EXHEREDATIO. APROXIMACIÓN A UN PROCESO DE RECEPCIÓN

Fermín Camacho de los Ríos
Universidad "Miguel Hernández"

La *exheredatio* es un medio para excluir de la herencia al que por derecho le pertenece[1]. Es una institución que ya venía descrita en época arcaica[2]. La forma antigua para realizar una valida desheredación se encontraba, como es característico de esta época, revestida de rigurosas solemnidades, exigiéndose que se declare públicamente - *calatis comitis* -. En los comicios curiados, frente al pontífice, el testamento revestía la importancia de *lex* testamentaria, y como tal, debía ser respetado sin imponerse limites a su redacción y contenido; aun menos a la hora de instituir heredero o a la *exheredatio*; esta ultima se admitía como la facultad del testador, sin necesidad de argumentar causa alguna - *non notae causa*-, de privar a los descendientes *sui* del titulo de heredero[3].

La legislación decenviral, acorde con la concepción de los poderes del *paterfamilias* de su época, consagraba la absoluta libertad de testar[4]:

XII Tab. V, 3 ...*uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*

La amplitud de este *ius disponendi* otorgado al testador, cuya voluntad debe ser respetada como ley « ...*uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave sua rei, ita ius esto*», permitía que el *pater* pudiera instituir heredero a quien quisiera, pudiendo, sin necesidad de alegar ninguna causa, eliminar de la sucesión a los hijos bajo su *potestas*, ya sean existentes o póstumos, sin tener que expresamente desheredarlos ni mencionarlos de alguna manera[5].

---

1. La bibliografía básica sobre la *exheredatio* es: APPELTON, *Testament romain*, Paris 1903; ARCHI, «*Contributo alla critica del Corpus Iuris, Cod. 6,23,24 e Inst.2,20,34, in tema di heredis institutio*», *Iura* 5 (1954), 171 y ss.; ARVIZU, *La disposición mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, (Pamplona 1977); ASTOLFI, «*Conceptto dell´erede*», *Stud. Carnelutti* III (1950) 605 y ss.; BURDESE, voz «*Diseredazione*» ND, 1114 y ss.; DE MONTAGUT, «*El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes*», *AHDE* LXII, (Madrid 1992); DI LELLA, *Querella inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione testamentaria*, (Napoli 1972); GAUDEMET, «*Testamenta ingrata et pietas Augusti*», *Stud. Arangio- Ruiz III*, (Milano 1952) 115 y ss.; KLIMA, *Querella inofficiosi testamenti*, (Praga 1947); LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, (Firenze 1930); MARRONE, *Querella inofficiosi testamenti*, (Palermo 1962); OTERO, «*La mejora*», *AHDE* XXXIII, (Madrid 1963); REIMUNDO, *La sistematizacion de las causas de indignidad para suceder*, (Oviedo 1983); ROBBE, *I postumi nella sucessione testamentaria*, (Milano 1937); VOCI, *Diritto ereditario romano*, (Milano 1956) vol. II 339 y ss.

2. De su antigüedad informan Plauto. *Most.* 234 y Cicerón en diferentes pasajes: *pro Cluen.* 48,135; *Inv.* 2,42; *De orat.* I, 38,175. En la doctrina se encuentra su origen en el derecho arcaico: COSTA, *Cicerone giurisconsulto*, (Bologna 1927) 229 y ss. y APPELTON, *Testament romain*, (Paris 1903) 97 y ss..

3. La posibilidad de realizar una válida *exheredatio*, en esta época, sin la exigencia de aportar una causa que la motive, esta descrita por numerosas fuentes: Dig. 37, 4, 8pr.; Dig. 37, 4, 20; Dig. 37, 8, 1 pr. etc..

4. MIRABELLI, *La disdetta nella locazione come atto unilaterale*, *Riv. dir. proc. civ.* 1952, 1202 y ss..

5. La finalidad de está *exheredatio* era generalmente castigar al hijo ingrato, aunque no se exigiera manifestar expresamente el motivo de la ingratitud, al tiempo que se procuraba la adopción de un extraño que lo sustituyese en la administración y continuidad del patrimonio. Ante esta adopción del extraño era lógico que, de forma precedente, se privara del patrimonio hereditario a los *sui heredes*, aquellos a los que inicialmente está destinado. Una vez que el *paterfamilias* desvincula a estos descendientes inmediatos de su expectativa sucesoria,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

El abuso de esta absoluta disponibilidad, que con frecuencia olvidaba a los parientes más próximos (quienes sufrían evidentes daños en su perspectiva patrimonial), desencadeno una nueva interpretación restrictiva de la libertad de instituir herederos[6]. POMPONIO en Dig.50,16,120 ya lo indicaba de forma precisa:

> Dig. 50,16,120 *Verbis legis duodecim Tabularum his: UTI LEGASSI SUAE REI ITA IUS ESTO, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione cuangustatum est vel legum, vel auctoritate iura constituentium*

La reacción jurisprudencial, reflejada en el derecho civil clásico y descrita por ULPIANO, generó que ciertas personas que se encontraban bajo la *patria potestas* del *pater,* incluídos los *postumi*, y que eran los denominados *heredes sui*, formaban con el *pate*r una unidad o ser colectivo respecto a la misma propiedad[7], debían ser expresamente instituídos o desheredados, no bastando la simple omisión para excluirlos del testamento[8].

> Ulp. Reg. XXII-14 *sui heredis instituendi sunt vel exheredandi*
>
> GAYO recuerda esta restricción en Inst. II,123 «*Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exherederet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testatibur, adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio.*

Se requiere un acto solemne para la desposesión de la cualidad de heredero, la desheredación expresa del *filius* en el testamento. La *exheredatio* nunca es un acto implícito, debía ir siempre contenida en el propio testamento - Inst.2,25,2 -, ya sea al principio del mismo - Dig.28,5,1pr.- o al final - Dig. 28,2,17-.

De aquí nace el principio «*sui aut instituendi sunt aut exheredandi*», por él, el testador tenía la obligación de instituir herederos a los descendientes bajo su *potestas*, o bien, tras instituir herederos, determinar expresamente cuales de sus descendientes estaban excluídos de la herencia por desheredación. Lo que ya no podía hacer era ignorarlos, preterirlos en la redacción del testamento.

El testamento que no recogía a un *filius* bajo *potestas*, instituído heredero o desheredado, era nulo *ab initio*, y como tal no podía adquirirse, aún en el supuesto de premuerto el hijo. En este caso jugaba la regla Catoniana por la que se consideraba sin efecto aquello que no hubiera sido válido si hubiera muerto el testador justo en el momento posterior a la redacción del testamento[9].

---

se encuentra plenamente asegurado de que el extraño, a tal fin adoptado, se hiciera cargo del patrimonio familiar a su fallecimiento. Véase VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. II (Milano 1956) 351 y ss., y ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. ELGUERA, (Buenos Aires 1974) pág. 615.

6. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della sucessione*, (Napoli 1972) 3 y ss..

7. Esta estrecha relación, que lógicamente tiene un evidente reflejo en el ámbito patrimonial, esta descrita con frecuencia en las fuentes: Gayo, II, 157; Dig. 28, 2, 11; Dig. 28, 5, 1.

Gayo, II, 157 *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et uino quoque parente quodammodo domini existimatur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in sucessione liberorum ...*

8. GAYO informa de este requisito en *Epi.* 2, 3pr. 1; y CICERÓN, *De orat.* 1, 38, 175; otras fuentes similares: Dig. 28, 2, 30.

9. En torno a esta nulidad *ab initio*, existió una disputa entre las escuelas Sabiniana y Proculeyana; los primeros consideraban que la institución era nula desde el principio, mientras que los Proculeyanos creían que si antes del padre moría el hijo el testamento mantenía su eficacia y se podía, a través de él, adquirir la herencia. JUSTINIANO, como también indica Ulpiano Reg. XXII.16 y Paulo Dig.28,2,7, opto por la nulidad *ab initio* sabinianea. En todo caso hay una matización que la ofrece el mismo Paulo en Dig.28,3,17 si el *filius* que ha sido preterido se abstenía de la herencia, que pasa a sus hermanos, se mantendrá la *voluntas testatoris* en lo que se refiere a legados y manumisiones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

GAYO en Inst.II,127 y 128 explica el modo que debe seguirse en la formalidad de la desheredación propia del *ius civile*:

> Inst. II, 127 *Sed siquidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet; alioquim non uidetur exheredari. Nominatem autem exheredari uidetur, siue ita exheredetur: TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO, siue ita: FILIUS MEUS EXHERES ESTO, non adiecto propio nomine.*
>
> Inst. II, 128 *Ceterae uero liberorum personae uel femini sexus uel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his uerbis: CETERI OMNES EXHEREDES SUNTO, quae verba statim post institutionem heredum adici solent. Sed hoc ita est iure ciuili.*

Observamos que los vínculos de la *potestas* parecen mas sólidos en los varones que respecto a otros descendientes. Para desheredar a un descendiente masculino no emancipado se requiere que este sea identificado nominalmente - *nominatim* -, o por medio de una fórmula que evite cualquier confusión personal - *filius meus exheredes esto*; o también *filius meus post mortem meam in dencem mensibus proximis natus erit, exheredes esto* -[10].

Para las hijas y los descendientes posteriores, aunque cabía una *exheredatio* nominal, bastaba con la mera desheredación en grupo, esto es, la *exheredatio inter ceteros*[11], expresión que hace incluir a varias personas en una desheredación general.

