La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015

María José Azaustre Fernández
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, entre las que figura la introducción de una «nueva» causa de indignidad sucesoria: la de quienes, teniendo derecho a la herencia de una persona discapacitada, no la hubiesen prestado las atenciones debidas. Para analizar la medida habrá de acudirse, en primer lugar, al estudio de sus antecedentes históricos, lo que lleva a constatar que, lejos de constituir una innovación del legislador de 2003, 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.

El Derecho romano no fue ajeno a la situación de las personas con discapacidad[1]. Dejando aparte los supuestos de discapacidad física[2], solo en relación con la discapacidad psíquica se han contabilizado hasta 279

[1] La «discapacidad» es un concepto diferente al de «incapacidad», como ha destacado A. Fernández de Buján, «Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación», *RGDR*, 17, 2008, pp. 2 y ss.: mientras que el término «incapacitado» expresa la situación en la que se encuentra una persona respecto de la que una sentencia ha determinado su estado civil, la discapacidad alude una situación administrativa. El art. 1 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad considera como tales «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas

(Vid. nota 2 en página siguiente)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

textos [3], que pueden ser agrupados en dos bloques: el de aquellas normas que perfilan la situación jurídica del discapacitado y el de aquellas otras que se ocupan de establecer medidas de protección en su favor.

En relación a la situación jurídica del enfermo mental, puede decirse que, en líneas generales, este carecía de capacidad de obrar, no siendo necesaria declaración judicial al efecto, si bien paulatinamente se fue concediendo validez a los actos desarrollados durante los intervalos lúcidos [4]. Las fuentes lo comparan con el *infans*, el ausente o el dormido, e incluso el muerto [5]. Algún texto permite incluso su internamiento en caso de peligrosidad [6].

El mecanismo básico del Derecho romano para la protección del enfermo mental radicaba en la constitución de una curatela, ya contemplada en las XII Tablas respecto al *furiosus* [7], si bien en este periodo se trataba más de proteger derechos de los herederos que al propio incapaz [8]. Paulatinamente, se consagra un cambio de mentalidad; la *cura furiosi* pasa de ser concebida como ejercicio de una *potestas* [9], a considerarse como un

---

barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

[2] Las discapacidades físicas podían en Roma incidir en la capacidad de obrar, aunque en este apartado nos referimos solo a las psíquicas, al limitarse a estas la Nov. 115, objeto de este estudio.

[3] E. Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, Giuffrè ed., 1983, pp. 3 y ss.

[4] La formulación de esta regla data de la época postclásica, según opinión mayoritaria: U. Álvarez Suárez, *Instituciones de Derecho Romano,* III, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 178; Renier, «Observations sur la terminologie de l'alienation mentale», *Melánges De Visscher*, IV, Bruxelles, Office International de Librairie, 1950, pp. 429 y ss.; S. Solazzi, «Furiosus vel demens», *AG* (143), 1952, p. 24. En contra, O. Lenel, «Intervalla insaniae», *BIDR*, 33, 1924, pp. 227-239.

[5] Gai. 3,109 —respecto al *infans*—; D. 29,7,2,3 *(Iul. l. XXXVII dig.),* D. 50,17,124,1 (*Paul., l. VI ad ed.);* D. 50,16,209 *(Flor. l. X inst.)* —respecto al ausente o dormido—; D. 39,5,2,5 (*Iul. l. LX dig.*) —respecto al muerto—.

[6] D. 1,18,13,1 (Ulp., *l. VII de officio proconsulis)*. No es seguro que en Roma existieran establecimientos específicos para enfermos mentales, no figurando en el elenco de instituciones benéficas del Codex (*xenodochia, gerontocomia, nosocomia, orphanotrofium*, etc.), como destacan M. L. Martínez de Morentín, «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*, 2, 2004, p. 786, y A. Semelaigne, *Études historiques sur l'aliénation mentale dans l'Antiquité,* Paris, 1869, p. 221, a cuyo juicio, a los pobres o peligrosos se reservaría un lugar en las cárceles; quedando los ricos bajo la custodia de sus familiares. En igual sentido, P. Pavón, *La cárcel y el encarcelamiento en el mundo romano,* Madrid, CSIC, 2003, p. 202. Para M. Foucault, *Historia de la locura en la época clásica,* I, trad. J. J. Utrilla, 2.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 75 y ss., el internamiento de enfermos mentales data de la Edad Moderna, sobre todo, del siglo xvii. Nardi señala en dos textos mayor rigor en la custodia del furioso homicida: D. 48,9,9,2 *(Mod., l. XII pand.*) y D. 1,18,14 (*Macer l. II de iudiciis publicis*) donde se permite sujetarlo con cepos en la cárcel, y si la custodia privada, se hace responsable a la familia en caso de negligencia.

[7] XII Tab., V. 7.a, Cic., *De invent.* 2,50,148 y *Auct. ad Her.*, 1,13,23.

[8] Audibert, *cit.,* p. 4; C. Appleton, *Le fou et le prodigue en Droit Romain*, Paris, Thorin & Fils ed., 1893, p. 140; Renier, *cit.,* p. 43.

[9] Se discute el alcance de la *potestas* del curador en la época de las XII Tablas. Para Kaser, *cit.,* p. 294, solo la limitaría el Derecho sacro y las buenas costumbres. O. Diliberto, *Studi sullle origini della «Cura furiosi»*, Nápoli, Jovene, 1984, pp. 44 y ss., niega que se pueda considerar al *furiosus sui iuris*, una vez sometido a curatela, privado de capacidad jurídica privada. Su

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

servicio personal, en favor del propio *furiosus*[10], llegando a proclamarse expresamente el beneficio de este como principio rector de esta curatela[11] y rodeando su ejercicio de toda una serie de garantías[12].

La curatela no era la única forma de protección del enfermo mental. Así, en una constitución del 530, Justiniano establece que el procedimiento para determinar la proporción de la dote o donaciones *ante nuptias* de los hijos de un *furiosi, demens* o *mente captus*, sería gratuito[13]. Otras medidas pertenecen al terreno sucesorio, como la sanción de pérdida de la sucesión intestada a la madre que no pide tutor o curador para su hijo *furiosus*[14], o la posibilidad, establecida de forma general en Derecho justinianeo, de nombrar sustituto de los hijos *mente capti*, pero dejándoles, al menos, la *portio legitima* (CJ. 6,26,9 y 5,70,7,1b). Es en este ámbito del Derecho sucesorio donde se inscribe la causa de indignidad que nos ocupa.

II. LA NOVELA 115

Mediante esta constitución del año 542, además de ocuparse de una serie de cuestiones heterogéneas, Justiniano remodela completamente la desheredación, incluyendo una enumeración taxativa de justas causas por las cuales puede desheredarse. Justifica la medida tanto por el estado de dispersión y falta de claridad en la expresión de muchas de las causas, como por su deseo de desechar algunas de las hasta entonces vigentes e incorporar otras nuevas. Se aprovecha la reforma del instituto para introducir una nueva medida de protección al enfermo mental, disponiendo

---

condición sería particular, al poder recuperar la sanidad mental y por la peculiar causa de su sometimiento a la *potestas* agnaticia (el *furor*, de presumible origen divino). El término *pecunia* de las XII Tablas lo refiere a los medios de consumo o cambio; por ello la *potestas* de los agnados recaería solo sobre la persona y medios de cambio; sobre el resto de bienes, los agnados solo tendrían facultades de administración.

[10] Nardi, *Squilibrio..., cit.,* p. 117; D. 50,4,14 *(Hermogenianus, l. I ep.)*; CJ 5,70,5. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II, Milano, Giuffré, 1952, p. 239.

[11] D. 27,10,7, pr. *(Jul., l. XXI dig.)* El *Corpus Iuris* dedica dos títulos a la *cura furiosi* (D. 27,10 y CJ 5,70) y numerosos fragmentos dispersos. En Derecho clásico se discutía si la curatela cesaba en los intervalos lúcidos; Justiniano la mantiene, pero reconoce validez a los actos del incapaz en ese periodo (CJ 5,70,6).

[12] Como la realización de inventario; el juramento sobre las escrituras (CJ 5,70,7,5); a veces, la prestación de *satisdatio* (IJ 1,24,pr.) o prenda (IJ 1,24,3); la limitación de las facultades del curador a los actos de administración, pudiendo enajenar solo en utilidad del incapaz (D. 27,10,12, *Marc., l. I dig.)*, etc. Los *furiosi* cuentan con un privilegio (D. 27,3,25, *Herm. l. V iuris ep.*) y con hipoteca legal y general sobre los bienes del curador (CJ 5,70,7,5 a y 6.c), que puede ser removido, debiendo rendir cuentas al finalizar la curatela (D. 27,3,1 y CJ 5,51,5), pudiendo exigírsele responsabilidad a través de la *actio negotiorum gestorum.*

[13] Para «no agravar, con el quebranto de los gastos, este infortunio de los hombres» (CJ 1,4,28, CJ 5,25,4). En ciertas medidas justinianeas se aprecia una finalidad tuitiva del emperador hacia menores e incapacitados, conforme a su propósito de «ser padre de los que no pueden valerse por sí mismos» (Nov. 72,8 *in fine*; en principio relativa a la *cura minorum*, pero en algunos aspectos aplicable también a la *cura furiosi* y otras curatelas, cfr. Capítulo V sobre la nulidad de las cesiones realizadas sobre bienes del menor).

