

Sentido histórico de la indignidad para suceder

SUMARIO: I. **INTRODUCCION.**—II. **GENESIS LA FIGURA JURIDICA** LA INDIGNIDAD: 1. CÓMO, CUÁNDO Y POR QUÉ SURGE LA FIGURA DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER; 2. PERFIL QUE PRESENTA LA INDIGNIDAD ROMANA; 3. Los CASOS DE INDIGNIDAD EN LAS FUENTES ROMANAS.—III. **PRECEDENTES LEGALES DE LA INSTITUCION DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL:** 1. APARICIÓN DE NUESTRA FIGURA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: FUERO JUZGO Y FUERO REAL; 2. «RAZONES» DE INDIGNIDAD O PÉRDIDA DE HERENCIA CONTEMPLADAS EN LAS PARTIDAS DE ALFONSO X «EL SABIO»; 3. LA INDIGNIDAD EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN; 4. REFERENCIA AL PERDÓN DEL INDIGNO EN LOS TEXTOS JURÍDICO-HISTÓRICOS ANTERIORES.—IV. **PRECEDENTES LEGALES DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO CODIFICADO:** 1. EL «CODE NAPOLEÓN». INFLUENCIA Y RÉGIMEN JURÍDICO EN TEMA DE INDIGNIDAD; 2. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865: ANTECEDENTE DE LA INDIGNIDAD SUCESORIA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL; 3. EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1867 Y LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER.—V. **ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LA CODIFICACION CIVIL ESPAÑOLA:** 1. EL PROYECTO DE 1836; 2. EL PROYECTO DE 1851 Y LAS CONCORDANCIAS DE GARCÍA GOYENA; 3. EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888; 4. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889.—VI. **CONSIDERACION FINAL.**

I. INTRODUCCION

Aparece regulada en el Código Civil español una figura jurídica sucesoria que, bajo la calificación de «incapacidad de suceder», recibe el nombre de *indignidad*.

Dicha calificación, técnicamente incorrecta, puesto que no cabe hablar en el ordenamiento jurídico español de verdadera «incapacidad para suceder», sino de «prohibiciones legales» de suceder o de «exclusiones de herencia» —estas últimas entre las que se encuentra nuestra **figura**—, condiciona el encuadre sistemático de esta figura en el sustancial texto civil,

ya que el mismo atiende primordialmente a aquélla, otorgada por el legislador y no siempre la misma a lo largo del desarrollo histórico de la figura, queda ubicada concretamente en la Sección Primera, Capítulo II, Título III del Libro III de aquél.

Específicamente en el artículo 756 del Código Civil se contienen las *causas de indignidad*, las cuales aparecen de forma numerosa (seis) y con carácter excesivamente concreto, posibilitando el injusto riesgo de no poder encajar en alguna de las consideradas otros hechos semejantes merecedores de la consecuencia jurídica que acarrearán, lo que unido al hecho —apercibido y constatado por el Tribunal Supremo, fundamentalmente en su Sentencia de 11 de febrero de 1946— de un claro desequilibrio en el grado de gravedad que unas y otras revisten, hace cuestionar el acierto del legislador a la hora de plasmar tales causas o, cuando menos, plantear el interrogante de por qué esas y no otras son las incluidas en el mencionado artículo.

El hecho de que la indignidad para suceder no sea la única figura jurídica de exclusión de herencia motivada por la conducta del heredero respecto a su causante, sino que muy relacionada con ella y bajo esta misma conceptualización aparezca la desheredación, regulada también expresamente en nuestro Código Civil aunque en sede distinta, así como la coincidencia de causas que provocan la existencia de una y otra figura, igualmente producen el interés en el conocimiento de los motivos que llevaron a los codificadores a incluirlas a ambas y a hacerlo de la forma y con la regulación que presentan, sobre todo ante el hecho cierto de que ordenamientos cercanos al nuestro, como son el francés y el italiano fundamentalmente, contemplan en su sistema de sucesiones sólo a una de ellas de forma exclusiva, y no a ambas conjuntamente.

Todo ello hace que devenga absolutamente interesante la indagación histórica de la figura de la indignidad, el cómo, cuándo y por qué surgió y la forma en que a través de la historia de nuestro Derecho ha sido contemplada y regulada en los distintos textos, legales y prelegislativos hasta llegar a su plasmación en el Código Civil español en su redacción definitiva, e incluso las modificaciones legislativas de que ha sido objeto, así como los antecedentes legales extranjeros que han podido influir en la configuración actual de la figura.