El problema podía también surgir de la omisión de un hijo póstumo: Si el testador quería que este no participase en la partición hereditaria debía desheredarlo. GAYO, en Inst. II, 130, 131 y 132 nos describe este supuesto

> *Inst. II, 130 Postumi quoque liberi nominatim uel heredes instituti debent uel exheredari.*
>
> Inst. II, 131 *Et in eo par omnium condicio est, quod et filio póstumo et in quolibet ex ceteris liberis siue feminini sexus siue masculini praeterito ualet quidem testamentum , sed postea agnatione postumi siue postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum facerit, nihil inpedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam*
>
> Inst. II, 132 *Sed feminini quidem sexus personae uel nominatim uel inter ceteros exheredari solent, dum tamen, si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne uideantur per obliuionem praeteritae esse. Masculini uero sexus personas placuit non aliter recte exheredari, quam si nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: QUICUMQUE MIHI FILIUS GENITUS FUERIT EXHERES ESTO...*

Los *postumi*, los nacidos después de la muerte de su progenitor, podían romper el testamento sin que al principio el testador nada pudiera hacer. Desde que se permitió que el testador pudiera instituirlos o desheredarlos se evitó una frecuente causa de caídas de los testamentos. Dentro de este supuesto encontramos varias modalidades[12]: los *postumi sui*: aquellos que estaban *iam concepti* al

---

10. Otras fuentes, junto a Gayo II, 127, donde se describe esta exigencia de individualizar de forma precisa el varón desheredado son: Dig. 28, 2, 1-3; Dig. 28, 2, 21 y 26.

11. La modalidad de desheredación de las hijas se encuentra descrita por ULPIANO, Ulp. XXII, 17 y XXII, 20, asi como PAULO P.S. 3, 4, 8.

12. En cuanto a las distintas clases de *postumi* la doctrina -VOLTERRA, *Instituzioni di diritto privato romano,* trad. DAZA (Madrid 1991) 782 not.231- informa de varias categorías: *Legitimi* (engrendrados por el testador y nacidos tras su muerte); *Aquiliani* (engendrados por un hijo premuerto al testador y nacidos después de la muerte de este -en un plazo de 10 meses a la muerte del padre-); *Velleiani* (descendientes del testador nacidos después de la confección del testamento); *Quasi Velleiani* (engendrados por un *filius* premuerto del testador, y que como sus descendientes se convierten en *sui*, después de la redacción del testamento); *Iuliani o Salviani* (los *Quasi Velleiani* nacidos después de confeccionado el testamento); *Corneliani* (engendrados por un *filius* del testador que cayo en cautividad, se convierten en herederos *sui* desde la captura de su padre). Las fuentes mas importantes donde se describen los *postumi Aquiliani* son: *Ulpiano, Reg.*, XXII, 19; Gayo Inst., II, 134; Dig. 28, 11, 29.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

tiempo de otorgarse el testamento, y hubiesen nacido después de otorgado este. Si siendo varones el testador no los instituía o los desheredaba el testamento era nulo: *Agnatione postumi rompitur testamentum*. Si el póstumo nace después de otorgarse el testamento, pero muere antes que el testador, también se considera el testamento como nulo; para remediar esta hipótesis el pretor - según Dig. 28,3,12pr. y Dig. 29,7,8,3 - otorgaba, a los que habían sido instituídos herederos en el testamento invalidado, la *bonorum possessio*. Sin embargo no estaban previstos todos los casos, de aquí que SCAEVOLA en Dig. 28, 2, 19 informa de la formula diseñada por el jurista AQUILIO GALO:

> *Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam indecem mensibus proximis, quibus filius meus morietur, natus, nata erit, haeredes sunto.*

A través de esta formula, se hizo posible instituir o desheredar a los descendientes de segundo grado, que se convertían en herederos directos del abuelo al premorir el padre, y por esto, su nacimiento podía romper el testamento.

Con posterioridad, en el 28 d.C., se promulgó la *Lex Junia Velleia* que permitió la institución o desheredación de los descendientes nacidos después de otorgarse el testamento, pero antes de la muerte del testador[13]. Estos póstumos denominados *quasi velleianos* eran los descendientes de un hijo del testador que se convertían en herederos al premorir este después de que se haya otorgado el testamento[14].

En cuanto a los efectos una excepción, así como la preterinción de un descendiente varón no emancipado traía aparejada la nulidad *ad initio* del testamento, si los preteridos son otros descendientes ulteriores o hijas no por ello se romperá el testamento. Omitidas las hijas o los nietos el testamento mantenía su eficacia, lo que se promovía era el derecho de acrecer, uniéndose este grupo de nietos e hijas a participar en la herencia junto con los instituídos herederos.

> GAYO Inst. II, 124 *Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum,sed praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in uirilem, si extranei in dimidiam. Id est si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres, et ea ratione id consequitur quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres. Quae filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus.*

El problema aquí era arbitrar como participan estos preteridos de la división hereditaria. Evidentemente la división se hace con perjuicio de los verdaderamente instituídos, pero en que proporción?. Esto dependía de su cualidad de herederos: si las hijas y otros descendientes eran *sui*, tenían

---

13. La *Lex Junia Valleia* era una ley rogada por los cónsules Iunius Silanius y Vallaeus Tutor, del 28 d.C. época de Tiberio, que, junto a lo indicado precedentemente, admitía que los nietos del testador, aquellos que habían nacidos ya otorgado el testamento, no se encontraban incluídos entre los herederos *sui* ya que su progenitor le precedía en la *sucessio*; en consecuencia, estos descendientes podían ser hipotéticamente nombrados como herederos, pero al no encontrarse incluídos entre los *sui* no podían ser desheredados. Podía, sin embargo, suceder que su padre muriera o se emancipara antes de la muerte del testador, y asi llegaran a ocupar la posición sucesoria de su progenitor y entonces, por cuasi agnación, podían llegar a provocar la ruptura del testamento en el que habían sido preteridos. A tal fin, esta *Lex* permito que pudieran ser desheredados preventivamente ante el supuesto de premuerte de su progenitor frente al testador. Son numerosas las fuentes que informan del contenido de esta *Lex*: Dig. 26, 2, 10,2; Dig. 28, 2, 29, 5-7; Dig. 28, 3, 3.1; Dig. 28, 3, 13; Dig. 40, 5, 56; Inst. 2, 13, 2; Cod. 6, 28, 2; Cod. 6, 29, 1; Gayo Inst. II, 34 y II, 133. Véanse BRUNS-GRADENWITZ, *Fontes iuris romani antiqui*, (Tubinga 1909) 116 y ss.; ROTONDI, *Leges publicae*, (Milano 1912) 45 y ss. PALMIERI, «*Osservazioni minime in tema di exheredatio*», *Studi Onore Biondi*, 615 y ss. .

14. A fin de un análisis mas exhaustivo consultense: SOLAZZI, *Gaio e la legge Iunia Vellaea*, Atheneum 1930, 45 y ss.; y ROBBE, *I postumi nella sucessione testamentaria*, (Milano 1937) 21 y ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

asignada una cuota viril[15] - idéntica a la de los verdaderamente instituídos-; si eran herederos extraños, *extranei,* solo la mitad.

No cabe la *exheredatio* parcial ni la condicionada[16], ni siquiera en el caso en el que el testador la utilice para el supuesto de que la herencia sea aceptada por un extraño.

El derecho honorario modificó esta regulación de forma acorde con la modificación profunda y general que del todo sistema sucesorio realizo el pretor.

En realidad, el derecho civil solo impuso al testador la obligación de no ignorar a los *sui*, pero no le limito su capacidad de disponer plenamente de su patrimonio a la hora de redactar el testamento. Solo que no debía olvidar instituir o desheredar a sus descendientes *sui* para que el testamento mantuviera se eficacia. En suma, solo se exigía una mera declaración formal, mas solemne en el supuesto de descendientes varones, como exigiendo al *pater* un momento de reflexión antes de desheredar a un hijo.

El pretor, que como sabemos hacia prevalecer la familia *cognaticia* sobre la *agnaticia*, observo la necesidad de contemplar también a los hijos emancipados que, según la regulación civil clásica, no tenían ninguna protección; regulación que permitía preterirlos sin que por ello se afectase a la validez del testamento: *E mancipatos liberos iure ciuili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes*. Con esta regulación el pretor era coherente con la sucesión *ab intestato*, en la que el primer llamamiento era el destinado a los *liberi*.

El *ius civile* consideraba a los descendientes emancipados ajenos a la agnación y no llamados a suceder, no había, en consecuencia, ni necesidad de instituirlos ni de desheredarlos puesto que no eran llamados a la herencia.

En el derecho honorario, acorde con una interpretación mas flexible de la normativa precedente, y favoreciendo a la familia natural frente a la civil, obligaba al testador a instituir o desheredar no solo a los heredes *sui*, sino también a todos los demás descendientes emancipados y no emancipados. ULPIANO y GAYO informan de manera precisa de la reforma pretoria[17]:

> ULPIANO en Dig. 37, 4, 1pr. *In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales, sive adoptivos, si neque instituti, neque exheredati sunt*
>
> GAYO en Inst. II, 135[18] *..mancipatos liberos iure ciuili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes; sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus si heredes non instituantur, exheredari iubet, uirilis sexus nominatim, feminini uel nominatim uel inter ceteros; quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita ut supra diximus exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem*

Según esta reforma, los varones emancipados debían ser instituídos o desheredados en el testamento de forma nominal, si alguno de ellos era preterido, aun siendo emancipado, el testamento mantenía su validez, pero condicionado a que el preterido emancipado, en el plazo de un año[19], lo anulase al solicitar al pretor la *bonorum possessio contra tabulas*, que hacia caer la institución de heredero y con ella el testamento.

---

15. Esta *portio* viril esta indicada por ULPIANO Reg. XXII,17.

16. La prohibición de hacer depender la *exhredatio* de una condición esta indicada por Dig. 28, 3, 1 y en Dig. 37, 4, 18 pr. Tampoco es posible que sea reenviada a la muerte del hijo según Dig. 28, 2, 13, 3 y 29; Dig. 28, 5, 4.2. Cfr. BURDESE, voz *Diseredazione*, ND, 1114.

17. Otras fuentes que corroboran esta nueva orientación pretoria son: Ulp. Tit. XXVIII, 2-4; Gayo Inst. II, 129; y Inst. 3, 1, 12.

