo de Justiniano e incluso de nuestros días.

*potestas*<sup>10</sup>, pero no podrá acceder a otras nuevas ni nombrar tutor, ni puede ser nombrado juez.<sup>11</sup>

-En el ámbito procesal, se le niega su capacidad para testificar en juicio, excepto si se encuentra en un intervalo lúcido (I.J. 2, 10, 2; D. 28.1.20.4, *Ulp. l. I ad Sabinum*). Ni el juez ni el árbitro pueden realizar pronunciamiento alguno contra un furioso (D. 42, 1, 9, *Pomp. l. V ex Plautio*), quien, tampoco puede ser expuesto a la venta de sus bienes por querer sustraerse a la persecución de sus acreedores, (D. 42, 4, 7, 9 -*Ulp. l. LIX ad ed.*-).

---

<sup>10</sup> D. 1, 5, 20 (*Ulp. l. XXXVIII ad Sabinum*) *Qui furere coepit, et statum et dignitatem in qua fuit et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut rei suae dominium retinet*. La solución es acorde con lo señalado en un texto de Ulpiano (D. 3, 1, 1, 5, *l. VI ad edictum*) en el que, se pregunta el jurista sobre la posibilidad de que un ciego retenga la magistratura ya obtenida, a lo que da una respuesta afirmativa, recordando el ejemplo de Apio Claudio el Ciego, pero niega que pueda aspirar a otra nueva. Los principios de anualidad, colegialidad y las facultades de veto de los otros magistrados y de los tribunos de la plebe mitigarían, sin duda, la situación que se podría producir si un magistrado devenía incapaz en el curso del año que duraba su mandato. Sobre la falta de aptitud física en relación al ejercicio de la magistratura, vid. RIVAS ALBA, *Democracia en Roma. Introducción al derecho electoral romano*, Comares, Granada, 2008, p. 113.

<sup>11</sup> D., 26, 5, 8, 1 -*Ulp. l. VIII de omnibus tribunalibus*. Sobre el nombramiento testamentario de un *furiosus* como tutor y la problemática del juez *furiosus* ya nombrado, NARDI, *Squilibrio...cit.*, p. 174 y ss.

-En la esfera penal, se considera que el loco es inimputable, salvo que el delito se hubiera cometido en un intervalo lúcido<sup>12</sup>, no pudiéndosele exigir tampoco responsabilidad por la vía de la ley Aquilia<sup>13</sup>, y se deja abierta la puerta a la posibilidad de internamiento del *furiosus* en caso de peligrosidad<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> D. 1, 18, 14 (*Macer l. II de iudiciis publicis*), interpolado a juicio de ALVÁREZ SUAREZ, *loc. ult. cit.*

<sup>13</sup> D. 9, 2, 5, 2, *Ulp. l. XVIII ad ed.*, quedando equiparado el *furiosus* al *infans* también en este aspecto (SEMELAIGNE, *op. cit.*, p. 223).

<sup>14</sup>Así, recoge Ulpiano en D., 1, 18, 13, 1 (*l. VII de officio proconsulis*) un rescripto de Antonino Pío, según el cual, si falla la custodia privada el presidente de la provincia ha de intervenir para impedir que el furioso esté en condiciones de hacer daño, lo que incluirá la detención y la cárcel: *Furiosis, si non possint per necessarios contineri, eo remedio per praesidem obviam eundum est: scilicet ut carcere contineantur. Et ita divus Pius rescripsit. Sane excutiendum divi fratres putaverunt in persona eius, qui parricidium admiserat, utrum simulato furore facinus admisisset an vero re vera compos mentis non esset, ut si simulasset, plecteretur, si fureret, in carcere contineretur.* Considera NARDI, *Squilibrio...cit.*, p. 82., n. 9, que la carcere sería el equivalente al manicomio “comune e giudiziario”. No es segura la existencia de establecimientos específicos destinados a los enfermos mentales en Roma, no figurando en el elenco de instituciones benéficas, desarrolladas notablemente en el Imperio y mencionadas en el Codex (*xenodochia*, *gerontocomia*, *nosocomia*, *orphanotrofium*, etc.), extremo destacado por SEMELAIGNE, *op. cit.*, pp. 217 y 221, a cuyo juicio, a los enfermos mentales pobres o peligrosos probablemente les estaría reservado un lugar en las cárceles; mientras que los enajenados mentales

-En el ámbito familiar, fueron objeto de especial atención los problemas del matrimonio y de la patria potestad del incapaz, considerándose que la locura sobrevenida no impide el concubinato, ni los esponsales, ni el matrimonio ya celebrado, lo que se prohíbe es la celebración de nuevos esponsales o

---

ricos quedarían bajo la custodia de sus familiares. En este sentido, MARTÍNEZ DE MORENTÍN M. L., *De la cura furiosi en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el Derecho actual (A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2002)*, "ADC", 2004, nº 2, p. 794 niega haber encontrado referencia a ningún tipo de establecimiento para el internamiento de los enfermos mentales y PAVÓN, P. *Furiosus in carcerem (Ulp. VII de Off. Proc., D. 1.18.13.1)*, "Habis", 31, 2000, p. 261 y ss. y *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano*, CSIC, Madrid, 2003, p. 202, indica que en Roma las cárceles, además de servir para condenar y para retener a los sospechosos, también se utilizaban como manicomio -función también documentada en la Edad Moderna-, según atestiguan varios rescriptos de fines del siglo II. Según FOUCAULT, M., *Historia de la locura en la época clásica*, I, trad. J. J. Utrilla, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 75 y ss., el internamiento de los enfermos mentales data de la Edad Moderna, especialmente del siglo XVII, "momento en el que la locura es percibida en el horizonte social de la pobreza, de la incapacidad de trabajar, de la imposibilidad de integrarse al grupo, el momento en que comienza a asimilarse a los problemas de la ciudad" (p. 124). Muchas veces se destinan antiguos leprosarios para su confinamiento. NARDI señala en dos textos un mayor rigor en la custodia del furioso homicida: D. 48, 9, 9, 2 (*Modestinus, l. XII pandectarum*) y D. 1, 18, 14, (*Macer l. II de iudiciis publicis*) que permite sujetar al furiosi con cepos en la cárcel, y, si la custodia es privada, se establece la responsabilidad de la familia por excesos del furioso en caso de negligencia en la custodia.

matrimonio<sup>15</sup>. Los hijos del *furiosus*, no llegando a ser *sui iuris* sino a la muerte de éste, no estarían bajo la *potestas* de los agnados, sino bajo la persona del *furiosus*<sup>16</sup> y así lo señala Ulpiano en D. 1, 6, 8, pr.<sup>17</sup> Se ha destacado, en este sentido, la

---

<sup>15</sup> D. 25, 7, 2 (*Paul., l. XII ad l. Iul. et Pap.*) respecto al concubinato; D. 23, 1, 8 (*Gai, l. XI ad ed. prov.*) para los esponsales; D. 23, 2, 16, 2 (*Ulp. l. XXIV ad Sabinum*) y Paul. 2, 19,7 para el matrimonio. Sobre el problema del repudio vid. NARDI, *Squilibrio...cit.*, p. 182 y ss. Si la furiosa era la mujer, el libelo de repudio podía ser enviado por su padre (D. 24, 2, 4 - *Ulp. l. XXVI ad Sabinum*- y D. 24, 3, 22, 9- *Ulp. l. XXXIII ad ed.*). Respecto a la locura como justa causa de divorcio, en época postclásica, por influencia del cristianismo, se admite el divorcio no culpable solo en casos límite (D. 24, 3, 22, 7,-*Ulp. l. III disputationum*- comúnmente considerado como interpolado); y Justiniano no lo contempla entre las justas causas de divorcio (Nov. 22,15 y 117, 8-10); situación que sería reformada por León el Filósofo, que admitiría la disolución del matrimonio si la locura de la mujer persistía durante tres años (Nov. 111) o cinco en el caso del marido (Nov. 112).

<sup>16</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN, op. cit., p. 786; DILIBERTO, O. *Studi sulle origini della "Cura furiosi"*, Casa editrice Eugenio Jovene, Nápoli, 1984, p. 102, extrae esta conclusión partiendo de su teoría de que en las XII Tablas la potestas de los agnados se refería únicamente a la persona y pecunia (entendida esta como los medios de cambio) del *furiosus*, teniendo sobre el resto meras facultades de administración. En contra, ARANGIO RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*, 14ª ed., Jovene ed., Napoli, 1968, p. 503, quien considera que bajo el término pecunia se comprendía todo el patrimonio del *furioso*.

<sup>17</sup> D. 1, 6, 8, pr (*Ulpianus, l. XXVI ad Sabinum*) *Patre furioso liberi nihilominus in patris sui potestate sunt.*

analogía entre la situación del *pater furens* y el *pater captus ab hostibus*, ya presente en algunos textos como D. 23, 4, 8 (*Paulus, l. VII ad sabinum*), en el que el jurista afirma que se podrá hacer el pacto de la dote con el *filius* o *filiafamilias* si el padre está loco o ha sido capturado por los enemigos<sup>18</sup>.

-En el ámbito sucesorio se aborda en bastantes textos el problema de la *testamentifatio* activa, negada como regla general tanto respecto de los *mente capti*<sup>19</sup> como de los *furiosi*, salvo que se encuentren en un intervalo lúcido<sup>20</sup>, y ello tanto respecto a testamentos como a codicilos<sup>21</sup>; manteniéndose la validez del testamento otorgado con anterioridad a la locura (D. 28, 1, 20, 4- *Ulp. l. I ad Sabinum*; D. 37, 11, 1, 9 -*Ulp. l. XXXIX ad ed.*-, I.J., 2, 12, 1). En cambio, el furioso sí tiene *testamentifatio*

---

<sup>18</sup> DILIBERTO, *op. cit.*, p. 104 y MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *op. cit.*, p. 787. Más referencias al matrimonio del hijo del *furiosus* se encuentran en C. 1, 4, 28 y C. 5, 4, 25. En relación al matrimonio del nieto del *furiosus*, *vid.* D. 23, 2, 9, pr. (*Paulus, ad. ed., l. XXXV*) y 23, 2, 16, 1 (*Paulus, ad. ed., l. XXXV*).

<sup>19</sup> D. 28, 1, 17 (*Paulus, l. III Sententiarum*): *In adversa corporis valetudine mente captus eo tempore testamentum facere non potest*. Observa MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *op. cit.*, p. 791, que sería absurdo decir que el *mentecaptus* sea incapaz de testar sólo si estaba enfermo del cuerpo y no del espíritu o mente.

<sup>20</sup> IJ. 2, 12, 1; C.J., 6, 22, 9.

<sup>21</sup> Así, en D. 29, 7, 2, 3 (*Iulianus libro 37 digestorum*): *Furiosus non intellegitur codicillos facere, quia nec aliud quicquam agere intellegitur, cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur*.

pasiva, heredando automáticamente en caso de ser heredero necesario<sup>22</sup>.

-El *furiosus* carece de capacidad negocial<sup>23</sup>, aunque conserva la propiedad y la posesión de sus bienes<sup>24</sup>, y, naturalmente, son válidos los negocios realizados en los intervalos lúcidos<sup>25</sup>; no obstante, la transmisión de la posesión

---

<sup>22</sup> Cfr. NARDI, *Squilibrium... cit.*, p. 215 y ss.; D. 28, 1, 16, 1 -*Pomp. l. singulari regularum*-; I. J., 2, 19, 4. Otros problemas específicos se plantearían a propósito de los fideicomisos y sustituciones.

<sup>23</sup> Señala Gayo que el furioso no puede realizar negocios, al no entender lo que hace (Gai., 3,106, recogido en I. 3, 19, 8: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat*); para Pomponio no tiene voluntad: D. 50, 17, 40 (l. XXXIV ad Sabinum) *Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*; insiste Paulo en que no puede celebrar ningún negocio: D. 50.17.5 (l. II ad Sabinum) *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intellegerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest*.

<sup>24</sup> D. 1, 5, 20 (Ulp. l. XXXVIII ad Sabinum) en relación a la propiedad (...*sicut rei suae dominium retinet*) y D. 41, 2, 27 -*Proc., l. V Epistolarum*- (*quia furiosus non potest desinere animo possidere*), en relación a la posesión.

<sup>25</sup> Señala KASER, M., *Derecho Privado Romano*, trad. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., p. 75, que los negocios celebrados en los intervalos lúcidos son apreciados casuísticamente en la época clásica, y de modo general después, como deduce de D. 1, 18, 14.

sí planteó una rica casuística de la que se hacen eco numerosos textos<sup>26</sup>.

Como es sabido, el mecanismo básico del Derecho romano para la protección del enfermo mental radicaba en el nombramiento de curador<sup>27</sup>. Ya las XII Tablas disponían el sometimiento del *furiosus* a curatela, si bien con la intención de proteger los derechos de sus herederos más que con una verdadera finalidad tuitiva del mismo<sup>28</sup>: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque est*<sup>29</sup>. La legislación decenviral estableció como único tipo de curatela la legítima, no contemplando la testamentaria<sup>30</sup>, si bien se ha

---

<sup>26</sup> Por ejemplo, D. 41, 2, 1, 3 (*Paul. l. LIV ad ed.*); D. 41, 2, 14, 1 (*Paul. l. XVIII ad ed.*); D. 41, 2, 18, 1 (*Celsus, l. XXIII digestorum*) y los citados por **NARDI**, *Squilibrio... cit.*, p. 195 y ss.

<sup>27</sup> Observa **MARTÍNEZ DE MORENTÍN**, *op. cit.*, p. 778, que la *cura furiosi* del derecho romano equivale más bien a la tutela de una persona judicialmente incapacitada en la actualidad.

<sup>28</sup> **AUDIBERT**, *op. cit.*, p. 4; **APPLETON**, *op. cit.*, p. 140 y **RENIER**, *op. cit.*, p. 43, según el cual, lo que debía de preocupar a los magistrados era el peligro de violencia.

<sup>29</sup> XII Tab., V. 7.a (*Cic., De invent. 2, 50, 148 y Auct. ad Her., 1, 13, 23*).

<sup>30</sup> Bonfante, *Corso di Diritto Romano*, I, Giuffrè ed., Milano, 1963, p. 643; Diliberto, *op. cit.*, p. 42. Para Martínez de Morentín, *op. cit.*, p. 789, las fuentes no se oponen a la posibilidad de hablar de un curator testamentario para el furiosus. En D. 27, 10, 16 pr. (*Trifon., l. XIII disputationum*) recoge Trifonino un rescripto de Marco Aurelio en el que

sugerido que probablemente y a falta de curador legítimo, a semejanza de lo ocurrido cuando faltaba el tutor testamentario y el legítimo, se abriese poco a poco paso la posibilidad de que el pretor nombrase un curador dativo<sup>31</sup>. Cabía la posibilidad de nombrar un curador para la persona y otro para la administración de los bienes<sup>32</sup>; ahora bien, si la persona estaba bajo la *potestas* de otra, o si ya tenía un tutor y hubiere comenzado a enloquecer, no procede el nombramiento de curador (D. 26, 1, 3 pr). A la *cura furiosi* dedica el Digesto un

---

ordena al pretor respetar la designación testamentaria de curador realizada por el padre del furiosus.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *op. cit.*, p. 789, para quien los supuestos de la *Lex Atilia de tutore dando* de la tutela serían extensivos a la curatela. En algunos textos se recomienda aplicar a esta las normas de la tutela (D. 44, 4, 4, 25, *Ulpianus*, l. LXXVI *ad edictum*). La curatela dativa sería la única procedente para el *demens* o *mente captus*, al estar restringida la legítima de las XII Tablas a los *furiosi*. En el último periodo, según AUDIBERT, *op. cit.*, p. 72, desaparecería la curatela legítima y el nombramiento de curador competiría siempre al magistrado.

<sup>32</sup> Así, explica Gayo en D. 27,10,13 (*Gaius*, l. III *ad ed. prov.*) que con frecuencia le pertenece a uno por la ley XII Tablas la curatela de un furioso o de un pródigo, y el pretor le da a otro la administración, cuando aquel curador legítimo parezca inhábil. Un hijo puede ser llamado a desempeñar la curatela de su padre furioso (D. 27, 10, 1, *Ulp. L. I ad Sabinum*), o de su madre (D. 27, 10, 4, *Ulp. l. XXXVIII ad Sabinum*); sin embargo, en contra de lo que sucede hoy (art. 234.2 CC) señala Papiniano en D. 27, 10, 14 (*Pap. l. V Responsorum*) que no conviene que el marido sea nombrado curador de su mujer demente.

título específico, el 27, 10 (“*De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis*”) y otro el *Codex*, concretamente el 5,70 (“*De curatore furiosi vel prodigi*”) así como numerosos fragmentos dispersos.

De forma paulatina, se va consagrando un cambio de mentalidad; la *cura furiosi* pasa de ser concebida como el ejercicio de una *potestas* en la época de las XII Tablas<sup>33</sup> a considerarse como un servicio personal<sup>34</sup>, llegando a entenderse

---

<sup>33</sup> Es discutido el alcance de la *potestas* del curador en la época de las XII Tablas. Para KASER, *op. cit.*, p. 294, solo la limitaría el Derecho sacro y las buenas costumbres. DILIBERTO, *op. cit.*, p. 44 y ss., niega que pueda considerarse al *furiosus sui iuris*, una vez sometido a curatela, como un *liber in mancipio*, privado de toda capacidad jurídica privada. Su condición sería particular, por la posibilidad de recuperación de la sanidad mental y por la peculiar causa de su sometimiento a la *potestas* agnaticia (el *furor*, de origen presumiblemente divino). El término *pecunia* contenido en la Ley de las XII Tablas lo entiende referido a los medios utilizables para la finalidad de consumo o de cambio (*ibid.*, p. 96). En consecuencia, la *potestas* de los agnados recaería únicamente sobre la persona y estos medios de cambio del *furiosus*; sobre el resto de sus bienes, de los que el *furiosus* podía mantener en época antigua una titularidad abstracta, solo tendrían los agnados facultades de administración (p. 101 y ss. y 121 y ss.)

<sup>34</sup> NARDI, *Squilibrio...cit.*, p. 117; D. 50, 4, 14 (*Hermogenianus, l. I epitomarum*) *Aeque personale numus est ...cura furiosi*; C.J., 5, 70,5. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, Giuffré ed., Milano, 1952, p. 239, destaca que en la legislación cristiana del instituto la función asistencial de la curatela es colocada en primer plano.

establecida en beneficio de la persona con discapacidad, no de los derechos de sus herederos, lo que incluiría hacer todo lo posible para que el *furiosus* recuperara la razón<sup>35</sup>, y a proclamarse expresamente el beneficio del incapaz como principio rector de esta curatela en D. 27, 10, 7, pr. (*Julianus, l. XXI Digestorum*)<sup>36</sup>. Por ello las facultades del curador del furioso se limitan, en principio, a los actos de administración, sólo pudiendo efectuarse enajenaciones si así lo exige la administración de los negocios (D. 27, 10, 12, *Marcelus, l. I digestorum*)<sup>37</sup>. De este modo, el curador solo podrá dar bienes en prenda (D. 27, 10, 11, *Paul. L. VII ad Plautium*) o realizar

---

<sup>35</sup> Refiere GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, Società Editrice Libreria, 1908, t. XXVII, p. 815, n. 90, cómo la antigüedad pagana se servía para tal fin de la *piatio* realizada por una sacerdotisa (*piatrix*), que describe FESTO, *De verb. sign.*, en los siguientes términos: *Piari eos, veluti proprio verbo, ait VERRIUS, qui parum sunt animati, cum mentis suae non sit et per quaedam verba liberantur incommodo. Piatrix dicebatur sacerdos, quae expiare solita erat, quam quídam simulatricem, alii sagan, alii expiaticem vocant, et piamenta etiam dicebantur quibus in expiando utitur.*

<sup>36</sup> *Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.* Para BONFANTE, *Corso... cit.*, p. 650, el texto está interpolado, e insiste en el carácter predominantemente patrimonial del curador.

<sup>37</sup> Señala MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *op. cit.*, p. 795, que las limitaciones en la enajenación de los bienes del furioso se veían aseguradas por las previsiones del SC Severiano (D. 27, 9, pr., *Ulp. l. XXXV ad ed.*)

manumisiones si lo hace por gran utilidad del furioso con conocimiento del juez<sup>38</sup>.

El ejercicio de la *cura furiosi* está rodeado de una serie de garantías: la obligación de realizar inventario, el juramento sobre las escrituras, en derecho justinianeo, de desempeñar el cargo en utilidad del furioso (C.J. 5, 70, 7, 5)<sup>39</sup>, la prestación de *satisdatio* (I. J., 1, 24, pr.) o dación de bienes en prenda en determinados casos (I.J., 1, 24, 3). Asimismo, se considera que los furiosos cuentan con un privilegio (D. 27, 10, 15, 1, *Paul. L. III sententiarum*), salvo que se hubiere dado caución (D. 27, 3, 25, *Herm. l. V iuris epitomarum*) y con una hipoteca legal y general sobre los bienes del curador (C.J. 5, 70, 7, 5<sup>a</sup>/6c), que puede ser removido. Al finalizar la curatela, debe este realizar una rendición de cuentas (D. 27, 3, 1 -*Ulp. l. XXXVI ad. Ed.*- y C.J., 5, 51, 5), estando sujeto a la exigencia de responsabilidad a través de la *actio negotiorum gestorum*.