Después de haber estudiado a fondo la figura jurídica de la indignidad para suceder en nuestro sistema de sucesiones, tema que en su día fue objeto de la Tesis Doctoral de quien escribe, ciertamente puede asegurarse que los avatares de su desarrollo histórico cobran en esta figura una especial importancia, encontrándose en el mismo explicación a algunas controvertidas polémicas.

Con las líneas que a continuación se exponen se pretende exclusivamente plasmar el resultado de una investigación histórica realizada, que mues-

tra, claramente a nuestro parecer, el *sentido histórico de la indignidad para suceder* en nuestro ordenamiento jurídico.

II. GENESIS DE LA FIGURA JURIDICA DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

1. CÓMO, CUÁNDO Y POR QUÉ SURGE LA FIGURA DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

No deja de suscitar interés el estudio, que con estas líneas se comienza, de una figura jurídica cuyo propio origen se presenta como polémico, oscuro, desconocido.

Parece ser que en las primeras fases del Derecho romano, la indignidad se desconocía, y que es en la época imperial cuando esta figura se desarrolla, adquiriendo, como más tarde se verá, una considerable extensión (1).

Ahora bien, si esto se presenta como admitido por gran parte de la doctrina (2), a la hora de determinar el origen de la indignidad aparecen las dificultades y las distintas opiniones aportadas por los romanistas, sin que en ningún momento exista certidumbre sobre el tema (3).

Deviene, por tanto, el origen de la indignidad dificultoso en su determinación. Cabe preguntarse ante ello a qué es debida tal dificultad.

La respuesta a este interrogante sí parece tener una mayor certeza, y es que la indignidad en la época imperial romana no aparece como instituto unitario y orgánico, sino dispersa en una diversidad de hipótesis que surgen distanciadas en el tiempo unas de otras, siendo obras de distintos emperadores, motivadas por diversas y distintas circunstancias y exigencias (4), entre las cuales no es posible establecer una línea de continuidad histórica (5).

(1) Vid. F. HERNÁNDEZ GIL: «La rehabilitación del indigno», en *RDP*, t. XLVI, 1962, pág. 286. Sobre la indignidad en el Derecho romano, V. REIMUNDO: *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*, publicado por la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1983.

(2) Cabe destacar F. HERNÁNDEZ GIL: «La rehabilitación...», cit., pág. 286; B. BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, 2.^a ed. rev. Trad. por FAIREN, Barcelona, 1960, pág. 159; P. VOCI: *Diritto ereditario romano*, vol. 1.^o y 2.^a ed. rev., Milano, 1967, pág. 465; E. NARDI: «Trittico indignitario», en *Studi in Memoria di Emilio Albertario*, vol. 2.^o, Milano, 1953, pág. 797, entre otros.

(3) Vid. E. NARDI: *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, págs. 63 y ss.

(4) E. NARDI: «VOZ "indegnità"», en *Novissimo Digesto italiano*, VIII, 1957, pág. 593; *Trittico indignitario*, cit., pág. 724; F. HERNÁNDEZ GIL: «La rehabilitación...», cit., pág. 286; P. VOCI: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 465; B. BIONDI: *Diritto ereditario romano. Parte Generale*, Milano, 1954, pág. 204.

Sobre la negación del carácter unitario de la indignidad. REIMUNDO critica extensamente a NARDI (V. *La sistematización...*), cit., págs. 13 y ss.

(5) Vid. B. BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 159.

Falta, pues, un desarrollo orgánico de la indignidad desde sus orígenes y una continuidad histórica en su desarrollo, siendo difícil por ello, como señalan BIONDI y HERNÁNDEZ GIL, «una reconstrucción dogmática unitaria de esta figura jurídica» (6).

Y es, por todo esto, por lo que puede decirse con BIONDI (7) que «de nada sirve determinar el origen del instituto», aunque haya quien ha señalado, de algún modo, un origen legislativo al mismo (8); e incluso quien, considerando interesante determinar cuál ha sido el caso más antiguo de indignidad, ha descrito la sucesión cronológica de ciertos casos concretos (9). Tarea que se nos antoja de relativa importancia (10) por los motivos expuestos quedando, por ello, al margen de estas líneas.

Mayor atención nos merece el desarrollo de la indignidad, el cual, según las fuentes (11), tiene lugar como «algo distinto» de la «testamenti factio» y de la «capacitas».