18. Cfr. ULPIANO, Reg. XXII, 23.

19. Plazo máximo autorizado para solicitar la *bonorum possessio* al pretor: Dig. 37, 11, 2pr.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Igual tratamiento da el pretor a la *filia* emancipada, esta tenía que ser expresamente instituída o desheredada por el testador aunque, a diferencia con los varones, no se exigía que la *exheredatio* fuera nominal, sino que se podía también realizar de forma conjunta o *intercaeteros*, como era propio del derecho civil clásico[20]. El efecto de ignorar o preterir a esta *filia* era idéntico al de los varones emancipados, pudiéndose, en tal caso, anular el testamento al solicitar y obtener del pretor la *bonorum possessio*[21].

El pretor no distingue entre los hijos que han sido omitidos en el testamento, y, en todos los casos, concede al descendiente preterido, a través de la *bonorum possessio contra tabulas* [22], la parte de la herencia que hubiera tenido como heredero *sui*, si se hubiese abierto la sucesión *ab intestato*. Una lógica consecuencia del agrupamiento de descendientes que hace el pretor en la categoría de *liberi,* tanto los naturales como los adoptivos[23], en la sucesión *ab intestato* que, como sabemos, incluía a los *sui* junto a los *mancipati*.

El testamento tenía plena vigencia salvo que el preterido fuera un *sui heredes*, requisito ya exigido por el propio *ius civile*. En este último supuesto, y como el testamento perdía toda vigencia, llegaban a heredar hasta los *liberi* que habían sido desheredados de la forma correcta[24].

Por causa de la preterición, o la exheredatio de uno de estos descendientes, se invalidaba el testamento de forma relativa, de manera que permanecían eficaces otras disposiciones en él contenidas como tutelas, manumisones, legados etc.: Dig. 28, 3, 17; Dig. 28, 6, 34; Dig. 37, 4, 3; Cod. 6, 12, 1.

El resultado era que si el testamento no era anulado por el *ius civile*, por las causas ya expuestas, el pretor concedía, a los injustamente preteridos, la *bonorum possessio contra tabulas*, de manera que los preteridos obtenían idénticas cuotas que con la *bonorum possessio unde liberi*, pero manteniendo la eficacia del testamento, salvo, lógicamente, las instituciónes de heredero que no hubiesen sido realizadas en favor de un *liberi*. La conclusión, de forma inequívoca, era mas ventajosa, ya que se obtenía mas a traves de esta *bonorum possessio* pretoria que por el *ius adcrescendi* propio del *ius civile*.

La *exheredatio*, como todo el sistema sucesorio, va a sufrir una nueva y profunda reforma con las nuevas orientaciones que aporta el derecho justinianeo: la sucesion necesaria material, la exigencia de la legítima.

El Emperador manifiesta una doble intención: respetar al máximo la *voluntas testatoris* (al eliminar parte del formalismo exigido en época clásica para la validez de los testamentos[25]), y exigir

---

20. Gayo Inst. II, 129 y II, 135.

21. Existe un rescripto de ANTONINO PIO, según Gayo Inst. II, 126, que marca una diferencia entre la regulación de los varones y las hembras en estos supuestos. Si los emancipados que se presenta a la herencia son hijos directos, el testamento cae completamente, y hasta los *sui* instituídos deben compartir la *bonorum possessio*; pero si la preterida es una hija o descendientes de grado ulterior, son admitidos a concurrir con los otros herederos que si han sido instituídos. Véase ARANGIO, *Instituzioni...*, opus cit. 617 y ss..

22. Esta *bonorum possessio contra tabulas* siempre fue *cum re*; véanse Dig. 37, 4, 13pr. y Dig. 37, 11, 5.1.

23. Son numerosas las fuentes que informan al respecto: Dig. 37, 1, 4pr. y 1.6; 3, 2; 8, 11; Dig. 37, 10, 1, 3; Dig. 38, 6, 1.6.

24. En contra de esta interpretación VOCI, *Istituzioni di Diritto Romano*, (Milano1963) 453 y ss.. Según el autor, considerando que todo aquel testamento que es nulo para el *ius civile* también lo es para el derecho pretorio, el descendiente *suus* tiene la posibilidad de elegir entre la opción que mas le beneficie. «No carece de efectos prácticos esta observación pues, en el supuesto de que el desheredado sea un emancipado, si el *suus* que ha sido preterido no solicita del pretor la *bonorum possessio contra tabulas*, se produciría una normal sucesión *ab intestato* en donde la mitad de la herencia terminaría en manos del descendiente emancipado. Mientras que si la solicita, la *bonorum posssessio contra tabulas*, solo el *suus* tendra derecho a heredar al quedar el emancipado formalmente desheredado, y como tal excluído del testamento y de la partición hereditaria».

25. Son numerosas las fuentes que exponen la necesidad de respetar al máximo esta *voluntas* (Cod. 6, 27, 1; 2; 3 y 4), aun en el caso de que esta *voluntas* sea una *exheredatio*:

Cod. 6, 28, 3 «*Si quis filium propium ita exheredaverit: «ille filius meus alienus meae substantiae fiat», talis filius ex huiusmodi verborum conceptione non praeteritus, sed exheredatus intelligatur. Quum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat, ut melior sensu exsistat*».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

medidas correctoras en favor de todos sus descendientes, la configuración del *officium pietatis*[26].

Por lo que respecta a la desheredación, la reforma se puede observar en dos momentos, por una Constitución del 531 - Cod. 6,28,4-, y en el 542 por la Novela 115.

En Cod. 6,28,4 JUSTINIANO, en su parte inicial, describe la regulación normativa del *ius civile* y la posterior reforma pretoria en cuanto a la desheredación[27].

El pasaje hace un ajustado y preciso resumen de ambas normativas, civil y pretoria, poniendo de manifiesto que, aunque se valoran acertadas las innovaciones pretorias, existe todavía una «anti-natural» discriminación en el tratamiento de los descendientes a la hora de las formalidades exigidas para su desheredación por el testador: *Qui enim tales differentias inducunt, quasi naturae acussatores exsistunt, cur non totos masculos generavit, ut, unde generentur, non fiat.*

JUSTINIANO estimaba que todos los descendientes del testador, sin distinción de sexos, que eran agnados por su nacimiento, aunque estuvieran emancipados, los póstumos y los nacidos antes de otorgarse el testamento, debían estar incluídos en la redacción del testamento ya instituyéndoles como herederos o desheredándoles, en este ultimo supuesto, la *exheredatio* debía ser siempre nominativa.

Si por cualquier causa el testador omite alguno de estos descendientes, o lo deshereda de forma incorrecta, es decir no nominativamente, dos resultados son posibles:

- Si el preterido es un *sui* se anula el testamento.

- Si el preterido es un descendiente ya emancipado se concede la *bonorum possessio contra tabulas.*

Es la conocida Nov.115, fundamentalmente en sus párrafos 3 y 4, la que va a producir un efecto mas decisivo sobre la institución de heredero y la *exheredatio.*

El emperador crea un *Novissimum ius* por el que se concreta la sucesión necesaria.

WINDSCHEID ya informaba de las mas importantes innovaciones de la materia[28]:

1.- Tanto los descendientes como los ascendientes, sin distinguir grado o sexo, tienen derecho a ser instituídos herederos y a su correspondiente cuota legítima.[29]

> Nov.115,3 *Sancimus igitur., non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem, nisi forsan prohabuntur ingrati*

2.- Ya no se podrá desheredar de forma arbitraria, se necesitara una causa legal que lo autorice. Estas causas legales, sin las cuales las *exheredatio* resulta injusta, deben además subsistir al momento de redactar el contenido del testamento. Las causas eran 14 para los descendientes y 8 para desheredar a los ascendientes.

---

26. *El testamento contrario al officium pietatis* se calificó como *inofficiosum*, Paulo, *Sent.* 4, 5, 1 «*Inofficiosum dicitur testamentum, quod frustra liberis exheredatis non ex officio pietatis videtur esse conscriptum*», otras fuentes sobre el argumento: Ciceron, *in Verr.* 2, 1, 42; y *pro Roscio*, 19, 53-55; Seneca, *de clementia*, 1, 14; Isidoro, *Etym.* 5, 24, 9; Dig. 5, 2, 2; Inst. 2,18pr. WIEACKER, *Texstufen klassicher Juristen*, (Göttingen 1960) 203 y ss.; GAUDEMET, «*Testamenta ingrata*» et «*pietas Augusti*», *St. Arangio- Ruiz* 3, 115 y ss..

27. Noticias de esta constitución son ofrecidas por Inst. 2, 12, 5 donde, tras exponer la diversidad de trato de los descendientes que generaba el antiguo *ius civile* (por su sexo o por la emancipación), se indica la obligación del testador de incluirlos a todos en la redacción del testamento, ya sea instituyéndoles como herederos ya desheredándolos, en este caso siempre nominativamente sin ningún tipo de distinción.

28. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda – Bensa (Torino 1925) 274 y ss..

29. Con la salvedad indicada en la Nov.115.3: No era necesario que el instituído lo fuera en la totalidad de la cuota legítima, bastaba la institución en una mínima porción o en una *certa res*, siempre y cuando que el resto de la cuota fuera atribuído por cualquier otro título.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Nov.115,3 *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae, proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aut exherederes in suo facere testamento.....nisi forsan prohabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento*

3.- La desheredación injusta, aquella que no tiene una justa causa que la justifique, puede llegar a anular la institución de heredero, aunque hay ciertas disposiciones testamentarias que pueden mantener su eficacia.

Nov.115,3,14 *Sed quantum ad instituionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire*

De estas tres innovaciones justinianeas, la que a nuestros fines es primordial es aquella de exigir una causa legal que autorice la *exheredatio*. En efecto, JUSTINIANO indica que una deheredacion injusta, aquella que no se acoge a una de las causas legales al efecto, debe ser considerada equiparable en los efectos a una preterición[30]. Estos efectos son la rescisión de la institución de heredero, aunque no la nulidad total del testamento - mantenían la vigencia otras cláusulas testamentarias como legados etc.-.