[14] D. 38,17,2,31, *Ulp. l. III ad Sab*. Igual sanción existía para la madre que no pide tutor para su hijo impúber (D. 26,6,2,2, *Mod., l. VII Dif.*), ampliada luego a los futuros sucesores del impúber (Nov. Th. 11).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

que puede ser desheredado como ingrato aquel descendiente, o a falta de ellos, el cognado, que, conocedor de la situación de abandono en la que se encuentra el *furiosus*, no le hubiere prestado el cuidado que le corresponde[15], y se concede el derecho a la herencia al extraño que, previa comunicación a los llamados (*ab intestato* o por testamento) a la herencia del *furiosus*, le hubiera recogido en su casa 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 neglegentem 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 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 praebere neglexerunt, ita tamen ut cetera testamenti capitula in sua maneant firmitate.*

La primera cuestión que se plantea es determinar si el texto transcrito contiene una causa de desheredación[16], o de indignidad para suceder[17].

---

[15] El deber de asistencia, en principio moral, pasa a convertirse en jurídico (Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffré, 1972, p. 240; Nardi, *Squilibrio, cit.,* p. 88).

[16] La *exheredatio* consistía en privar al *heredes sui* del derecho que por ley tiene de suceder (B. Biondi, *Diritto Ereditario Romano. Parte general*, Milano, Giuffré, 1954, p. 208) operando solo en la sucesión testamentaria, y su alcance fue variando a través de los siglos: en principio podía hacerse sin motivo (aunque de forma expresa y nominativa para los hijos varones; el *ius honorarium* extiende esta exigencia a todos los varones). Suele predicarse la libertad de testar del *pater familias* en el primitivo Derecho romano, reflejo de la libertad que precisaba para ejercer su cargo (C. López-Rendo Rodríguez, *Fundamento de la regla «sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi» en el ius civile,* U. de Oviedo, 1991, pp. 359 y ss. En contra, S. Perozzi, *Istituzione di Diritto Romano*, II, 2.ª ed., Roma, Athenaeum, 1928, pp. 452 y ss., y J. H. Ribas Alba, *La desheredación injustificada en Derecho Romano. Querella inofficiosi testamenti: fundamentos y régimen clásico*, Granada, Comares, 1998, pp. 107 y ss.). Después, la *querella inofficiossi testamenti* permitiría invalidar el testamento si no había causa que justificara la *exheredatio,* si bien en periodo clásico, las causas quedaban a la libre apreciación judicial (F. Glück, *Commentario alle Pandette*, t. V, trad. Brugi, Milano, L. Vallardi ed., 1893, p. 505; E. Petit, p. 524; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14.ª ed., Napoli, Jovene ed., 1968, p. 549; M. Marrone, «Querella inofficiosi testamenti», *NNDI*, XIV, Torino, UTET, 1967, p. 672; L. Arndts, *Trattato delle Pandette*, vol. III, trad. Serafini, Bologna, Tipi Fava e Garagnani, 1879, p. 342, n. 1; Perozzi, p. 618; J. H. Pascual Quintana,«La desheredación en el Derecho español: su desenvolvimiento histórico», *Revista de la Facultad de Derecho*, III, 73, 1955, p. 274), no siendo tipificadas hasta Justiniano (Nov. 115,3-4)

[17] La *indignitas* ha sido definida como una calificación de reprobación, atribuida por el derecho objetivo al culpable de ciertas faltas, que tiene como consecuencia la pérdida de la herencia o del legado, atribuido, por regla general, al Estado (P. Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Milano, Giuffré, 1960, p. 445). Se ha discutido si en Roma existió una categoría autónoma de la *indignitas* o si la existencia de una rúbrica en el Digesto (34,9) y en el *Codex* (6,35) supone una mera reagrupación de algunos casos de modificación del orden sucesorio

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

Algunos autores, como Nardi o Kaser, consideran que la falta de atención al incapaz no es una auténtica causa de indignidad, sino de incapacidad relativa[18]. Reimundo, aun cuando habla de esta causa como de un nuevo supuesto de indignidad, se pregunta si el indigno puede ser heredero, aun sin poder retener los bienes hereditarios, o si el tenor de la constitución impide incluso considerarlo como tal[19]. La doctrina mayoritaria, sin embargo, entiende comprendida esta causa tanto entre los supuestos de indignidad como de desheredación[20]. Se dice también que 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[21].

Parece claro que la intención de la Nov. 115,3 es establecer un elenco de justas causas de desheredación. No obstante, algunas causas de la constitución ya habían sido consideradas antes como de indignidad[22], por lo que hay supuestos en la novela sujetos a una doble caracterización. Debemos preguntarnos, entonces, si la falta de atención al *furiosus* participa de esta doble condición, a lo que habrá que responder afirmativamente[23]. Si nos fijamos, la Nov. 115,3,12 contempla dos hipótesis. La primera es la del *furiosus* que recupera la cordura. En este caso, puesto que puede

---

o en que los bienes van a parar a personas distintas del designado, dejando fuera otros, no pudiéndose hablar en Roma de un instituto unitario (Nardi, *I casi... cit.,* «Trittico indignitario», *Studi in onore di E. Albertario*, vol. II, pp. 723 y ss.; Lauria, p. 188; Voci, *cit.,* p. 445; Biondi, *Dir. Ereditario, cit.,* p. 204). La existencia de cierto orden compilatorio ha sido afirmada por Torrent, *Derecho Privado Romano,* Madrid, Edisofer, 2002, p. 630, y, sobre todo, B. M. Reimundo, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho Romano Clásico*, U. de Oviedo, 1983. No estar incurso en causa de indignidad era un requisito más, con la *testamentifactio* y la *capacitas,* para hacerse con la herencia definitivamente. Existe consenso en admitir que la indignidad no impide la delación ni la adquisición, pero da derecho a confiscar los bienes al indigno, que mantiene formalmente el título de heredero, pero sin poder 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, Napoli, 1798, p. 797). Señala Voci, *cit.,* p. 463, que la indignidad debió de tener precedentes en otros institutos que hayan cumplido sus funciones, como la *denegatio* de acciones o de la *bonorum possessio* (Val. Max., 7.7.6.7).

[18] M. Kaser, *Das Römische Privatrecht,* II, 2.ª ed., München, Becksche Verlagsbuchhandlung, 1975, p. 534, n. 34; Nardi, *I casi..., cit.,* p. 254, la enumera entre los casos a su juicio erróneamente considerados de indignidad, al no concurrir la esencia de esta (lo que, como señala en su recensión Lauria, *SDHI*, 6, 1940, p. 183 y Reimundo, *cit.,* p. 13, es contradictorio con la negación de una categoría unitaria de indignidad).

[19] En particular destaca la expresión «sucede» para referirse al extraño que recibe la herencia, calificando la sucesión de irregular, entendiendo que puede haber imposibilidad de adquirir y hasta de suceder en virtud de una disposición —como las de la Nov. 115,3,12 y 13— (Reimundo, *cit.,* pp. 135 y ss.).

[20] B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda-Bensa, III, Torino, UTET, 1930, p. 542; Arndts, *cit.,* pp. 217 y 342, n. 2.a.12 y n. 2.b.6; Bonfante, *Corso..., cit.,* VI, pp. 282 y 413; E. Volterra, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. Deza Martínez, Madrid, Civitas, 1988, p. 703, n. 33; Biondi, *Successione testamentaria,* Milano, Giuffré, 1943, p. 166; Voci, *cit.,* vol. I, p. 461 y vol. II, pp. 739-740. M. J. Mena Bernal, «Sentido histórico de la indignidad para suceder», *RCDI,* 1994, núm. 623, p. 1.090, lo sitúa entre los casos discutibles.

[21] Arias Ramos-Arias Bonet, *Derecho Romano*, t. II, 18.ª ed., Madrid, EDERSA, 1988, p. 812.

[22] Como proferir injurias contra el testador (Nov. 115,3,2; ya en D. 34,9,9,1, *Ulp. l. XIV ad l. Iul. et Pap*.)

[23] Otros supuestos, a la vez de indignidad y desheredación, aparecen en Nov. 115,3,9 y 115,3,13.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

otorgar un testamento válido, se le autoriza a desheredar al descendiente que le hubiere desatendido. La falta de atención se configura aquí como justa causa de desheredación. El segundo supuesto es el del *furiosus* que muere sin haber recuperado la cordura, pero con testamento otorgado con anterioridad a la locura en la que instituía heredero al descendiente o cognado que le desatiende. Como es imposible el otorgamiento de nuevo testamento, la falta de atención se convierte en causa de indignidad para suceder, cayendo la institución de heredero y defiriéndose la herencia al extraño que se ocupó de él, aunque subsisten el resto de las disposiciones testamentarias[24].

La constitución deja dos lagunas: la del *furiosus* que, muriendo sin haber recuperado la cordura, no hubiera otorgado testamento; y la del que muere sin haber recibido las atenciones ni de un pariente ni de un extraño. Accursio, en su Glosa, contempla ambas lagunas, entendiendo que se denegará la herencia a los herederos que abandonaron al furioso, tanto si no hubo testamento como si ningún extraño hubiese cuidado de él[25].

El Capítulo IV establece que las mismas causas de desheredación de los descendientes se aplican a los ascendientes, de modo que el ascendiente que no haya atendido a su descendiente incapaz, además de poder ser desheredado en caso de curación, será indigno de su herencia *ab intestato,* si muere sin recuperar la cordura[26]:

> 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*[27].