Constituyen, por ende, estas dos figuras, puntos de referencia que, aunque en sentido negativo, sirven para delimitar el modo cómo surge y se desarrolla la indignidad.

Veamos en qué consisten ambas figuras. En aras de una mayor claridad es preferible, en principio, hacer referencia a la «capacitas» y más tarde centrar la atención en la «testamenti factio», ya que si bien se trata en ambos casos de imposibilidad legal de adquirir por testamento, se trata de institutos diversos (12).

(6) Vid. B. BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162, y F. HERNÁNDEZ GIL: «La rehabilitación...», cit., pág. 286. Es por ello que parece más oportuno hablar de «casos de indignidad» en la época romana, en vez de «indignidad», al no existir, como queda dicho, un instituto unitario de la misma. Esta opinión emitida por el romanista ENZO NARDI: */ casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pág. 2, es plenamente compartida aquí y motivó la imposición del título dado a este capítulo de la primera parte de la Tesis («Los casos de indignidad en el derecho sucesorio romano»).

(7) Cfr. en *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 159.

(8) Vid. gr. Voci: *Diritto ereditario*, cit., págs. 482-3, y el mismo BIONDI en su obra citada, pág. 159, afirma que la indignidad es contemplada ya en la «*lex Iulia et Papia Poppea*», mostrándose así, en contra de NARDI que dedica un capítulo entero de su obra */ casi di indegnità nel diritto successorio romano*, págs. 63 y ss., a demostrar que en dicha ley no se halla el origen de la indignidad por perseguir tal texto legislativo una finalidad que nada tiene que ver con los casos de indignidad.

(9) Tal es el caso de NARDI que en su obra */ casi di indegnità nel diritto successorio romano*, págs. 275 y ss., expone el origen legislativo de algunas hipótesis de indignidad.

(10) Vid. BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 159.

(11) Vid. BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 203.

(12) Lo que viene a subrayar, entre otros, NARDI, cuando haciendo referencia al carácter de instituto no unitario de la indignidad señala: «*Mentre la incapacità a succedere e la incapacitas sono istituti unitari, largamente regolati, che determinano il sorgere quasi di una qualità personale operante di fronte a qualunque lascito, e per-*

¿En qué consiste la «*capacitas*»? BONFANTE la define en sentido negativo como «*Vassenza di divieti speciali di raccogliere l'eredità legittimamente devoluta, Vassenza di motivi di "incapacitas"*» (13).

De tal definición puede sustraerse, *a contrario sensu*, que existe «*incapacitas*» cuando tienen lugar prohibiciones especiales de adquirir la herencia legítima.

Ahora bien, ya se ha apuntado que aparece distinta a la indignidad, procede ver ahora en qué, concretamente, se diferencian ambas figuras. A tal efecto NARDI (14) señala las divergencias existentes entre una y otra figura. En opinión de dicho autor, son esencialmente las siguientes:

1. Mientras en la «*incapacitas*» se hace valer un punto de vista político, en la indignidad el punto de vista es ético.
2. La primera posee un alcance general y la segunda tiene un alcance (o carácter) relativo.
3. La «*incapacitas*» excluye siempre la adquisición de los legados, mientras que ésta no es excluida por la indignidad (15).
4. La indignidad determina una «*vindicado*» (ereptio) fiscal, mientras que la «*incapacitas*» determina una «*vindicatio dei paires in testamento*» (y, sólo a falta de los padres, una «*vindicado*» del fisco primero, y de la «*res privata*» después) (16).
5. Mientras el sucesor que denuncia su propia «*incapacitas*» tiene derecho a un premio establecido en el edicto de «Traiani», el indigno no puede disfrutar de tal ventaja (17).

En opinión de BIONDI, la diversidad de régimen entre ambas figuras es muy profunda y tiene una «intrínseca e importante razón de ser» (18), evidenciándose aún más, en opinión del autor, con el dato fáctico de la

seguono in modo obbligatorio lo scopo di scudere il successore da ogni liberalità mortis causa: niente di tutto questo si verifica per la indegnità» (I casi di indegnità nel diritto successorio romano, cit., pág. 47). Vid. también BIONDI: Diritto ereditario romano, cit., pág. 201.

(13) Cfr., en *Corso di diritto romano, vol. VI. Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930, pág. 281.

(14) Vid. *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., págs. 49 y 50.