La curatela no era la única forma de protección con la que contaba el enfermo mental. Así, en una constitución del 530

---

<sup>38</sup> D. 27, 10, 17- *Gaius, l. I de manumissionibus*; D. 40, 1, 13 -*Pomp. l. I ex Plautio*-; D. 40, 5, 30,7 - *Ulp. l. V fideicommissorum*; D. 40, 9, 22 - *Pomp. l. V ad Q. Mucium*.

<sup>39</sup> Destaca BIONDI, *op. cit.*, p. 240 cómo el oficio del curador pasa a presentarse bajo un perfil moral y religioso. La aprobación de cuentas también debe cumplirse *Sacris Scripturas praepositas* y en presencia del obispo.

(C.J. 1,4,28), Justiniano establece que el procedimiento para la determinación de la proporción de la dote o de las donaciones *ante nuptias* de los hijos de un *furiosi*, *demens* o *mente captus*, que había de entregar el curador de éste, debía ser en todo caso gratuito, a fin de que “no agravar, con el quebranto de los gastos, este infortunio de los hombres”<sup>40</sup>. Otras medidas pertenecen al terreno sucesorio, como la sanción de pérdida de la sucesión intestada para la madre que no pidiese el nombramiento de tutor o curador para el *furiosus*<sup>41</sup>. En derecho

---

<sup>40</sup> Previsión repetida en C.J., 5, 4, 24. En diversas medidas justinianas se aprecia la finalidad tuitiva del emperador hacia menores e incapacitados, de acuerdo con su propósito de “ser padre de los que no pueden valerse por sí mismos”, expresado en la Nov. 72, 8 *in fine*, en principio relativa a la *cura minorum*, pero en algunos aspectos aplicable también a la *cura furiosi* y resto de las curatelas (cfr. cap. 5º que decreta la nulidad de las cesiones realizadas sobre bienes del menor); en la propia constitución Justiniano manifiesta su intención de comprender, en su caso, en futuras leyes, nuevas medidas de protección.

<sup>41</sup> D. 38, 17, 2, 31 (*Ulp. l. III ad Sabinum*)- *Quid si furioso tutorem vel curatorem non petiit? Magis est, ut incidat* (a juicio de KASER, op. cit., p. 534, nota 34, no constituye un verdadero caso de indignidad). La misma sanción estaba prevista para la madre que no promueve el nombramiento de tutor de su hijo impúber (D. 26, 6, 2, 2 -*Modestinus, l. VII Differentiarum*- y D., 38, 17, 2, 23 -*Ulp. l. XII ad Sabinum*-) obligación extendida por Teodosio y Valentiniano a los futuros sucesores del impúber (Nov. Th. 11). NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Giuffrè ed., Milano, 1937, pp. 249 y ss., considera estos casos como de incapacidad para suceder al impúber, no de verdadera indignidad.

justiniano, se permite, con carácter general, nombrar sustitutos para los hijos *mente capti*, siempre y cuando se les deje la *portio legitima*<sup>42</sup>. Y es en este terreno del derecho sucesorio donde se inscribe también la causa de indignidad que nos ocupa.

## II- LA NOVELA 115

Mediante esta constitución del año 542, Justiniano, además de ocuparse de una serie de cuestiones heterogéneas, remodela completamente el instituto de la desheredación, incluyendo una enumeración taxativa de las justas causas por las cuales puede desheredarse. Justifica esta medida en su capítulo tercero por el estado de dispersión y falta de claridad en la expresión de muchas de estas causas, así como por su deseo de desechar algunas de las hasta entonces vigentes y de incorporar otras nuevas. Se aprovecha la reforma de este instituto para introducir una nueva forma de protección al enfermo mental, y así, dispone la causa decimosegunda que, si alguno de los ascendientes fuera *furiosus*, pueden ser desheredados como ingratos aquellos descendientes, o a falta de ellos, los cognados llamados abintestato, que no le hubieren

---

<sup>42</sup> C.J. 6, 26, 9 y C.J. 5, 70,7, 1b

prestado el auxilio y el cuidado que le corresponde<sup>43</sup>. Además, se concede el derecho a la herencia al extraño que, previa comunicación escrita a los llamados a la herencia del mencionado *furiosus*, le hubiera recogido y cuidado hasta su muerte, en lugar de los herederos instituidos, que son declarados indignos, aunque se mantienen el resto de las disposiciones testamentarias:

Nov. 115, 3, 12: *Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his aut liberis ei non existentibus alii eius cognati qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento. Si autem in furoris morbo eum detentum extraneus aliquis viderit <a> suis neglectum liberis vel cognatis aut aliis ab eo scriptis heredibus et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licentiam adtestationem eis qui ab*

---

<sup>43</sup> Así el deber de asistencia, en un principio moral, pasa a convertirse en jurídico (como recuerda BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffré ed., Milano, 1972, p. 240 y *Il diritto romano cristiano*, cit., p. 240) con el establecimiento, para la falta de asistencia a los parientes, de una grave sanción jurídica, la desheredación o la indignidad, siendo significativo que lo confiscado al indigno no es atribuida, como siempre al Fisco, sino al extraño que por misericordia haya asistido al incapaz; en igual sentido NARDI, *Squilibrio*, cit., p. 88.

*intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem post huiusmodi adtestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum qui obsequium, ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem pervenire decernimus, evacuata institutione eorum utpote indignorum, qui furioso, sicut diximus, curam praeberere neglexerunt, ita tamen ut cetera testamenti capitula in sua maneant firmitate.*

El capítulo cuarto de la constitución establece que las mismas causas de desheredación de los descendientes juegan también en relación a los ascendientes, y dispone:

*Nov. 115, 4: Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testamentis haec eadem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas quas enumerabimus in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus (...)*  
*6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint, omnia et hic observari praecipimus quae de parentibus furiosis superius disposuimus.*

También en la *Authentica* a C.J., 1, 4, 28 se recuerda que la misma pena está establecida para los padres que hubieren desatendido cuidar de sus hijos furiosos:

*Eadem poena parentibus imponenda, si quidem de liberis in furore curare neglexerint.*

La primera cuestión que se plantea es la determinar si los textos transcritos contienen una causa de indignidad para suceder o una causa de desheredación. La *indignitas* ha sido definida como una calificación de reprobación, atribuida por el derecho objetivo al culpable de ciertas faltas, que tiene como consecuencia para el indigno la pérdida de la herencia o del legado, atribuido, por regla general, al Estado<sup>44</sup>. No estar incurso en causa de indignidad era un requisito más, junto a la *testamentifactio* y la *capacitas*<sup>45</sup>, para que una persona pudiera

---

<sup>44</sup> VOICI, P., *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, Giuffré ed., 1960, p. 445.

<sup>45</sup> Subraya NARDI el hecho de que la doctrina suele contemplar la *indignitas*, la *incapacitas* y la incapacidad para suceder en orden progresivo, afirmando que la última impide la delación, la segunda no obsta a la delación pero impide la adquisición y la primera no hace imposible la adquisición pero impide la conservación de los bienes (*I casi...cit.*, pp. 46-47), advirtiendo también que la indignidad moderna es muy diferente de la romana (p. 361).

llegar a hacerse con la herencia de forma definitiva<sup>46</sup>. Se ha discutido mucho acerca de si el Derecho romano elaboró una categoría autónoma de la *indignitas*<sup>47</sup> o si, por el contrario,

---

<sup>46</sup> Existe consenso en admitir que la indignidad no impide ni la delación ni la adquisición, pero sí da derecho a poner en marcha el procedimiento de confiscación de los bienes al indigno, que mantiene formalmente el título de heredero, pero no puede conservar los bienes, conforme a la máxima de Cuiacio *indignus igitur est, qui capere potest, & vero etiam cepit, se quod cepit retinere non potest* (*Opera omnia in decem tomos distributa*, vol. IX, Neapoli, 1798, p. 797). Señala VOICI, op. cit., p. 463, que la indignidad tuvo que tener precedentes en distintos institutos que cumplieran sus funciones, seguramente desarrolladas por el pretor al impedir la realización práctica del derecho a los considerados indignos, a través de la *denegatio* de acciones civiles o de la *bonorum possessio*, citando a Val. Max., 7.7.6.7, donde refiere el caso del pretor Quinto Metelo, en el 63 a.C., que no consintió que los bienes de Vibieno pasasen a Vecilo, quien se había apartado de todo género de vida honesta. En el Principado el elemento nuevo sería la adjudicación en favor del Estado.

<sup>47</sup>En este sentido, TORRENT, *Derecho Privado Romano*, Edisofer, Madrid, 2002, p. 630, y, sobre todo, REIMUNDO, B.M., *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Oviedo, 1983, quien afirma la existencia de cierto orden compilatorio de la indignidad, situada su *sedes materiae* tanto en el Digesto como en el Código en el marco de la sucesión testamentaria, dentro de la regulación de los legados, en los temas relativos a la ineficacia de la disposición, contraponiéndola a la categoría de lo *pro non scripto*; sistemática que se vería confirmada porque al establecerse nuevos casos de indignidad en las Novelas (115, 3, 12 y 13) se cuida la expresión de la subsistencia de los *onera* (para evitar que al establecer la ineficacia de la disposición principal

simplemente se fueron estableciendo supuestos que no presentaban un denominador común, no suponiendo la existencia de una rúbrica en el Digesto (34, 9, *De his quae ut indignis auferuntur*) y en el *Codex* de Justiniano (6, 35, *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad senatusconsultum Silanianum*) solo una mera reagrupación de algunos casos en los que se modifica el orden sucesorio o en que los bienes van a parar a personas distintas del designado, fundamentalmente el fisco, dejando fuera muchos otros supuestos, no pudiéndose hablarse entonces de la existencia de un instituto unitario de la indignidad en Roma<sup>48</sup>.

Distinta de la *indignitas* era la *exhereditio*, que consistía en privar al *heredes sui* del derecho que por ley tiene de suceder. A

---

se concluya que nos encontramos ante lo *pro non scripto*). Encuentra precedentes postclásicos en la sistemática de la indignidad del *Codex*, sobre todo en las Sentencias de Paulo, en la materia relativa al “*De iure fisci*” y “*Ad SC. Silanianum*”, aventurando un posible núcleo sistemático en los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, y precedentes clásicos de la sistemática del Digesto en las obras jurisprudenciales, que explicarían el sistema unitario de la indignidad en la Compilación, probablemente articulados en las escuelas orientales, a propósito del estudio del *liber singularis de legatis*.

<sup>48</sup> Esta ha sido la doctrina clásica sobre el tema, quizá su máximo exponente sea NARDI, *I casi... cit., Trittico indignitario*, “Studi in onore di E. Albertario”, vol. II, p. 723 y ss. En esta línea se encuentran, además, LAURIA, p. 188; VOGLI, *op. cit.*, p. 445, y BIONDI, *Diritto Ereditario Romano. Parte generale*, Milano, Giuffrè ed., 1954, p. 204.

diferencia de aquella, operaba solo en el marco de la sucesión testamentaria, y su alcance fue variando a través de los siglos<sup>49</sup>. En un principio podía hacerse sin ningún motivo<sup>50</sup> –exigiéndose, eso sí, su carácter expreso y debiendo ser realizada de forma nominativa en el caso de los varones (solo de los hijos varones para el *ius civile*; de todos los varones en el pretorio). Posteriormente, el régimen de la *querella inofficiosi testamenti* permitiría invalidar el testamento si el testador no hubiere tenido causa que justificara la *exheredatio*; ahora bien, en el

---

<sup>49</sup> BIONDI, *loc. ult. cit.*, p. 208. El denominador común radicaría en que ambas tratan de excluir de la herencia, en el primer caso por voluntad del *pater*, en el segundo por la de la ley. Sobre las diferencias entre estos institutos *vid.*, NARDI, *I casi...cit.*, p. 52 y ss.

<sup>50</sup> Aunque algún autor como PEROZZI, S. *Istituzione di Diritto Romano*, II, 2<sup>o</sup> ed., Athenaeum, Roma, 1928, p. 452 y ss., y más recientemente RIBAS ALBA, *La desheredación injustificada en Derecho Romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Comares, Granada, 1998, p. 107 y ss. han negado el principio de libertad de testar en el Derecho romano arcaico, la generalidad de la doctrina proclama la libertad de testar del *pater familias* en dicho periodo, reflejo de la libertad que precisaba para ejercer su cargo (cfr. LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C., *Fundamento de la regla "sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi" en el ius civile*, Universidad de Oviedo, 1991, p. 359 y 364: la necesidad de desheredar a un *sui* para poder nombrar a otro heredero o a un extraño, más que de un límite formal, derivaría de una necesidad jurídica inherente a la finalidad originaria del testamento -designar al futuro *pater familias*- y por el mecanismo de la familia romana, que a la muerte del *pater* conduce automáticamente a los *sui* a subentrar en la posición jurídica de aquél).

derecho clásico estas causas no estaban tipificadas, quedando a la libre apreciación del juez<sup>51</sup>. En el Derecho justiniano (Nov. 115, c. 3 y 4), en cambio, se tipifican las singulares razones que autorizan la desheredación de ascendientes y descendientes, entre las que se incluye la falta de atención al pariente *furiosus* desamparado<sup>52</sup>; para algunos el régimen de la desheredación se completaría con la Nov. 22, c. 47 que contendría las justas causas para la desheredación de hermanos<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, t. V, trad. de Brugi, Leonardo Vallardi ed., Milano, 1893, p. 505; PETIT, *op. cit.*, p. 524; ARANGIO-RUIZ, *cit.*, p. 549; MARRONE, M., voz "Querella inofficiosi testamenti", "NNDI", t. XIV, UTET, Torino, 1967, p. 672; ARNDTS, *op. cit.*, p. 342, n. 1; PEROZZI, *op. cit.*, p. 618; QUINTANA, P., *La desheredación en el Derecho Español: su desenvolvimiento histórico*, "Revista de la Facultad de Derecho", III (73), 1955, p. 274.

<sup>52</sup> Explica ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 550 que en derecho nuevo la desheredación es admitida no solo si es hecha *nominatim*, sino justificada por motivos expresos y plausibles, cuya correspondencia a la verdad puede siempre ser discutida por el legitimario, pudiendo ser tal motivo la bienintencionada valoración de los intereses del legitimario mismo (*exheredatio bona mente*, entre la que incluye la efectuada al *furiosus* o *prodigus* que se prefería confiar antes que a la interesada vigilancia de los curadores agnados a la experimentada honestidad de un heredero nominal de confianza del padre) o la indignidad de éste.

<sup>53</sup> QUINTANA, *op. cit.*, p. 280. En contra, GLÜCK, *op. cit.*, p. 506 estima que la Nov. 22 solo contempla algunos supuestos en los que el hermano ingrato debe sufrir la pérdida de la sucesión legítima; en relación a los

Un sector doctrinal considera que la falta de atención al incapaz no constituye una auténtica causa de indignidad, sino de incapacidad relativa, como Nardi o Kaser<sup>54</sup>. Por su parte Reimundo, aun cuando habla de esta causa como de un nuevo supuesto de indignidad, se pregunta si, en este caso, al igual que en el de la falta de redención del cautivo, el indigno puede llegar a ser heredero, aunque no vaya a poder retener los bienes hereditarios, lo que sería el régimen general de la indignidad en Derecho romano, o, por el contrario, el tenor de la constitución impide incluso dar al indigno la consideración de heredero<sup>55</sup>.

---

hermanos, Justiniano habría dejado vivo el derecho antiguo que deja al arbitrio judicial la valoración de los casos de desheredación.

<sup>54</sup> NARDI, E. *I casi...cit.*, p. 254, la enumera dentro los casos a su juicio erróneamente considerados como de indignidad, al no concurrir en ellos la esencia del perfil de esta (lo que, como señalan LAURIA, "SDHI", 6, 1940, p. 183 y REIMUNDO, *op. cit.*, p. 13, es contradictorio con la negación de una categoría unitaria de indignidad); KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, II, 2ªed., Becksche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, p. 534, n. 34. También BOURDON, *op. cit.*, p. 65, contempla el supuesto exclusivamente como justa causa de desheredación.

<sup>55</sup> Destaca el empleo de la expresión "sucede" para referirse al extraño que recibe la herencia, a la que califica de sucesión irregular, comparándola con la de la Iglesia que hereda al cautivo no rescatado por su heredero indigno, lo que probaría que Justiniano establece con frecuencia derogaciones respecto a las reglas normales. "Se trata de supuestos en los que ya no hay una simple privación de bienes que no afectaría a la sucesión propiamente dicha que se hubiese consumado, en su caso, antes

Con todo, la doctrina mayoritaria considera comprendida la falta de atención al *furiosus* tanto entre los supuestos de indignidad como de desheredación<sup>56</sup>. Se ha dicho también que

---

de que tal privación se realizase. Sino que parece tratarse de una imposibilidad de la misma sucesión, y que además se da ya en el inicial momento: normalmente el de la apertura sucesoria, a partir del cual dicha sucesión podría teóricamente consumarse” (op. cit., p. 135). Finalmente entiende que puede haber una imposibilidad no solo de adquirir sino hasta de suceder en virtud de una disposición (como las de las Nov. 115, 3, 12 y 13) sin que ello implique que esta haya de ser *pro non scripta* (p. 139)

<sup>56</sup> WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda-Bensa, III, UTET, Torino, 1930, p. 542, incluye esta causa dentro de las hipótesis de indignidad por faltas contra la persona del difunto -al igual que BONFANTE, *Corso...* cit., t. VI, p. 413- así como entre las singulares causas de exclusión de los descendientes (p. 281) y de los ascendientes (p. 282); ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, vol. III, trad. Serafini, Tipi Fava e Garagnani, Bologna, 1879, p. 217 la menciona dentro de las causas de indignidad en las que el heredero pierde la herencia a favor de otras personas y entre los motivos de desheredación de los descendientes (p. 342, n. 2.a.12) y de los ascendientes (ibid., n. 2.b.6); VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1988, p. 703, n. 33 la contempla expresamente como causa de indignidad, y, aunque no pormenoriza las causas de desheredación, se remite a la enumeración de la Nov. 115; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Giuffré ed., Milano, 1943, p. 166. VOCI, P. *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, Giuffré ed. 1960, p. 461 la considera como uno de los casos de indignidad sin confiscación añadidos en derecho justiniano y subraya el empleo expreso del término “indignidad” (en cambio, duda de calificar de indignidad la sanción al gravado que no cumple el legado

la disposición resulta aplicable tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada, mientras que la mayoría de las hipótesis de indignidad suelen referirse a la primera<sup>57</sup>. Parece claro, en primer lugar, que el propósito de la Nov. 115, 3 es establecer un elenco de justas causas de desheredación. Así, recuerda Justiniano en el capítulo quinto que el propósito de la disposición había sido “desterrar la injuria de la preterición y la desheredación”, aunque hay que tener en cuenta que alguno de los motivos enumerados en la constitución ya habían sido considerados con anterioridad como causas de indignidad, por ejemplo, el haber proferido injurias contra la persona del testador (Nov. 115, 3, 2, ya mencionado en D. 34, 9, 9,1, *Ulp. l. XIV ad legem Iul. et Pap.*), por lo que ciertos supuestos contemplados en la novela constituyen a la vez causas de indignidad y causas de desheredación. Cabría preguntarse entonces si la falta de atención al *furiosus* está sujeta a esta doble

---

dentro de un año desde su constitución en mora, pues allí, además de no haber confiscación en favor del Fisco, a diferencia del supuesto que nos ocupa, tampoco se habla de indignidad); además la incluye entre las causas de desheredación de los descendientes (*Diritto Ereditario Romano*, vol. II, Giuffré ed., Milano, 1963, p. 739) y de los ascendientes (p. 740). MENA BERNAL, op. cit., p. 1.090, lo sitúa entre los supuestos discutidos. PEROZZI, op. cit., p. 618, n. 2, lo cita como motivo de indignidad, mientras que para HEINECIO, op. cit., constituye una causa de desheredación.

<sup>57</sup>ARIAS RAMOS J., ARIAS BONET J.A., *Derecho Romano*, t. II, 18º ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988, p. 812.

caracterización, a lo que habrá que dar una respuesta afirmativa<sup>58</sup>. Efectivamente, si nos fijamos detenidamente en el texto, puede comprobarse como en el mismo se contemplan dos hipótesis distintas:

1) La del *furiosus* que recupera la cordura. En este caso, puesto que puede otorgar un testamento válido, se le autoriza a desheredar al descendiente que le hubiere desatendido: *si quidem a tali sanus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento*. La falta de atención se configura, en este caso, como una justa causa de desheredación.