Las justas causas requeridas para desheredar, en este sentido, son una inevitable consecuencia de la creación de la legítima justinianea; cuando el padre puede disponer libremente de su patrimonio en la asignación de cuotas hereditarias, como era propio de los derechos precedentes, no tenía sentido la exigencia de causas legales de desheredación.

Cuando el testador, a la hora de redactar su testamento incluía una *exheredatio*, no aportaba una de las causas legales expresamente indicadas por la propia Novela, al descendiente perjudicado le competía la *querella inofficiosi testamenti* y no el *ius dicendi nullum* o derecho a declarar nulo el testamento[31].

De aquí que nace la necesidad de concretar cuales son las causas legales admitidas como eficaces para justificar la *exheredatio*, considerando siempre que dichas causas se deben mantener al momento de redactar el testamento.

Como dijimos JUSTINIANO, tomando en consideración el *officium pietatis*, exigió para la desheredación alguna de las siguientes causas:

Para la desheredación de los descendientes Nov.115, 3, 1- 14

Si quis parentibus suis manus intulerit.

Si gravem et inhonestam iniuriam eis igesserit

Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempumblicam

Si cum malificis ut maleficus versatur

Vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit

Si novercae suae aut concubinae patris filius sese miscuerit

Si delator contra parentes filius exstiterit, et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere

---

30. Cfr. GARCIA BERNARDO LANDETA, *La legítima en el Derecho Civil*, (Oviedo 1964) 96 y ss. JUSTINIANO equiparó, solo en sus efectos, la preterición a la desheredación sin justa causa. Los argumentos son los siguientes: A.- La preterición de los emancipados en el derecho pretorio, al igual que la exheredatio, no anula el testamento sino solo la institución de heredero. B.- El cambio se produjo tomando como base la familia cognaticia y no la agnaticia, para la que con respecto a los *sui heredes* se admitía la nulidad testamentaria. C.- La institución de heredero era el requisito básico del testamento, esta obligación del testador para la validez del mismo se incumplía tanto por una desheredación injusta como a través de preterir a un heredero necesario.

31. Este derecho de anular el contenido del testamento, *ius edicendi nullum*, era mas propio del descendiente preterido que del desheredado sin causa legal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, et liberi, qui possunt ad intestato ad eius successionem venire, petiti ab eo, vel unus ex his sua eum noluerit fideissione suscipere vel pro persona, vel debito, in quantum esse qui petitur probatur ioneus.

Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, qui prohibuit parentes suos concedere testamentum, ut, si quidem postea facere potuerint testamentum, sit eis pro tali causa filium exheredandi licentia.

Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese filius sociaverit

Si alicui ex praedictis parentibus, volenti suae filiae vel nepti maritum dare, et donem secundum vires substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit[32].

Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi vel quidam ex his, aut liberis ei non exsistentibus, alii eius cognati, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, obsequium ei et curam competentem non praebuerit, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas utrum velit negligentem filium vel filios aut cognatos ingratum vel ingratos in suo scribere testamento.

Si unum de praedictis parentibus in non caso esse catholicae fidei , nec in sacrosante acclesia communicare, in qua omnes ...licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exherederes in suo scribere testamento. Et haec quidem pro ingratitudinis causa decernimus.

Para la desheredación de los ascendientes Nov.115,4

Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur.

Si venenis, aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum virae insidiati probabuntur.

Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit

Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidari,....liberis autem licentiam nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere, quae tale scelus noscitur commisse.

Si liberis vel uno ex his in furore constituto, parentes eos curare neglexerint, omnia et hic observari praeceptimus, quae de parentibus furiosis superius dispusuimus.

Etiam cladem captivitas adiungimus, in qua si liberos detineri, et per parentum contentum vel negligeantiam non redemtos ad luce transire contigerit, nullatenus eorum parentes ad facultates preveniant liberorum, de quibus filii testari potuerant, sed omnia in hoc quoque capitulo serventur, quae et de parentibus vel cognati atque agnatis, qui ad intestato ad talium personarum iura vocantur, aut de extraneis scriptis heredibus supra censuimus.

Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.

Junto a estas causas validas para la desheredación, y aunque la Nov. no las menciona de forma expresa, también se deben incluir las hechas *non notae causa*, las denominadas *exheredationes bona mente*: aquellas cuyo origen no se debía a un indigno comportamiento del sujeto; los casos son descritos por Dig.28,2,18:

Dig. 28,2,18 *Multi non notae causa exheredant filios, nec ut iis obsint, sed ut iis consulat, utputa impuberibus, iisque fideicommissam hereditatem dant.*

---

32. *Con la salvedad indicada Nov. 115. 3, 11fine «...Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem pervenerit filia, et parentes distulerint eam marito copulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare , aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari, quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur»*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Estos son supuestos tales como: la desheredación del padre pródigo, donde se instituían como herederos los nietos dejando al padre solo el derecho de alimentos; la desheredación del hijo para el que el padre ya ha realizado gastos desproporcionados; la desheredación del *furiosus*, cuya cuota pasa a sus curadores agnados encargados de su vigilancia, etc. Situaciones que, evidentemente, no son provocadas por una intención dolosa del desheredado para con el testador, sino que surgen como un sistema alternativo de protección patrimonial del propio desheredado[33].

Se debe tener en cuenta, que muchas de estas causas designadas para la válida *exheredatio*, son similares a las indicadas para la indignidad de un heredero a la sucesión, aunque con una diferencia sustancial: a través de las causas de desheredación el sujeto jamas llega a considerarse heredero legítimo, ya que su comportamiento a sido censurable con la persona o los bienes del testador, y como tal la *exheredatio* es *a priori*; mientras que en los supuestos de indignidad, el heredero, y en su caso también el legatario, llega a ser efectivamente heredero pero, a causa de un injusto comportamiento declarado judicialmente contra el testador, se le confisca como *bona caduca* su parte de la herencia, es decir es una actuación *a posteriori*. Además, la desheredación exige una manifestación de voluntad expresa del causante, mientras que la indignidad se puede efectuar *ministerio legis*. La indignidad para suceder es mas amplia, ya que puede llegar a alcanzar a herederos extraños, testamentarios o legítimos, no solo legitimarios; además, al contrario de con la desheredación, se puede deber a hechos posteriores a la muerte del testador, o al menos, posteriores a la redacción del testamento. Así mismo, las causas de *exheredatio* pueden ser mas amplias que las de indignidad, ya que, en ocasiones, el testador puede imponer la desheredación de un descendiente, por su especial vinculación personal, por motivos que no harían indigno a un extraño[34].

En cuanto a la efectividad de las causas exigidas estas no se suponen, deben ser probadas por los herederos efectivamente instituídos para que tengan validez.

> Nov. 115, 3 ...*Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam quamlibet parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex hiis veram esse monstraverit, testamentum suam habere firmitatem decernimus*

Si ninguna de las causas insertas para la *exheredatio*, ya que no existe limite en señalar distintas, es demostrada por los herederos como real, y aquí se entiende que debían existir al momento de redactarse el testamento, no posteriores, se invalida el testamento por cuanto se refiere a la institución de herederos, y se abre la sucesión *ab intestato*. Esta es una medida preventiva para defender a los posibles desheredados de falsas acusaciones de ingratitud.

> Nov. 115, 3 ...*Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa paret prevenire, ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam cirscunscriptionem in parentum substantiis patiantur.*

Aunque, como indicamos, cae la institución de heredero si no son probadas las causas de desheredación invocadas en el testamento, sin embargo mantienen su eficacia las demás cláusulas testamentarias como manumisiones, nombramiento de tutores, fideicomisos o los legados, como si el testamento no hubiera sido anulado.

> Nov. 115, 3 ...*Si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicomissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa, legibus nominari, ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non recissum obtineat testamentum.*

---

33. Casos de *exheredatio bona mente*, como una alternativa de protección a determinados descendientes, son los indicados por Dig. 27,10,16; Dig.28,2,18; Dig. 28,5,62 (61); Dig. 38,2,12,2; Dig. 38,2,47 pr. etc.

34. A fin de concretar las causas legales de indignidad es imprescindible la consulta de REIMUNDO, *La sistematizacion de las causas de indignidad para suceder*, (Oviedo 1983). En todo caso, se debe tener en cuenta que la diferencia entre indignidad para suceder y la desheredación se manetenido con precisón hasta nuestros días. Esta dualidad permite al testador, que se rige en el ámbito de las legítimas, frente a actuaciones especialmente graves, dejar sin efecto las atribuciones que al legitimario le otorga la ley. La diferencia es

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Finalmente, solo apuntar, que fue la *querela inofficiosi testamenti* la articulación procesal destinada a facultar a los herederos, injustamente desheredados, para exigir la impugnación del testamento. Para interponer esta *querela* se tenía, según Cod. 3, 28, 36, 2-2 a, el plazo máximo de 5 años a contar desde la aceptación de la herencia, y era tarea del querellante demostrar la falta de *officium pietatis* del testador al no recoger en el testamento una de las causas legales exigidas para la *exheredatio,* quedando al arbitrio del Tribunal de los *Centumviros* la apreciación de la causa invocada. Es una *querela* que se concede *ad personam* y como tal[35] no se transmite a los herederos del querellante. Si prosperaba, al ser dirigida contra el heredero instituído, el testamento se declaraba nulo (Dig. 5, 2, 8, 16: *testamentum ipso iure rescissum est*) y se abría la sucesion *ab intestato*[36], en el caso de sucumbir la pretension del querellante, este perdía todas las liberalidades que a su favor le hubieran sido otorgadas por el testamento que impugno, aunque mantenían validez todas las demás disposiciones testamentarias, como legados, fideicomisos, manumisiones, tutelas etc.

Una vez indicada, de forma sintética, los principales rasgos de la *exheredatio* y sus causas en las distintas etapas del Derecho Romano, pasamos a destacar cuantos de estos principios se han mantenido en vigor durante nuestro derecho intermedio, y cuales han terminado informando al proceso codificador español.