Otra cuestión interesante es la del destino de los bienes del *furiosus* desatendido, que no van a parar directamente al Fisco[28], sino a los extraños que le acogieron. La finalidad perseguida era, por tanto, evitar que el

---

[24] Además la *Authentica* a CJ 1,4,28, señala que los hijos que desatienden al furioso son dignos *tanto de la desheredación como de otras penas legales,* al no concretar cuales, podría sobreentenderse la indignidad. El reconocimiento del derecho del extraño tiene lugar, *aun cuando también el furioso hubiere testado* en favor de sus hijos, por lo que se excluye al heredero negligente, haya otorgado testamento el incapaz o no.

[25] Accursii, *Glossa in Volumen*, *Corpus Glossatorum Juris Civilis,* XI, Augustae Taurinorum, 1969, p. 291, apoyándose en D. 34,9,3 *(Marcianus, l. V Regularum*).

[26] Glück, *cit.,* p. 533. 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.

[27] También en la *Authentica* a CJ 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*.

[28] La atribución de bienes al Fisco, explica Biondi, *Successione...*, *cit.,* p. 157, seguido por Torrent, *cit.,* p. 630, y J. Pérez de Vargas, *La indignidad sucesoria en el Código Civil español*, Madrid, McGraw Hill, *cit.,* 1997, p. 3, trata de evitar que el castigo del reo constituya un premio para otros.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

discapacitado quedase en situación de desamparo[29], no la obtención de recursos adicionales para el Estado. Ya antes de la Nov. 115, existían supuestos de indignidad en que el Fisco no era el destinatario de los bienes del difunto[30], pero en el periodo justinianeo los supuestos se multiplican[31]. Como garantía de los derechos de los herederos, se establece que el tercero debe comunicar *por escrito,* mediante atestado, a los que resultarían llamados *ab intestato* o a los herederos instituidos en testamento, la situación de abandono, circunstancia que eventualmente ignoran. Solo cuando se hace caso omiso del atestado y el extraño presta la asistencia a la que normalmente vendrían obligados los parientes entra en juego la causa de indignidad.

En tercer lugar, hay que destacar que la constitución se refiere únicamente al *furiosus* como persona cuyo abandono puede provocar la indignidad para suceder. Cabe preguntarse si la mención se ha de entender en sentido general, comprensiva de todas las figuras de enfermedad mental[32] o en sentido estricto, aplicable solo a una única categoría de sujetos. El término más empleado en las fuentes para referirse al enfermo mental es el de *furiosus,* a veces contrapuesto a *mente captus,* aunque no hay unanimidad entre los textos, discutiéndose también la existencia de una distinción jurídica neta entre estos términos[33].

Según una primera teoría, mantenida inicialmente en Francia[34], el término «furioso» se refiere al loco con manifestaciones violentas pero capaz de tener intervalos lúcidos, mientras las expresiones *mente captus* o *demens* aluden a enfermos mentales que no se manifiestan de forma

---

[29] Compara su comportamiento con el del buen samaritano NARDI, *Squilibrio..., cit.,* p. 52.

[30] Según refleja CJ 6,51,1,12. Como ejemplo, puede citarse al tutor legatario que rehusaba su cargo, yendo los bienes legados a parar a los huérfanos (D. 34,9,5,2 —*Paul., l. I de iure fisci-*; CJ 6,37,25,1); el legatario premuerto a quien ilícitamente se dejare un legado (D. 34,9,26,1, *apud Scaevolam l. XXX dig.*) donde el legado va al heredero, lo mismo que si el legatario hubiere ocultado el testamento (CJ 6,7,25). Constantino dispone que el fiduciario que admite un fideicomiso tácito en favor de un fideicomisario incapaz, en caso de autodenuncia, puede mantener un tercio de la herencia (C. Th. 10,11 y CJ 10,13,1).

[31] En la Nov. 1.1, los bienes de los instituidos que no cumplen la voluntad del testador en un año, se distribuyen entre el resto de los coherederos, legatarios o fideicomisarios. La Nov. 22,47, pr., señala que si un hermano, heredero *ab intestato* de otro, ha atentado contra su vida o le ha acusado criminalmente, perderá su derecho, acreciendo su parte a sus hermanos y a su madre. Por último, la Nov. 112,3,13 atribuye los bienes del cautivo no redimido por sus parientes, a la Iglesia de la aldea de la que fuere natural el extraño que lo hubiere rescatado, debiendo emplearse tales fondos precisamente para la redención de cautivos.

[32] A. AUDIBERT, *La folié et la prodigalité*, Paris, Larose & Forcel ed., 1892, p. 12, menciona las siguientes categorías: *furiosus, mente captus, demens, insanus, mentis alienatio, non suae* o *non compos mentis, lunaticus, fanaticus* y *freneticus*

[33] Extremo que niega, por ejemplo, M. C. GARCÍA VÁZQUEZ, «La polémica en torno al concepto de "furiosus"», *Estudios Ursicino*, Madrid, Universidad Complutense, 1978, pp. 191-192.

[34] C. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de Droit Romain,* I, Paris, 1866, p. 250; L. BOURDON, *De la condition civile des aliénés en Droit Romain. Thése,* Paris, 1881, p. 11; R. MONIER, *Manuel élémentaire de Droit Romain, I*, 6.ª ed., Paris, Domat-Montchrestien, 1947, p. 330. También es seguida por algunos autores españoles: POSADILLA, *Comentario a las Leyes de Toro,* p. 44; F. GUTIÉRREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho Romano,* Madrid, Reus, 1948, pp. 234 y 408; A. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, voz «*mente captus*», Madrid, Edisofer, 2005, p. 701. En contra, M. J. GARCÍA GARRIDO, considera sinónimos *furiosus* y *demens* (*Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982, p. 142).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

violenta, pero que tampoco presentan intervalos lúcidos. Sin embargo, este criterio de distinción ha sido contestado por diversas corrientes doctrinales[35]. Para ciertos autores, fundamentalmente alemanes[36], el *demens* estaría menos afectado que el *furiosus*, absolutamente privado de inteligencia. A fines del siglo XIX, Audibert propuso una explicación alternativa, al considerar la distinción entre *furiosus* y *demens* relacionada con los cambios producidos en la sociedad romana en la manera de comprender la locura[37]. Autores posteriores, como Renier, observaron 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* (aquel que padece una locura secundaria como monomanía, imbecilidad o demencia senil). Ahora bien, mientras que este autor mantiene el carácter clásico de la distinción *furiosus vel demens*[38], otros lo niegan, refiriéndolo al periodo romano helénico, como Solazzi, seguido por Bonfante[39]. El régimen jurídico sería igual para ambas categorías de enfermos mentales, no siendo criterio válido de distinción el de los intervalos lúcidos. La ley realizaría la distinción en atención a la ciencia médica, para evitar que, hablando solamente de *furiosi,* cuando este término no comprendía ya todas las manifestaciones de la locura, quedaran algunos fuera de las previsiones legales[40].

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 propia legislación justinianea.

---

[35] Aunque en muchos textos sí aparece el *furiosus* como persona violenta y en otros se admite la posibilidad de intervalos lúcidos, también existen textos clásicos en los que el *furiosus* no aparece como un loco agitado (D. 29,7,3,2, *Iul. l. XXXIX dig.*; D. 41,3,44,26, Pap. *l. XXIII Quaest*) o no presenta la posibilidad de intervalos de cordura (en D. 1,18,14 —*Macer, l. II de iud. publ*— y C. 5,70,7, se habla de *continua mentis alienatione*).

[36] L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette,* I, Bologna, 1881, pp. 64 y 104; WINDSCHEID, *cit.,* p. 159; F. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts,* III, Berlin, 1840, p. 86, y GLÜCK, *cit.,* t. 27, pp. 807 y ss.

[37] AUDIBERT, *cit.,* p. 46, seguido por APPLETON, *cit.,* y E. PETIT, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. Fdez. González, Buenos Aires, Ed. Universidad, 1994, p. 162, y RENIER, *cit.,* p. 437. En la época de las XII Tablas la locura se explicaba por el influjo divino, y el término *furioso* (poseído por las Furias) allí empleado, sería el usado con alcance más general. Tal concepción solo permitiría considerar locos a quienes hubieran perdido completamente la razón. Con el tiempo, bajo el influjo de la cultura y de la medicina griega, que consideraba la locura como enfermedad explicable por causas naturales, cambia la mentalidad, y el pretor puede apreciar la diversidad de formas de la enajenación mental, y proporcionar curatela a los afectados de locura parcial (*demens* o *mente capti*) que no caían bajo la curatela legítima de las XII Tablas. A efectos prácticos, dice, todos quedaban sometidos al mismo régimen jurídico, siendo la curatela legítima o dativa según el caso.

[38] RENIER, *cit.,* pp. 451 y ss.

[39] S. SOLAZZI («I lucidi intervalli del furioso», *AG*, 1923, pp. 80 y ss.) entiende interpolados los pasajes de los juristas clásicos que establecían la dicotomía *furiosus vel demente* y sobre los que se basa RENIER, por lo que mantiene su carácter postclásico y justinianeo (*Furiosus..., cit.,* p. 24). BONFANTE, *cit.,* p. 650, considera que se puede distinguir entre *furiosus* y *demens* solo en relación a los intervalos lúcidos (posibles solo en el primero) y solo en el periodo justinianeo. En igual sentido, MARTÍNEZ DE MORENTÍN, *cit.,* pp. 791 y ss.