(15) E. NARDI: *Trittico indignitario*, cit., pág. 725 y en *Novissimo Digesto italiano*, cit., pág. 593. En el mismo sentido, Voc: *Diritto ereditario*, cit., pág. 465.

(16) E. NARDI: *Trittico indignitario*, cit., pág. 725 y en *Novissimo Digesto italiano*, cit., pág. 593. En el mismo sentido, B. BIONDI, en *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 179 y *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 208.

(17) Esta diferencia la basa NARDI en dos textos o fuentes romanas: «D. 34, 9, 5, 20, PAULUS, libro primo de iure fisci» y «D. 49, 14, 18, 9, PAULUS, libro septimo ad legem Iuliam et Papiam» (Vid. *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pág. 50, nota 3).

(18) Vid. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 203.

desaparición de la «*incapacitas*» en el derecho justiniano, siendo suprimida en gran parte por Constantino (19).

Pero —ya se ha dicho— no surge la indignidad sólo como «algo distinto» de la «*incapacitas*», sino que también aparece diferente con respecto a la «*testamenti factio*», cuya separación entre ambas figuras sobrevive en el derecho justiniano y, como expresaba BIONDI «*por forza di tradizione é passata nel diritto moderno*» (20).

Dicha expresión, «*testamenti factio*», que literalmente significa «facción (otorgamiento) del testamento, por trasposición (21), se usaba en la época clásica romana para referirse a la capacidad para otorgarlo y, en cualquier caso, dicho concepto era referido siempre a la persona del testador.

No obstante, tal exactitud en el uso de dicha terminología deja de ser observada en la época postclásica, ampliando su campo de referencia no sólo a la persona del testador, sino también a las personas designadas en el testamento. Distinguiéndose más tarde, con el Derecho común, una «*testamentifactio activa*», como la incapacidad que había de poseer el testador, y una «*testamentifactio passiva*», referida a aquellas personas designadas en el testamento (herederos, legatarios...).

Según JORS-KUNKEL, puede definirse la «*testamenti factio passiva*» como «la capacidad necesaria para ser instituido heredero por testamento, para adquirir legados o para ser nombrado tutor» (22); o de forma más simple, como hace BIONDI, con dicha expresión se indica la «*capacità di ricevere*» (23).

Este autor, BIONDI, resalta la razón por la que nace y subsiste la indignidad como instituto distinto de la incapacidad de recibir, calificándole de «*sostanziale*» y señalando que la finalidad perseguida por la ley con la exclusión de algunas personas de la sucesión, no es otra que la de imponer una *pena de carácter patrimonial* (24). El autor italiano explica que esta hipótesis no es posible encuadrarla en la «*testamentifactio*», ya que en este caso tendría lugar el derecho de acrecimiento y la delación a los llamados en segundo lugar. Puesto que esta consecuencia parece injusta, ya que si es «arrebataado» al indigno lo que iba a recibir, no parece justo que el llamado en segundo lugar se beneficie de las culpas ajenas, o dicho de otro modo, como *el propio autor indica* «*che la punizione del reo costituisca vantaggio per altri*», es por lo que —continúa BIONDI— «debía abrirse camino»

(19) Vid. B. BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 204; BONFANTE: *Corso di diritto romano*, cit., pág. 330; JORS-KUNKEL, en *Derecho privado romano*. Trad. de la 2.^a ed. alemana por PRIETO CASTRO. 1.^a ed., 1937, reimpr. 1965, pág. 474.

(20) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 204.

(21) Vid. JORS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, cit., pág. 457.

(22) Vid. *Derecho privado romano*, cit., pág. 458.

(23) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 196.

la idea de atribuir la disposición al erario (luego al fisco), apareciendo así la indignidad como instituto distinto de la «*testamenti factio*», y surgiendo el concepto «*a prima vista strano*» de que el indigno «*puó acquistare, ma non conservare*», puesto que sólo admitiendo la adquisición es posible la atribución al erario.