En el sistema hereditario visigodo, junto a la teórica libertad de testar, se exigía un régimen de reservas restrictivas a la absoluta libertad de instituir herederos, aunque permirtiendose siempre la posibilidad de la desheredación[37].

La influencia visigoda, sin embargo, no fue tan importante en el derecho sucesorio de la Alta Edad Media, posiblemente por causas extrajurídicas. En Castilla y en León cae esta modalidad testamentaria en favor de la sucesión legítima de los herederos familiares forzosos, a través de una repartición igualitaria de los bienes entre los descendientes del *cuius*[38].

---

notable: al desheredado el testador le priva de su título de heredero, mientras que el indigno es heredero hasta que se declare su indignidad. En suma la protección del causante es distinta: frente a agresiones que afectan al interés social, que pertenecen mayoritariamente al ámbito público, se utilizaría la indignidad; mientras que para agresiones que se refieran mas específicamente al ámbito de las relacciones privadas o estrictamente familiares, seria de aplicación la desheredación. En la actualidad nuestro código civil, dentro de las causas para la efectiva desheredación se suelen incluir aquellas que estan destinadas a la indignidad.

En las modernas codificaciones europeas excepcionalmente, se pueden encontrar códigos que asimilan ambas instituciones, identificando las causas de indignidad con la desheredación. El art. 727 del código civil frances, y a su semejanza el código italiano, no contempla la posibilidad de desheredar y solo admite la indignidad en tres supuestos.

35. Hay varias excepciones: salvo que el querellante haya preparado el pleito «*preparatio litis*» (Cod. 3,28,5 o Dig. 5,2,7); o cuando los herederos mismos sean los hijos (Cod. 3, 28, 34 : el supuesto del hijo desheredado que muere antes que el heredero haya aceptado la herencia).

36. Se puede observar una disparidad doctrinal en la consideración de la *querela*, en sus efectos recisorios, una seria la concepción que ofrece PAULO y otra la papinianea.

En Dig.5,2,17,1 PAULO considera que si la *querela* fructifica cae el testamento y se inicia la sucesión *ab intestato* (quedando sin eficacia las demas disposiciones testamentarias). PAPINIANO sin embargo, en Dig. 37, 7, 6, mantiene que el único objeto de la *querela* es el beneficio del querellante, de manera que solo se exige la porción de cuota a la que legitimariamente se tiene derecho como heredero *ab intestato*, de aqui que solo se produce es una rescisión parcial del testamento. Cfr. DI LELLA, «Querela...», opus cit. 254 y ss..

37. OTERO, «*La mejora*», *AHDE* 33 (1963) 25 y ss.. DE MONTAGUT, «*El Testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes*», *AHDE* LXII (Madrid 1992) 249 y ss. Investigación excelente por cuanto se refiere a la querella de inoficioso testamento y sobre la rescisión o nulidad del testamento inoficioso, con un amplio análisis de las fuentes que informaron a las Partidas en el ámbito sucesorio; a sus resultados nos atenemos.

38. ARVIZU, *La disposicion mortis causa en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, (Pamplona 197) 21 y ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

En el *Breviario de Alarico*[39] *se permite la desheredación siempre que exista una legal que la justifique, probatas causas*[40]:

> ICTh (BA) V, 1, 4 *Si vero avus vel avia nepotes ac neptes ex filia in testamento suo praeterierint, aut non probatis causis exheredaverint .*

La *exheredatio* debía realizarse, al igual que la institución de heredero, de tal manera que no se dejen dudas sobre la persona del desheredado:

> Cod. (BA) II, 3, pr. *Is qui filiu impotestate habet, curam gerere debet, ut testamentum faciens masculum filium aut nominatim heredem instituat nominatim exheredet, nam si masculum filium testamento praeterierit, non valebit testamentum.*

Es en el *Código de Eurico CE* 321[41], en relación con *Lex Visigothorum* LV IV, 2, 13[42], donde se describe la ley *Dum inlicita* de CHINDASVINTO, ley de sumo interés para conocer la *exheredatio* en el *Liber iudiciorum.* La Ley tiene una doble orientación que se describe en su mismo titulo: la prohibición de la desheredación arbitraria de los hijos, y la limitación a la faculta de libre disposición de los bienes por los padres:

> L.V IV, 5, 1 *De non exheredandis filiis; et quod indicium ferant parentes de facultatibus suis.*

Se intenta restringir la capacidad de disposición patrimonial de los padres al respetarse el régimen de legítimas, así como se impide la arbitraria *exheredatio,* a través de la exigencia de probar una de las causas descritas como válidas por la propia ley.

L.V IV, 5,1 Chind. *...Exheredare autem filius aut nepotes licet pro levi culpa inlicitum iam dictis parentibus erit...Nam si filius filiave, nepos, neptis tam presumti si extiterint , ut avum suum aut aviam, sive etiam patrem aut matrem tam bravibus iniutiis conentur afficere, hoc est, si aut alapa, pugno vel calce seu lapide aut fuste vel flagello percutiant, sive per pedem vel abstraere contumeliose presumant, aut publice quodcumque crimen avo aut avie seu genitoribus suis obiciant: tales, si quidem manifeste convicti, et verberandi sunt ante iudicem quinquagenis flagellis et ab hereditate supradictorum, si idem avus pater vel mater, voluerint repellendi... .*

CHINDASVINTO condena a quienes entregan su fortuna a personas extrañas en fraude de sus hijos - derogando una ley anterior, posiblemente de EURICO, que permitía la absoluta disponibilidad patrimonial de los padres al momento de destinar su patrimonio hereditario -, así como indica que la desheredación solo se puede basar en una de las causas graves que se enumeran en la propia ley, y que deben ser probadas, entre las que se describen las ofensas de los padres y abuelos ya sean verbales en público o agresiones materiales, entre un amplio número de supuestos.

El pasaje también precisa que no basta que se realice una de estas causas graves catalogadas como validas para justificar la desheredación, es necesario siempre que se lleve a cabo la desheredación formal, que queda al arbitrio de los ascendientes agraviados: *Si voluerit repellendi.*

En todo caso, siempre se admite como eficaz, para anular los efectos de la *exhredatio*, el perdón de los ascendientes que han sido por tales actos ofendidos, por medio del arrepentimiento del descendiente agresor. En este supuesto, debemos precisar la problemática que surge al considerar al perdonado como coetáneamente instituído heredero, o bien se hace necesario un nuevo nombramiento[43]. Veamos las fuentes:

---

39. *Se utiliza la Lex Romana Visigothorum*, ed. G. HAENEL, (Leipzig 1849).

40. Apesar de la indicación expuesta, en la práctica debió ser frecuente la desheredación sin motivo, *non notae causa*, Dig. 28,2,18: *Multi non notae causa exheredant filios*», así como ICTh (BA) II, 19, 2.

41. Se utiliza para el *Código de Eurico*, ed. A. D´Ors, (Roma -Madrid 1960).

42. Se utiliza para la *Lex Visigothorum*, Monumenta Germaniae Historica, *Legum sectio* I, t. I, ed. Zeumer, (Hannover und Leipzig 1902).

43. Esta alternativa está descrita por VISMARA, «*La sucessione volontaria nelle legi barbariche* », *Studi Solmi*, (Milano 1939) III, 199 not. 2. Así como por PEREZ DE BENAVIDES en su exhaustiva investigación *El Testamento Visigótico,* (Granada 1975) 128 y 129.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

> LV IV, 5,1 ....*Tamen si, resipiscentes a suo excessu, veniam a suprascriptis, quibus offenderant, inploraverint, eosque in gratiam receperint paterna pietate aut rerum saurum sucessores instituerint, neque proiberi ab eorum hereditate neque propter disciplinam, qua correpti sunt, infamiam poterint ullatenus sustinere.*

El pasaje de CHINDASVINTO parece insinuar dos momentos, uno el del perdón del desheredado, y otro posterior, el de su institución de heredero, como dos actos jurídicos distintos.

La misma orientación que asumía Dig. 28, 2, 21 donde POMPONIO indicaba:

> *Si filius nominatim exheredavero, et eum postea heredem instituero, heres erit*

De aquí que se pueda concluir que, si el desheredado perdonado después no era explícita y formalmente instituído heredero, solo estaba facultado para heredar *ab intestato*; mientras que si era incluído en la *heres institutio*, se convertía en heredero testamentario. En todo caso, la posterior institución de heredero de un descendiente previamente desheredado, lleva lógicamente implícito su perdón sin necesidad de ningún acto formal previo.

Las Partidas serán las que recuperen la libertad, no solo teórica - como la que era propia del *Liber* - de capacidad de instituir herederos, armonizando todas las normas romanas, junto a su interpretación por los glosadores, referidas a las limitaciones impuestas a la institución y desheredación de los herederos forzosos.

A fin de entender como alcanzan las influencias de la legislación romana a nuestro derecho intermedio es imprescindible, como un paso previo, analizar que asumieron los glosadores sobre la *exheredatio* justinianea. Un estudio, al menos somero, de las *Summae* resulta esencial. En ellas, los glosadores sistematizan y armonizan la legislación justinianea.-

Las *Summae* que tienen una importancia mas decisiva en el campo sucesorio son la *Summa Institutionum* de PLACENTIO[44], la *Summa Codicis* de AZON y la *Glossa Ordinaria* o *Glossa Magna* de ACCURSIO:

En cuanto al régimen jurídico de la *exheredatio* el planteamiento general de su regulación es el ofrecido por IRNERIO respecto a la Autentica *Ex causa* a Cod.6,28,4: cuando no se prueba, por el heredero instituído, la causa que esta inscrita para la desheredación el testamento es nulo *ipso iure*[45].