[40] Autores posteriores como G. RIZZELLI, *Modelli di «follia» nella cultura dei giuristi romani*, Lecce, Grifo, 2014, p. 156, advierten que Ulpiano sería el primer jurista en abordar sistemáticamente los términos, para implicar siempre (unificando sus consecuencias) todas las formas de enajenación mental.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

El examen de los textos lleva a concluir que, en numerosas ocasiones se emplea *furiosus* como sinónimo de enfermo mental, revistiendo un alcance general, pero que cuando se realiza una contraposición de categorías (*furiosus* frente a *demens* o *mente captus*) se aplica idéntico régimen para todos ellos[41]. En conclusión, las medidas de la Nov. 115,3,12 y 4,6 resultan aplicables a cualquier discapacitado psíquico, revistiendo el término *furiosus* allí utilizado un alcance general, que es la acepción del término más frecuentemente utilizada[42]. Desde un punto de vista lógico, tampoco se entienden las razones que podrían motivar el conceder la protección de esta norma solo a una determinada categoría de enfermos mentales. Además, la doctrina[43] y los cuerpos legislativos posteriores (las Partidas, las *Costums* de Tortosa, el art. 617 del Proyecto de García Goyena y el art. 523.4 del CC de Costa Rica[44]) extienden 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 indignidad si 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[45]. Sin embargo, con diversos argumentos se han ido incluyen-

---

[41] En las Instituciones, se observa la contraposición *furiosus-mente capti* en I. 1,23,3 y 1,23,4, si bien se aplica el mismo régimen jurídico, aquí, la constitución de una curatela. En I. 2,16,1 (coincidente con C. 6,26,9) se habla de *mente capti*, con alcance aparentemente general, para autorizar las sustituciones cuando los causantes no tengan otros herederos, y en I. 2,18,pr., relativo a la legitimación para impugnar el testamento inoficioso, se emplea *furiosus* como sinónimo de quien no está en su cabal juicio, también con alcance general. El *Codex*, en CJ 1,4,28, nuevamente utiliza la expresión *tam dementi quam furiosi* en el procedimiento para establecer la dote de los hijos de unos y otros; los términos se contraponen, pero el régimen jurídico es idéntico. En la rúbrica del CJ 5,70 (*De curatore furiosi vel prodigi*), la figura del primero se opone a la del pródigo, pero no se hace ninguna referencia al *demens* o *mente captus*; la palabra *furiosus* comprende todos los tipos de locura. Dentro del mismo título, dos constituciones del 530 vuelven a referirse únicamente al *furiosus*: CJ 5,70,6-7. Solo un texto abre la puerta a la posible existencia en periodo clásico de un régimen diferente: CJ 5,4,25 donde Justiniano, resolviendo las dudas acerca de si un rescripto de Marco Aurelio, que autoriza el matrimonio del hijo del *mente captus* era aplicable al del *furiosus*, decide aplicar el mismo régimen al matrimonio tanto del hijo de uno como de otro (cfr. Bonfante, *Corso..., cit.,* p. 644; Demangeat, *cit.,* p. 250; Appleton, *cit.,* p. 142; Audibert, *cit.,* pp. 11, 22-23 y 65, y Rizzelli, *cit.,* p. 157). En la Nov. 72,5,1 se utiliza el binomio *furiosorum aut amentium*, como categorías distintas pero con idéntica prohibición al curador de ceder los bienes del sometido a curatela.

[42] Cfr. Solazzi, *Furiosus..., cit.,* p. 24.

[43] Arndst, *cit.,* p. 217; Domat, J., *Oeuvres completes*, VI, Paris, 1824, pp. 313-4; Glück, *cit.,* p. 519.

[44] 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.

[45] Cfr. Glück, *cit.,* p. 539. A su juicio, el legislador podría haber distinguido entre enfermedad y locura y no haber empleado el segundo término tan frecuentemente de haber querido incluir cualquier enfermedad en el ámbito de la norma. Destaca K. Ritterhasen, *Jus justinianum, hoc est, Justiniani et allorum quorundam Impp. Augg. Novellarum mixtarum exposition methodica,* ed. Tertia, Argentorati: sumptibus Societatis, 1669, p. 301, el propósito de eliminar el arbitrio judicial en la materia, aventurando que quizá el arbitrio dejado a los *centumviri* no hubiera dado lugar a muchas sentencias equitativas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

do causas diferentes a las contempladas, como las desheredaciones *bona gratia*[46], las conductas de igual o mayor gravedad que las enumeradas por Justiniano[47], planteándose el problema de las injurias verbales o de los traidores a la patria[48], llegando a extenderse, para la desheredación del hijo, a aquellos supuestos en los que un vasallo puede ser privado de su fundo[49]. Como consecuencia de esta apertura de las causas de desheredación, autores como Cujas o Goudelin, extienden la indignidad sucesoria a aquellos supuestos en los que el hijo no cuida, alimenta o defiende al padre enfermo o pobre[50].

III. RECEPCIÓN EN DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

El Fuero Juzgo no señala causas de indignidad sucesoria, estableciendo, únicamente, ciertas causas de desheredación, pero sin mencionar la que nos ocupa[51]. Casi todos los fueros municipales recogen, con mayor o menor extensión, alguna causa de desheredación[52]. Mayor es el elenco previsto en el Fuero Real (FR 3,9,2 y 3), y, aunque aparece ya alguna hipótesis de indignidad[53], tampoco contiene previsión alguna referente al *furiosus*, lo que es más curioso, pues en dicha regulación se deja ya sentir claramente la influencia del Derecho romano. La falta de atención al enfermo mental sí aparece, como causa de desheredación únicamente de

---

[46] Ya G. Cuneo, *Guilhelmus de Cungno super Codice,* Simon Vincent, 1513, fol. LXIII, admitió la desheredación del hijo de padre pródigo o furioso para que el padre no tuviera los bienes.

[47] Ritterhasen, *cit.,* p. 303; I. Clarus, *Tractatus de testamentis*, *apud Franciscum Laurentinum, Venetiis*, 1566, *quaestio* 41, admite la desheredación del hijo en hipótesis similares o más graves a las expresadas por Justiniano, como traición a la patria, injurias verbales graves, o desheredaciones *bona gratia,* y Heinecio, *cit.,* p. 321, que distingue entre causas diversas, aunque más atroces, nunca admisibles, 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 si le mata con una espada).

[48] Circunstancia admitida como causa de desheredación por Clarus, *loc. cit.,* Ritterhasen, *loc. cit.,* I. Sichard, *Dictata & Praelectiones in Codicem Iustinianeum,* Francofurti, Zetzeneus & Rhodius, 1598, p. 867, y C. Ferriere, *La jurisprudence des Novelles de Justinien,* t. II, Paris, J. Cochart, 1688, p. 352, Suele citarse D. 11,7,35 (*Marcelus, l. V dig*.), que indica que no incurre en delito el hijo que mate a su padre o el padre que mate al hijo si estos vienen a destruir la patria y matar a sus ascendientes o descendientes.

[49] Baldo de Ubaldis (*Baldi Ubaldi Perusini, in 7.8.9.10.&11 Codicis libros commentaria,* Venetiis, G. Lucantorio, 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, *cit.,* p. 867, que se puede desheredar al hijo por las mismas causas por las que se puede privar al vasallo de su feudo.

[50] J. Cujas, *Novellarum Constitutionum impp. Iustiniani expositio*, Coloniae Agrippinae: apud Ionanem Gymnicum, 1592, p. 108, indica que, pese a que Justiniano solo se refiere al *furiosus*, también el que no cuida del enfermo debe tenerse por indigno, citando el D. 34,9,3 *(Marcianus, l. V Reg.*), donde Antonino Pío declara indigno de suceder a la mujer al marido responsable de su muerte por culpa, y CJ 7,6,3, donde se sanciona con la pérdida del patronato al que arrojare de su casa al esclavo enfermo. P. Goudelin se refiere a *furiosum vel aegrotum* (*Clarissimi JCti. Petri Gudelini antecessoris Academiae Lovaniensis Commentariorum de iure novissimo libri sex,* Frankfurt, Johannem Petrum Zubrodt, 1668, p. 61).

[51] FJ 4,5,1; FJ 3,2,1; FJ 3,2,8; FJ 3,4,7 y FJ 5,2,5.

[52] Destaca Quintana, *cit.,* p. 77, el influjo del Derecho germánico, menos desarrollado, en estos fueros.

[53] FR 3,9,4 y 5. Los bienes del indigno corresponden al rey.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

los ascendientes, en las *Costums de Tortosa*, cuerpo de fuerte inspiración justinianea[54].

Las Partidas acogen en general la regulación justinianea del testamento, con un amplio régimen de desheredación[55]. Así, 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») comprende tanto hipótesis de indignidad (Leyes 13 y 17) como de desheredación (4, 5,6,7, 11 y 12)[56], pudiendo ser, a su vez, de hijos o descendientes (Leyes 4.ª a 7.ª, de padres o ascendientes (Ley 11) y de hermanos o colaterales («los que están en línea de travieso», Ley 12)[57]. Algunas de las incluidas en Ley 5 y la de la Ley 6 son conjuntamente de indignidad y de desheredación[58].

En relación a la falta de atención al discapacitado, se reproduce con pequeñas diferencias el régimen de la Novela 115, y mientras la Ley 5.ª se refiere a quien hubiere descuidado a su *ascendiente* incapaz, la Ley 11 establece igual sanción al que hubiere descuidado a su *descendiente*, quedando fuera únicamente los colaterales[59]:

> 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 descienden del por liña derecha, non le guardassen, o non pensaren del en las cosas quel fuere menester; si otro estraño 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.