De esta forma explica BIONDI la aparición de la indignidad como «instituto autónomo» (25); indicando, posteriormente, los puntos en que divergen ambos institutos. Así señala que indignidad y «*testamenti factio*» se diferencian:

a) Por sus fuentes. La «*testamenti factio*» es contemporánea al mismo nacimiento del testamento, es un instituto del «*ius civile*», mientras que la indignidad es de fecha reciente y deriva de concretas disposiciones legales.

b) Por su fundamento. Señala BIONDI en este apartado, que mientras la «*testamenti factio*» es referida a la capacidad jurídica general de la persona, la indignidad se funda «en principio» en la conducta reprochable del que recibe por testamento.

c) Por los efectos. Indica el autor aquí, la diferencia referida como razón sustancial del origen autónomo de la indignidad con respecto a la «*testamenti factio*», es decir, que mientras en el caso de esta última tiene lugar el derecho de acrecer o la llamada sucesiva a los sustitutos o a los herederos legítimos según el orden legal; en el caso del heredero indigno, la herencia va al fisco o, excepcionalmente, a las personas indicadas por la ley, pero nunca a los llamados en segundo lugar (26).

d) Por la falta de la «*testamenti factio*», la herencia ni se defiere ni se puede adquirir, en cambio, en el caso del indigno, la herencia es deferida y puede ser adquirida, sin perjuicio de que le sea «arrebata» para atribuirle a otro.

Hace mención BIONDI al principio «*potest capere sed non potest retinere*» ya aludido, y que es formulado de forma determinante por los intérpretes.

e) También, señala el autor, que mientras la «*testamenti factio*» se requiere en «*tria momenta*» (confección del testamento,

(24) Vid. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 204, y *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 161.

(25) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 207.

(26) En el mismo sentido NARDI señala como diferencia fundamental entre la indignidad y la incapacidad de suceder la siguiente: «l'incapace é escluso dalla successione ed il lascito non gli beni devolutigli» (cfr. «I casi di indegnità nel diritto successorio romano», cit., pág. 47, en *Trittico indignitario*, cit., pág. 725, y en *Novissimo Digesto italiano*, cit., pág. 593).

muerte del *de cuius* y aceptación), la indignidad se refiere al momento en que se cometió el hecho que le dio lugar y tiene carácter permanente.

f) Señala BIONDI una última diferencia entre ambos institutos, basada en que la incapacidad de recibir es general, mientras que la indignidad es relativa a una sola persona (27).

Queda, pues, patente, a tenor de lo expresado por la doctrina, el surgimiento y desarrollo de la figura de la indignidad como independiente y distinta de las figuras preexistentes de la «*incapacitas*» (derecho clásico) y de la «*testamenti factio*» (derecho clásico y postclásico), lo que permite su estudio, en Derecho romano, como una figura existente «*per se*» y con fundamento y caracteres propios que resaltan el interés en su conocimiento.

2. PERFIL QUE PRESENTA LA INDIGNIDAD ROMANA

Instituto no unitario inorgánico, el de la indignidad romana, cuya realidad se basaba en la existencia de diversas hipótesis y casos independientes unos de otros, surgidos en circunstancias también distintas, siendo obras de varios legisladores y, a veces, incluso notablemente distanciados en el tiempo.

Al parecer, tal como indica NARDI, ninguno de esos casos revestía «*un tale carattere da poter esercitare sui rimanenti una attrazione, che, vincendo le particolari differenze sostanziali, permettesse il formarsi di un quadro più o meno esteso, più o meno completo*» (28). Al contrario, cada caso, se encontraba apegado, normalmente, al instituto del cual se sustraía la hipótesis (v.gr., donación *fideicomiso*, *bonorum possessio contra tabulas*, *querella inofficiosa*, falsa acusación, etc.); por ello, devenía prácticamente imposible la formación de un título propio y completo de la indignidad.

Es ésta la situación que presenta el instituto de la indignidad en el derecho postclásico y no se da el más mínimo rastro, ni siquiera un intento, de reunir en una única sede la mayor parte de los casos de indignidad, hasta la época de Justiniano cuando los compiladores dan paso a un hecho importante en la historia de la formación de nuestra figura. Dicho evento no es otro que la creación de una «*rúbrica indignitaria*».

Las circunstancias eran especialmente favorables a la creación de un título sobre la indignidad, ya que los justinianeos debían emprender un examen del derecho positivo vigente en su totalidad, tal como dice NARDI

(27) El mismo autor, en otra parte de su obra mantiene que la relatividad no puede elevarse a elemento característico de la indignidad (*Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 163). No obstante, la menciona como diferencia entre aquélla la «*testamenti factio*».

(28) Cfr. / *casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pág. 358.