> Frente a este planteamiento AZON interpreta de forma distinta la *Autentica Ex Causa* a Cod. 6, 28, 4:
>
> ASC p. 234, b *Et est illa autentica signata ab Y infra eadem lex non licet...male tamen quia non est ita incorpore autenticum nec enim dicit quod ex sola preteritionis causa irritum sit testamentum sed ita si non inseratur causa preteritionis vel exheredationis*

Según esta glosa se deben diferenciar dos hipótesis: cuando se desheredera sin aportar una de las justas causas exigidas (se genera la nulidad del testamento), o bien cuando la causa si es expresamente inserta en el testamento pero no es probada por el instituído heredero (el testamento no es nulo sino anulable a instancia del desheredado)[46].

---

44. Para PLACENTIO utilizamos la edición «*Summa Institutionum*», (Maguncia 1535) reedición CGJC, (Torino 1962); y para AZON, *Summa super Codicem*, (Pavia 1506) reedición (Torino 1966), para ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, CGJC X, (Torino 1968) 362 y ss..

45. Esta interpretación de IRNERIO es a su vez reinterpertada por ROGERIO; para él la autentica *Ex Causa* a Cod. 6,28,4 indica una doble posibilidad: o se ha realizado una válida *exheredatio* y entonces no cabe la querella, o se ha desheredado injustamente y entonces «*ipso iure, circa institutionem, nullum es testamentum*» ROGERRII, «*Summa Codicis*», *Scripta Anecdota Glossatorum*, BIMA I, (Bologna 1931) 86 y 87.

46. DE MONTAGUT, El testamento..., opus cit. 276 describe con exactitud esta disparidad interpretativa de la Nov. 115 por los Glosadores «La magna glosa señala la infidelidad de Irnerio, si tenemos en cuenta que Accursio solo acogía a las Autenticas atribuídas a aquél. Corrigiendo el sentido de la Autentica, la glosa afirma que aquella solo se refiere al supuesto en que el testamento es hecho nulo (se entiende, implícitamente, mediante la intervención judicial activada por la querella), es decir, que la palabra *irritum* significa *irritandum*. Si se afirma que la nulidad *ipso iure*, se ha de percisar que se refiere al supuesto de omisión de causa en el testamento, cuando sucederán los herederos *ab intestato*. Afirma que al desheredado o presunto desheredado solo le

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Para AZON la inoficiosidad en la que cae el testamento por una invalida *exheredatio*, al no incluirse una de las causas legales exigidas, produce la rescisión del testamento, aunque permanecen validas las demás disposiciones testamentarias.

> ASC p.73 *Effectus autem querelle hic est quia si pronunciaverit iudex contra testamentum, nec fuerit provocatum ipso iure rescissum, ets et erit suus heres qui agebat querella secundum quos iudicatum est vel bonorum possessor si hoc esse contendat et institutus heres desinet esse heres et legata non debentur, immo soluta repetuntur.*

Para PLACENTIO la inoficiosidad por una injusta desheredación provocaba la nulidad total del testamento:

> PSI, p. 268 *Porro si exhaeredatio fuerit iniusta, per querellam evacuabitur : praesertim iure veteri, vel hodie ipso iure, cum hodie non sit (ut extimo) querela nisi inter frates forte. Nam si exheredatio est iusta, ei stabitur: si est frivola, cassabitur.*

En el pasaje de AZON es la *querela* el medio útil de proteger al injustamente desheredado, mientras que según PLACENTIO para la nulidad del testamento se puede utilizar la acción de petición de herencia. De estos dos planteamientos, como una lógica consecuencia, para AZON[47] el heredero instituído mantiene su titulo de *heres* hasta que sea despojado por la *querela* (por la rescisión que produce del testamento), mientras que para PLANCETIO[48] el heredero inscrito en el testamento carece de titulo ya que se considera que el testamento es nulo *ab origine*[49]. En este sentido, AZON separa, aunque se puedan acumular a efectos procesales, la impugnación del testamento de la petición de herencia.

AZON nos indica un plazo de cinco años, a contra desde la aceptación de la herencia, para que el injustamente desheredado pueda impugnar la herencia, pasado dicho tiempo la *querela* queda caduca[50]:

> ASC p.73 *Item temporis cursus excludit querellam ut si tacuerit quis quinquenio quod computatur ab hereditatem adita*

También otro glosador, ACCURSIO, analizando la Nov. 115.3, informa de las causas que son exigidas para realiza una valida *exheredatio:* catorce causas para desheredar a los descendientes[51] y siete para con los ascendientes[52].

Finalmente, *Lo Codi* también recoge la normativa especifica para la desheredación[53].

En *Lo Codi* se indica que si el padre que otorga testamento no instituye ni deshereda de forma correcta a uno de sus descendientes el testamento será nulo: Codi 6,36[54].

---

compete la *querella*. El preterido puede afirmar la nulidad *ipso iure* o la *bonorum possessio contra tabulas* si es preterido un emancipado».

47. AZON, ASC opus cit. 73 .

48. PLACENTIO, PSI opus cit. 269.

49. DE MONTAGUT, «*El testamento inoficioso...*», opus cit. 266. Creemos acertada la conclusión de MONTAGUT cuando indica que «la doctrina que influye en torno al eje formado por Búlgaro- Basiano- Azon y Glosa acepta la nulidad *ipso iure* del testamento inoficioso en casos de preterición y desheredación no ajustada a derecho, pero mantiene la querella como vía de anular el testamento para los supuestos de desheredación con inserción de causa no probada» «*El testamento inoficioso...*» opus cit. 290.

50. Una regulación jurídica que copia el plazo de caducidad indicado por Cod.3,28,36.2 antes comentado.

51. Para la *exheredatio* de los descendientes: *Causas autem iustas ingratitudinis has esse credimus si quis parentibus suis manus intuletir. Si grave et inhonesta iniuriam eis ingesserit. Si eos in criminalibus causis accusaverit: quae non sunt adversus principem sive reipublicam*; ACCURSIO, «*Glossa in Volumen*», CGJC XI, (Torino 1929) 291.

52. Para la *exheredatio* de los ascendientes ACCURSIO, «*Glossa in Volumen*», opus cit., 293-294.

53. Para *Lo Codi* seguimos la edición castellana de ARIAS BONET, *Lo Codi en Castellano, segun los manuscritos 641 y 10816 de la Biblioteca Nacional*, (Madrid 1984).

54. GOURON, «*De nouveau sur le Codi*», en *La sacience du droit le Midi de la France Moyen Age*, London VIII, 274 y ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

Lo Codi 3.13.1 dice que si el padre a la hora de hacer un testamento ha desheredado a un hijo sin indicar una de las causas legales exigidas para la *exheredatio*, el testamento es nulo y los descendientes deben dividirse a partes iguales el patrimonio hereditario, ya que «tienen el título de herederos *ab intestato*, sin necesidad de ninguna actuación judicial».

La última parte de Codi 3.13.1 fine señala, en el supuesto de que exista duda sobre la validez del testamento en donde se inserta una *exheredatio*, que este será eficaz si el instituído válidamente como heredero declara y prueba que es cierta la causa exigida legalmente para desheredar.

Veamos como influye esta amplia legislación en nuestro Derecho Intermedio, con mayor énfasis en las Partidas[55]:

I.- En cuanto al concepto

El Fuero Real no llega a dar una definición precisa de lo que es la desheredación pero esta se puede deducir del Lib. III, Tít.6: es potestad de los padres privar a los hijos del derecho que tienen a heredarlos debido a unas determinadas causas previstas por la ley. En la ley 1 del Tít. 6, Lib. III se indica que cuando el padre o la madre quiera desheredar a sus hijos tienen que nombrarlos expresamente, exponer la razones que lo justifican y probarlas en el testamento o frente a unos testigos.

Las Partidas[56] indican que todo aquel que se encuentra capacitado para hacer testamento también lo puede estar para desheredar. Todos los descendientes y ascendientes por línea recta pueden ser desheredados de aquel de quien descienden o ascienden, Part. VI,Tít. 6, ley 1: La desheredación es el acto por el cual se priva de su legítima, en virtud de una justa causa, a uno de los herederos forzosos. Así como en P. 6,8,1 se indica

> *El fijo o nieto del testador o alguno de los otros que descendienden del, por la linea derecha que oviessen derecho de heredar le se muriese sin testamento, si lo hubiesen desheredado sin razon: puede facer querella.*

II.- En cuanto a los requisitos exigidos en la desheredación:

A.- Para que la desheredación sea eficaz debe estar inserta en el testamento de forma precisa y expresa, nunca se presume, de manera que se pueda identificar al desheredado individualizadamente sin ningún genero de duda P. 6, 7,1.

Sobre este requisito, sobre la necesidad de individualizar de forma inequívoca al desheredado (siempre nominalmente y no en grupos) y que esta *exheredatio* este inserta en el testamento, informan también l el Fuero Viejo lib. 5, Tít. 5, ley 1; ley 1, Tít. 5 del lib. 4 del Fuero Juzgo; las leyes 1 y 2 del Tít. 9 lib.3 del Fuero Real[57]; Nueva Recopilación lib. 5, Tít. 4, ley 1 y Novissima Recopilación lib. 10, Tít. 18, ley 1.

> En suma, las Partidas, en este sentido, no hacen mas que copiar la Nov. 115. 3 cuando indica ...*Non licere penitus patri liberos ex heredes in suo facere testamento, nisi ipsas nominatim ingratitudinis causas suo insernerit testamento*

---

55. Como bibliografía crítica sobre Partidas consultar CRADDOCK, *The legislative works of Alfonso X el Sabio: a critical bibliography*, (London 1986).

56. Utilizamos la edición de Las VII Partidas con la glosa de GREGORIO LOPEZ, editada por A. PORTANAIS, (Salamanca 1555), reimpresión BOE (Madrid 1985).

57. En los códigos europeos tambien se exige tanto que la desheredación esté inserta en el testamento como que se indique la causa legal que la justifica.

En el Proyecto de 1851 en su Cc. art. 667 « La desheredación debe hacerse en testamento, expresándose la causa especial en que se funde» = al art. 849 del vigente Cc.