---

[54] *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 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» (J. Foguet Marsal y R. Foguet, *Código de las costumbres escritas de Tortosa a doble texto, traducido al castellano del más auténtico ejemplar catalán,* Tortosa, Imprenta Querol, 1919). No puede aplicarse esta causa a los descendientes, pues, además de no estar incluida en la *costum* segunda de la 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».

[55] Quintana, *cit.,* p. 330; J. B. Vallet de Goytisolo, «Apartamiento y Desheredación», *ADC*, I, 1968, p. 14; T. de Montagut, «Los derechos ibéricos medievales», *Actes à cause de mort*, II, Bruxelles, 1993, pp. 201-202, precisando que las normas de las Partidas se completaron con las del Ordenamiento de Alcalá de 1348, las Leyes de Toro de 1505 y las disposiciones reales de la Edad Moderna.

[56] Pérez de Vargas, *La indignidad sucesoria..., cit.,* p. 9; Mena-Bernal, *cit.,* pp. 1094 y ss.

[57] 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»).

[58] En igual sentido, Mena Bernal, *cit.,* p. 1101. Fuera del título, se consideran causas de indignidad sucesoria las comprendidas en la Part. 6,1, Leyes 26 a 30 y Part. 6,3, Leyes 4 y 5 (cfr. Mena-Bernal —que incluye solo los supuestos de Part. 6,1,26 y 27, impedir a otro hacer testamento— y Q. M. Scaevola, *Código civil comentado y concordado*, t. XIII, Madrid, Imprenta de Ricardo de Rojas, 1897, pp. 279 y ss.).

[59] La Nov. 115,3,12 se refería a los *filiis aut cognatis*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

E si por auentura, 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 establescido por herederos a sus fijos, o algunos de los otros que descendiessen del por liña derecha; si el furioso muriesse después en casa del estraño que pensaua del, non vale el testamento quanto es en el establescimiento 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»[60].

Part. 6,7,11: «Por quales razones puede el fijo desheredar al padre de los bienes que hobiere apartadamiente, et por quales non [...] La sexta razón es quando el padre non quiere proveer al fijo desmemoriado ó loco de las cosas quel son mester».

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 el supuesto de recuperación de capacidad («si por auentura este atal tornasse en su memoria ante que muriesse, podría desheredar por esta») así como el 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 que la falta de atención al loco o desmemoriado es, a la vez, causa de indignidad sucesoria y de desheredación[61]. Tampoco se dan en esta ley los problemas de interpretación de la Nov. 115 en torno al término «furioso», al mencionar expresamente junto a este, al «loco, de manera que andouiesse desmemoriado, e sin recabdo».

Al igual que en la legislación justinianea, las Partidas conceden el derecho a la herencia al extraño que se hubiere ocupado del desmemoriado o loco[62]. Tal medida no se aplicaba en Francia, donde el tercero solo podía pretender el reembolso de los gastos realizados[63]. El móvil del extraño ha de ser la piedad para con el enfermo mental desamparado («se mouiesse por piedad, e ouiesse duelo del, doliéndose de su locura e de su mala an-

---

[60] Entiende G. López (*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) que el hijo habrá de ser mayor de dieciocho años, por analogía con lo dispuesto respecto a la redención al cautivo. Para el resto de causas de desheredación el descendiente tendrá, al menos, diez años y medio (Part. 6,7,2).

[61] Mena-Bernal, p. 1101. Lo mismo sucede con la falta de redención del cautivo (Part. 6,7,7).

[62] 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 podiéndolo facer, et pensase otro extraño dél, según dice desuso en las leyes que fablan en esta razón, et por ende pierde la heredat 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».

[63] Según informa Ferriere, *cit.*, p. 363. Se trata de un sistema parecido al del actual art. 1.894 del CC, según el cual, «cuando, sin el conocimiento del obligado a dar alimentos los diese un extraño, este tendrá derecho a reclamarlos de aquel, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

dança»). A semejanza de su precedente romano, sin duda para evitar intervenciones interesadas de terceros, se exige requerimiento a los parientes obligados a cuidar al *furioso,* aunque no tiene que ser necesariamente por escrito. Anota Gregorio López[64], siguiendo a Accursio, que, si nadie se hubiere ocupado de este, tampoco tendrían sus descendientes derecho a la herencia, yendo entonces los bienes a parar a la Hacienda Real. Respecto a si cabe la desheredación fuera de las causas expresamente indicadas, el ilustre jurista da una respuesta negativa, frente a la opinión mayoritaria en derecho Común[65], a la que se adhiere, sin embargo, Diego de Covarrubias[66].

IV. LA CODIFICACIÓN

1. El Proyecto de García Goyena de 1851

Al llegar la etapa codificadora, los códigos civiles europeos no contemplaron, salvo rarísimas excepciones, la falta de atención al incapaz como supuesto generador ni de indignidad sucesoria ni de desheredación[67], frente a lo sucedido en varios códigos iberoamericanos[68]. Es más, ambas instituciones en algunos casos se refundieron en una sola, la indignidad, como ocurrió en el *Code* napoleónico o en el Código Civil italiano[69]. Sin embargo, algunos Códigos, como el austríaco de 1811[70], aún no mencionando como causa de desheredación el no prestar al padre incapaz las atenciones debidas, sí previeron una circunstancia más amplia, en la que

---

[64] G. López, *Las Siete Partidas..., cit.,* Glosa 9 a Part. 6,7,5.

[65] G. López, *cit.,* Glosa 21 a Part. 6,7,4 y Glosa 70 a Part. 6,7,8. Entiende la interpretación restrictiva mas ajustada al carácter odioso de la desheredación y al tenor de la Ley 8.ª («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»).

[66] *Didaci Covarruvvias, Opera omnia,* Lugduni, 1661, p. 65.

[67] El Código Civil del Reino de las Dos Sicilias, de 1819, la incluye como causa de desheredación en sus arts. 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. R. Mercurio, *Compendio delle leggi Civile di Domat, colle osservazioni relative alle leggi vigente nel regno delle Due Sicilie*, II, Napoli, 1823, pp. 156-157; el de las Islas Jónicas de 1841, de parecido tenor, en sus arts. 827.3 y 828.3 —cfr. *Codice civile degli Stati Uniti delle Isole Jonie*, Corfu, Tipografia del Governo, 1841—.

[68] Art. 968.3 del CC de Chile de 1855; art. 1.025.3 del de Colombia de 1887; art. 946.3 del de Honduras de 1906; art. 969.3 del Código del Salvador de 1859; art. 1.010.3.º del de Ecuador, reformado en 2005; art. 3.295 del CC de Argentina de 1869 y art. 523.4 del de Costa Rica de 1886. Otros códigos latinoamericanos, sin contemplar el supuesto del causante discapacitado, incluyen como causa de indignidad o desheredación la negativa de alimentos o el abandono en otros supuestos de necesidad: art. 1.316 del Código Civil Federal de México de 1928; 2.281.*e)* del Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, de 2014; art. 744.2 del CC de Perú de 1984 y art. 810.3 del de Venezuela de 1982.

[69] Se tiende, además a reducir el elenco de causas de indignidad: así, el art. 727 del *Code* establece solo tres causas y el art. 725 del CC italiano de 1865 cuatro, elevadas a seis en el art. 463 del CC de 1942.

[70] Art. 768 ABGB: *Ein Kind kann enterbt werden: 2) wenn es den Erblasser im Notstande hilfloss gelassen hat.* El art. 477 del Código suizo de 1907 y el parágrafo 2.333 del BGB establecen disposiciones similares como causa de desheredación.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

bien puede entenderse incluida: haberlo dejado abandonado en estado de necesidad.

En nuestro país, tras 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 la Novísima Recopilación recogen esta causa de desheredación. Aunque el Proyecto de 1836, en la línea del Código austríaco de 1811, no la menciona específicamente, la causa pudiera entenderse subsumida dentro del supuesto de desheredación de su art. 2.322.5)[71]:

> «Los hechos capaces de motivar la exheredación de los descendientes son: 5.º) Haberle abandonado estando impedido o menesteroso».

La falta de atención al discapacitado psíquico reaparece explícitamente en el Proyecto de García Goyena de 1851, fiel a la tradición histórica[72], y ello a pesar de que el art. 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: 5.º El pariente del difunto, que, hallándose este loco ó demente y abandonado, no cuidó de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público».

Quizá la novedad más llamativa sea la desaparición del llamamiento a favor del extraño que se ocupa del «loco o demente». Por otro lado, el Proyecto integra en el supuesto de hecho de la indignidad de forma genérica a los «parientes», evitando la enumeración de cada uno en particular: ascendientes, descendientes o colaterales. El ilustre jurista cita como precedentes de la disposición la Part. 6,7,5 y 17, que mencionan solo a los hijos y descendientes, criticando la exclusión de otros parientes[73]. El pariente no viene obligado al cuidado personal del loco o demente, bastando que se encargue de «hacerle recoger en un establecimiento público»[74]. Por último, conviene señalar que según el art. 745 del Proyecto las causas de indignidad para suceder se aplican también a las sucesiones intestadas, eliminando al respecto cualquier duda interpretativa[75].

---

[71] El descendiente podía alegar la misma causa para desheredar al ascendiente (*ex* art. 2.323 del Proyecto). Con todo, el art. 2.205 no la incluye entre las causas de indignidad.