«non coi rigidi limiti che il rispetto delle fonti impone all'interprete de al docente, bensì con l'ampia libertà del legislatore» (29), para el cual la obra de compilación y codificación íntegra suponía un fuerte impulso hacia la reordenación, perfeccionamiento y sistematización del vasto material legislativo del cual se servía.

Con ello, Justiniano acoge todo cuanto encuentra en las fuentes clásicas y dedica a la indignidad un título en las Pandectas y uno en el Codex que rezan del siguiente modo: «*De his quae ut indignis auferuntur*» (D, 34, 9) y «*De his quibus ut indignis auferuntur et ad senatus consultum Silanianum*» (C, 6, 35) (30).

Ahora bien, si parece importante la creación de una rúbrica que acoja los supuestos de indignidad, es necesario añadir a tal hecho las siguientes observaciones no menos relevantes en torno al hecho.

En primer lugar, los casos que incluye, aparecen amontonados sin proporción ni orden (31). A ello se une el hecho de que el mayor número de textos sobre indignidad no se encuentran en la rúbrica misma, sino fuera de ella y dispersados en unos y otros lugares (32).

Los compiladores, pues, no elaboran una rúbrica o título indignitario desde un punto de vista unitario, sino que más bien puede afirmarse que los casos de indignidad en el Derecho justiniano se encuentran agrupados formalmente, pero no sustancialmente (33).

(29) Cfr. / *casi di indegnità*, cit., pág. 16.

(30) Señala Voci que la compilación justiniana no comporta, «né *pub portare*», ningún cambio sustancial con el régimen clásico, e incluso dice «*Egli stesso (Justiniano) afferma, ..., di non voler mutare nulla del regime classico*». (Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., págs. 480 y 483).

Ante ello, NARDI indica que no es de extrañar que Justiniano, «*il quale ha creato nuovi casi di indegnità, ha modificato spesso i preesistenti e le regole ad essi relative, e ha raggruppato vari passi in materia*», haya creado también las rúbricas referidas, dando así, en opinión del romanista, «*un importante segno esteriore della sua opera in questo campo*». (Cfr. / *casi di indegnità*, cit., pág. 16 y v. pág. 41, nota 1).

(31) NARDI señala que «*Triboniano non si è evidentemente preoccupato che di riunire in un'unica sede, a titolo indicativo, qualche passo sui vari casi di indegnità*» (*I casi di indegnità*, cit., pág. 359).

(32) La explicación que a ello da NARDI se basa en el hecho ya mencionado, de que hasta Justiniano las hipótesis de indignidad se encontraban en el seno de los más diversos institutos, de ahí, explica el autor, que para constituir el título «*De his quae ut indignis auferuntur*» se sirvieron los compiladores sólo de los pasajes que, bien por la obra en que se incluían, bien por otro motivo, podían ser extraídos de su sede sin gran esfuerzo, con más facilidad, mientras que los demás («*ed erano i più*») continuaron en los textos originarios. Es por ello que se puede decir con NARDI que si bien la creación de la «rúbrica indignitaria» ha constituido un buen paso hacia un tratamiento autónomo de la figura, «*il diritto giustiniano è però ancor lontano dalla autonomia desiderata*». (Vid. *I casi di indegnità*, cit., pág. 17 y cfr. / *casi di indegnità*, cit., pág. 359).

(33) Vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 359, y Voci: *Diritto ereditario romano*, cit., págs. 480 y 483.

No obstante, la incertidumbre e inseguridad de las fuentes, así como de la doctrina, cabe hacer alusión a algunos elementos y caracteres esenciales que, según la doctrina romanista, imperaban en las hipótesis de indignidad romana.

A tal efecto resulta primordial, tal como indica BIONDI, el elemento que «*nella grande eterogeneità dei casi si rintraccia in modo costante*» (34). Dicho elemento aparece en las fuentes expresado con el verbo «*auferre*» y, como señala NARDI (35), con el mismo se hace referencia a la sanción que se impone al sucesor indigno, consistente en la «*ereptio*» de los bienes hereditarios, «*che costui non merita*».

Ahora bien, si del «*auferre*» o «*eripere*» puede decirse que es el elemento constante y característico de la indignidad romana, no puede decirse otro tanto en cuanto al «*ereptorium*» («*atribución positiva de la disposición*») (36), puesto que, «*en la mayor parte de los casos el ereptorium va al fisco, pero no se excluye que en otros casos la ley lo atribuye a otras personas*» (37). De esta manera, puede concluirse con dicho autor, que «*lo que caracteriza a la indignidad y permite distinguirla de otros institutos, no es tanto la atribución del "ereptorium" al fisco, cuanto el mismo hecho del "eripere"*».