2) La del *furiosus* que muere sin haber recuperado la cordura, pero que hubiere otorgado un testamento con anterioridad a la locura en la que se instituía heredero al

---

<sup>58</sup>Algo parecido ocurre con otras justas causas consignadas en el mismo capítulo: la causa novena, relativa al heredero que impida al causante hacer testamento, señalándose que, si los causantes consiguen a pesar de ello otorgarlo, tienen la facultad de desheredar al hijo, pero en el caso contrario, se han de terminar “estos negocios conforme a lo en otras leyes establecido”. De modo similar, la causa consignada en el apartado 13, que dispone que, si el causante logra evadir su cautiverio, puede consignar en su testamento la causa de ingratitud, pero si fallece en cautividad (sin haber podido, por tanto, otorgar testamento) su sucesión no puede ir a parar a quienes no se apresuraron a procurar su rescate, debiendo aplicarse a la iglesia de la ciudad de la que fuere oriundo todos los bienes dejados a los descendientes negligentes.

descendiente o cognado que le desatiende. Como es imposible el otorgamiento de un nuevo testamento, la falta de atención al incapaz da lugar a una indignidad para suceder, cayendo la institución de heredero y defiriéndose la herencia al extraño que se hubiese ocupado de él, aunque subsisten el resto de las disposiciones testamentarias.

La constitución de Justiniano deja dos lagunas: la del *furiosus* que, muriendo sin haber recuperado la cordura, tampoco hubiese otorgado testamento; y la de quien muere sin haber recibido las atenciones ni de un pariente ni de un extraño. Respecto a la primera, la Authentica a C.J. 1, 4, 28, señala lo siguiente:

*AUTHENT. ut cum de appellat. cognosc. Si quis de praedictis parentibus furiosus (nov. 115.c.2) –Liberi furiosi, qui curam ei negligunt praeberere, tam exheredatione digni sunt, quam aliis poenis legitimis. Nam si quis alius, attestatione ad eos missa, quum adhuc negligent, in domum suam eum susceperit et procuraverit, ex hoc erit eius successor legitimus, licet testatus esset etiam in liberos forte, manentibus tamen aliis testamenti capitulis.*

Es decir, si los hijos que desatienden al furioso son dignos tanto de la desheredación como de otras penas legales, al no concretarse cuales, pudiera sobreentenderse la indignidad para suceder. Además, el reconocimiento del derecho a suceder del

extraño que hubiere cuidado del furioso, tiene lugar *aun cuando también el furioso hubiere testado* acaso en favor de sus hijos, por tanto, la exclusión del heredero negligente se hace tanto si el incapaz ha otorgado testamento, como si no lo ha hecho.

Accursio, en su Glosa, contempla las dos lagunas consideradas, entendiendo que se ha de denegar la herencia a los herederos que no hubieren atendido al furioso, tanto si no hubiera testamento como si ningún extraño hubiese cuidado de él<sup>59</sup>.

Lo mismo puede decirse cuando sea el ascendiente el que no haya atendido a su descendiente *furiosus* (Nov. 115, 4, 6). Además de ser motivo de desheredación, en caso de curación del enfermo mental, los padres serían también indignos de la herencia *ab intestato*, si el hijo muere sin recuperar la cordura<sup>60</sup>.

Por lo que se refiere a la delimitación del círculo de sujetos obligados a la atención del incapaz, la constitución se

---

<sup>59</sup> ACCURSII, *Glossa in Volumen, Corpus Glossatorum Juris Civilis*, XI, Augustae Taurinorum, 1969, p. 291; apoyándose en D. 34, 9, 3 (*Marcianus, l. V Regularum*), en el que se considera indigno al marido por cuya culpa o negligencia hubiese muerto la mujer que le había instituido heredero.

<sup>60</sup> GLÜCK, *op. cit.*, p. 533. Añade que, si el hijo recupera la cordura y no ha desheredado a sus padres habiendo podido otorgar testamento, no han de entenderse *ipso iure* desheredados, sino que deben considerarse perdonados.

refiere a los descendientes y, en su defecto, a los cognados que son llamados a la sucesión *ab intestato*. No se menciona al cónyuge del incapaz, a pesar de la existencia de un deber de alimentos de alcance discutido<sup>61</sup>. En D. 24, 3, 22, 8 y 9, Ulpiano (*ad Ed.*, l. XXXIII)<sup>62</sup>, aborda expresamente la problemática del marido que, ante la locura de la mujer y no queriendo disolver por malicia el matrimonio, abusa de la dote, sin prestarle

---

<sup>61</sup>Sobre el deber de alimentos entre cónyuges, *vid.* ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 235 y ss. Señala como, a juicio de la doctrina dominante, tal deber es propio de la época justiniana –si bien algunos autores lo remontan a la etapa clásica– y cómo, también según el sentir mayoritario, se da únicamente en el marido respecto de la esposa; no faltando, sin embargo, quienes hablan de un deber recíproco.

<sup>62</sup> D. 24, 3, 22, 8 y 9 (*Ulp. l. XXXIII ad Ed.*) 8. *Sin autem in saevissimo furore muliere constituta maritus dirimere quidem matrimonium calliditate non vult, spernit autem infelicitatem uxoris et non ad eam flectitur nullamque ei competentem curam inferre manifestissimus est, sed abutitur dotem: tunc licentiam habeat vel curator furiosae vel cognati adire iudicem competentem, quatenus necessitas imponatur marito omnem talem mulieris sustentationem sufferre et alimenta praestare et medicinae eius succurrere et nihil praetermittere eorum, quae maritum uxori adferre decet secundum dotis quantitatem. Sin vero dotem ita dissipaturus ita manifestus est, ut non hominem frugi oportet, tunc dotem sequestrari, quatenus ex ea mulier competens habeat solacium una cum sua familia, pactis videlicet dotalibus, quae inter eos ab initio nuptiarum inita fuerint, in suo statu durantibus et alterius exspectantibus sanitatem et mortis eventum. 9. Item pater furiosae utiliter intendere sibi filiaeve suae reddi dotem potest: quamvis enim furiosa nuntium mittere non possit, patrem tamen eius posse certum est.*

*ningún auxilio conveniente*, supuesto ante el que se conceden varias posibilidades: en primer lugar, el curador o los cognados pueden pedir al juez que el marido preste cuanto sea decoroso en proporción a la dote (sustento, prestación de alimentos, medicinas); también se puede solicitar el secuestro de la dote si hay temor a que ésta se vea disipada; finalmente, el padre puede reclamar, por vía útil, la devolución de la dote y enviar el libelo de repudio por su hija. Como se ve, entre tales medidas no se contempla la indignidad del marido para suceder a su mujer (lo cual es lógico, pues la indignidad por falta de atención al *furiosus* procede de la época justiniana). No obstante, cuando la constitución se refiere a los sujetos a los que el extraño debe enviar su atestado antes de hacerse cargo del incapaz, incluye a “los que *abintestato* o en virtud de testamento ya hecho son llamados a la herencia del furioso”. Y el cónyuge del incapaz tanto puede ser uno de los llamados *abintestato* (si bien en el último grado de llamamiento)<sup>63</sup> como puede haber sido instituido en testamento otorgado con anterioridad a la locura.

---

<sup>63</sup> El llamamiento al cónyuge supérstite no aparece contemplado en la Novela 118 de Justiniano, pero precisamente al no decirse nada, la doctrina mayoritaria entiende que sigue aplicándose la normativa anterior, máxime cuando las Novelas 53 y 117 conceden ciertos derechos hereditarios a la denominada “viuda pobre”.

Otra cuestión importante es la relativa al destino de los bienes del incapaz desatendido, que no van a parar directamente al Fisco<sup>64</sup>, sino que antes que él se prefiere a los extraños que hayan acogido al furioso<sup>65</sup>. Con ello queda claro que la finalidad perseguida era evitar que el incapaz quedase en situación de desamparo, y no la obtención de recursos adicionales para el Estado. Ya antes de la Nov. 115 existían supuestos de indignidad en los que el Fisco no era el destinatario de los bienes del difunto<sup>66</sup>. Así, el C.J. 6, 51, 1, 12

---

<sup>64</sup>La razón de la atribución de los bienes al Fisco, explica **BIONDI**, *Successioni... cit.*, p. 157, seguido en nuestro país por **TORRENT**, *op. cit.*, p. 630, y **PÉREZ DE VARGAS**, *La indignidad sucesoria en el Código Civil español*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 3, radica en que, si se priva al indigno de la herencia, no parece justo que el llamado en segundo orden deba tomar ventaja de la culpa ajena. En definitiva, se trata de evitar que el castigo del reo constituya un premio para otros, por lo que se atribuye al Fisco la herencia de la que se ve privado el indigno.

<sup>65</sup> **BONFANTE**, *op. cit.*, p. 414.

<sup>66</sup> **SOLAZZI**, S., *Attorno ai "caduca"*, *Scritti di Diritto Romano*, IV, Napoli, Jovene, 1963, pp. 300 y ss., considera firme en la doctrina romanista la idea de que los bienes tomados al indigno no iban siempre a parar a manos del fisco, criticando la postura de Nardi. Como ejemplos de la época justiniana cita la Nov. 1,1, los supuestos de las Nov. 115, 3, 12 y 13, y, sobre todo, el pasaje del C. 6, 51, 1, 12 (del que dice: *Il passo è di quelli che tagliano la testa al toro*). Respecto a la época clásica se refiere a D. 29, 5, 15, pr. (*Marciano, l. sing. de delat*): *Si sequens gradus ultus fuerit necem testatoris, an priore hereditas ad illum transferatur? Et ait Papinianus non esse hoc: nam poena illius huius praemium esse non debet*, poniendo de relieve que, aun

declaraba que los bienes “confiscados” a los indignos iban a parar, bien al fisco, bien a otras personas<sup>67</sup>. Ahora bien, en el período justiniano aparece un buen número de nuevas hipótesis. Así ocurre en la Nov. 1.1, en la que los bienes de los instituidos que no hayan cumplido la voluntad del testador en el plazo de un año, se distribuyen entre el resto de los

---

siendo Papiniano contrario a la transferencia de la herencia a los sucesores del grado ulterior, si hubieran vengado estos, y no aquellos, la muerte del testador, el hecho de que el problema fuera ya discutido es ya elocuente. El triunfo del sustituido sobre el fisco se produciría en época postclásica en Paul. 4 ,5, 10: *Heres institutus, habens substitutum, si de inofficioso dixerit nec obtinuerit, non id ad fiscum, se ad substitutum pertinebit.*

<sup>67</sup>*Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his quae ut indignis auferuntur, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum sive in alias personas perveniant. Algunos supuestos son los siguientes:* el del tutor legatario que rehusaba su cargo, en cuyo caso, los bienes legados a éste iban a parar a los huérfanos en lugar de al Fisco (D. 34, 9, 5, 2 –Paul., l. I de iure fisci-; C.J. 6, 37, 25, 1); supuesto que reaparece en Part. 6, 7, 17, al lado de otros que más propiamente constituyen supuestos de error en la institución de heredero; el legatario premuerto a quien ilícitamente se hubiere dejado un legado (D. 34, 9, 26, 1 *apud Scaevolam l. XXX digestorum*), yendo éste al heredero, lo que también ocurría si el legatario que hubiere ocultado durante un tiempo el testamento (C.J., 6, 37, 25). También está el supuesto, establecido en una constitución de Constantino del año 317, del fiduciario que admite un fideicomiso tácito en favor de un fideicomisario incapaz, quien, en caso de autodenuncia, puede mantener un tercio de la herencia (C. Th. 10, 11 y C.J. 10, 13, 1).

coherederos, legatarios o fideicomisarios, según los casos<sup>68</sup>; de modo similar la Nov. 22, 47, pr., señala que, en el caso de que un hermano, heredero abintestato de otro, haya atentado contra su vida o le haya acusado criminalmente, perderá su derecho a la herencia, acreciendo su parte a sus hermanos y a su madre. Pero quizá los supuestos más conocidos, en las que el Fisco no resulta beneficiario de los bienes del causante y que se recogerán en las Partidas, sean las dos establecidos en la Novela 115, 3: el de los descendientes que hubieran descuidado al furioso, y el de quien haya resultado indigno por no haber redimido al testador cautivo (causa decimotercera); los bienes se atribuyen, en este último caso, a la Iglesia de la aldea de la que fuere natural el extraño que lo hubiere rescatado, habiéndose de emplear dichos fondos en el futuro precisamente para la redención de cautivos.

La constitución establece una medida en garantía de los derechos de los herederos del incapaz, imponiendo al tercero el deber de comunicarles *por escrito*, mediante un atestado la situación de abandono en la que se encuentra éste, circunstancia que eventualmente ignoran. La comunicación debe hacerse a los que resultarían llamados *ab intestato* o a los herederos instituidos en un testamento ya hecho. Solo cuando los

---

<sup>68</sup> Este supuesto no constituye una verdadera hipótesis de indignidad según KASER, M., *Das römische Privatrecht*, II, 2ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1975, p. 535.

descendientes ignoran esta comunicación y el extraño presta la asistencia a la que normalmente vendrían obligados dichos descendientes<sup>69</sup>, entra en juego la causa de indignidad y se concede al extraño un derecho a la herencia.

El texto se refiere únicamente al *furiosus* como persona cuyo abandono puede dar lugar a una indignidad para suceder. Ahora bien, cabe preguntarse si esta mención se ha de entender en sentido general, como comprensiva de todas las figuras de enfermedad mental (*furiosus, mente captus, demens, insanus, mentis alienatio, non suae* o *non compos mentis, lunaticus, fanaticus* y *freneticus*<sup>70</sup>) o en sentido estricto, aplicable solo a una única categoría de sujetos. De todos los términos antes enumerados, el que resulta empleado con mayor frecuencia en las fuentes jurídicas es, sin duda, el de *furiosus*, a veces contrapuesto al de *mente captus*, aunque no hay unanimidad entre los textos, como tampoco la hay en la doctrina a la hora de decidir si en el terreno jurídico existió una distinción neta entre estos

---

<sup>69</sup>Compara su comportamiento con el del buen samaritano NARDI, *Squilibrio...cit.*, p. 52.

<sup>70</sup> Relación elaborada por AUDIBERT, A., *La folié et la prodigalité*, Larose & Forcel ed., París, 1892, p. 12. FESTO, *De verb. sign.*, por ejemplo, se refiere al *mente captus*, entendiendo por tal el que no es dueño de su razón, también conocido como *demens*, por cuanto está despojado de su razón, o como *amens*, porque está alejado de su razón.

términos<sup>71</sup>. Entre los que otorgan relevancia a la distinción *furiosus-mente captus*, se discute, además, sobre cuál o cuáles son los criterios diferenciadores y a qué periodo del Derecho romano tal distinción se entiende referida; y se trata de determinar, en fin, si tal distinción dio lugar o no a un diferente régimen jurídico.

Según una primera teoría, el término “furioso” se refiere al loco con manifestaciones violentas, pero capaz de tener intervalos lúcidos, mientras que con las expresiones *mente captus* o *demens* se estaría aludiendo a aquellas personas con enfermedades mentales que no se manifiestan de forma violenta, pero que tampoco presentan tal posibilidad de intervalos lúcidos. Esta fue la tesis mantenida inicialmente en Francia, que también cuenta con seguidores en nuestro país<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Extremo que niega, por ejemplo, GARCÍA VÁZQUEZ, M.C., *La polémica en torno al concepto de “furiosus”, “Estudios Ursicino”,* Universidad Complutense, Madrid, 1978, pp. 191-192.

<sup>72</sup> Cfr. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de Droit Romain*, I, París, 1866, p. 250; BOURDON, L., *De la condition civile des aliénés en Droit Romain. Thèse.* Paris, 1881, p. 11; MONIER, R., *Manuel élémentaire de Droit Romain*, I, 6<sup>o</sup> ed., Domat-Montchrestien, Paris, 1947, p. 330. En nuestro país, POSADILLA, *Comentario a las Leyes de Toro*, p. 44, define al furioso como “aquel que no solo está privado de juicio á tiempos, sino que manifiesta con actos exteriores su rabia y furiosa demencia”; frente a él, el mentecato “es el que está falto de entendimiento pero no manifiesta furor alguno; y de continuo tiene su mente oprimida, y así el mentecato no tiene dilúcidos intervalos”. El fatuo suele venir equiparado con el mentecato, pero –señala– “si lo es en

Sin embargo la distinción entre *furiosus*, de un lado, y *demens o mente captus*, de otro, con arreglo al doble criterio de la violencia y de la presencia de intervalos lúcidos, ha sido contestada por diversas corrientes doctrinales<sup>73</sup>. Así, para otro sector, representado fundamentalmente por la doctrina alemana<sup>74</sup>, el

---

poco, esto es, aunque no se pueda equiparar a los hombres prudentes, tiene advertencia o malicia suficiente para obrar virtuosa o criminalmente, este sin duda -concluye- podrá testar"; en sentido parecido, GUTIÉRREZ ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho Romano*, Reus, Madrid, 1948, pp. 234 y 408. También en la moderna romanística se distingue a veces entre el loco violento (*furiosus*) y el *mente captus*, aquejado de una locura menos violenta pero con serias perturbaciones de las facultades mentales que comprimen o disminuyen la inteligencia del individuo (TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, voz "*mente captus*", Edisofer, Madrid, 2005, p. 701). En contra GARCÍA GARRIDO, que considera a los términos *furiosus* y *demens* como sinónimos (*Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982, p. 142).

<sup>73</sup> Aunque en muchos textos efectivamente aparece el *furiosus* como persona violenta y en otros se admite la posibilidad de que presente intervalos lúcidos, sin embargo, existen textos clásicos en los que el *furiosus* no reviste los caracteres del loco agitado (D. 29, 7, 3, 2 - *Iul. L. XXXIX Digestorum*-; D. 41, 3, 44, 26 - *Pap. l. XXIII Quaestionorum*) o no presenta la posibilidad de intervalos de cordura (el citado D. 1, 18, 14 y C. 5, 70, 7 hablan de *continua mentis alienatione*).

<sup>74</sup> ARNDTS, L., *Trattato delle Pandette*, I, A. Forni Ed., Bologna, 1981, pp. 64 y 104; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 159; SAVIGNY, F.K. *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 86 y GLÜCK, *Commentario...cit.*, t. XXVII, p. 807 y ss.

*demens* se encontraría menos afectado que el *furiosus*, quien se vería absolutamente privado de inteligencia.

A finales del siglo XIX, Audibert propuso una explicación alternativa, al considerar que la distinción entre *furiosus* y *demens* estaba relacionada con los cambios producidos en la sociedad romana en la manera de comprender la locura. En la época de las XII Tablas, la locura se explicaba como consecuencia de la influencia divina, llevando los diversos tipos de enajenados el nombre de las divinidades que les atormentaban. El término furioso (como aquél poseído por las Furias) sería el utilizado con alcance más general, y en este sentido habría sido empleado en la legislación decenviral. Tal concepción solo permitiría considerar locos a quienes habían perdido completamente la razón. Con el tiempo y bajo el influjo de la cultura y de la medicina griega, que consideraba la locura como una enfermedad explicable por causas naturales, comienza a producirse un cambio en la mentalidad, pudiendo el pretor apreciar la diversidad de formas que puede revestir la enajenación mental, y permitiéndole proporcionar una curatela a los afectados de locura parcial (*demens* o *mente capti*, términos que suelen referirse a los monomaníacos) que no caían bajo la protección de la curatela legítima de las XII Tablas<sup>75</sup>. No

---

<sup>75</sup> *Op. cit.*, p. 46, seguido por APPLETON, C., *Le fou et le prodigue en Droit Romain*, Thorin & Fils ed., París, 1893 y PETIT, M. E., *Tratado Elemental de*

obstante, concluye que, a efectos prácticos, todos quedaban sometidos a un único régimen jurídico, con la única diferencia de que la curatela sería legítima en el primer caso y dativa en el segundo<sup>76</sup>.

Autores posteriores, como Renier, han observado que sería a partir de Ulpiano cuando en el lenguaje técnico y en las constituciones imperiales se distingue entre *furioso* (el que padece una locura completa) y *demente*, (aquél que padece una locura secundaria, como monomanía, imbecilidad o demencia senil). Ahora bien, mientras este autor mantiene el carácter clásico de la distinción *furiosus vel demens*<sup>77</sup>, otros lo niegan, entendiéndolo referido al periodo romano helénico, como Bonfante<sup>78</sup> y Solazzi<sup>79</sup>, que aclara que el cambio de terminología

---

*Derecho Romano*, trad. Fernández González, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 162 y hasta cierto punto por **RENIER**, cit., p. 437.

<sup>76</sup> El único texto que podría hacer dudar de esta afirmación, según **AUDIBERT**, *op. cit.*, pp. 15, 22-3 y 65 sería C. 5, 4, 25.

<sup>77</sup> **RENIER**, *op. cit.*, p. 451 y ss.