[72] F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial F. Abienzo, 1852, t. II, p. 64.

[73] «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?». Sin embargo, en las Partidas, los ascendientes que desatienden al incapaz sí incurrían en indignidad; si bien en una ley distinta (Part. 6,7,6); sí es cierto, en cambio, que quedaban fuera los colaterales.

[74] El edicto de Claudio consideraba suficiente para evitar la pérdida de los derechos de patronato y los derechos sucesorios que el *dominus* encomendara a otro el cuidado del esclavo enfermo o lo enviara a un hospital de peregrinos, no siendo necesario que lo cuidara personalmente (CJ 7,6,3).

[75] Pérez de Vargas, *cit.,* p. 13.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

2. El art. 756 del CC 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 (art. 756, que originariamente recogía siete causas)[76] y la desheredación (arts. 848 y ss.)[77], ni el Proyecto de 1882 ni el Código Civil originariamente recogieron falta de atención al discapacitado como posible causa de una u otra institución. Ciertas causas contempladas en nuestro Derecho histórico podían haber quedado desfasadas, sin embargo, no es este el caso de la que nos ocupa[78]. Quizá la omisión sea consecuencia de haber incluido, por primera vez, como causa de desheredación, la negativa de alimentos entre parientes necesitados, en línea con otros códigos[79]. Si bien el derecho a alimentos entre parientes ya existía en Derecho romano, en cambio, no se contemplaba su contravención como un supuesto generador de indignidad sucesoria, excepto lo dispuesto, 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*). Ciertos comentaristas del Código Civil no dudan en considerar como antecedentes de la desheredación del art. 853.1 la falta de atención al padre «furioso o desmemoriado»[80] prevista en Part. 6,7,5 (sucesora 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)[81].

---

[76] Elenco duramente criticado, pues al no enumerarse causas genéricas se corre el riesgo de omitir algún hecho concreto quizá más grave que no quepa encajar entre las previstas (Albadalejo, «Comentario al artículo 756», *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, t. X, vol. 1, Madrid, EDERSA, 1987, p. 208). M. A. Zurilla Cariñana, «Artículo 756», en Bercovitz (coord.), *Comentarios al Código Civil,* t. IV, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 5636, critica la falta de adaptación la realidad social, proponiendo ampliar los supuestos o introducir la indignidad facultativa; de forma similar, Mena Bernal, *cit.,* p. 1072, y B. González Acebes, «El núm. 7 del art. 756 y la protección del discapacitado», en I. Serrano García (coord.), *La protección jurídica del discapacitado,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 267.

[77] Sobre las diferencias entre indignidad y desheredación, cfr. F. Hernández Gil, «La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos», *RDP*, 45, 1961, p. 470, y F. Jordano Fraga, *Indignidad sucesoria y desheredación (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Granada, Comares, 2004, pp. 13 y ss. En favor de la refundición Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil,* V, p. 66; L. Valterra Fernández, «Estudio crítico de la desheredación: su relación con otras figuras jurídicas», *Información jurídica*, 125, 1953, pp. 865 y ss. y Jordano Fraga, *cit.,* p. 10. A favor de su mantenimiento, García Goyena, *cit.,* p. 434, que discrepa del *Code* al abolir la desheredación, considerándola una consecuencia del señalamiento de la legítima; M. Albadalejo, *Curso de Derecho de Sucesiones,* 9.ª ed., Madrid, Edisofer, 2008, p. 397, M. J. Mena Bernal, *La indignidad para suceder como figura de exclusión de herencia en el CC español*, Tirant lo Blanch, 1995, p. 275, y Zurilla Cariñana, *cit.,* p. 5635.

[78] J. M. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código Civil español,* VI-II, Madrid, Reus, 1973, p. 224.

[79] En el Proyecto de 1851 aparecía ya la negativa de alimentos como causa de desheredación (art. 672.1).

[80] *Vid.* Scaevola, *cit.,* p. 286, y J. Vallet de Goytisolo, «Comentario al artículo 853», en Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, XI, Madrid, EDERSA, 1982, p. 547.

[81] J. Barthe Porcel, «La negativa de alimentos por los hijos como causa de desheredación (Nota histórica)», *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XIII, núm. 2, 1955, pp. 529-534, en-

La falta de atención al discapacitado podría, entonces, desde la entrada en vigor del Código Civil, entenderse subsumida en esa negación del deber de alimentos que constituye causa de desheredación (arts. 853.1 y 854.2 del CC), o de la causa de indignidad del núm. 1 del art. 756 en su redacción original, esto es, como «abandono de los hijos» caso de ser la persona discapacitada hijo del indigno[82]. Sin embargo, ciertos supuestos de falta de atención (por ejemplo, a ascendientes discapacitados cuando no existe testamento) quedaban sin protección desde el punto de vista sucesorio.

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 del discapacitado que no le hayan prestado las atenciones debidas. Ni la profunda reforma de la incapacidad llevada a cabo en 1983, ni las operadas en el terreno de la indignidad[83] efectuaron esa conexión entre indignidad sucesoria y protección del discapacitado. Sin embargo, la norma no ha tenido eco en modificaciones posteriores de los Códigos Civiles forales realizados por la legislación autonómica[84] —hecho que se ha explicado en razón de su deficiente regulación—[85]. En su nueva redacción, art. 756 declara que son incapaces de suceder, como indignos:

> «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, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil».

La jurisprudencia afirma que el fin de la norma es evitar que los discapacitados queden en situación de desamparo, no estando configurada «como una vía de premiar al que, entre los posibles herederos *ab intestato* del causante, mejor se ha portado con él, sino la de excluir, a modo de

---

cuentra documentos, como el de S. Vicente de Oviedo de 1163, «en los que se conjugan alimentos y desheredación, empleando esta como sanción al hijo que se niega públicamente a sustentar a sus padres pobres». Demuestra que esta negativa se sanciona, aunque no con la desheredación, en ciertos fueros (como los de Zamora y Plasencia). El incumplimiento de la obligación alimenticia por los hijos sí es causa de desheredación en Derecho aragonés desde 1247 (J. Martínez Gijón, «Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho histórico aragonés», *AHDE,* 1984, p. 318).

[82] En igual sentido, González Acebes, *cit.,* p. 268.

[83] El artículo ha sido modificado por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que dio una nueva redacción al núm. 1 del artículo.

[84] La Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro IV del CC catalán, relativo a las sucesiones, no la contempla ni en el art. 412.3 (causas de indignidad) ni en el art. 451.17 (desheredación). Tampoco los arts. 328 y 510 del Código de Derecho foral de Aragón (D. Leg. 1/2011, de 22 de marzo). El art. 756 es aplicable en Galicia y Baleares por remisión de los arts. 263 y 7 bis.4 de sus respectivas Compilaciones.

[85] García Rubio, «Capacidad, Incapacidad e indignidad para suceder», *Estudios..., cit.,* p. 262, y *Comentarios..., cit.,* p. 638. M. Pereña Vicente, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil,* Madrid, Dykinson, 2006, p. 146, critica la limitación de la reforma al Código Civil, generándose discriminaciones en función de la vecindad civil.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

sanción o pena civil, a aquellos que incurren en alguna de las conductas reprochables que el precepto prevé como causa de indignidad» [86].

La primera cuestión es la de determinar el tipo de sucesión a la que esta causa de indignidad es aplicable, cuestión que no había suscitado controversia alguna desde que fue implantada por primera vez la figura en el 542 d. C. Concebida desde un principio como causa de indignidad y de desheredación, se aplicaba a ambos tipos de sucesiones. Ahora bien, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 introdujo un grave elemento de confusión, pues de atenernos únicamente a lo declarado en ella, la aplicación del art. 756.7 del CC se limitaría a la sucesión *ab intestato* [87], lo que ha suscitado múltiples críticas, por suponer una ruptura con la tradición histórica y con el régimen de las demás causas de indignidad, aplicables a ambos tipos de sucesiones [88], sin entender la razón que lo justifique [89]. Da la sensación de que el legislador de 2003 parte de que los discapacitados están sistemáticamente privados de *testamentifactio* activa, lo que no es correcto. En nuestro ordenamiento, solo está privado de este derecho el judicialmente incapacitado —concepto, no equivalente a «discapacitado»— a quien la sentencia de incapacitación expresamente haya privado del mismo. Y, puesto que la falta de capacidad ha de apreciarse en el momento del otorgamiento, sería válido el testamento otorgado antes de la incapacitación. Además, la privación de la facultad de testar, conforme a la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y según la jurisprudencia, ha de interpretarse restrictivamente [90]. Suele concluirse, atendiendo además a la falta de valor normativo de las Exposiciones de Motivos, que el art. 756.7 también es aplicable a la sucesión testamentaria.

Frente al Derecho romano y el histórico, la medida se presenta únicamente como causa de indignidad (el art. 852 del CC no la incluye entre

---

[86] SAP Burgos 214/2006, de 6 de junio (JUR 2006/228757), FJ 2.º; SAP León 636/2009, de 28 de diciembre (JUR 2010/107904), FJ 3.º y SAP de La Rioja 204/2009, de 19 de junio (AC 2009/1710), FJ 2.º

[87] «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».