Otros Códigos Civiles: el Napolitano: art. 848; el Sardo: 737; el Bávaro: Lib. 3, capt. 3, art. 16; solo el código civil Austriaco tiene una diferencia en cuanto en su art. 782 indica «Hay desheredación tácita, cuando el heredero forzoso no es nombrado, y sin embargo resulta culpable»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

B.- Las causas validas para la *exheredatio* son las expresamente indicadas por la ley, no otras aunque fueren mas graves.

Las causas exigidas legalmente se encuentran recogidas por: Fuero Viejo lib. 5, Tít. 5; Fuero Juzgo lib.4, Tít. 5; Fuero Real lib.3, tit, 9 leyes 1 - 2; Partidas lib 6, Tít. 7; Nueva Recopilación lib. 5, Tít. 1 y Tít. 8; Novissima Recopilación lib. 10, Tít. 2. En todas estas fuentes se repiten casi de forma literal la Nov. 115. 3, y son las Partidas, por su importancia obvia, las que con mayor precisión analizamos.

Partida 6, 7 - causas legales para la *exheredatio* -

1.- Causas para desheredar a los hijos y descendientes legítimos naturales reconocidos, así como para los legitimados[58].

1.A- Por causas que se refieren a causar o planear algún atentado a la vida o a los bienes del padre:

* Ser condenado en un juicio (se exige una condena condenatoria, no un estado de opinión mas o menos extendido) por atentar contra la vida del testador, su cónyuge, descendientes o ascendientes[59] P.6, 7, 13.

* Quien ha acusado calumniosamente al testador de un delito que se castigue con pena efectiva de muerte o destierro, o simplemente con una pena que imponga la *nota* de *infamia*[60]. P. 6, 7, 3-4.

* Ser condenado en juicio por causa de adulterio con la mujer del testador o con su concubina[61] P.6,7,13.

* Maltratar de obra o injuriar gravemente de palabra al testador[62]

---

58. Las causas para la válida desheredación en nuestro actual Cc. se encuentran recogidas en el art. 853 para los descendientes, en el 854 para los ascendientes y en el 855 para desheredar al cónyuge; y en el Proyecto de 1851 en el art. 672 para con los descendientes y en el 674 para con los ascendientes.

En realidad hay pocas diferencias con relación a Partidas - que siguen casi literal el modelo justinianeo- en el Proyecto no aparecen causas como: dedicarse a la comedia y juglaria, no profesar la religión cristiana, la redención de la cautividad del padre, ser hechicero, encantador o frecuentar sus compañias. En nuestro actual Cc. faltan estas causas junto con la de haber sido condenado el descendiente con una pena de interdicción civil, y se incorpora el deber de alimentos, que, como tal, no estaba descrito en la Nov. (aunque existían situaciones casi asimilables: rescatar al padre cautivo, ser su fiador ante un impago castigado con prisión etc.); el contraer matrimonio sin el consentimiento del padre tampoco es ya una causa que justifique la desheredación, finalmente, y con relación a la prostitución tanto la Nov. como la Partida hablaban de la edad de 25 años en la mujer, mientras que el art. 853 solo dice estar la hija o nieta dedicada a la prostitución (se entiende que será una vez que salga de la patria potestas del padre); el resto de diferencias se constatarán al estudio de cada supuesto.

59. Esta causa es descrita en el art. 756. 3 del Cc. = art. 617.1 del Proyecto de 1851.

Una argumento ya descrito en el derecho romano en numerosas fuentes: Dig. 34, 9, 3 *Qui testatorem occidit, aud id egit, ut per negligentiam moreretur*; Dig. 48, 20,7 *Qui eum occiderunt, vel occidere curarunt,* y en la Nov. 115.3. También se observa esta causa en P. 6, 7, 13, *si el testador fuera muerte por obra o culpa del heredero* y en Fuero Real 3,9,4 *Si lo matare -al testador- o fuera en su muerte* .

60. Cfr. CAMACHO DE LOS RIOS, F.; *La Infamia en el Derecho Romano*, Alicante 1997, 146 y ss..

En el derecho romano este supuesto también se describe, junto a la Nov. 115.3, en Dig. 39, 4, 1 y 5 (era un caso también de los señalados para ser un heredero indigno, cuando se acusaba de un delito capital al padre que ya había muerto). En Partidas hay una matización: P. 6, 7, 4 en el caso de que el delito que denuncio el hijo fuera alguno contra la persona del rey, y además se prueba; en este supuesto el padre no podra desheredar al hijo a través de esta causa. Este supuesto bien recogido en el art. 617. 3 del Proyecto de Cc. si bien indican que la pena delito debe ser de los condenados a muerte o cadena perpétua; y el vigente Cc.art. 756.3 en un delito con pena de prisión mayor.

61. La causa del adulterio con la mujer del testador ha permanecido invariable desde la Nov. 115. 3. Tambien se indica en el Fuero Real 3,9,6. En el Proyecto de Cc de 1851 art. 617.4 y en el actual Cc.852 fine.

62. Este supuesto esta copiado, casi literalmente, de Nov. 115, 3:

Violencia física: Nov. 115, 3.1 *Si quis parentibus suis manus intuterit* .

Por injuria: Nov. 115, 3.2 *Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit* .

Otras fuentes que recogen esta cuasa legal de desheredación son:

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

P. 6, 7, 4. *Cuando el fijo á sabiendas é sañudamente mete manos airadas en su padre para ferirle, é para prenderle, o si le deshonra de palabra gravemente.*

* Coaccionar al testador, mediante fraude o fuerza, para que hiciera un determinado testamento o a cambiar uno precedente P. 6, 7,6[63].

1.B.- Por falta de piedad filial

* Haber negado al padre o algún otro ascendiente, sin dar una causa que lo justifique, el derecho de alimentos P. 6, 7, 4[64].

* Cuando el padre esta loco o gravemente imposibilitado, si sus descendientes no lo cuidan, el juez, si el enfermo muere sin testamento puede establecer que estos parientes que lo desampararon no puedan recibir su cuota hereditaria. Si el enfermo recupera la razón, al menos en un intervalo lúcido, puede desheredar a sus descendientes mediante esta causa legal P. 6, 7, 5[65].

* Cuando el padre esta preso por causa de el impago de una deuda, si el descendiente no da fianza cuando pudiera hacerlo para evitarle la prisión, el padre lo puede desheredar. Esta causa es válida para los hijos varones no para las mujeres, ya que a estas les esta prohibido por ley que puedan fiar P. 6, 7, 4.

* El hijo y parientes próximos que no quisieron redimir al padre que había sido cautivo por el enemigo. Si el padre consigue su liberación puede utilizar esta causa para la *exheredatio*, pero si el padre muere durante el cautiverio, los herederos que fueron negligentes con su liberación, no se podrán heredar los bienes. Los bienes así vacantes pasaran a ser vendidos por el Obispo de lugar del cautiverio y el dinero por ellos obtenido se dedicara a la redención de cautivos. Esta obligación respecto al padre, de redimirlo del cautiverio, no puede ser exigida a descendientes menores de 18 años. P. 6, 7, 6.

1.C.- Por actos infamantes o indecorosos[66]:

* Dedicarse a la prostitución. Con la salvedad siguiente: Cuando el padre dota a la hija para el matrimonio, antes que esta cumpla los 25 años, y sin embargo ella dilata intencionadamente la celebración y se prostituye, esta admitido que pueda ser desheredada. Pero cuando el padre no dota a su hija hasta pasados los 25 años, esta puede prostituirse o casarse sin su consentimiento y no será esto causa válida para desheredar: *porque semeja que él fue enculpa del yerro* P.6,7,5[67].

Fuero Juzgo 4, 5, 1: *Si el fiio ó la fiia, ó el nieto ó la nieta ficiere grand tuerto ó gran desondra al padre ó a la madre, o al avuelo ó á la avuela* - enumera una variedad de lesiones- , *ó si lo denostó en conseio*

Fuero Real 3, 9, 2: *Si alguno de ellos* - los descendientes - *le firiere por saña o desonra ó si le dixere denuesto devedado.*

Finalmente el Proyecto de Cc. de 1851, en el art. 672.2 «Haberlos maltratado de obra ó injuriado gravemente de palabra». Este contenido se repite en el art. 853.2 del vigente Cc.

63. Es un argumento propio del derecho romano: *Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit* Dig. 29,26; Cod. 6, 34. Se excluyen de la herencia legítima o testamentaria al que coacciono al difunto al momento de hacer testamento u obligó a cambiar el ya hecho. Véase como también se indica como causa de desheredación en Fuero Real 3,9,3. Proyecto Cc. 617.6; Cc. 756.5.

También se debe incluir el caso del que sustrae o roba el testamento: Cod. 6,37,25 y en Partidas P. 6,7,17 = Cc. art. 674 y art. 756.6.

64. Esta causa de esta forma expresada no se encuentra en la Nov. 115 pero del conjunto de disposiciones destinadas al auxilio filial se puede deducir, el deber de colaboración en el auxilio vital del padre - recuerdese la necesidad de redimir su cautiverio, o la de prestar fianza en el caso de impagos que condenen a prisión-, en todo caso se puede deducir esta exigencia de Dig. 25,3, 4 *Necare videtur: qui alimonia denegat* .

65. Causa que es recogida en Nov. 115.3 fine. En el Proyecto Cc. art. 617.5.

66. Para establecer un paralelismo mas profundo entre los delitos considerados con la *nota* de la *infamia* en el DerechoRomano y en las legislaciones posteriores consultar CAMACHO RIOS, *La Infamia...*, opus cit. 117 y ss..

67. Este caso parece permanecer inalterable desde la Nov. 115.3 y 115.10: para el caso que se dediquen a ser *arenarios* sin consentimiento paterno. Proyecto Cc. de 1851 art. 672.4; Cc. art. 853.3.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

* Ser condenado por un delito infamante cuya pena sea la interdicción civil P. 6, 7,4-5.