<sup>78</sup> **BONFANTE**, *Corso...cit.*, p. 650, considera que se puede hablar de una distinción entre *furiosus* y *demens* solo en relación a los intervalos lúcidos (posibles solo en el primero) y sólo en el período justiniano. En igual sentido, **MARTÍNEZ DE MORENTÍN**, *op. cit.*, sobre todo, p. 791 y ss.

<sup>79</sup> **SOLAZZI**, (*I lucidi intervalli del furioso*, "AG", 1923, p. 80 y ss.) entiende que los pasajes de los juristas clásicos que establecían la dicotomía "*furiosus vel demente*" y sobre los que **RENIER** basa su argumentación, están interpolados, por lo que mantiene su carácter postclásico y justiniano

no comporta un cambio en el ordenamiento jurídico, estando sometidas las dos categorías de enfermos mentales al mismo régimen jurídico. La ley realizaría la distinción en atención a la ciencia médica para evitar que, hablando solamente de *furiosi*, en un momento en que el término no comprendía todas las manifestaciones de la enfermedad mental, quedaran algunos fuera de las previsiones legales<sup>80</sup>.

---

(*Furiosus...cit.*, p. 24). Niega que la posibilidad de intervalos lúcidos sea un criterio válido de distinción.

<sup>80</sup>Autores posteriores como RIZZELLI, G., *Modelli di "follia" nella cultura dei giuristi romani*", ed. Grifo, Lecce, 2014, p. 156, advierten que Ulpiano sería el primer jurista que abordó sistemáticamente los términos para implicar siempre (unificando sus consecuencias) todas las formas de enajenación mental. Considera que Ulpiano retorna al pensamiento de Cicerón en *Tusc.*, 3, 11, donde se distinguen dos tipos de *insania*: la *stulticia*, como perturbación del ánimo, cuya curación compete al filósofo, y el *furor*, como enfermedad orgánica, cuya curación es competencia del médico, y que es la que puede generar la aplicación de la norma de las XII Tablas (p. 118 y ss.). La distinción no se basa en ninguna analogía médica, donde coexisten la φρενιτες (enajenación aguda), y la μανια (crónica) que no se reflejan en el pensamiento de Cicerón ni de Ulpiano. Lo peculiar de este último sería la preocupación de aislar el furor de otras formas de demencia. Por su parte señala ZUCCOTTI, F., *Furor haereticorum*. Giuffré ed., Milano, 1992, p. 49 y ss. que, en la época ciceroniana, por influjo griego, la clasificación de las formas de anomalía mental determina una nueva acepción del término "furor", que no podrá ya corresponder al amplio significado del término *furor* latino, comprensivo de todas las formas de locura. Progresivamente el binomio *furor vel dementia* tiende a incluir toda manifestación, aguda o

Para la adecuada interpretación del término *furiosus* en la Nov. 115, parece que lo más conveniente sería centrarse en la terminología relativa a la enajenación mental utilizada en la legislación del propio periodo justiniano. Comenzando por las Instituciones, se observa como los términos *furiosus* y *mente capti* aparecen contrapuestos en I. 1, 23, 3 y 1, 23, 4, si bien para aplicar el mismo régimen jurídico, en este caso, la constitución de una curatela<sup>81</sup>. En cambio, en I. 2, 16, 1 (que coincide con C. 6, 26, 9, donde se recoge una constitución del año 528) se emplea únicamente la voz *mente capti*, con un alcance aparentemente general, para autorizar las sustituciones cuando los causantes no tengan otros herederos<sup>82</sup>. Por último, en I. 2,18,

---

crónica, de enfermedad mental. Para defenderse del potencial influjo devastador de estas múltiples concepciones contradictorias, los juristas romanos evitaron presuponer cualquier definitiva concepción de la locura, limitándose a considerar el fenómeno en negativo, como la mera discrepancia de las normales situaciones mentales de la mayoría de los hombres.

<sup>81</sup> I. 1, 23, 3. *Furiosi quoque et prodigi, licet maiores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis dare curatores; I. 1, 23, 4. Sed et mente captis et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*

<sup>82</sup> *Qua ratione excitati, etiam constitutionem in nostro posuimus codice, qua prospectum est, ut, si mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cuiuscumque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et hoc ad exemplum pupillaris substitutionis,*

pr., relativo a la legitimación para la impugnación del testamento por inoficioso, únicamente se recurre al término “furioso”, también con alcance general<sup>83</sup>.

Pasando ya al *Codex*, se comprueba como en C.J. 1, 4, 28, (año 530) nuevamente se utiliza la expresión *tam dementi quam furiosi* en relación al procedimiento para establecer la dote de los hijos de unos y otros; los términos se contraponen, pero el régimen jurídico es idéntico. En cambio, en la rúbrica del C.J., 5,70, (“*De curatore furiosi vel prodigi*”), la figura del primero aparece opuesta a la del pródigo, pero no se hace ninguna referencia al *demens* o *mente captus*; la palabra *furiosus* parece comprender, por tanto, todos los tipos de locura. Dentro de ese mismo título, dos constituciones de Justiniano, también del 530, vuelven a referirse únicamente al *furiosus*: C.J., 5, 70, 6<sup>84</sup>, que

---

*quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.* El sentido general del término mente captos, para referirse a todas las clases de enfermedad mental, está reforzado a juicio de Nardi (Squilibrio...cit., p. 45) por el hecho de que en la Paráfrasis de Teófilo “mente captus” es sustituido por “furiosi vel dementi”.

<sup>83</sup> *Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. sed hoc dicitur non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.*

<sup>84</sup> *Cum aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidit, alios autem morbus non sine laxamento ingreditur, sed in quibusdam temporibus*

deja claro que en unos casos el furor es continuo y en otros no, y C.J., 5, 70, 7, que contempla el caso del furioso preso de una enfermedad perpetua (pareciendo así admitir la existencia de *furiosi* con enfermedad no continua)<sup>85</sup>. Solo un texto abre la puerta a la existencia en el periodo clásico de un régimen diferente entre el furioso y el *mente captus*: se trata de C.J., 5, 4, 25, en el que Justiniano ha de resolver las dudas sobre si la interpretación de un rescripto de Marco Aurelio, emitida para autorizar el matrimonio del hijo de un *mente captus*, es aplicable también al hijo del *furiosus*. La solución que da Justiniano es entender que tanto los hijos del demente como los del furioso, puedan contraer matrimonio, cualquiera que fuera su sexo<sup>86</sup>.

---

*quaedam eis intermissio pervenit, et in hoc ipso multa est differentia, ut quibusdam breves indutiae, aliis maiores ab huiusmodi vitio inducantur, antiquitas disputabat, utrumne in mediis furoris interoallis permanet eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita iterum morbo adveniente redintegratur. 1. Nos itaque eius ambiguitatem decidentes sancimus ... curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivoit, quia non est paene tempus in quo huiusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt (...).* Este texto es contradictorio con la teoría que considera furioso al enfermo mental con intervalos lúcidos.

<sup>85</sup> *Cum furiosus, quem morbus detinet perpetuus, in sacris parentis sui constitutus est, indubitate curatorem habere non potest...*

<sup>86</sup> Explica BONFANTE, Corso, cit., p. 644, que la duda se entiende porque en el primer caso no habría podido jamás consentir, al padecer locura perpetua, mientras que en el segundo podría consentir el matrimonio del

Por último, en la Nov. 72, 5, 1 se utiliza el binomio *furiosorum aut amentium*<sup>87</sup>, como dos categorías distintas a las que se aplica la misma prohibición, dirigida al curador, de ceder los bienes del sometido a curatela.

El examen de los textos lleva a concluir que, en el lenguaje justiniano, en muchas ocasiones se emplea *furiosus* como sinónimo de enfermo mental, revistiendo un alcance general, comprensivo de todas las categorías (solo en un supuesto se

---

*filiusfamilias* en un intervalo lúcido (de conformidad con su idea del furioso como loco con intervalos lúcidos)- en igual sentido, DEMANGEAT, *op. cit.*, p. 250. AUDIBERT explica que el texto recoge una discusión entre juristas, pero que probablemente el emperador habría empleado el término *mente captus* de forma general, sin querer excluir a los hijos del *furiosus*. Sugiere APPLETON, *op. cit.*, p. 142, n. 1, que acaso Marco Aurelio había decidido que la no oposición del *mente captus* bastaba para el matrimonio del hijo, pues “no oposición”, con un poco de buena voluntad, puede equivaler a “consentimiento” en un enfermo mental no del todo ajeno a lo que pasa a su alrededor, mientras que la “no oposición” del furioso no puede en absoluto interpretarse en tal sentido. RIZZELLI, *op. cit.*, p. 157, cita este texto como ejemplo de cómo el léxico jurídico de la locura puede abandonar su tendencia a la fungibilidad terminológica en favor de un uso más preciso de los conceptos, no siendo casual que sea Ulpiano quien cita la intervención de Marco Aurelio, al tratarse del primer jurista en abordar sistemáticamente los dos términos para implicar siempre (unificando sus consecuencias) todas las formas de enajenación mental.

<sup>87</sup> *Et haec dicimus in omni curatore in quibus omnino curas aliquorum introducunt leges, prodigorum forte aut furiosorum aut amentium aut si quid aliud lex tam dixit aut si quid inopinabile natura adinvenerit.*

recurre a *mente captus* con el mismo alcance), pero que cuando se realiza una contraposición de categorías (*furiosus* frente a *demens* o *mente captus*) se aplica idéntico régimen para todos. Todo ello debe llevar a la conclusión de que las medidas de la Nov. 115, 3,12 y 4,6 resultan aplicables a cualquier tipo de discapacitado psíquico, y que el término *furiosus* allí utilizado reviste un alcance general, que, por otra parte, es la acepción del término más frecuentemente utilizada<sup>88</sup>. Desde un punto de vista lógico, tampoco se entienden las razones que podrían motivar conceder la protección de esta norma solo a una determinada categoría de enfermos mentales. A ello hay que añadir que tanto la doctrina<sup>89</sup> como los cuerpos legislativos posteriores (es el caso de las Partidas, de las *Costums* de Tortosa, del artículo 617 del Proyecto de García Goyena y del 523.4 del

---

<sup>88</sup> Cfr. SOLAZZI, *Furiosus... cit.*, p. 24. “*Questa volta la storia sicura dei concetti è impressa nella statistica della terminología e la critica ha il modesto ufficio di confermare i risultati*”.

<sup>89</sup> Cfr. ARNDST, *op. cit.*, p. 217, quien enumera entre las causas de indignidad al heredero presunto de un furioso o mentecato; DOMAT, J., *Oeuvres completes*, VI, Louis Terré, Paris, 1824, pp. 313-314; GLÜCK, *op. cit.*, p. 519. Explica OBARRIO MORENO, *Estudios de tradición romanística: Tutela et curatela*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 356, que los *doctores legum* fijaron la necesidad de otorgar la curatela a las personas que padecían graves trastornos mentales: los enajenados o dementes, los fatuos, los maniáticos, los mentecatos o supuestos similares, porque entre ellos *nulla differentia reperitur*.

Código Civil de Costa Rica<sup>90</sup>) han extendido también las previsiones de la Nov. 115, 3, 12 al *mente captus* o al desmemoriado.

La última cuestión que se plantea es la de la posibilidad de aplicar la previsión que nos ocupa a supuestos en los que el causante estuviere aquejado de una enfermedad física, en lugar de mental, o se encontrase en situación de extrema pobreza y hubiere sido abandonado por su heredero. En principio, dado el propósito de la constitución de establecer un elenco cerrado de justas causas de desheredación, la respuesta debería ser negativa, como ha entendido un sector doctrinal<sup>91</sup>. Sin embargo,

---

<sup>90</sup> Estos dos últimos cuerpos legales declaran indignos para suceder a los parientes, que, "hallándose el causante *loco o demente y abandonado*, no cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público". Quizá como eco de esta terminología, el artículo 200.2º del Código civil español en su redacción original, indicaba que estaban sujetos a tutela "los *locos o dementes* o sordomudos que no supieran leer ni escribir". Señalaba SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, II, Analecta, Pamplona, 2004, p. 228, la impropiedad de "las palabras loco o demente que emplea el Código, puesto que, si la segunda se toma en sentido general, como expresiva de cualquier perturbación mental, huelga la primera; si como es de atribuir efecto distinto a cada una de las palabras que la ley emplea por loco se entiende el furioso, y por demente el que padece una vesania pacífica, una imbecilidad o una falta de memoria, la expresión no es exacta, científica ni vulgarmente".

<sup>91</sup> Cfr. GLÜCK, *op. cit.*, p. 539., para quien el legislador, de haber querido, podría perfectamente haber distinguido entre enfermedad y locura, sin

con diversos argumentos han ido algunos autores progresivamente incluyendo, dentro del campo de las causas de desheredación, otras diferentes a las expresamente contempladas. En primer lugar, se han admitido para las denominadas desheredaciones *bona gratia*<sup>92</sup>. Posteriormente se

---

haber empleado el segundo término tan frecuentemente, de haber querido incluir cualquier enfermedad en el campo de aplicación de la norma. Destaca **RITTERHASSEN, K.**, *Jus justinianum, hoc est, Justiniani et aliorum quorundam Imp. Augg. Novellarum mixtarum exposition methodica*, ed. Tertia, Argentorati: sumptibus Societatis, 1669, p. 301, el propósito de eliminar el arbitrio judicial en la materia (apoyándose en la autoridad de Aristóteles cuando señala la importancia de que las leyes determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo y que dejen cuanto menos al arbitrio de los que juzgan, *Rhetoricis*, 1.1), aventurando que quizá el arbitrio dejado al tribunal de los *centumviri* en materia de causas de desheredación no hubiera dado lugar a muchas sentencias equitativas. No se pronuncian sobre la posibilidad de ampliar las causas de desheredación de esta Novela algunos autores que la han estudiado específicamente, como **BASSIANUS, J.**, *Ioannis Antiqui Glossatoris Summa in Novellas Justiniani imp.*, apud Egenolphum Emmelium, Francofurti, 1615, p. 173; **AGUSTÍN, A.**, *Iuliani Antecessoris Constantinopolitani Novellarum iustiniani Imp. Epitome*, Petrus Roburius, Ilerdae, 1567, p. 316 o **AGYLAEUS, H.**, *Henrici Agylaei ad ea, quae in Novellis Iustiniani constitutionibus ius civile attingunt, liber singularis*, apud haeredes Arnoldi Birckmanni, Coloniae, 1558, p. 129 y ss.

<sup>92</sup>Ya **CUNEO, G.**, *Guilhelmus de Cungno super Codice*, Simon Vincent, 1513, fo. LXIII, admitió la desheredación del hijo de padre pródigo o furioso para que el padre no tuviera los bienes, al amparo de D. 28, 2, 18, *Ulp. ad. ed. l. LVII*).

llega a admitir con carácter general la desheredación ante aquellas conductas de igual o mayor gravedad que las enumeradas por Justiniano<sup>93</sup>, planteándose el problema de las injurias verbales, y suscitando preocupación, por ejemplo, el supuesto de traidores a la patria<sup>94</sup>. Para algunos, el hijo puede ser desheredado, además, en todos aquellos supuestos en los

---

<sup>93</sup> CLARUS I., *Tractatus de testamentis, apud Franciscum Laurentinum, Venetiis*, 1566, *quaestio* 41, admite la desheredación del hijo en hipótesis similares o de mayor gravedad a las catorce expresadas por Justiniano, como traiciones a la patria, injurias verbales graves, como ser llamado traidor, o desheredaciones *bona gratia*; RITTERHASSEN, *op. cit.*, p. 303, también es partidario de una interpretación extensiva. HEINECIO, *Recitaciones de Derecho Civil*, Valencia, 1870, t. 1, p. 321, distingue entre causas diversas, aunque más atroces, inadmisibles, y causas del mismo género, que se admiten (por ejemplo, dado que se puede desheredar a la madre por envenenar al padre, se la podría desheredar también si le mata con una espada).

<sup>94</sup> Circunstancia admitida como causa de desheredación por CLARUS, *loc. ult. cit.*, RITTERHASSEN, *loc. ult. cit.*, SICHARD, I., *Dictata & Praelectiones in Codicem Iustinianum*, Zetzeneus & Rhodius, Francofurti, 1598, p. 867, y FERRIERE, C., *La jurisprudence des Nouvelles de Justinien*, t. II, ed. J. Cochart, Paris, 1688, p. 352, quien apunta que los padres pueden desheredar por delitos de lesa majestad o traición a la patria cometidos por los hijos porque tales delitos de alguna manera les conciernen, ya que el hombre nace para servir a su Príncipe y a su patria. Suele citarse D. 11, 7, 35 (*Marcelus, l. V dig.*), que indica que no incurre en delito, e incluso es digno de premio, el hijo que mate a su padre o el padre que mate a su hijo si estos hubieren venido para destruir la patria y matar a sus ascendientes o descendientes.

que un vasallo puede ser privado de su fundo, con lo que hijo y vasallo resultan así equiparados<sup>95</sup>. Finalmente, la aplicación analógica de las causas de desheredación se ha justificado también acudiendo a D. 1, 3, 12, (*Jul., l. XV dig.*) según el cual, quien juzga ha de proceder por analogía cuando, pese a no estar comprendidos o en las leyes o senadoconsultos determinadamente todos los casos, esté manifiesto su sentido<sup>96</sup>.

Como consecuencia de esta apertura de las causas de desheredación a supuestos no expresamente contemplados en las Novelas, ciertos autores, principalmente franceses, como Cujas o Goudelin, se muestran proclives a extender la indignidad sucesoria a aquellos supuestos en los que el hijo no cuida, alimenta o defiende al padre enfermo o pobre <sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> BALDO DE UBALDIS (*Baldi Ubaldi Perusini, in 7. 8. 9. 10. & 11. Codicis libros commentaria*, G. Lucantorio, Venetiis, 1577, p. 13) admite que un siervo solo puede ser privado del fundo por causas graves, como aquellas por las que el padre puede desheredar a su hijo. *A contrario* entiende SICHARD, *op. cit.*, p. 867, que un hijo puede ser desheredado por las mismas causas por las que un vasallo puede ser privado de su feudo.

<sup>96</sup> FERRIERE, *op. cit.*, p. 352.

<sup>97</sup> CUJAS, J., *Novellarum Constitutionum impp. Iustiniani expositio*, Coloniae Agrippinae: apud Ionanem Gymnicum, sub Monocerote, 1592, p. 108, indica que, pese a que Justiniano solo se refiere al *furiosus*, también el que no cuida del enfermo debe ser tenido por indigno según lo señalado en las Basílicas, citando D. 34, 9, 3 (*Marcianus, l. V Regularum*), donde Antonino Pío declara indigno de la sucesión de una mujer al marido responsable de

### III- RECEPCIÓN EN DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

El Fuero Juzgo no recoge causas de indignidad sucesoria. Tan solo establece la posibilidad de desheredar a los hijos o nietos que hubieren deshonrado o atentado contra los padres o abuelos en su ley 4,5,1<sup>98</sup>; junto con otras que tienen por destinataria la mujer: la que se casa sin respetar el año de luto (F.J. 3,2,1), o contra la voluntad del padre (F.J. 3,2,8), o comete adulterio (el F.J., 3,4,7 se refiere al de la hija y el F.J. 5,2,5 al de la

---

su muerte por culpa o negligencia, y C.J. 7, 6, 3, que remite a un edicto de Claudio que sanciona con la pérdida del derecho de patronato al que hubiere arrojado de su casa a su esclavo enfermo, no cuidándolo él mismo, ni encomendándolo a otro, ni siquiera enviándolo a un hospital de peregrinos. También GOUDELIN, P. se refiere conjuntamente al *furiosum vel aegrotum* (*Clarissimi Jcti. Petri Gudelini antecessoris Academiae Lovaniensis Commentariorum de iure novissimo libri sex*, apud Johannem Petrum Zubrodt, Frankfurt, 1668, p. 61). Para S. Isidoro, *Etym.* 10, 12, *aegrotus* es quien está frecuentemente enfermo, como airado e iracundo (*quod sit aegers frequentius, sicut iratus et iracundus*).

<sup>98</sup> F.J., 4, 5, 1: ...El padre non puede desheredar los fijos ni los nietos por lieve culpa; mas puédelos ferir é castigar mientras que son en su poder. Mas si el fijo ó la fija, ó el nieto ó la nieta fiziere grand tuerto ó grand desondra al padre ó á la madre, ó al avuelo ó al avuela quel dé con palma, ó con punno, ó con cox, ó con piedra, ó con palo, ó con correa, ol tira por el pié, ó por la mano, o por los cabellos desondrada mientras; ó si lo denostó en conceio, estos tales deven recibir cada uno L. azotes delante el iuez; y el padre ó la madre, y el avuelo ó la avuela los pueden desheredar si quisieren.

viuda) aunque sin mencionar la que nos ocupa<sup>99</sup>. Casi todos los fueros municipales recogen también, con mayor o menor extensión, alguna causa de desheredación<sup>100</sup>.