[88] Así lo entiende la generalidad de la doctrina: J. Castán, *Derecho civil español, común y foral,* t. VI-1, 9.ª ed., Madrid, Reus, 1989, p. 493; Lacruz Berdejo, p. 65, Albadalejo, *Curso..., cit.,* p. 83, y *Comentarios ..., cit.,* p. 205; Hernández Gil, *cit.,* p. 471; Marín López, «Comentarios al art. 756», *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi, 2009, p. 1, Mena-Bernal Escobar, *cit.,* p. 1142; Albacar de Castro García, *Código Civil, Doctrina y jurisprudencia,* t. III, Madrid, Trivium, 1991, p. 461; Zurilla Cariñana, *cit.,* p. 563; Jordano Fraga, *cit.,* pp. 42 y 44.

[89] C. Hernández Ibáñez, «La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas», *Revista de Derecho de la Facultad de la UNED*, 1, 2006, pp. 186-187; L. Puig Ferriol, «Protección del discapacitado: aspectos sucesorios», en Bello Janeiro (coord.), *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Santiago de Compostela, 2005, pp. 302-303.

[90] La prohibición de realizar actos dispositivos, si no se dice expresamente lo contrario, se limita a los actos *inter vivos* (SSTS de 20 de mayo de 1994 —RJ 1994/3723— y de 31 de diciembre de 1991 —RJ 1991/9483—, SAP Asturias de 8 de mayo de 2015 —JUR 2015/142890— y SAP Valencia de 5 de noviembre de 2012 —JUR 2013/119096—).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

las causas que son también motivos de desheredación, al dejar fuera los apdos. 4.º y 7.º del art. 756). Sin embargo, la falta de prestación de atenciones al discapacitado fácilmente será constitutiva de una negación de alimentos de los arts. 853.1, 854.2 y 855.3 del CC, que justificaría la desheredación[91].

En cuanto a las personas destinatarias de la norma, la doctrina se ha encargado de perfilar el concepto de «persona con discapacidad» y de delimitar el círculo de posibles indignos. En relación con el primer punto, se insiste en que no es necesario que el causante esté judicialmente incapacitado[92]. Los discapacitados incluidos serán, en virtud de la remisión de la DA 4.ª del CC, según la redacción del art. 2.2 de la Ley 41/2003, las personas con minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 o física o sensorial igual o superior al 65 por 100, independientemente de que haya recaído sentencia de incapacitación[93]. Se observa como aparecen por primera vez en un cuerpo legal en la historia, como posibles destinatarios, las personas con discapacidad *física* (al margen, según se ha visto, de posibles interpretaciones doctrinales).

Por lo que al elenco de indignos se refiere, la redacción del precepto ha dado pie a varias interpretaciones. La dificultad deriva del recurso a dos conceptos: el de «personas con derecho a la herencia» y el de «sujetos con obligación de prestar alimentos», y de lo manifestado por la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, cuando señala como uno de sus propósitos, el considerar como causa generadora de incapacidad para suceder *ab intestato* el no haber prestado al causante las atenciones debidas «aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos». De este modo, para unos, pueden incurrir en esta causa de indignidad, además de los obligados legalmente a alimentos, los colaterales hasta el cuarto grado, que es donde alcanzan los llamamientos *ab intestato*[94], no faltando quienes lo limitan a los legalmente obligados a

---

[91] Por eso concluyen R. Leña Fernández, «Posibilidades en materia sucesoria que, en favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003», en J. L. Terreros (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, I, Madrid, 2007, *cit.,* p. 929, y Jordano Fraga, *cit.,* p. 26, que la falta de reforma de los arts. 854, 855 y 856 del CC para añadir una referencia al apartado 7 del art. 756 no obedece a un olvido legislativo.

[92] G. M. Minero Alejandre, «Causas de indignidad para suceder de personas con discapacidad», 1.ª Jornada sobre maltrato a las personas con discapacidad, U. Internacional de Andalucía, 2014, p. 260.

[93] Según Leña Fernández, *cit.,* p. 928, si al morir el discapacitado no se obtuvo certificado administrativo acreditativo del grado de minusvalía, no hay problema mediando incapacitación judicial, pero faltando esta, no podrá producirse la indignidad.

[94] Para J. Pérez de Vargas, «La nueva causa de indignidad para suceder del artículo 756-7.º del Código Civil», en Bello Janeiro (coord.), *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 2005, p. 253, lo que quiso decir 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». En igual sentido González Acebes, *cit.,* p. 276; M. T. Álvarez Moreno, «La protección de los discapacitados en el Derecho español», en Díaz Alabart (coord.), *Familia y discapacidad*, Madrid, Reus, 2010, p. 36; Minero Alejandre, *cit.,* p. 260; Puig Ferriol, «Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados», en Bello Janeiro (coord.), Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

prestar alimentos (cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos)[95] o lo extienden a los llamados por testamento[96], lo que algunos consideran desorbitado, pues bien pudieron no haber conocido el llamamiento a la herencia, por lo que se estaría introduciendo una obligación de imposible cumplimiento[97]. Hay que recordar cómo, en la regulación justinianea, si el *furiosus* muere sin recuperar la cordura, para entender deferida la herencia al extraño se necesitaba atestado escrito a los descendientes, a los cognados llamados *ab intestato,* y *a otros instituidos en testamento* anterior a la locura, lo que aseguraba el conocimiento de la situación de necesidad y del llamamiento testamentario.

Respecto al concepto de «atenciones debidas», la norma remite a los arts. 142 y 146 del CC. Si el obligado no está en situación de prestarlos, cabría plantear si debería, al menos, solicitar la ayuda de alguna institución, como disponía el Proyecto de 1851. Se señala que los alimentos debidos son los legales, no los establecidos en un contrato de renta vitalicia, de alimentos u otro análogo de origen convencional[98]. En general, el contenido de la obligación alimenticia se entiende limitado al aspecto patrimonial o económico[99], considerando nuestros tribunales que lo único que debe analizarse para entender incumplido el art. 756.7 del CC es si se prestaron las atenciones exigidas por el precepto «que no son otras que atenciones alimenticias, puesto que expresamente entiende por tales las reguladas en los arts. 142-146 Cc»[100]. Se aplica a esta causa de indignidad la misma línea jurisprudencial mantenida hasta 2014, en relación a otras causas de indignidad y 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»[101]. Se ha lamentado el haber desperdiciado

---

2005, p. 227; M. Núñez Núñez, *La sucesión intestada de los parientes colaterales,* Madrid, U. Rey Juan Carlos, 2007, pp. 194-195.

[95] I. Serrano García, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Madrid, Iustel, 2008, p. 555, y Morillas Fernández, *cit.,* p. 1104.

[96] Leña Fernández, *cit.,* p. 929; M. T. Martín Meléndez, «La causa de indignidad para suceder del art. 756.7 del CC», en Herrero Oviedo (coord.), *Estudios de Derecho de Sucesiones. Liber amicorum Teodora F. Torres García*, 2014, p. 821; M. A. 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 CC. La autotutela». *Discapacidad intelectual y derecho*, 2.ª ed., Fundación Aequitas, 2015, p. 221.

[97] S. Díaz Alabart, «Las reformas del Derecho sucesorio en la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad», en Díaz Alabart (coord.), *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ibertuamur, 2004. Por ello Hernández Ibáñez, *cit.,* p. 194, 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».

[98] Marín López, *cit.,* p. 4, y Zurilla Cariñana, *cit.,* p. 5641. Se discute si en el caso de hermanos y colaterales las atenciones han de interpretarse en sentido amplio (Martín Meléndez, *cit.,* p. 823) o restringido [Mignorance Gosálvez, «La nueva causa de indignidad para suceder a las personas con discapacidad», en Lasarte (dir.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo xxi,* 2006, p. 677].

[99] Hernández Ibañez, *cit.,* p. 188; Minero Alejandre, *cit.,* p. 261; C. González Carrasco, «Comentario a la STS de 3 de junio de 2014», *CCJC*, 97, Pamplona, Civitas, 2015.

[100] SAP Oviedo 109/2012, de 9 de marzo (AC 2012/887).

[101] Cfr. STS de 28 de junio de 1993 (RJ 1993/4792); SSAP Toledo 188/2011, de 22 de junio (JUR 2011/278448) y Alicante 496/14, de 24 de octubre (JUR 2015/55941) que afirman que «aun-

la ocasión de ampliar el radio de acción de esta causa a la desafección de los causahabientes[102]. Ahora bien, habrá que plantearse si la exclusión del abandono «afectivo» del ámbito del art. 756.7 del CC casa bien con el giro jurisprudencial verificado a partir de las SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015, que extienden el maltrato psicológico a determinadas situaciones de falta de relación familiar[103], lo que justificaría una desheredación *ex* art. 853.2 del CC y que tiene un reconocimiento legislativo expreso en el art. 451.17.2.*e)* del CC catalán[104].

Tanto la Nov. 115,3,12 como las Partidas exigían, para la entrada en juego de la causa de indignidad, poner la situación de necesidad en conocimiento del obligado a prestar atenciones; más específicamente, la primera exigía atestado *por escrito*. Menos previsor que sus antecedentes históricos, el art. 756.7 no contiene prescripción similar, aunque con buena lógica, la jurisprudencia exige igualmente que el demandante pruebe el requerimiento de alimentos al demandado, siendo válido el requerimiento extrajudicial[105].