* El descendiente que se dedica a la juglaría sin tener el consentimiento paterno, o se dedica a lidiar a cambio de dinero con alguna bestia brava, puede ser por estas causas desheredado, siempre que no tenga el permiso paterno para realizarlas. P.6,7,5.

* Cuando el hijo es hechicero, encantador, o frecuente la compañía de personas que se dediquen a ello P. 6, 7, 5.

* Por motivos religiosos: convertirse el descendiente en hereje, judío o moro, siendo su progenitor cristiano, es una causa para la desheredación del infiel. P.6, 7, 7. Con la salvedad que: Si el hijo se convierte al cristianismo siendo el padre hereje no puede por este argumento desheredarlo[68].

Si unos descendientes fueran de la religión católica y otros no, heredarán solo los que profesan el catolicismo. Si tanto el padre como sus descendientes son herejes heredarán los parientes mas próximos católicos. El clérigo que se hace hereje no puede heredar y sus bienes pasarán a la Iglesia si esta los reclama en el palzo de un año. P. 6, 7, 7fine.

2.- Causas de deheseredación de los ascendientes legítimos o naturales por sus descendientes[69] P. 6,7,11 (idéntica a Nov. 115.4)[70].

* El ascendiente que ha atentado contra la vida del hijo.

* Por imputar al hijo injuriosamente un delito grave de los que tienen aparejada una condena de muerte o pérdida de algún miembro. Se exceptúa los delitos que fueron dirigidos contra el rey.

* El adulterio del padre con la mujer del hijo o su concubina.

* Impedir al hijo que haga un testamento u obligarle a alterarlo.

* El padre que atentó contra la madre, como viceversa, pueden ser por esta causa desheredados por su hijo[71].

* El padre que no atiende, ni cuida de la forma comúnmente exigida, al hijo que ha caído en la demencia; este, en un testamento realizado en un intervalo lúcido, podrá desheredarlo.

* Cuando el hijo ha caído en cautiverio por el enemigo y el padre no se hace responsable de su redención, si el descendiente se libera podrá, por esta falta de colaboración, desheredarlo.

* Por motivos religiosos el hijo puede desheredar al padre que infiel, judío o moro.

C.- La causas impuesta en el testamento deben ser probadas por el instituído heredero para su validez, en este caso se copia casi literalmente el contenido de la Nov. 115,3 fine:

> *Nisi forsan probantur ingrati...si scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverit...*
>
> P. 6, 7, 8: *Si fuere probada la razon (causa) porque el padre deshereda a su fijo; si el padre pusiere muchas razones, abonda que el o el heredero escrito en el testamento la una cosa tan solamente*

De esta forma, se comprueba, que el número de supuestos de la Nov. 115.3 y 4, las Partidas y el Fuero Real era idéntico, 14 para los descendientes y 8 para los ascendientes, la Recopilación solo añadió dos, mientras que Fuero Juzgo solo reconocía a dos: Maltratar de obra o de palabra; FJ 3,2,8 y Casarse sin el consentimiento paterno FJ 4,5,1

---

68. Esta causa de *exheredatio* de índole religiosa, que como vimos también esta recogida en la Nov. 115. 3, dejo de tener efecto a partir de la promulgación de la Constitución de 30 de Junio del 1986 en su art. 2.

69. Aunque las causas que actualmente se mantienen son sumamente similares a las indicadas en la Nov. 115, que después informaron a esta Partida, sin embargo en el Fuero Juzgo no se encuentran ya que los padres y ascendientes no eran herederos forzosos Fuero Juzgo, 4, 5, 20 asi como tampoco son considerados herederos forzosos en el Fuero Real, Fuero Real , 3, 6, 1.

70. Estas causas también se manifiestan en las Leyes de Toro ley 6.

71. Este argumento es también utilizado en la Nov.115, 4.5 *vel veneno vel alio modo.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

D.- El desheredado debe tener al menos 10 años y medio, P.6,7,2. A partir de esta edad se consideraba al sujeto con capacidad suficiente como para ser responsable de los hechos en que consisten las causas de desheredación[72].

E.- El plazo de tiempo que se da para que el desheredado injustamente pueda requerir la inoficiosidad del testamento es de cinco años máximo, a contar desde la aceptación de la herencia por el instituído heredero, después la querella queda caduca:

> P. 6,8,4 *Otrosi dezimos que si alguno que fuese deseredado callasse e non querella se fasta cinco años, despues que el heredero oviesse entrado en la heredad del testador, que de los cinco años en adelante non se podria querellar.*

F.- No es posible desheredar en parte o condicionadamente P.6,7,3

III. En cuanto a los efectos, estos dependen de una justa o una injusta *exheredatio*:

A.- Ante una justa *exheredatio* el juez declara que se prive al legitimario desheredado de la legítima que en otro caso hubiera obtenido, y se anulan las demás disposiciones testamentarias que le beneficien; estos bienes a engrosar las cuotas correspondientes a los herederos válidamente instituídos P. 6,7,12.

B.- Si la *exheredatio* es injusta, al no concurrir en ella los requisitos legalmente exigidos para su validez, según P. 6, 8, 1, y por la remisión que hace GREGORIO LÓPEZ a P. 6, 7, 10, sabemos que esta desheredación injusta no atribuye al perjudicado la acción de petición de herencia, sino la querella de inoficioso testamento.

Una vez iniciada la *querela*, el Juez correspondiente oyendo los argumentos del querellante, y dando también audiencia al heredero instituído testamentariamente, decidirá si realmente se ha incluído, o no, una de las causas legales exigidas en el testamento, o si una vez incluída esta ha sido suficientemente probada. A la vista de sus indagaciones, por sentencia, decidirá resolver sobre la validez o no del testamento. Esta Partida informa de la amplitud de competencias de los jueces en materias de anulación del testamento. Una incursión del derecho público en el ámbito privado sucesorio tradicionalmente defendido por el derecho romano.

> P.6,8,1 *...e el juez deve oyr su querella, e fazer emplazar al que es establecido por heredero en el testamento de su padre, e si fallare que fue deseredado a tuerto*[73]*, o que en el testamento non fue fecha mencion del: deve el judgar que tal testamento non vale e mandar entregar la herencia al fijo, o al nieto, que se querello.*

Permanecerán válidas las demás disposiciones inscritas en el testamento, legados fideicomisos, tutelas etc. que no perjudique a la cuota legítima P.6, 8, 2[74].

Finalmente, en cuanto al derecho foral, la *exheredatio* se reviste con distintas modalidades, aunque permaneciendo una base netamente romana.

A.- En Cataluña, continuando con la tradición procedente de la Nov. 115, solo se puede desheredar a un descendiente legitimo si existe una justa causa que lo autorice[75].

---

72. El silencio del Cc. en este punto no debe estimarse como la derogación de esta exigencia, ya que sería como permitir desheredar a personas que ni civil ni penalmente tienen reconocida una responsabilidad. Conforme a la ley penal, los menores de 9 años no son capaces de *dolo*, los mayores de 9 y menores de 15 será un tribunal quien decida si tuvieron suficiente discernimiento, siendo plenamente capaces a partir de los 15 años, salvo incapacidad mental etc..

73. *La expresion «a tuerto»* significa con la inserción en el testamento de una causa, pero que no ha sido justificada o probada para la *exheredatio*.

74. Esta solución, que hace mantener la eficacia de las demás cláusulas testamentarias, que ya fue indicada por la Nov. 115 es también recogida por la ley única del Ordenamiento de Alcala tit. 19; Las Leyes de Toro ley 24 y en la Novissima Recopilación 10, 6, 8.

75. Estas causas están indicadas en Const. Unica Tít. 3, Lib. 6 y en Consts. Tit. 6, Lib. 6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792

El usaje *Exheredare* contiene las causas legales de desheredación:

Por malos tratos de obra.

Si los deshonraren ó les acusaren en juicio de algún crimen.

Si las hijas no quisieren tomar marido y viviesen torpemente

Si los hijos se hicieren sarracenos y no quisieren arrepentirse

B.- En Aragón las causas legales exigidas para una valida exheredatio están recogidas en el Fuero 2º *de exhere. filiorum*:

Si hiriere o maltratare a su padre o madre

Si hubiere sido causa de que perdieren sus bienes

Si les injurio en público

Si sabiendo el hijo que su padre esta cautivo no le rescatase

Si viéndole en necesidad no le socorre o ayuda pudiendo

Si tuviere acceso carnal con la mujer legítima de su padre

C.- En Navarra son indicadas las siguientes causas en la Ley 16, Tít. 13, Lib. 3 de la Nov. Recop. de Navarra - inicialmente estas causas solo son aplicables para los labriegos- :

Si fiere el hijo al padre o a la madre

Si faz jurar por acusamiento de crimen

Si les prenden por los caveillas

Si el hijo llama a su padre o madre traidor o mesieillo (hombre ruin o mujer de mala vida) ante hombres bonos

El hecho de contraer las hijas matrimonio clandestino

La legislación navarra tiene como peculiaridad que no existe el derecho a la legítima Fuero General Lib.2, Tít. 4 capt. 8, afirmándose una absoluta libertad a la hora de instituir herederos, aunque tanto al hijo preterido, como al que se desheredó de forma injusta, le corresponde, sin anular el testamento, una porción de los bienes hereditarios idéntica a la de los herederos efectivamente instituídos.

En conclusión, a través de esta indagación en las fuentes del derecho intermedio y actual, se comprueba como la regulación de la *exheredatio*, en sus requisitos y efectos, ha permanecido casi inalterable desde el diseño justinianeo de la Nov. 115 hasta nuestro actual Código civil, destacándose sólo algunas matizaciones, casi todas procedentes de ámbitos metajurídicos, solo en cuanto atañe a las causas válidas exigidas legalmente para desheredar. Un ejemplo nítido de como el ordenamiento jurídico romano, reflejo de la depurada técnica de sus juristas, sigue siendo un horizonte de inevitable referencia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0792