Mayor es el elenco de causas de desheredación previsto en el Fuero Real (3, 9, 2 y 3), y, aunque contempla ya alguna hipótesis de indignidad (3, 9, 4 y 5), correspondiendo al Rey los bienes del indigno, tampoco contiene previsión alguna referente al discapacitado, lo que es más curioso, puesto que en dicha regulación se deja ya sentir claramente la influencia del Derecho romano<sup>101</sup>. Ni en este cuerpo legal, ni en el Fuero Juzgo, se contemplan causas de desheredación de padres ni ascendientes, lo cual es lógico puesto que en ninguno de ellos eran considerados como herederos forzosos.

Antes de comenzar con las Partidas, que acogen en general la regulación jurídica del testamento de la época de Justiniano<sup>102</sup>, hemos de observar que la falta de atención al

---

<sup>99</sup> Por tanto, no todas las contempladas en el Fuero Juzgo tienen por destinataria a la mujer (cfr. MENA-BERNAL, *op. cit.*, p. 1.092).

<sup>100</sup> En su estudio destaca QUINTANA, *op. cit.*, p. 77 y ss. la influencia en estos fueros del derecho germánico, mucho menos desarrollado que el romano.

<sup>101</sup> Por ejemplo, permite la desheredación si el causante ... *yoguiet en cativo, e non le quisier quitar en quanto podiere* (F.R., 3,9,2)

<sup>102</sup> VALLET DE GOYTISOLO, *Apartamiento y Desheredación*, "ADC", 1968, I, p. 14; DE MONTAGUT, T., *Los derechos ibéricos medievales*, "Actes à cause

incapaz sí aparece recogida, como causa de desheredación únicamente de los ascendientes, en las *Costums de Tortosa*, cuerpo legal también de fuerte inspiración justiniana:

*Costums de Tortosa, 6, 8, 3: Los hijos, hijas y otros descendientes pueden desheredar á su padre, madre y otros ascendientes á quienes corresponda su sucesión si mueren*

---

de mort”, 2eme partie, De Boeck Université, Bruxelles, 1993, pp. 201-202, precisando que las normas de las Partidas fueron modificadas o completadas por otras posteriores contenidas en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en las Leyes de Toro de 1505 (en el terreno de la desheredación, la ley 49 añadió una nueva causa: la celebración de matrimonio clandestino por los hijos) o en disposiciones reales de la Edad Moderna (así, la Pragmática de 23 de marzo de 1776 admitió la desheredación por casarse los descendientes sin obtener consentimiento de las personas que debían darlo -Nov. Rec. 10, 2, 9-). Señala QUINTANA, op. cit., p. 330, que “la misma sistemática, el mismo método y número de causas que existieron en el Derecho Romano se transcribieron en la obra de Alfonso X, debido a la escasa influencia que la legislación española de la época tiene en las Partidas”. Se restaura en la legislación de Partidas la duplicidad de instituciones de guarda del Derecho Romano con la reintroducción de la curatela (Part. 6,16) frente al derecho histórico español anterior, que solo contemplaba la tutela. De este modo, en la Part. 6, 16, 13 se dice que *curatores son llamados en latin aquellos que dan por guardadores á los mayores de catorce años et menores de veinte et cinco seyendo en su acuerdo, et aun á los que fuesen mayores seyendo locos ó desmemoriados*. Tutela y curatela coexistirán hasta la entrada en vigor del Código Civil de 1889, siendo suprimida ésta hasta 1983 (MARTÍNEZ DE MORENTÍN, op. cit., p. 804 y ss.)

*ellos intestados en siete casos (...) El quinto, cuando el descendiente es loco ó furioso, y el padre o alguno de los ascendientes no cuidan de hacerlo guardar pudiendo hacerlo*<sup>103</sup>.

Las Partidas establecen un régimen de desheredación muy amplio. Efectivamente, bajo la Part. 6, 7 (*“De como et porqué razones puede homo desheredar en su testamento a aquel que debie heredar sus bienes et otrosi porque debe perder la heredad aquel que fue establecido heredero de ella maguer nol desheredasen”*) quedan comprendidas tanto hipótesis de indignidad (leyes 13<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup>) como de desheredación (leyes 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 11<sup>a</sup> y 12<sup>a</sup>)<sup>104</sup>, dentro de las cuales, hay que distinguir causas de desheredación de hijos o descendientes (leyes 4<sup>a</sup> a 7<sup>a</sup>), de padres o ascendientes (ley 11<sup>a</sup>) y de hermanos o colaterales (*los que están en línea de*

---

<sup>103</sup> FOGUET MARSAL, J.- FOGUET R., *Código de las costumbres escritas de Tortosa a doble texto, traducido al castellano del más auténtico ejemplar catalán*, Imprenta Querol, Tortosa, 1919. No puede aplicarse esta causa de desheredación a los descendientes, puesto que, además de no estar incluida en la enumeración de la *costum* segunda de la misma rúbrica, su tenor impone una interpretación restrictiva: *El padre ni la madre pueden desheredar a sus hijos é hijas como no dignas personas, sino en los casos infrascritos que son doce (...)*.

<sup>104</sup> Así lo han destacado PÉREZ DE VARGAS *La indignidad...cit.*, p. 9 y MENA-BERNAL, *cit.*, p. 1.094 y ss.

*travieso, ley 12<sup>a</sup>)*<sup>105</sup>. Algunas de las causas incluidas en ley 5<sup>a</sup> y la de la ley 6<sup>a</sup>, son, como veremos, tanto de indignidad como de desheredación<sup>106</sup>. Fuera de este título, la doctrina suele considerar como causas de indignidad para suceder las comprendidas en Part. 6, 1, leyes 26 a 30 y Part. 6, 3, leyes 4 y 5<sup>107</sup>.

Por lo que se refiere a la falta de atención a la persona incapaz, se reproduce, si bien con alguna diferencia, bastante fidedignamente el régimen de la Novela 115, y mientras, de un

---

<sup>105</sup> Si bien los colaterales podían ser desheredados con o sin expresión de causa (*"E dezimos que el un hermano puede desheredar al otro con razón e sin razón"*).

<sup>106</sup> En igual sentido, **MENA BERNAL**, cit., p. 1.101.

<sup>107</sup> Cfr. **MENA-BERNAL** (quien incluye únicamente los supuestos de Part. 6, 1, 26 y 27, esto es impedir a otro hacer testamento) y **SCAEVOLA**, Q. M., *Código civil comentado y concordado*, t. XIII, Imprenta de Ricardo de Rojas, Madrid, 1897, p. 279 y ss. En realidad, algunas de las "indignidades" que enumera este autor constituyen más bien supuestos de incapacidad, como ocurre con los contenidos en Part. 6, 3, 4 y 5 (deportados, condenados a trabajo en las minas, herejes, mujer que no respete el año de luto). De hecho, la redacción empleada en estas últimas leyes es distinta; ya no se dice *"debe perder todo el derecho que ha ó debe haber en los bienes"* ni se habla de las *"razones por las que ha de perder el heredero la herencia del finado"* sino que *"non puede ser establecido por heredero..."*. No puede perderse de vista, además, desde un punto de vista sistemático, su ubicación dentro del título tercero, correspondiente a la institución de heredero (*"De cómo deben ser establecidos los herederos en los testamentos"*).

lado, la ley quinta se ocupa de quien hubiere descuidado las atenciones debidas con su *ascendiente* en situación de incapacidad, la ley 11 se refiere a quien hubiere descuidado dichas atenciones para con su *descendiente*, quedando fuera de las previsiones de las Partidas únicamente el supuesto de los colaterales (la Nov. 115, 3, 12 se refería a los *filiis aut cognatis*).

Efectivamente, entre las causas por las que puede un padre puede desheredar a su hijo, dispone la Part. 6,7,5 lo siguiente:

Part. 6, 7, 5: ...*E otrosi dezimos, que seyendo algún ome furioso, o loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo; si lo fijos, o los otros que descinden del por liña derecha, non le guardassen, o non pensaren del en las cosas quel fuere menester; si otro extraño se mouiesse por piedad, e que ouiesse duelo del, doliéndose de su locura e de su mala andança, e lo lleuasse a su casa, e pensasse del; si este atal después desto rogasse, e afrontasse a aquellos que descendiesen del furioso sobredicho, que pensasen de su pariente; si ellos non lo quisiesen fazer, e el furioso muriesse sin testamento, este sobredicho que lo lleuo a su casa, e que pensó del, deue auer todos sus bienes del furioso: e los parientes que lo desampararon, non deuen auer ninguna cosa. E si por aventura, este atal tornasse en su memoria ante que muriesse, podría desheredar por esta razón, a aquellos que lo deuian heredar por derecho, si non*

*errassen contra el. E aun dezimos, que si este atal que fuera desmemoriado, ouiesse fecho testamento en antes que cayesse en la locura, e en aquel testamento ouiesse establecido por herederos a sus fijos, o algunos de los otros que descendiesen del por liña derecha; si el furioso muriesse después en casa del estraño que pensaua del, non vale el testamento quanto es en el establecimiento de los herederos; ca non deuen ellos auer la heredad, mas aquel estraño que pensó del, e le ayudaua, en cuyo poder murió. Mas bien valdría el testamento, quanto en las otras mandas que el testador sobredicho ouiesse fecho en el.*

Entiende Gregorio López en su Glosa<sup>108</sup>, que para que entre en juego esta norma el hijo habrá de ser mayor de dieciocho años, por analogía con lo dispuesto en la ley siguiente del título respecto a la redención al cautivo. Para el resto de causas de desheredación la ley establece que el descendiente ha de tener, por lo menos, diez años y medio (Part. 6,7,2).

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la ley, parece claro que comprende tanto la sucesión intestada (*e el furioso muriesse sin testamento*) como la testamentaria; en este caso se menciona expresamente tanto el supuesto de recuperación de capacidad (*si por auentura este atal tornasse en su*

---

<sup>108</sup> *Las Siete Partidas del Sabio rey Don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio López*, t. III, Madrid, 1789, Glosa 10 a Part. 6,7,5.

*memoria ante que muriesse, podría desheredar por esta razón)* como de testamento otorgado con anterioridad a la discapacidad (*si este atal que fuera desmemoriado ouiesse fecho testamento en antes que cayesse en la locura*). Queda claro, por tanto, que la falta de atención al loco o desmemoriado es, a la vez, causa de indignidad sucesoria y justa causa de desheredación<sup>109</sup>.

Tampoco se dan en esta ley los problemas interpretativos planteados por la Novela 115 en torno al alcance que ha de darse al término “furioso”, puesto que expresamente se menciona, junto a este, al *loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo*.

Al igual que en la legislación justiniana, nuestras Partidas conceden un derecho a la herencia al extraño que se hubiere ocupado del incapaz; por el contrario, tal disposición no resultaba de aplicación en Francia, donde el tercero únicamente podría pretender el reembolso de los gastos realizados<sup>110</sup>. Queda claro que el móvil de dicho extraño ha de

---

<sup>109</sup> En este sentido, NAVARRO AMANDI, citado por MENA-BERNAL, p. 1.101. Lo mismo sucede con la falta de redención del cautivo, contemplada en la ley séptima del título.

<sup>110</sup> Según informa FERRIERE, *op. cit.*, p. 363. Se trata de un sistema parecido al del actual artículo 1.894 CC, según el cual, “cuando, sin el conocimiento del obligado a dar alimentos los diese un extraño, este tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.

ser la piedad para el discapacitado que se encontrara en situación de desamparo (*se mouiesse por piedad, e ouiesse duelo del, doliéndose de su locura e de su mala andança*). A semejanza de su precedente romano, sin duda para evitar intervenciones interesadas de extraños, se exige un requerimiento a los parientes obligados a cuidar al *furioso* (aunque no es imprescindible que haya de realizarse por escrito, como precisaba la legislación justiniana).

De forma análoga a sus precedentes romanos, en las Partidas se contempla también el supuesto de la desheredación de los padres respecto de la herencia de sus hijos. De este modo, la ley 11 del mismo libro y título (*“Por quáles razones puede el fijo desheredar al padre de los bienes que hobiere apartadamente, et por quáles non”*), incluye esta causa entre las ocho razones de desheredación de los ascendientes:

Part. 6, 7, 11... *La sexta razón es quando el padre non quiere proveer al fijo desmemoriado ó loco de las cosas quel son meester.*

Finalmente se ocupan las Partidas de señalar el destino de los bienes del incapaz que ha sido atendido por un extraño. La correspondencia en este punto con la Novela 115 de Justiniano es plena, y así, frente a otros supuestos de desheredación en los que los bienes van a parar a la hacienda real, aquí pasan a ser

del extraño que se ocupó del *desmemoriado* o *loco* previa comunicación a los familiares de la situación de necesidad en la que aquél se encontraba:

*Part. 6, 7, 17, Por quales razones la herencia que el heredero perdiese por yerro que hobiese fecho, non la debiere haber el rey (...) Otrosi decimos que quando fuese furioso ó desmemoriado pudiéndolo facer, et pensase otro extraño dél, según dice desuso en las leyes que fablan en esta razón, et por ende pierde la hereditat como home que non la meresce haber; con todo eso tal herencia como esta non serie del rey, mas de aquel extraño sobredicho que pensó dél, dando lo quel era meester en su vida.*

Anota Gregorio López<sup>111</sup>, siguiendo a Accursio, que en el caso de que nadie se hubiere ocupado del *loco*, tampoco tendrían, por ello, sus descendientes derecho a la herencia. En ese caso los bienes habrían de ir a parar a la Hacienda Real. Respecto al problema de si cabe la desheredación en nuestro derecho fuera de las causas expresamente indicadas, el ilustre jurista da una respuesta negativa, frente a lo que, según se ha visto, fue la opinión mayoritaria en derecho común<sup>112</sup>, a la que se adhiere, sin embargo, Diego de Covarrubias<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> GREGORIO LÓPEZ, *Las Siete Partidas...cit.*, Glosa 9 a Part. 6,7,5.

<sup>112</sup> GREGORIO LÓPEZ, *op. cit.*, Glosa 21 a Part. 6, 7, 4 y Glosa 70 a Part. 6, 7,8. Cita a Jasón de Mayno como partidario de esta interpretación

## IV. LA CODIFICACIÓN

### 4.1. El Proyecto de García Goyena de 1851

Al llegar la época de la codificación, los códigos civiles europeos no contemplaron, salvo rarísimas excepciones, la falta de atención al incapaz como supuesto generador ni de indignidad sucesoria ni como causa de desheredación<sup>114</sup>, a

---

extensiva de las causas de desheredación y a Alexandro como ejemplo de la opinión contraria; opinión que entiende mucho más ajustada al tenor de la ley 8ª del mismo título (*...Mas si por alguna otra razon qualquier, que non fuesse de las sobredichas en estas leyes, desheredasse el padre a su fijo, non le valdria tal desheredamiento*), disposición que, afirma, es aún más terminante en su tenor literal que su precedente justiniano, al emplear la palabra “cualquier” (*expresión que lo abraza todo sin exceptuar cosa alguna*). Recuerda, además, el carácter odioso de la desheredación, que obliga a una interpretación restrictiva.

<sup>113</sup> DIDACI COVARRUVIAS, *Opera omnia*, Lugduni, 1661, p. 65.

<sup>114</sup>El Código Civil del Reino de las Dos Sicilias, de 1819, la incluye como causa de desheredación en sus artículos 849 (*Il figlio potrà essere diredato per le cagioni seguenti...3-Se divenuto il genitore furioso, lo abbia lasciato in abbandono senza predere cura de lui*), y 850 (*Il padre o la madre potrà essere diredato per le cagioni seguenti: ...3. Se divenuto furioso, lo abbia abandonato senza prendere altra cura*)- Cfr. **MERCURIO, R.**, *Compendio delle leggi Civile di Domat, colle osservazioni relative alle leggi vigente nel regno delle Due Sicilie*, t. II, Napoli, 1823, pp. 156-7-; el Código Civil de las Islas Jónicas de 1841, con un tenor muy parecido, en sus artículos 827.3 (desheredación de hijos) y

diferencia de lo sucedido en varios códigos iberoamericanos<sup>115</sup>. Es más, ambas instituciones en algunos casos se refundieron en

---

828.3 (desheredación de padres y ascendientes)-Cfr. *Codice civile degli Stati Uniti delle Isole Jonie*, Tipografía del Governo, Corfu, 1841.

<sup>115</sup> El artículo 968.3 del Código civil de Chile de 1855 considera indigno para suceder como heredero o legatario al “*consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiendo*”, al tiempo que su artículo 1.208.2º establece la posibilidad de desheredar al descendiente por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo; preceptos literalmente repetidos por los artículos 1.025.3 y 1.266.2 del Código civil de Colombia de 1887; el artículo 946.3 del Código civil de Honduras de 1906 considera indigno al “*cónyuge o consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que, en el estado de enajenación mental o de indigencia de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo*”; igual redacción, si bien limitándolo al cuarto grado de consanguinidad, presenta el artículo 969.3 del Código civil del Salvador de 1859, al tiempo que su artículo 1.141 establece que a ningún alimentario puede privarse de su porción alimenticia, a no ser por una de las causas siguientes: 2) Por no haberle socorrido en el estado de enajenación mental o de indigencia, pudiendo; el Código civil de Ecuador, reformado en 2005, establece en su artículo 1.010.3º la indignidad del consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que, en el estado de demencia o desvalimiento de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiéndolo (reduce así el círculo de consanguíneos afectados del sexto al cuarto grado, manteniendo, por lo demás, la redacción del art. 953.3 del Código de 1858); además, su artículo 1.012 declara igualmente la indignidad para suceder al impúber, demente o sordomudo, del ascendiente o descendiente, que, siendo llamado a sucederle abintestato, no pidió que se le nombrara tutor o curador, y permaneció en esta omisión un año entero; a menos que aparezca haberle sido imposible pedirlo por sí

---

o por procurador; por último su artículos 1231 y 1232 permiten la desheredación del descendiente o ascendiente que no hubieran socorrido al testador en estado de demencia o desvalimiento, pudiendo. El art. 3.295 del Código civil de Argentina de 1869 establecía la indignidad del pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público. El art. 523.4 del Código civil de Costa Rica de 1886, declara indignos para suceder por sucesión testamentaria o legítima a los parientes comprendidos entre los herederos legítimos, que hallándose el causante loco o demente y abandonado, no cuidaren de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público (aunque PÉREZ GALLANDO, L.B., *La negativa de atención o alimentos al causante como causal de incapacidad para suceder*, “El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista”, t. II, Dykinson, Madrid, 2014, p. 1719, afirma, en relación a esta disposición, que la dicción es más moderna que la de otros códigos civiles de Iberoamérica, en realidad es una repetición casi literal del artículo 617 del Proyecto de García Goyena de 1851). Otros códigos latinoamericanos optan por no contemplar expresamente el supuesto del causante discapacitado, pero incluyen como causa de indignidad o desheredación aquellos casos de negativa de alimentos o de abandono en otros supuestos de necesidad, así, el art. 1316 del Código civil Federal de México de 1928 establece que: *“son incapaces de heredar por testamento o por intestado: VIII. Los demás parientes del autor de la herencia que, teniendo obligación de darle alimentos, no la hubieren cumplido; IX. Los parientes del autor de la herencia que, hallándose éste imposibilitado para trabajar y sin recursos, no se cuidaren de recogerlo, o de hacerlo recoger en establecimientos de beneficencia”*; para el artículo 2.281 del Código civil y comercial de la Nación de Argentina, de 2014, son indignos de suceder: e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; para el art.

una sola, la indignidad sucesoria, como ocurrió con el *Code* napoleónico o con el Código Civil italiano. Existe además la tendencia, cuyo ejemplo más expresivo es nuevamente el Código civil francés, a reducir notablemente el elenco de posibles causas de indignidad<sup>116</sup>. Sin embargo hay que subrayar el hecho de que algunos Códigos, como el austríaco de 1811, si bien no mencionaron expresamente como causa de desheredación el no prestar al padre incapaz las atenciones debidas, sí previeron, en cambio, una circunstancia más amplia,

---

744.2 del Código civil de Perú de 1984, es causa de desheredación de los descendientes: haberle negado sin motivo justificado los alimentos o haber abandonado al ascendiente encontrándose éste gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo. Finalmente, el artículo 810.3 del Código civil de Venezuela de 1982 dispone que son incapaces de suceder como indignos: los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello.

<sup>116</sup>Así, el art. 727 del *Code* establece solo tres causas de indignidad: la condena por haber dado o intentado dar muerte al difunto, la acusación calumniosa de un delito castigado con pena capital o la falta de denuncia de la muerte violenta del difunto por parte del heredero mayor de edad sabedor de esta. El artículo 725 del Código italiano de 1865 incluye cuatro causas: junto a la muerte y la acusación calumniosa al causante, diversos atentados contra la voluntad testamentaria de éste, sin contemplar, por el contrario, la falta de persecución de la muerte violenta; los supuestos se amplían a seis en el artículo 463 del Código de 1942.

en la que bien puede entenderse incluida: el haberlo dejado abandonado en estado de necesidad<sup>117</sup>.