---

que efectivamente *de lege ferenda*, pueda defenderse [...] 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 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 consideró que no hubo denegación de alimentos en casos de desamparo moral o falta de relación afectiva en SAP Alicante 2/2014, de 28 de enero (AC 2014/567), SAP Salamanca 410/2013, de 19 de diciembre, SAP Pontevedra 39/2002, de 7 de febrero (AC 2002/ 493); SAP Lugo 118/1997, de 6 de febrero (AC 1997/416); SAP Pontevedra 208/2008, de 28 de abril (JUR 2008/303852); SAP Valencia 70/2007, de 5 de febrero (JUR 2007/274647); SAP Asturias 179/2003, de 14 de abril (JUR 2003/210553); SAP Cáceres 130/2002, de 15 de mayo (JUR 2002/188901) y SAP Murcia 183/1999, de 11 de junio (AC 1999/7153). En igual sentido, pero en sede de indignidad, SSAP La Rioja de 19 de junio de 2009, AP León 636/2009, de 28 de diciembre, y AP Burgos, de 6 de junio de 2006, citadas. Con todo, alguna sentencia comprendió entre los alimentos «la exigencia de una actitud activa de atenciones, incluyendo las afectivas» (AP Madrid 349/2013, de 19 de septiembre, JUR 2014/3342).

[102] Hernández Ibañez, *cit*., p. 198; González Acebes, *cit*., p. 274, y Leña Fernández, *cit*., p. 930.

[103] Tras negar que la prohibición de analogía e interpretación extensiva en materia de desheredación suponga que la «valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo», entiende el TS que «los malos tratos o injurias graves de palabra han de ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social» e incluyen «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 atención 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». Este criterio ya ha sido aplicado en ciertas sentencias: SAP Vizcaya 350/2015, de 5 de noviembre (AC 2016/292) y SSAP Málaga 909/2014, de 26 de diciembre (JUR 2015/194097) y 5/2016, de 8 de enero (AC 2016/572).

[104] Se 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 su potencial litigiosidad, Arroyo-Anderson, «Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán», *Estudios de Derecho Civil homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid, Dykinson, 2013, p. 1708, y González Carrasco, *cit*., advirtiendo de su escasa aplicación práctica. Sin embargo, la causa fue apreciada en las SSAP de Girona 267/2014, de 1 de octubre (AC 2014/298975) y Barcelona 149/2014, de 30 de abril y 192/2016, de 19 de mayo (JUR 2014/135504 y AC 2016/1572). No se acreditó culpa exclusiva del legitimario, en cambio, en las SSAP Barcelona 108/2016, de 13 de abril (JUR 2016/132615) y Lleida 193/2016, de 22 de abril (AC 2016/946).

[105] SAP Burgos 214/2006, de 6 de junio (RJ 2006/228757), FJ 2.º, y SAP La Rioja 204/2009 de 19 de junio, FJ 3.º; M. J. Marín López, «Comentario al 756 CC», en Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil,* Cizur Menor, Aranzadi, 2009; M. Morillas Fernández,

Se insiste, por último, en la falta de utilidad práctica de la norma (que además ha sido objeto de aplicación jurisprudencial restrictiva, sobre todo al delimitar el alcance de la obligación alimenticia)[106] pues si el discapacitado ha de solicitar alimentos, significa que cuenta con escaso patrimonio, por lo que el pariente declarado indigno poco tendrá que perder[107], salvo que el discapacitado venga a mejor fortuna, por haber recibido, *v. gr.,* premios, herencias, o una indemnización derivada de una responsabilidad patrimonial de la Administración[108]. La crítica es justa, aunque también podría decirse lo mismo, por ejemplo, de la desheredación por negación de alimentos al causante del art. 853.1.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, da nueva redacción a los apartados 1 a 4 del art. 756[109], considerándose indigno, según el párrafo 3.º de la causa 2.ª:

> «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».

Respecto a los sujetos, la norma ya no se refiere al «discapacitado» sino a la «persona con la capacidad modificada judicialmente», concepto más restringido. No se menciona al curador como posible indigno, pese a serle aplicable las mismas causas de remoción que al tutor (art. 291 del CC). En cuanto al ámbito de aplicación, en relación a la tutela, la disposición entraría en juego en la sucesión testamentaria solo respecto al testamento anterior a la modificación judicial de capacidad; pues si se recupera esta, el otorgamiento de nuevo testamento a favor del tutor removido, se entendería como una rehabilitación. Finalmente, la conducta que puede dar lugar a la remoción y a la indignidad no es solo la falta de «prestación de las atenciones debidas», sino que, según el art. 247 del CC, podrían incluirse otros incumplimientos de las obligaciones del tutor por causas a este imputables, la ineptitud notoria en el ejercicio de la tutela, o los problemas de convivencia graves y continuados.

Puede concluirse con una breve referencia a la recién derogada Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida para personas mayo-

---

«Las causas de indignidad y la acción procesal de indignidad e incapacidad», *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, t. II, Madrid, Dykinson, 2014, p. 1104, y Minero Alejandre, *cit*. p. 261.

[106] Minero Alejandre, *cit.,* p. 261. Se suele desestimar casi todas las pretensiones de declaración de indignidad por esta causa. Además de las citadas, *vid.* SAP de Vizcaya 264/2015, de 28 de diciembre (AC 2016/359). Sí consideró indigno para suceder, por esta causa, ejercitada junto con la de abandono de los hijos del antiguo art. 756.1, la SAP de Asturias 149/2016, de 9 de mayo (JUR 2016/123183), al padre que no pagó la pensión alimenticia a su hijo discapacitado, sin requerir «que el menor haya quedado desamparado si ello ocurrió gracias al auxilio prestado por otro de los herederos».

[107] Hernández Ibáñez, *cit.,* pp. 194-195, Zurilla Cariñana, *cit.,* p. 5642; García Rubio, *cit.,* p. 637; Martín Meléndez, *cit.,* p. 826; Pérez de Vargas, *La nueva causa de indignidad..., cit.,* p. 276.

[108] Este es el caso de la SAP Asturias de 9 de mayo de 2016, antes citada.

[109] «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.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692

res[110], que presentaba la peculiaridad, respecto a otras normas autonómicas, de introducir derechos sucesorios para los acogedores si la convivencia es superior a cuatro años[111]. Aunque el régimen es diferente, al tener su base en un pacto, y no tener por qué estar vinculado a una situación de discapacidad, se observa cierta analogía con la apertura al derecho a la herencia de los extraños en la Nov. 115,3,12 y en Part. 6,7,5. Se ha criticado la confusa regulación de la ley, que mezcla la prestación de asistencia retribuida y el aspecto cuasi familiar generador de efectos sucesorios[112]. Con mayor coherencia, la concesión de derechos sucesorios al extraño, tanto en Derecho romano como en nuestro Derecho histórico, era correlativa a la intervención desinteresada de este (recordemos en este punto la redacción que daba la Part. 6,7,5: «Si otro estraño *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 de él»). Estas razones han dado lugar a que la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CC de Cataluña relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los Libros I, II, III, IV y V (*BOE* de 8 de marzo), en vigor a partir del 1 de enero de 2018, derogue expresamente, a través de su DD 2.ª, letra *k)*, la mencionada Ley 22/2000[113].

---

[110] Señala Pereña Vicente, *cit.,* p. 179, que, pese al nombre, se aplica también a personas con discapacidad o dependientes. El pacto consiste, según el art. 1 de la norma, 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».

[111] Así, el art. 8, respecto a la sucesión intestada de los acogidos, disponía que, si la convivencia ha sido por un mínimo de cuatro años, los acogedores tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta 2.º grado, a exigir a los herederos bienes hereditarios o su equivalencia en dinero por una cuarta parte del valor de la herencia; de no existir estos sujetos o si los hijos de estos hubieran premuerto, el derecho de los acogedores se extiende a toda la herencia. El art. 9 establece el mismo derecho para la sucesión testada. Además, los acogedores tienen derecho a una indemnización a cargo de los herederos de los acogidos si hubo una marcada desproporción de las prestaciones de los acogedores en relación a las prestaciones recibidas.

[112] La SAP de Girona 282/2011, de 22 de junio, caracteriza expresamente a este contrato como *oneroso*. Se ha dicho que el establecimiento de este periodo de cuatro años obedece a considerar que durante este tiempo se produce la consolidación de la relación cuasi parental [M. C. Gete-Alonso Calera, «Acolliment de les persones grans (Llei 22/2000, de 29 de desembre d'acolliment de persones grans, i llei 11/2001, de 13 de juliol, d'acolliment familiar per a persones grans)», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 2, 2003, p. 231]. Pero si esto es así, no se comprende porque el establecimiento de derechos sucesorios se hace solo en una dirección, en favor del acogedor, y no del acogido. Pereña Vicente, *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, presuponiendo siempre un abandono. En esta línea, E. Torrelles Torrea, «La protección de las personas mayores en Cataluña: perspectiva civil», en Alonso Pérez, Martínez Gallego y Reguero Celada (coords.), «Protección jurídica de los mayores», Madrid, La Ley, 2004, p. 263, tilda la ley de tradicional, pues parece sancionar a los hijos, por no haber sido ellos los que han asistido a esas personas mayores. También critica la atribución de derechos sucesorios a los acogedores, M. M. Heras Hernández, «El contrato de acogimiento familiar de personas mayores: aproximación a esta figura a través de los modelos normativos catalán y navarro», *RDP,* 88, 2004, p. 488.

[113] La Exposición de Motivos explica que se ha prescindido de la tipificación del pacto de acogida, «aparte de cuestiones dudosas relativas a su naturaleza onerosa y aleatoria, además de efectos sucesorios» por su falta de arraigo práctico, «hasta el punto de que el Registro de acogida de personas mayores no se ha llegado a desarrollar reglamentariamente».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0692