Con este verbo (38) parece indicarse un «*acto violento*» (39), que es definido por BIONDI como «*un atto, amministrativo o giudiziario, che importi nel fisco la volontà di impossessarsi della quota dell'indegno*» (40).

Ahora bien, este hecho del «*auferre*» o «*eripere*» debe venir legitimado por una norma que permita al fisco llevarlo a efecto (41).

En este sentido, NARDI opina que el fisco no tiene la obligación de llevar a efecto la «*ereptio*» (en cuanto se habla de legitimación) y podrá, de esa forma, omitirla o renunciar a ella (42). En base a ello, el autor define la «*ereptio*» como «*un diritto (non un obbligo) che compete sempre ed esclusivamente al fisco*», concluyendo que los casos en los cuales el «*eripiente*» no fuera el fisco son casos de indignidad (43).

(34) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 205, así como en *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162.

(35) Vid. *I casi di indegnità*, cit., pág. 27.

(36) Vid. BIONDI (*Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162).

(37) Según BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162. En contra, NARDI: «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727, y *I casi di indegnità*, cit., pág. 294.

(38) Tal como expresa NARDI: «*indubbiamente molto espressivo*» (*I casi di indegnità*, cit., pág. 28).

(39) En palabras de BONFANTE (*Corso di Diritto Romano*, cit., pág. 282).

(40) Cfr. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 206.

(41) Vid. NARDI: *I casi di indegnità*, cit., pág. 43; «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727, y en *Novissimo Digesto italiano*, cit., págs. 593 y 594.

(42) Vid. *I casi di indegnità*, cit., pág. 43.

(43) Vid. «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727, y *I casi di indegnità*, cit., pág. 294. En el mismo sentido Voci: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 487.

De esta forma, aparece como sujeto activo de la «*ereptio*» el Fisco (44), aunque la doctrina no se mantiene unánime en torno a la exclusividad o no del mismo como tal. Así, mientras unos opinan que «*eripiente*» es siempre y solamente el fisco (45), otros mantienen que si bien generalmente, el «*ereptorium*» va al fisco, como caso normal, no queda descartado el caso en que vaya dirigido a una tercera persona (*bona ereptoria*) (46).

En cuanto a los sujetos pasivos de la «*ereptio*», NARDI indica que puede ser indigno un heredero, un legatario o un fideicomisario (47). Por su parte VOCI, concretando aún más, señala como posibles sujetos pasivos: el heredero «*ex testamento*» o «*ab intestato*», «*ex asse*» o «*pro parte*»; el legatario y el fideicomisario «*a titolo universale o particolare*» (48).

Según NARDI, el derecho de *eripiente* no puede surgir antes de la *apertura de la sucesión*, porque el goce por parte del sucesor de los bienes hereditarios «*diviene spesso inopportuno soltanto dopo la delazione o addirittura dopo Vacquisto*» (49). Es por ello, en el sentir del autor compartido también por BONFANTE (50), que el derecho del *eripiente* a los bienes surge al momento de la delación de la herencia a favor del indigno. Por consiguiente, en opinión de los citados autores, tal derecho no cesa si el indigno renuncia o muere después de la delación, así como en el caso de que el indigno no posea aún los bienes. Pero sí cesa si el indigno muere antes de la delación o si, por otros motivos, la institución es nula (51).

Mas cabe preguntarse cómo se ejerce este derecho, o mejor dicho, cuál sea el procedimiento por el cual la «*ereptio*» es llevada a cabo; ante lo cual

En contra, R. SOHM: *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, 17.^a ed. trad. por W. ROCES, Madrid, 1936, pág. 551; PEROZZI, en *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, Firenze, 1908, pág. 416; BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 205 y *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162.

(44) NARDI indica que hasta Antonino Pío, la atribución se hacía al Erario («*Trittico indignitario*», cit., pág. 727). Por su parte, VOCI señala que la avocación viene, originariamente, a favor del «*aerarium populi Romani*», y más tarde al Fisco, indicando que «*Il mutamento avviene tra Vetù di Adriano e quella dei Severi*» (*Diritto ereditario romano*, cit., pág. 487).

(45) En este sentido NARDI: «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727, y *I casi di indegnità*, cit., pág. 294; VOCI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 487.