En nuestro país, con posterioridad a las leyes de Partidas, vigentes con carácter supletorio del Derecho real hasta la entrada en vigor del Código civil de 1889, ni la Nueva ni tampoco la Novísima Recopilación recogen esta causa de desheredación. Aunque el Proyecto de 1836, en la misma línea del Código civil austríaco de 1811, no la menciona tampoco específicamente, la causa pudiera entenderse subsumida dentro del supuesto quinto de desheredación de su artículo 2.322:

*Los hechos capaces de motivar la exheredación de los descendientes son:*

---

<sup>117</sup> Artículo 768 ABGB: *Ein Kind kann enterbt werden: ...2) wenn es den Erblasser im Notstande hilflos gelassen hat.* El Código suizo de 1907, que mantiene la distinción entre indignidad (art. 540) y desheredación, (art. 477) incluye, como posible motivo de esta última, el incumplimiento grave de los deberes que la ley impone frente al difunto o su familia. El B.G.B. contempla cuatro supuestos de indignidad sucesoria en que puede incurrir el heredero (parágrafo 2.339), aplicables, según el 2.345 del mismo cuerpo legal, también al legatario y al legitimario. El 2.333 establece cuatro supuestos de desheredación para los descendientes, aplicables también a los ascendientes y cónyuge, entre ellos, el haber faltado dolosamente al deber de alimentos (*wenn der Abkömmling... die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt.*)

5º) *Haberle abandonado estando impedido o menesteroso*<sup>118</sup>.

La falta de atención al discapacitado psíquico reaparece explícitamente, sin embargo, en el Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851, fiel a la tradición histórica<sup>119</sup>, y ello a pesar de que el artículo 672, a la manera de los Códigos modernos, recoge como causa de desheredación la negativa a prestar alimentos al padre o descendiente que deshereda:

*Art. 617: Son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento:*

*5º.- El pariente del difunto, que, hallándose este loco ó demente y abandonado, no cuidó de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público.*

---

<sup>118</sup> Si bien el término *impedido*, según la RAE, se refiere más bien al discapacitado físico, al ser definido como “el que le falta un miembro”, sin embargo, pudiera encajar, en su caso, en el concepto más amplio de “menesteroso”, sinónimo de “necesitado”. Por otro lado, el artículo 2.323 del Proyecto señala que las mismas causas pueden ser alegadas por un descendiente para la desheredación de su ascendiente. Sin embargo, el artículo 2.205 no incluye el abandono del impedido o menesteroso entre las causas de indignidad.

<sup>119</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial F. Abienzo, Madrid, 1852, t. II, p. 64.

Quizá la novedad más llamativa respecto al derecho anterior sea la desaparición del llamamiento a favor del extraño que se ocupa del “loco o demente”, pero existen otras diferencias. En primer lugar, se observa que el Proyecto de García Goyena integra en el supuesto de hecho de la indignidad de forma genérica a los “parientes”, con lo que se evita la enumeración de cada uno de los parientes en particular: ascendientes, descendientes o colaterales. El ilustre jurista cita como precedentes de la disposición la Part. 6, 7, 5 y Part. 6, 7, 17, que mencionan solo a los hijos y descendientes, criticando la exclusión de otros parientes (tanto en las Partidas como en otros Códigos modernos), en base al siguiente razonamiento:

*“Seguramente es mas fea é inhumana la negligencia en los descendientes; pero también son mas fuertes sus derechos, y sin embargo, pierden hasta su legítima: ¿por qué los otros parientes, aunque menos obligados, no perderán sus derechos menos favorables á los ojos de la ley y de la naturaleza?”*

Cabe observar, sin embargo, que en la legislación de Alfonso X los ascendientes que desatendieren a un descendiente incapaz sí incurrían en indignidad sucesoria; lo que ocurre es que tal previsión, según se señaló más arriba, se encontraba en una ley distinta dentro del mismo título,

concretamente en la Part. 6, 7, 6<sup>120</sup>; sí es cierto, en cambio, que quedaban fuera los colaterales. También hay que destacar el hecho de que el pariente no viene obligado al cuidado personal del incapaz, siendo suficiente que se encargue de “hacerle recoger en un establecimiento público”<sup>121</sup>.

Por último, conviene señalar que el artículo 745 del Proyecto indica que las causas de indignidad para suceder se

---

<sup>120</sup> No desconoce sin embargo esta circunstancia **ESCRICHE, J.**, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, voz “Desheredación”, Imprenta Eduardo Cuesta, Madrid, 1874, p. 684, que la enumera tanto dentro de las justas causas por las que pueden ser desheredados los hijos (6º- “haberle abandonado estando demente”) como los padres (3º-“haberle abandonado estando loco”). Por su parte **MARTINEZ ALCUBILLAS**, *Diccionario de la Administración Española, peninsular y ultramarina*, 2ª ed, t. XII, voz “Sucesión testamentaria”, Madrid, 1870, pp. 745-746 incluye tanto como causa de indignidad como de desheredación únicamente la falta de atención de los descendientes que hubieren abandonado al ascendiente que se hallare en estado de demencia, sin embargo, él mismo reconoce que la lista de causas no es completa, remitiéndose a las Partidas.

<sup>121</sup> El Edicto de Claudio, antes comentado, preveía la posibilidad de que el dominus no cuidase personalmente a su esclavo, sino que encomendase a otro su cuidado o lo enviara a un venerable hospital de peregrinos, para evitar el abandono que daba lugar a la libertad del esclavo enfermo y la consiguiente pérdida de los derechos de patronato (C.J. 7,6, 3).

aplican también a las sucesiones intestadas, eliminando al respecto cualquier duda interpretativa<sup>122</sup>.

4.2- El artículo 756 del Código Civil en su redacción original

Aunque nuestro Código Civil, fiel a la tradición histórica, y a diferencia de otros ordenamientos como el francés o el italiano, mantiene como figuras separadas la indignidad para suceder (artículo 756, que, en su redacción original recogía siete causas)<sup>123</sup> y la desheredación<sup>124</sup>(artículos 848 y ss.), ni el

---

<sup>122</sup> Destaca **PÉREZ DE VARGAS**, *op. cit.*, p. 13, que el citado precepto permite descartar la interpretación de que en el Proyecto de García Goyena la indignidad solo afectaba a la sucesión testada, que podría deducirse de la ubicación sistemática de los preceptos bajo la rúbrica “De la capacidad para disponer y adquirir por testamento”; o de la redacción de algunos artículos, como el 617 (“son indignos y como tales no podrán adquirir por testamento...”) o el 606 (“pueden adquirir por testamento todos los que la ley no declare incapaces o indignos”).

<sup>123</sup> “Son incapaces de suceder por causa de indignidad: 1º Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeran a sus hijas o atentaren a su pudor. 2º El que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima. 3º El que hubiese acusado al testador de delito al que la Ley señale pena aflictiva, cuando la acusación sea declarada calumniosa. 4º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia cuando ésta no hubiera procedido ya de

---

oficio. 5º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador. 6º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o a cambiarlo. 7º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviese hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro posterior". A este elenco se le han formulado múltiples críticas: para **ALBADALEJO**, *Comentario al artículo 756, "Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales"*, t. X, vol. I, EDERSA, 1987, p. 208, al enumerar muchas causas concretas de indignidad, en lugar de pocas y más genéricas, se corre el riesgo de omitir algún hecho concreto que luego no quepa encajar entre las previstas y quizá más grave, circunstancia que se complica por el principio de interpretación restrictiva de las causas de indignidad. Propugna entender incluidas aquellas que, siendo moralmente iguales o peores que las expresadas en la ley, quepan al menos en su espíritu; **ZURILLA CARIÑANA, M.A.**, *Comentario al artículo 756*, en "Comentarios al Código Civil", t. IV, coor. Bercovitz Rodríguez Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5.636, critica la falta de adaptación de la indignidad a la realidad social, proponiendo una regulación más flexible mediante la ampliación de los supuestos de hecho que pueden provocarla o la introducción de la denominada indignidad facultativa; en sentido parecido, **MENA BERNAL**, *op. cit.*, p. 1.072 y **GONZÁLEZ ACEBES, B.**, *El nº 7 del art. 756 y la protección del discapacitado*, "La protección jurídica del discapacitado", coord. Serrano García, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 267.

<sup>124</sup> Sobre las diferencias en nuestro ordenamiento entre indignidad y desheredación cfr. **HERNÁNDEZ GIL, F.**, *La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos*, "Revista de Derecho Privado", 45, 1961, p. 470 y **JORDANO FRAGA, F.**, *Indignidad sucesoria y desheredación (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004, p. 13 y ss. Ya **BIONDI**, *Succesioni ...cit.*, p. 177 y *Diritto Ereditario...cit.*, p. 211, observó que en el derecho justinianeo ya había

Proyecto de 1882 ni el Código Civil en su redacción inicial recogieron expresamente la falta de atención al discapacitado como posible causa de una u otra institución. Aunque ciertamente algunas de las causas contempladas en nuestro derecho histórico habían quedado desfasadas (como, por ejemplo, la falta de redención al cautivo por sus parientes), no es este el caso de la circunstancia que nos ocupa<sup>125</sup>.

---

desaparecido la razón de ser de la distinción entre causas de indignidad y de incapacidad para suceder y se mostraba contrario al mantenimiento de esta dualidad en derecho moderno. En favor de la refundición se han pronunciado en España **LACRUZ BERDEJO**, *Elementos de Derecho Civil*, V, p. 66; **VALTERRA FERNÁNDEZ, L.**, *Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas*, "Información jurídica", nº 125, 1953, p. 865 y ss. y **JORDANO FRAGA**, *op. cit.*, p. 10. A favor de su mantenimiento, **GARCÍA GOYENA**, *op. cit.*, p. 434, que discrepa del criterio del *Code* napoleónico de abolir la desheredación, considerándola una consecuencia del señalamiento de la legítima; **ALBADALEJO**, *Curso de Derecho de Sucesiones*, 9º ed., Edisofer, Madrid, 2008, p. 397, con el argumento de que "aparte de que lo que abunde no dañe, en la práctica quizás no va mal permitir que el testador invoque la causa de indignidad como justificación de por qué prima de la legítima al que incurrió en ella, y esto presupuesto, hay ciertos efectos distintos, entre ser indigno y ser desheredado por una de las causas que, siendo también de indignidad, aduzca el testador"; **MENA BERNAL**, *op. cit.*, p. 275 y **ZURILLA CARIÑANA**, *op. cit.*, p. 5635.

<sup>125</sup> **MANRESA Y NAVARRO**, J.M., *Comentarios al Código civil español*, t. VI, vol. II, ed. Reus, Madrid, 1973, p. 224, en relación a la supresión de ciertas causas de desheredación, razona lo siguiente: "Más rara parece la supresión de las causas 13, 14 y 15; pero ni la prisión, ni la cautividad, ni la

Probablemente la razón de esta omisión obedezca al hecho de que, en línea con otros códigos civiles, se contempla, por primera vez, como causa de desheredación, la negativa de alimentos entre parientes necesitados<sup>126</sup>. Si bien el derecho a alimentos entre parientes ya se había establecido en Derecho romano, en cambio, como regla general, no se contemplaba su contravención como un supuesto generador de indignidad sucesoria, a excepción de lo dispuesto, ya a partir de la *lex Aelia Sentia*, en relación al patrono respecto a la herencia del liberto cuando no le prestase alimentos (D. 38, 2, 33, *Modestinus l. sing. de manumissionibus*)<sup>127</sup>. Ciertos comentaristas del Código civil no

---

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 que si en estas situaciones necesitasen alimentos y les fueren negados indebidamente, cabe desde luego la desheredación, en virtud de la causa 1ª del artículo 853*" (la cursiva es nuestra).

<sup>126</sup> En el Proyecto de 1851 sí aparecía ya esta negativa de alimentos como causa de desheredación en su art. 672.1, aunque se mantenía, según se ha visto, la indignidad por abandono del loco o desmemoriado.

<sup>127</sup> *Si patronus non aluerit libertum, lex Aelia Sentia adimit eius libertatis causa imposita tam ei, quam ipsi ad quem ea res pertinet, item hereditatem ipsi et liberis eius, nisi heres institutus sit, et bonorum possessionem praeterquam secundum tabulas.* Aparece así una especie de indignidad sucesoria aplicada exclusivamente al campo de la sucesión

dudan en considerar como antecedentes de la desheredación del 853.1 la falta de atención al padre “furioso o desmemoriado” prevista en Part. 6, 7, 5 (que es sucesora directa de la Nov. 115, 3, 12), la no redención del padre cautivo (Part. 6, 7, 6 y Nov. 115, 3,13) o el no sacar de la prisión al padre preso por deudas (Part. 6,7,4 y Nov. 115,3,8)<sup>128</sup>. Desde un punto de vista práctico existen también documentos desde antiguo “en los que se conjugan alimentos y desheredación, empleando esta como sanción al hijo que se niega públicamente a sustentar a sus padres pobres”<sup>129</sup>.

---

**intestada, que no opera, en cambio, cuando el patrono aparece contemplado en el testamento (la institución testamentaria opera a modo de rehabilitación del indigno, si bien no se exige que el otorgamiento de dicho testamento haya de ser posterior a la negación de alimentos).**

<sup>128</sup> *Vid.*, en este sentido, SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 286, quien afirma que “a la publicación de este (Código) han pasado a las causas de desheredación la de no socorrer el hijo al padre siendo furioso ó desmemoriado o habiendo caído en cautividad”; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Comentario al artículo 853*, “Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales”, t. XI, dir. Albadalejo, EDERSA, Madrid, 1982, p. 547. También en cierta medida García Goyena parece considerar las dos últimas normas, junto a lo prevenido en D. 25, 3, 4: *necare videtur: qui alimonia denegat* como antecedente de esta causa de desheredación.

<sup>129</sup> BARTHE PORCEL, J., *La negativa de alimentos por los hijos como causa de desheredación (Nota histórica)*, “Anales de la Universidad de Murcia”, vol. XIII, nº 2, 1955, pp. 529-534, quien reproduce, a estos efectos, un documento de S. Vicente de Oviedo de 27 de septiembre de 1163.

La falta de atención a la persona discapacitada podría entonces, desde el momento de la entrada en vigor del Código civil, entenderse subsumida dentro de esa negación del deber de alimentos que constituye causa de desheredación según el 853.1 CC respecto a los descendientes y del 854.2 respecto a los ascendientes, o de la causa de indignidad del nº 1 del 756, esto es, como “abandono de los hijos” caso de ser la persona discapacitada hijo del indigno<sup>130</sup>. Sin embargo, se observa cómo, con el cambio de regulación, hay supuestos de falta de atención a los discapacitados que quedaban sin protección desde el punto de vista sucesorio, concretamente, las faltas de atención a ascendientes incapaces en los que no haya testamento.

#### 4.3- Reformas posteriores

No ha sido hasta 2003 cuando se ha restablecido expresamente en España la indignidad sucesoria de los parientes con derecho a la herencia por no haber prestado al discapacitado las atenciones debidas. Efectivamente, ni la

---

Demuestra el autor que la negativa de alimentos a los padres ya se contemplaba en algunos fueros castellanos y leoneses (como los de Zamora o Plasencia) y que, si bien no generaba la desheredación, sí daba lugar a otras consecuencias (como el de que los hijos ricos fueran sacados por los jueces de sus casas, metiendo a los padres o las madres en ellos).

<sup>130</sup> En igual sentido, GONZÁLEZ ACEBES, *op. cit.*, p. 268.

profunda reforma de la incapacidad llevada a cabo en 1983<sup>131</sup>, ni las operadas en el terreno de la indignidad<sup>132</sup> efectuaron esa conexión entre indignidad sucesoria y protección del discapacitado. De este modo, el artículo 10. 1 de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, introduce una causa séptima de indignidad sucesoria en el artículo 756:

*7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil.*

La norma no ha tenido eco modificaciones posteriores de los Códigos civiles forales realizados por la legislación

---

<sup>131</sup> Ley 13/1983, de 14 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

<sup>132</sup> El artículo 756 ha sido modificado por la ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, excluyendo como causa de indignidad el adulterio con la mujer del testador y por la ley 11/1990, de 15 de octubre, que dio una nueva redacción al número 1 del artículo.

autonómica<sup>133</sup> -si bien cabe recordar que el artículo 756 es aplicable en Galicia y Baleares por remisión expresa de los artículos 263 y 7 bis. 4 de sus respectivas Compilaciones de Derecho Civil- hecho que se ha explicado por la deficiente regulación del precepto<sup>134</sup>.

Según tienen declarado nuestros tribunales, la finalidad de la norma es evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo (finalidad, ya presente, en la constitución de Justiniano del 542), no estando configurado “como una vía de premiar al que, entre los posibles herederos abintestato del causante, mejor se ha portado con él, sino la de excluir, a modo de sanción o pena civil, a aquellos que incurren

---

<sup>133</sup> Así, la Ley 10/2008 de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil Catalán, relativo a las sucesiones, no contempla la falta de atención al discapacitado ni en el artículo 412.3 (causas de indignidad sucesoria) ni en el 451.17 (causas de desheredación). Lo mismo ocurre con los artículos 328 y 510 del Código de Derecho foral de Aragón, aprobado por D. Legislativo 1/2011 de 22 de marzo.

<sup>134</sup> **GARCÍA RUBIO**, *Capacidad, Incapacidad e indignidad para suceder*, “Tratado de Derecho de Sucesiones”, I, coord. Solé Resina- Gete Alonso y Calera, Civitas, Madrid, 2011, p. 262 y *Artículo 756*, “Código civil comentado”, vol. II, coord. Valpuesta Fernández, Civitas, Madrid, 2011, p. 638. **PEREÑA VICENTE**, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 146 critica el hecho de que el limitar la reforma exclusivamente al Código Civil, se generan discriminaciones en la protección de los discapacitados en función de la vecindad civil de estos.

en alguna de las conductas reprochables que el precepto prevé como causa de indignidad”<sup>135</sup>.

Varias son los problemas planteados por esta “nueva” causa de indignidad –algunos ya resueltos en la legislación histórica- que han merecido la atención de nuestra doctrina: a) la del tipo de sucesión al que es aplicable, b) la delimitación de los sujetos a los que se refiere, concretando el círculo tanto de posibles causantes como de posibles indignos, c) la concreción del concepto de “atenciones debidas”, d) el de si es requisito previo la exigencia judicial de alimentos y e) el del alcance práctico de la norma.

La primera de las cuestiones planteadas no había suscitado controversia alguna desde que fue implantada por primera vez la figura en el siglo VI. Concebida desde un principio tanto como causa de indignidad como de desheredación, resultaba aplicable, como vimos, a ambos tipos de sucesiones. Ahora bien, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 introduce un importante elemento de confusión, pues de atenernos únicamente a lo declarado en ella, la aplicación del 756.7 CC quedaría limitada al ámbito de la sucesión *abintestato*:

---

<sup>135</sup> S.A.P. Burgos 214/2006 de 6 de junio (JUR 2006/228757), F.J. 2º y 3º; S.A.P. León 636/2009 de 28 de diciembre (JUR/2010/107904), F.J. 3º y S.A.P. de La Rioja 204/2009 de 19 de junio (AC 2009/1710), F.J.2º.

“Se configura como causa de indignidad *generadora de incapacidad para suceder abintestato* el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”

Esta aparente limitación al ámbito de la sucesión legítima ha suscitado múltiples críticas, porque supone una ruptura con el régimen de las demás causas de indignidad, que son aplicables a ambos tipos de sucesiones<sup>136</sup>, sin entenderse muy bien la razón que lo justifica<sup>137</sup>. Además de romper con la

---

<sup>136</sup>En la actualidad así lo entiende la generalidad de la doctrina: CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI-1, 9ª ed., Reus, Madrid, 1989, p. 493; LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 65; ALBADALEJO, *Curso... cit.*, p. 83, y *Comentarios... cit.* p. 205; HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 471; MARÍN LÓPEZ, *Comentarios al artículo 756, “Comentarios al Código Civil”*, Aranzadi, 2009, p. 1, MENA-BERNAL ESCOBAR, *op. cit.*, p. 1.142; ALBACAR-DE CASTRO GARCÍA, *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia*, t. III, Trivium Madrid, 1991, p. 461; ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 563; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 42 y 44.

<sup>137</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección para personas discapacitadas*, “Revista de Derecho de la UNED”, nº 1, 2006, pp. 186-187; PUIG FERRIOL, L., *Protección del discapacitado: aspectos sucesorios*, “Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados”, coor. Bello Janeiro, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, pp. 302-3.

tradición histórica, si la finalidad de la norma es evitar la situación de desamparo ¿por qué privar del mecanismo de protección del 756.7 al discapacitado que haya podido otorgar testamento, por ejemplo, el discapacitado físico con minusvalía superior al 65%? El precepto no puede partir de la idea de que los discapacitados están sistemáticamente privados de *testamentifactio* activa<sup>138</sup>. Nuestro derecho establece el principio de presunción de capacidad, por lo que la regla general es la capacidad de la persona y la incapacidad la excepción; por lo tanto, solo estará privado del derecho a otorgar testamento la persona con la capacidad modificada judicialmente -concepto que no es equivalente a “discapacitado”- a quien la sentencia de incapacitación expresamente haya privado de este derecho. Y aun así, dado que la falta de capacidad ha de apreciarse en el momento del otorgamiento, será válido un testamento otorgado en un momento anterior a la incapacidad. Finalmente, hay que recordar que la privación de la facultad de testar, de conformidad con el espíritu de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y

---

<sup>138</sup> Aunque, como señala SERRANO GARCÍA, I., *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, p. 559, parece que en esta idea estaba, erróneamente, la mente del legislador de 2003 al redactar la Exposición de Motivos.

según ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia, ha de ser interpretada restrictivamente<sup>139</sup>.

La conclusión a la que se suele llegar, de forma prácticamente unánime, es la de extender el 756.7 también al ámbito de la sucesión testamentaria, de un lado, por la ubicación sistemática del precepto dentro de la rúbrica “De la capacidad para suceder por testamento y sin él” y de otro, por la falta de valor normativo de las Exposiciones de Motivos.

Hay que tener en cuenta, además, que si bien, a diferencia de lo que sucedía en Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, la medida se presenta únicamente como un supuesto de indignidad para suceder (el artículo 852 CC no la incluye dentro del elenco de causas de indignidad que son, al

---

<sup>139</sup> La jurisprudencia viene considerando que la prohibición de realizar actos dispositivos, si no se dice expresamente lo contrario, ha de entenderse limitada a los actos *inter vivos* (SS.T.S. de 20 de mayo de 1994-RJ 1994/3723- y 31 de diciembre de 1991-RJ 1991/9483, SS.A.P. de Asturias de 8 de mayo de 2015 -JUR 2015/142890- y de Valencia de 5 de noviembre de 2012-JUR 2013/119096-). Varias voces proponen una nueva modificación del artículo 665 del Código civil para permitir el testamento del judicialmente incapacitado que se encuentre en un intervalo lúcido (GÓMEZ LAPLAZA- DÍAZ ALABART, *La capacidad testamentaria de los incapacitados*, “Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García”, dir. Domínguez Luelmo - García Rubio, La ley, Madrid, 2014, p. 546, y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil*, *ibid.*, p. 616 y ss.).

propio tiempo, motivos de desheredación, al dejar fuera las circunstancias contempladas en los apartados 4º y 7º del artículo 756), la falta de prestación de las atenciones debidas al discapacitado, descrita en el apartado séptimo, sin ser una causa de desheredación autónoma, fácilmente será constitutiva de una negación de alimentos contemplada en los artículos 853.1, 854.2 y 855.3 CC, apta para justificar una desheredación<sup>140</sup>.

En cuanto a los destinatarios de la norma, la doctrina se ha encargado de perfilar tanto el concepto de “persona con discapacidad” a los efectos de la misma como de delimitar el círculo de posibles indignos. Por lo que se refiere al primer

---

<sup>140</sup> Por eso concluyen LEÑA FERNÁNDEZ, R., *Posibilidades en materia sucesoria que, en favor de la persona con discapacidad, ofrece la ley 41/2003, “Los derechos de las personas con discapacidad”, vol. I, coord. J.L. Terreros, Madrid, 2007, op. cit., p. 929 y JORDANO FRAGA, op. cit., p. 26, que la falta de reforma de los artículos 854, 855 y 856 del Código Civil para añadir una referencia al apartado 7º del 756 no obedece a un olvido legislativo, pues las conductas encajan fácilmente en la negación de alimentos del 854.1, 854.2 y 855.3 Cc. Aun mostrándose de acuerdo con este razonamiento, destaca REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 393, que existe una diferencia esencial entre el 756.7 CC y la del 853.1: mientras que para el primero es suficiente la existencia de un estado de necesidad del causante, la desheredación del 853.1 se vincula a la negativa a atender una reclamación de alimentos efectuada con carácter previo al legitimario. Niega también que la causa de indignidad del 756.7 CC sea causa de desheredación HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 197.*

punto, se insiste en que no es necesario que el causante esté judicialmente incapacitado<sup>141</sup>. Tampoco se daba esta exigencia en el Derecho romano, donde no se hacía una declaración judicial de incapacidad. Los discapacitados incluidos en la norma serán, en virtud de la remisión efectuada por la D.A. 4ª del CC, según la redacción dada por el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, las personas con minusvalía psíquica igual o superior al 33% o con minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%, y ello con independencia de que haya recaído o no sentencia de incapacitación<sup>142</sup>. Ha de observarse que aparecen

---

<sup>141</sup> MINERO ALEJANDRE, G., *Causas de indignidad para suceder de personas con discapacidad*, 1ª Jornada sobre maltrato a las personas con discapacidad. Sevilla, 16-17 octubre de 2014, coor. Zarzuela Domínguez y Díaz Pacheco, Servicio de Publicaciones de la UNIA, 2014, p. 260. No deja de resultar sorprendente, en este sentido, la afirmación de la S.A.P. de León 636/2009 de 28 de diciembre (JUR 2010/107904) de que “*esta situación (de desamparo) no se produjo en el caso de la progenitora de los litigantes porque no había sido declarada incapaz*”, si bien es cierto que en el caso concreto la razón determinante de la no apreciación de la indignidad radicaba en la constatación de que la causante tenía recursos económicos suficientes y que estuvo atendida.

<sup>142</sup> Señala LEÑA FERNÁNDEZ, p. 928 que si al fallecimiento del discapacitado no se había obtenido el certificado administrativo que acredita el grado de minusvalía, no habría problema en el caso de mediar incapacitación judicial, pero, en caso contrario, no podrá producirse la indignidad. Estudia varios supuestos especiales, como el del derecho de representación (considerando que si es el representado quien incurrió en causa de indignidad la conducta no afecta al representante, en cuanto

contemplados por el legislador, por primera vez en la historia de España, las personas con discapacidad *física* (al margen, según se ha visto, de posibles interpretaciones extensivas de mano de la doctrina). Efectivamente, desde el Derecho romano y en toda nuestra legislación histórica se aludía siempre al *furioso* o *desmemoriado*, con clara intención de referirse a las personas aquejadas de incapacidad psíquica.

Por lo que se refiere al elenco de posibles sujetos indignos, la redacción del precepto ha dado pie a variadas interpretaciones. La dificultad deriva de haber recurrido a dos conceptos: el de “personas con derecho a la herencia” y el de “sujetos con obligación de prestar alimentos”. A ello se une lo manifestado por la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, cuando señala, como uno de sus propósitos, el de

---

sucede directamente al *decuius*; en cambio, sí podría predicarse del representante el carácter de indigno si realiza la conducta del 756.7) y el del *ius transmissionis*, aplicando la doctrina fiscal según la cual el transmisario sucede al transmitente y no al *decuius*, no pudiendo entonces éste heredar al transmitente indigno (aunque hay que señalar que, con posterioridad, la S.T.S. de 11 de septiembre de 2013 –RJ 2013/7045- y la res. DGRN de 26 de marzo de 2014 -BOE 29 de abril- han seguido la teoría de la adquisición directa, criterio al que finalmente se ha adherido también la DGT mediante consulta V2063/2016 de 13 de mayo). En el caso de que la causa de indignidad concurriera solo en el transmisario, se muestra partidario de aplicar una jurisprudencia de intereses, impidiendo que pueda ejercitar el derecho transmitido quien resulta indigno para ello.

considerar como causa generadora de incapacidad para suceder *ab intestato* el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida (“...y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos”).

De este modo, para unos, pueden incurrir en esta causa de indignidad, no solo las personas obligadas legalmente a la prestación de alimentos, sino también los colaterales hasta el cuarto grado, que es donde alcanza el límite de los llamamientos *ab intestato*<sup>143</sup>, no faltando, quienes, por el contrario, lo limitan a los parientes legalmente obligados a la prestación de alimentos (es decir, cónyuge, ascendientes,

---

<sup>143</sup>Así, para PÉREZ DE VARGAS, *La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7º del Código Civil*, “Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados”, coor. Bello Janeiro, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2005, p. 253, “lo que quiso, con poca fortuna decir el legislador del 2003 en la Exposición de Motivos es que la nueva causa de indignidad tendría eficacia en la sucesión intestada incluso en relación con aquellas personas que, sin estar obligadas a prestar alimentos, fueran llamadas a la sucesión legítima del discapacitado (colaterales hasta el tercer y cuarto grado)”. En igual sentido GONZÁLEZ ACEBES, *cit.*, p. 276; ÁLVAREZ MORENO, M.T., *La protección de los discapacitados en el Derecho español*, “Familia y discapacidad”, coor. Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2010, p. 36; MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 260; PUIG FERRIOL, “Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados”, Escola Galega de Administración Pública, coor. Bello Janeiro, Santiago de Compostela, 2005, p. 227 y NÚÑEZ NÚÑEZ, M., *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, pp. 194-5.

descendientes y hermanos)<sup>144</sup> o lo extienden a aquellos sujetos llamados por testamento a la herencia del discapacitado<sup>145</sup>, si bien esta interpretación se tacha por algunos como desorbitada, dando un alcance al precepto nunca pretendido por el legislador, alegándose, respecto a los herederos testamentarios, que bien pudieron no haber tenido conocimiento del llamamiento a la herencia, por lo que se estaría introduciendo una obligación de imposible cumplimiento<sup>146</sup>. Hay que recordar

---

<sup>144</sup>SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 555, aunque con cautela, y MORILLAS FERNÁNDEZ, M. *Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad*, “El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista”, t. II, Dykinson, Madrid, 2014, p. 1.104, p. 1.104.

<sup>145</sup> LEÑA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 929 y ss., MARTÍN MELÉNDEZ, *La causa de indignidad para suceder del artículo 756.7 del CC*, “Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García”, coord.. Herrera Oviedo, 2014, p. 821 y SEDA HERMOSÍN, *La ley del patrimonio especialmente protegido. Su incidencia y límites como instrumento de garantía para el futuro de las personas con discapacidad tras las reformas del Código civil. La autotutela*, “Discapacidad intelectual y derecho”, 2ª ed., Fundación Aequitas, 2005, p. 221.

<sup>146</sup> DÍAZ ALABART, S., *Las reformas del Derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, “La protección jurídica de las personas con discapacidad”, coor. Díaz Alabart, Ibertuamur, 2004: “Si se entiende que son los legitimarios y los herederos “ab intestato” las denominadas “personas con derecho a la herencia”, como su derecho es objetivo, esas personas pueden conocer que tienen tal derecho antes del fallecimiento del discapacitado, mientras que si incluyéramos a los parientes de grado ulterior al cuarto colateral y a los extraños, unos y otros solamente conocerán que tienen derecho a la

cómo, en la regulación inicial justiniana, para el caso de que el *furiosus* muriese sin haber recuperado la cordura, para entender deferida la herencia al extraño que cuidó de él, era necesario el atestado escrito tanto a los descendientes y a los cognados llamados *abintestato*, como a otros instituidos en testamento anterior a la locura, lo que aseguraba el conocimiento tanto de la situación de necesidad, como, en su caso, del hecho del llamamiento testamentario.

No cabe pensar como posible sujeto de esta causa de indignidad en el tutor que niegue a su pupilo en situación de discapacidad las atenciones debidas, pues pese a estar obligado a *procurar* alimentos *ex art. 269.1 CC*<sup>147</sup>, es evidente que en el

---

herencia del discapacitado cuando éste ya no necesite atenciones de ningún tipo, porque habrá fallecido y, será entonces cuando vean que aparecen en su testamento.” Por ello HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 194-195, entiende que, “en todo caso, el alimentante debe tener conocimiento de la obligación que le incumbe y a sabiendas de todo ello dejar de cumplirla, con independencia de que se trate de sucesión testamentaria o intestada”. Otra interesante propuesta para la interpretación del precepto es la realizada por ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *La nueva causa de indignidad para suceder a un discapacitado: examen del artículo 576.7 del Código Civil*, “Revista de Derecho de Extremadura”, 5, 2009, pp. 176-199.

<sup>147</sup> Para la doctrina mayoritaria (cfr. PALOMINO DÍEZ, *El tutor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 366 y ss.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La ley, Madrid, 2002, p. 50 y ss.; ROGEL VIDE, C., *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus, Zaragoza, 2012, p. 31) el tutor no viene obligado a prestar alimentos al menor o

caso de la sucesión intestada no es uno de los sujetos “llamados a sucederle *ab intestato*”, y en el caso de la testamentaria, pesa sobre él la incapacidad relativa del art. 753 CC con anterioridad a la rendición de cuentas<sup>148</sup>. Si el testamento es posterior a dicha rendición de cuentas la eventual institución como heredero del tutor incumplidor sería interpretada como una rehabilitación tácita del indigno (artículo 757 CC).

---

incapaz como un deber derivado de su función tutelar, subrayándose el hecho de que el Código Civil emplee la expresión “procurar” en lugar de “prestar”, sino a poner en marcha las vías adecuadas y efectivas para conseguir esta prestación de alimentos - a excepción de los supuestos de que el tutor sea uno de los parientes obligados *ex* artículo 143 o que la tutela se ejerza en la modalidad de asignación de frutos por alimentos-. Se discute luego si, en el improbable caso de que, agotadas por el tutor todas las posibilidades de ayudas públicas, está obligado en último término a prestar alimentos al pupilo con cargo a su propio patrimonio, cuya cuantía podría incluir en la rendición de cuentas, salvo que conste la existencia de un evidente ánimo de piedad en la prestación de alimentos. Observa **OBARRIO MORENO**, *op. cit.*, p. 110, que, contra el principio general de que los alimentos prestados a un menor o incapaz se hacían por mero *officium pietatis*, los entregados por tutores o curadores no se presumían entregados por mero cariño o caridad, por lo que podían solicitar su reclamación sin necesidad de interponer el oportuno protesto judicial.

<sup>148</sup> Si el tutor es cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del incapacitado (supuesto en el que no jugaría la incapacidad del 753 CC), la indignidad derivaría de su condición de pariente que no prestó las debidas atenciones, antes que de su cargo como tutor.

En relación con la concreción del concepto de “atenciones debidas”, el propio artículo se remite a lo dispuesto en los artículos 142 y 146 CC; debiendo ser su cuantía proporcional a las posibilidades de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Si el obligado a alimentos no está en situación de prestarlos, cabría plantearse si está obligado, al menos, a solicitar la ayuda de alguna institución estatal a favor del discapacitado, como disponía el Proyecto de García Goyena (“son indignos...el pariente del difunto, que, hallándose este loco o demente y abandonado, no cuidó de recogerle o *hacerle recoger en un establecimiento público*”). Se señala que los alimentos debidos son en todo caso los legales, no los establecidos, por ejemplo, en un contrato de renta vitalicia, de alimentos u otro análogo de origen convencional<sup>149</sup>. En general,

---

<sup>149</sup> MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 4 y ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 5.641. PÉREZ DE VARGAS (*La nueva causa...cit.*, p. 266 y ss.) se ha preocupado, además, de deslindar el concepto de alimentos de otros deberes derivados del matrimonio o de la patria potestad. Recuerda que constante matrimonio, la obligación de alimentos entre los cónyuges queda embebida en los más amplios deberes de ayuda y socorro mutuos (arts. 67 y 68 Cc), pero una vez rota la convivencia (sin haber llegado al divorcio) ese deber se transforma en el de alimentos entre cónyuges; por ello, la incursión en la causa de indignidad del 756.7, mientras los cónyuges no se hayan separado, se derivará de no cumplir los deberes de ayuda y socorro mutuo de los arts. 67 y 68 CC. Aplica el mismo razonamiento a los padres que no presten a su hijo discapacitado menor de edad las atenciones debidas, en este caso referidas a la más amplia obligación de

se entiende limitado el contenido de la obligación alimenticia al aspecto estrictamente patrimonial o económico<sup>150</sup>. Efectivamente, consideran nuestros tribunales que lo único que debe analizarse para entender incumplido el 756.7 CC es si se prestaron las atenciones concretas exigidas por el precepto “que

---

mantenimiento de los padres para con sus hijos menores. Cuestión controvertida es determinar si en el caso de parientes “no obligados al deber de alimentos” (hermanos y colaterales) las atenciones debidas han de ser interpretadas en sentido amplio (MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, p. 823) o restringido (MIGNORANCE GOSÁLVEZ, M.C., *La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad*, “Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI”, dir. C. Lasarte, 2006, p. 677). Extiende el alcance del precepto a los alimentos debidos por contrato o donación SERRANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 562.

<sup>150</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 188; MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 261; del mismo modo GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., *Comentario a la S.T.S. de 3 de junio de 2014*, “Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil”, nº 97/2015, Civitas, Pamplona, 2015, señala que “nada impediría que el art. 142 CC se interpretase igualmente conforme a la realidad social, de forma que se entendiese que las prestaciones públicas del Estado del bienestar obligan a interpretar el término «lo necesario» para la habitación en un sentido puramente emocional, obligando al descendiente a acoger en su propia casa o a acompañar en la de él, al ascendiente que ya no pudiera vivir solo, prestándole «las atenciones debidas». Pero el artículo 776 CC (entendemos que se refiere al 756), en sede de indignidad para suceder, nos proporciona un argumento a fortiori que impide tal interpretación (...) Es claro que, si bien los mayores de setenta años han sido equiparados por la Ley 41/2003 a las personas con discapacidad, el artículo 146 CC sigue hablando de «cuantías» y no de atención emocional”.

no son otras que atenciones alimenticias, puesto que expresamente entiende por tales las reguladas en los arts. 142-146 Cc” (S.A.P. Oviedo 109/2012 de 9 de marzo, AC/2012/887)<sup>151</sup>. De este modo, continúa la sentencia citada, “los reproches afectivos y de falta de colaboración en atender a los gastos del sepelio siguen perteneciendo al terreno de la moral, no al jurídico”. Se aplica así, a esta concreta causa de indignidad, la misma línea que nuestra jurisprudencia siguió hasta 2014 en relación a otras causas, tanto de indignidad como de desheredación, según la cual “la falta de atención afectiva y de comunicación o el abandono sentimental corresponden al campo de la moral, no al del Derecho”<sup>152</sup>. Análogamente, la

---

<sup>151</sup>La sentencia recuerda que solo está legitimado activamente para la interposición de la demanda de indignidad quien tiene *interés cierto en la herencia*, negándosele al marido en segundas nupcias de la causante, la cual tenía a su vez un hijo en quien no concurría incapacidad alguna para suceder, por lo que “en ningún caso el apelante puede ser heredero *abintestato*” y por tanto “su *status* permanece inamovible como legatario, y su usufructo vitalicio sobre la vivienda se mantiene, se anule o no la institución de heredero”.

<sup>152</sup> SSTS de 28 de junio de 1993 (RJ 1993/4792), 14 de marzo de 1994 (RJ 1777) y 4 de noviembre de 1997 (RJ 7930); SS.A.P. de Toledo 188/2011 de 22 de junio (JUR /2011/278448) y de Alicante 496/14 de 24 de octubre (JUR 2015/55941). Esta última afirma que “*aunque efectivamente de lege ferenda, pueda defenderse el derecho del testador a la libre disposición de la totalidad su herencia, o aceptar la desafección sentimental de los hijos como motivo de desheredación, lo cierto es que en la actualidad de lege data, ello no es posible pues deben respetarse necesariamente las legítimas, salvo el caso de que*

S.A.P. de la Rioja 204/2009, de 19 de junio (AC 2009/1710) declara que:

“carece de relevancia que limitara sus visitas a dos mensuales-versión del demandado-, o dos anuales -versión de

---

*concurra alguna de las causas legal y taxativamente establecidas para la desheredación o incapacidad para suceder por indignidad de los legitimarios*”. En materia de desheredación se ha entendido que no hubo denegación de alimentos “en supuestos de desamparo moral, falta de relación afectiva o comunicación o abandono sentimental, cuestiones que solo están sometidas al tribunal de conciencia” en la S.A.P. de Alicante 21/2014 de 28 de enero (AC/2014/567), S.A.P. de Salamanca 410/2013, de 19 de diciembre (AC/2013/2219) - en la que recuerda que el requisito de la concurrencia de una justa causa *poterosa y trascendente* para poder desheredar se sostiene desde hace mucho tiempo, con mención expresa de la Nov. 115 de Justiniano-, S.A.P. de Pontevedra 39/2002 de 7 de febrero (AC/2002/ 493), - que considera que no es denegación de alimentos no acompañar en las visitas y estancias hospitalarias en los últimos días de vida del testador-; S.A.P. Lugo 118/1997 de 6 de febrero (AC/1997/416); S.A.P. Pontevedra 208/2008 de 28 de abril (JUR /2008/303852); S.A.P. Valencia 70/2007 de 5 de febrero (JUR 2007/274647); S.A.P. de Asturias 179/2003 de 14 de abril, (JUR 2003/210553) y S.A.P. de Murcia 183/1999 de 11 de junio (AC/1999/7153). Con todo, alguna sentencia sí fue partidaria de considerar que el 142 CC incluye en el concepto de alimentos no solo la ayuda material imprescindible para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación, sino también “todo” lo que es indispensable para ello, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia como la exigencia de una actitud activa de atenciones, incluyendo las afectivas (S.A.P. de Madrid 349/2013, de 19 de septiembre (JUR 2014/3342).

la recurrente-, así como que no colaborara en su cuidado, cuidado que voluntariamente fue asumida por la demandante, sino que debe centrar su atención en si la finada precisaba alimentos y no se los prestó, entendiendo que, de acuerdo con el artículo 142 del Cc, el concepto de alimentos comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”<sup>153</sup>.

Se ha lamentado haber desperdiciado la ocasión de ampliar el radio de acción de esta causa a la desafección de los causahabientes, introduciendo un componente personal en la obligación prestacional que ahora no tiene<sup>154</sup>. Ahora bien, habrá que plantearse si esta exclusión del abandono “afectivo” del ámbito del 756.7 del Código civil casa bien con el giro jurisprudencial verificado a partir de las sentencias del T.S. 258/2014 de 3 de junio (RJ 2014/3900) y 59/2015, de 30 de enero (RJ 2015/639), que extienden el maltrato psicológico a

---

<sup>153</sup> En igual sentido, sentencias de A.P. de León 636/2009 de 28 de diciembre, y A.P. de Burgos de 214/ 2006, de 6 de junio, ya citadas.

<sup>154</sup> **HERNÁNDEZ IBAÑEZ**, *cit.*, p. 198. No faltan autores que, como **LEÑA FERNÁNDEZ**, *op. cit.*, p. 930, estiman que, para no hacer el precepto inoperante en la mayoría de los casos, habría que extender el concepto de alimentos a unas prestaciones inmateriales, como cuidados, atenciones, convivencia, afecto, etc. **GONZÁLEZ ACEBES**, *op. cit.*, p. 274 considera, asimismo, que solo una interpretación que incluya en el concepto de “atenciones debidas” toda clase de cuidados de orden ético y afectivo se encaminaría a lograr los objetivos de la reforma de 2003.

determinadas situaciones de falta de relación familiar (situaciones de falta de cariño, menosprecio, no prestar la atención debida a los progenitores mayores o necesitados, etc.<sup>155</sup>), lo que podría conducir a una desheredación por la vía del

---

<sup>155</sup> Tras negar que la prohibición de analogía o de interpretación extensiva que rige en la aplicación de las causas de *desheredación* suponga que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo, entiende que los malos tratos o injurias graves de palabra han de ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. Ya en 2010 advertía REBOLLEDO VARELA (*Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores*, “La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro”, coor. Rebolledo Varela, Dykinson, Madrid, 2010, p. 393), sobre la conveniencia de diferenciar entre una interpretación amplia o extensiva a supuestos no contemplados en las causas legales de desheredación y una interpretación de las mismas adecuándose al tiempo y la realidad social en la que van a ser aplicadas. De acuerdo con ello, entiende el T.S. por maltrato psicológico en las citadas sentencias “todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a los progenitores mayores o necesitados, aun sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimento a los progenitores (...), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos”. Tal interpretación

artículo 853.2 CC, criterio que ya ha sido aplicado en algunas sentencias de nuestras Audiencias Provinciales<sup>156</sup> y que cuenta, además, con un reconocimiento legislativo expreso en el artículo 451.17.2.e) del Código civil catalán<sup>157</sup>.

---

del maltrato psicológico se basa, para el Alto Tribunal, “en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (artículo 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios...”. Acude, además, al principio de conservación de actos y negocios como principio general del derecho, en particular, al *favor testamenti*.

<sup>156</sup> S.A.P. de Vizcaya 350/2015 de 5 de noviembre (AC 2016/292) y SS.A.P. de Málaga 909/2014 de 26 de diciembre (JUR 2015/194097) y 5/2016 de 8 de enero (AC 2016/572).

<sup>157</sup> Dicho artículo considera causa de desheredación “La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”. Sobre la potencial litigiosidad de esta norma, llegando a calificarse de *probatio diabólica* la del último de los requisitos que exige (culpa exclusiva del legitimario), **ARROYO-ANDERSON**, *Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán*, “Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa”, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1708 y **GONZÁLEZ CARRASCO**, *op. cit.*, quien advirtió también sobre su escasa aplicación práctica, dada su configuración como causa de desheredación y no de indignidad, teniendo en cuenta que cuando el desafecto se manifiesta en toda su virulencia, el causante ya no suele tener capacidad natural para desheredar. Sin embargo, la desheredación por esta causa ha prosperado en las sentencias de la A.P. de Girona 267/2014, de 1 de octubre (AC 2014/298975), de Barcelona 149/2014, de 30 de abril (JUR

Tanto la Novela 115, 3, 12 como las Partidas exigían, para la entrada juego de la causa de indignidad, poner la situación de necesidad del *furiosus* en conocimiento del obligado a prestar atenciones; más específicamente, el primero de los textos citados exigía atestado *por escrito*. Menos previsor que sus antecedentes históricos, el vigente Código no contiene una prescripción similar, aunque con buena lógica, la jurisprudencia viene entendiendo igualmente que el demandante debe probar el requerimiento de alimentos al demandado<sup>158</sup>, no pareciendo necesaria su reclamación por vía judicial, siendo válido el requerimiento extrajudicial. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de prestar las atenciones debidas a la persona con discapacidad desde que se tuvo conocimiento de su situación de desamparo, es suficiente para hacer nacer la causa de indignidad, correspondiendo al demandante la acreditación de tal conocimiento.

---

2014/135504) y 192/2016 de 19 de mayo (AC 2016/1572). No se estimó, en cambio, que estuviera acreditada la falta de relación por culpa exclusiva del legitimario en las SS. de la A. P. de Barcelona 108/2016 de 13 de abril (JUR/2016/132615) y de Lleida 193/2016 de 22 de abril (AC/2016/946).

<sup>158</sup> S.A.P. Burgos 214/2006 de 6 de junio (RJ 2006/228757), fundamento jurídico segundo, y S.A.P. La Rioja 204/2009 de 19 de junio, fundamento jurídico tercero. Aclara MARÍN LÓPEZ, *Comentario al 756 CC*, "Comentarios al Código Civil", coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 921, que no es necesario que la falta de prestación de alimentos sea establecida judicialmente. En igual sentido MORILLAS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 1.104 y MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p. 261.

Se ha insistido, finalmente, en la falta de utilidad práctica de la norma, por cuanto si el discapacitado ha de solicitar alimentos será porque no cuenta con patrimonio suficiente para hacer frente a sus necesidades, por lo que el pariente declarado indigno poco tendrá que perder (salvo si la persona con discapacidad viene a mejor fortuna, por ejemplo, tras recibir premios de lotería, indemnizaciones por accidente, etc.)<sup>159</sup>. Habría que añadir los supuestos de indemnización como consecuencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública<sup>160</sup>. La crítica es justa, aunque también cabe observar que puede decirse exactamente lo mismo, por ejemplo, de la causa de desheredación por negación de alimentos<sup>161</sup>. En relación también con la aplicación práctica del

---

<sup>159</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 194-195, ZURILLA CARIÑANA, *op. cit.*, p. 5.642; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, p. 637; MARTÍN MELÉNDEZ, *cit.*, p. 826; PÉREZ DE VARGAS, *La nueva causa ... cit.*, p. 276, admite que, tras una primera reacción inicial en que consideraba la nueva causa como “poco útil”, valoró positivamente su inclusión por entender, que la herencia de una persona no depende de que en ella haya o no bienes dejados por el causante y por la posibilidad de que el incapaz venga a “mejor fortuna”.

<sup>160</sup> S.A. P. de Asturias 149/2016 de 9 de mayo (JUR/2016/123183).

<sup>161</sup> En este sentido, SCAEVOLA, *op. cit.*, t. XIV, p. 899. La escasa virtualidad práctica del precepto se agrava a partir de la reforma de 2015, por cuanto se da una nueva redacción a la causa segunda, declarando también la indignidad sucesoria “del condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada”. Como destaca ZURILLA

precepto se ha destacado, asimismo, la aplicación restrictiva que de la misma ha realizado la jurisprudencia<sup>162</sup>, especialmente, según ya se señaló, a la hora de delimitar alcance de la obligación alimenticia, soliendo resultar desestimadas las pretensiones de declaración de indignidad sucesoria por esta causa<sup>163</sup>.

---

CARIÑANA, *Artículo 756, "Las modificaciones del Código civil del año 2015"*, dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 852, entre tales deberes, tendrá especial relevancia el de alimentos, concebido en toda la amplitud de los artículos 142 y ss., incumplimiento que tendrá relevancia penal (artículos 226-233 CP, relativos al abandono de familia, menores o personas con discapacidad). Pero hay que recordar que el círculo de potenciales indignos del 756.7, cuando de la herencia del discapacitado se trata, es más amplio, por comprender, a juicio de un buen número de autores, a personas no obligadas legalmente a alimentos (colaterales de tercer y cuarto grado, e incluso, para algunos, los herederos testamentarios).

<sup>162</sup> MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p 261.

<sup>163</sup> Además de las sentencias ya citadas, también resultaron desestimatorios los fallos de la S.A.P. de Vizcaya 264/2015 de 28 de diciembre (AC/2016/359), pues "la desatención general no era imputable a la carencia de medios -se declara probada la existencia de una pensión mensual de 2000 euros, suficiente para cubrir las necesidades familiares-, ni tampoco a la actitud observada por el demandado en exclusividad, siendo así que además de él residían otros dos hermanos en la misma localidad que el causante, tan obligados como él a atender a sus padres, siendo la madre, que tampoco se encontraba demasiado bien, quien dificultaba la presencia de cuidadores y poner los medios para ello", así

En cuanto a los efectos de la declaración de indignidad, parece evidente que el indigno para suceder por la causa contemplada en el 756.7º pierde también el derecho a su legítima. Así lo entiende la generalidad de la doctrina tanto para el resto de las causas de indignidad<sup>164</sup>, como específicamente para la que nos ocupa. Y por lo que se refiere a la devolución de frutos o intereses, el indigno está obligado a devolver los percibidos mientras estuvo en posesión de los bienes hereditarios por imperativo del artículo 760<sup>165</sup>.

---

como de la S.A.P. de la Rioja 90/2013 de 12 de marzo (JUR 2013/171765). En cambio sí considera indigno para suceder, por esta causa, ejercitada conjuntamente con la de abandono de los hijos prevista en el antiguo nº 1 del mismo precepto, la S.A.P. de Asturias de 9 de mayo de 2016, antes citada, al padre que incumplió el pago de la pensión de alimentos a su hijo discapacitado, sin requerir *que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió gracias al auxilio prestado por otro de los herederos, con el añadido que, siendo el causante persona discapacitada, con arreglo al nº 7 del precepto antes mentado bastará el incumplimiento de la obligación de darle alimentos para reputar al heredero incurso en causa de indignidad que le incapacita para suceder al causante.*

<sup>164</sup> Así lo ha declarado también la STS de 28 de febrero de 1947 (RJ 1947/337).

<sup>165</sup> Sobre la interpretación de este artículo *vid.* HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 487, y, sobre todo, PÉREZ DE VARGAS, *La indignidad...cit.*, p. 152 y ss., quien tras resumir las diferentes teorías relativas al destino de los “frutos que hubiere podido percibir”, concluye que solo habrán de ser devueltos por el poseedor de mala fe, al ser un supuesto no contemplado en el 760 CC que exige la aplicación de los arts. 455 y 457 del mismo cuerpo legal.

La última modificación hasta la fecha en la materia se ha realizado a través de la ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que da una nueva redacción a los apartados primero a cuarto del artículo 756 (*“por considerarse necesario la adaptación -de la regulación de las causas de indignidad para heredar- a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal”*, dice la Exposición de Motivos). A los efectos que nos ocupan, puede tener relevancia el párrafo tercero de la causa segunda, que considera indigno:

*También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.*

---

El C.J., 6, 35, 1 obligaba a la restitución íntegra de los frutos a los herederos que no hubiesen perseguido la muerte del causante, incluidos los anteriores al litigio, porque no se podía estimar que poseían de buena fe; disposiciones similares se encuentran en D. 34, 9, 17 (*Papiniano, l. XIII Responsorum*) y 18 (*Papiniano, l. XV Responsorum*). Los proyectos españoles siempre se han referido a los frutos percibidos: así, el art. 2.207 del Proyecto de 1836 (*“El heredero excluido de la sucesión por habersele declarado indigno, está obligado a la devolución de todos los frutos y rentas que hubiere percibido”*); 622 del Proyecto de 1851 (*“El indigno o incapaz que hayan entrado en posesión de los bienes en contra de lo dispuesto en los artículos anteriores, están obligados á restituirlos con*

Respecto a los sujetos, cabe destacar, de un lado, que la norma ya no se refiere al “discapacitado” sino a la “persona con la capacidad modificada judicialmente”, concepto más restringido. De otro, que no se menciona al curador como posible indigno, pese a que le son de aplicación las mismas causas de remoción que al tutor (artículo 291CC).

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma en relación con la persona con la capacidad modificada judicialmente, en el caso de la tutela la disposición entraría en juego en el ámbito de la sucesión testamentaria únicamente respecto a un testamento otorgado con anterioridad a la modificación judicial de la capacidad; pues en el caso de recuperación de capacidad y otorgamiento de un nuevo testamento a favor del tutor o acogedor removido, operaría la rehabilitación del indigno (757 CC). En el ámbito de la intestada podría aplicarse la causa de indignidad respecto al tutor removido que a su vez tuviera algún vínculo de parentesco con el incapacitado por el que fuera llamado a su herencia abintestato.

Finalmente, la conducta que puede dar lugar a la remoción y a la indignidad para suceder no es solo la falta de “prestación de las atenciones debidas”, como en el 756.7, sino

---

todos los frutos y rentas que de ellos hayan percibido y con las accesiones que hayan tenido los mismos bienes”) y 759 del Proyecto de 1882.

que, según el 247 CC, podrían incluirse otros incumplimientos de las obligaciones del tutor, siempre por causas a éste imputables, la ineptitud notoria en el ejercicio de la tutela, o los problemas de convivencia graves y continuados.

Para concluir, puede hacerse una referencia a la recién derogada ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida para personas mayores<sup>166</sup>, que establecía la posibilidad de concertar un pacto de acogida, consistente en la *vinculación por razón de edad o discapacidad de una persona o pareja a otra persona o pareja más jóvenes, que los aceptan en acogida en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación* (artículo 1). La ley presentaba la particularidad, respecto a otras disposiciones autonómicas sobre la misma materia, de introducir en sus arts. 8 y 9 ciertos derechos sucesorios en favor de los acogedores, siempre que la convivencia hubiera sido superior a cuatro años, y ello tanto para la sucesión testada como la intestada<sup>167</sup>. Aunque el

---

<sup>166</sup> Dejada en vigor por la ley 10/2008, por la que se aprueba el Libro IV CCCat. Como señala PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, p. 179, a pesar de su nombre, dicha ley se aplica también a las personas con discapacidad o en situación de dependencia.

<sup>167</sup> Así, el artículo 8, en relación a la sucesión intestada de las personas acogidas, disponía que, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, los acogedores tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado a exigir a los herederos de aquéllos, bienes hereditarios o su equivalencia

régimen era, desde luego, diferente, por cuanto tiene su base en un pacto, el de acogimiento<sup>168</sup>, y no tiene por qué estar vinculado necesariamente a una situación de discapacidad, no

---

en dinero que representen una cuarta parte del valor de la herencia. En caso de que no existieran descendientes, cónyuge, ascendientes ni colaterales hasta el segundo grado o si los hijos de éstos han premuerto, el derecho de las personas acogedoras se extiende a la totalidad de la herencia. Para la sucesión testada disponía el artículo 9 que, si la convivencia ha sido por un período mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el mismo derecho establecido por el artículo 8.1. Además, en caso de marcada desproporción de las prestaciones asistenciales y económicas de las personas acogedoras en interés de las acogidas en relación con las compensaciones que hayan recibido de éstas, se establece una indemnización económica a cargo de los herederos de los acogidos. Para la determinación de la existencia de dicha “*marcada desproporción entre las prestaciones*” GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., *Acolliment de les persones grans (Llei 22/2000, de 29 de desembre d’acolliment de persones grans, i llei 11/2001, de 13 de julio, d’acolliment familiar per a persones grans)*, “*Revista Catalana de Dret Privat*”, vol. 2, 2003, p. 227, ha propuesto acudir a las reglas de la rescisión por lesión de los arts. 321 y ss. del Código Civil de Cataluña.

<sup>168</sup> Se discute si tal pacto tiene un carácter puramente contractual (HERAS HERNÁNDEZ, *El contrato de acogimiento familiar de personas mayores (aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro)*, “*RDP*”, 2004, p. 444 y ss.); o constituye una medida de protección perteneciente al ámbito de los servicios sociales de atención especializada (CARBAJO GONZÁLEZ, J., *Consideraciones críticas en torno al acogimiento de mayores en España*, “*Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*”, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1.213).

puede dejar de observarse cierta analogía con la apertura del derecho a la herencia de los extraños que se hubieren ocupado del incapaz en la Novela 115, 3, 12 y en Partidas 6, 7, 5. En este sentido, se ha criticado la confusa regulación del acogimiento realizado por dicha ley 22/2000, que mezcla la prestación de asistencia retribuida y el aspecto cuasi familiar que genera efectos sucesorios<sup>169</sup>. Y efectivamente, con mayor coherencia, la

---

<sup>169</sup> La S.A.P. de Girona 282/2011 de 22 de junio caracteriza expresamente a este contrato como *oneroso*, bilateral y formal, en cuya virtud se establece una relación de convivencia entre acogidos/do y acogedor, que tiene como finalidad procurar la subsistencia y la asistencia de los acogidos, a cambio de un precio, que puede consistir en la transmisión de determinados bienes propiedad de los acogidos. Se ha dicho que el establecimiento de este periodo de cuatro años obedece al hecho de considerarse que durante este tiempo se produce la consolidación de la relación cuasiparental (GETE-ALONSO CALERA, *op. cit.*, p. 231). Pero si esto es así, no se comprende porque el establecimiento de derechos sucesorios se hace sólo en una dirección, en favor del acogedor, y no del acogido. PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, p. 190, destaca cómo la ley insiste en penalizar a los familiares de las personas dependientes, pues, de un lado, no les otorga las ventajas con las que cuentan los acogedores, al no poder celebrar ellos mismos tal pacto, y, de otro, penaliza a los familiares que por situación de necesidad han debido recurrir al mecanismo de la acogida por no poder ocuparse personalmente de su ascendiente (por circunstancias laborales, por ser él mismo un dependiente...), presuponiendo siempre un abandono. En esta línea TORRELLES TORREA, E., *La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil*, "Protección jurídica de los mayores", coord. Alonso Pérez, Martínez Gallego y Reguero Celada, La Ley, Madrid, 2004, p. 263, tilda la ley de tradicional, pues parece que al otorgar derechos

concesión de derechos sucesorios al extraño, tanto en Derecho romano como en nuestro Derecho histórico, era correlativa a la intervención desinteresada de éste:

Nov. 115, 3, 12: ... *Si autem post huiusmodi adtestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumptibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum qui obsequium, ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem pervenire decernimus...*

Part. 6, 7, 5: ...*si otro extraño se moviesse por piedad, e que ouiesse duelo del, doliéndose de su locura e de su mala andança, e lo llevasse a su casa, e pensasse de él.*

Estas razones han dado lugar a que la ley 3/2017 de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto (BOE de 8 de marzo), que entrará en vigor el próximo 1 de enero de 2018, derogue expresamente, a través de su Disposición Derogatoria

---

sucesorios a los acogedores se está sancionando a los hijos, por no haber sido ellos los que han asistido a esas personas mayores. También considera exagerada la atribución de derechos sucesorios a los acogedores, que han recibido previamente su retribución **HERAS HERNÁNDEZ, op. cit.**, p. 488.

2ª, letra k, la mencionada ley 22/2000, justificando la medida en su Exposición de Motivos en los siguientes términos:

“Esta regulación y el hecho de que el pacto de acogida, aparte de cuestiones dudosas relativas a su naturaleza onerosa y aleatoria, además de efectos sucesorios, no haya tenido un arraigo práctico, hasta el punto de que el Registro de acogida de personas mayores no se ha llegado a desarrollar reglamentariamente, han permitido prescindir de la tipificación de dicho pacto de acogida”.