(46) Entre los autores que mantienen esta postura destacan los siguientes: SOHM, en *Instituciones de Derecho privado romano*, cit., pág. 551; PEROZZI, en *Istituzioni di Diritto romano*, cit., pág. 416, y BIONDI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 205 y *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 162.

(47) Vid. *I casi di indegnità*, cit., pág. 287.

(48) Vid. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 484.

(49) Vid. *I casi di indegnità*, cit., pág. 303.

(50) Vid. *Corso di Diritto romano*, cit., pág. 283.

(51) Vid. NARDI: «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727, y BONFANTE: *Corso di Diritto Romano*, cit., pág. 283.

el verbo «*auferre*» nada nos indica sobre el modo en que el indigno se ve privado de los bienes hereditarios objeto de la «*ereptio*».

Al parecer, el fisco hacía valer su propio derecho a los bienes, mediante una «acción» del tipo de la «*actio in rem*» (52). Esta acción, que es promovida por el «*advocatus fisci*» en un juicio ante la cabeza de la administración fiscal, da lugar a un proceso de carácter administrativo-fiscal que se sigue en la forma de la «*cognitio extra ordinem*» y persigue declarar la pertinencia de la indignidad y el consecuente pronunciamiento de la «*ereptio*» (53).

Los efectos a los que daba lugar dicho pronunciamiento cabe distinguirlos en relación al fisco y en relación al indigno.

En relación al fisco, los autores (54) señalan los siguientes efectos:

- a) El fisco, en virtud de la «*ereptio*», sucede al titular de su legado «*mortis causa*» en aquella ventaja patrimonial del mismo cuyo beneficiado sea el indigno.
- b) Si los bienes ya han sido adquiridos por el indigno deben ser restituidos al fisco y si, todavía, no han sido adquiridos por aquél, pasarán al fisco directamente. En el primer caso, los bienes adquiridos por el indigno deberán ser restituidos al fisco con todo «emolumento», esto es, con los frutos y los intereses.
- c) Si al fisco es atribuido todo el legado sustituye al indigno incluso en el eventual derecho de acrecer.
- d) La sucesión del fisco no es a título de herencia, sino que «es una verdadera y propia adquisición patrimonial», que comprende sólo el activo (o sea, lo que verdaderamente los romanos llamaban patrimonio o «*bona*»).

Por otra parte, sobre el indigno se producen, principalmente, los siguientes efectos:

- a) El deber de restituir los bienes hereditarios adquiridos, cuya conservación se le prohíbe, con los frutos e intereses (55).
- b) Pierde, el indigno, todo derecho sobre los bienes que le son sustraídos (56).

(52) Vid. NARDI: «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727, / *casi di indegnitá*, cit., pág. 315.

(53) En el mismo sentido, Voc: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 487.

(54) Esencialmente, vid. NARDI: / *casi di indegnitá*, cit., págs. 337-8, y *Trittico indignitario*, cit., pág. 594.

(55) BONFANTE expresa que en la restitución de frutos y de intereses, el indigno es equiparado a un poseedor de mala fe, y se basa en las fuentes romanas: D. 34, 9, 17 y C. 6, 35, 1 (*Corso di Diritto Romano*, cit., pág. 283).

- c) Pierde, de igual modo, los derechos derivados de la confusión con su patrimonio de los bienes que son atribuidos al fisco (57).

No obstante lo anterior, el indigno conserva su cualidad de heredero y de sucesor (58), lo cual parece mostrarse como una característica más de las que presentan los casos de indignidad como común a todos ellos y que, por tanto, contribuye a delimitar la figura jurídica de la indignidad en la época romana.

Aparece, también, como característica común en las hipótesis de indignidad, el principio, formulado por los intérpretes, que posibilita al indigno la adquisición de la herencia, prohibiéndole la conservación de la misma: «*potest capere sed non potest retinere*». Es decir, la herencia se transmite y puede, incluso, ser adquirida por el indigno, ya que, como explica BONFANTE (59), a éste no falta la «*testamenti factio*», o como dice claramente SOHM, «la indignidad no es incompatible con la "delación" ni con la adquisición de la herencia», ahora bien, «quien se porta innoblemente con el causante considérase indigno de "conservar" la herencia» (60).

Puede presentarse, también, como nota característica de la indignidad en esta época, la de su «relatividad», al ser el sucesor indigno en función de una particular relación y respecto a un determinado «*de cuius*» (61).

En cuanto a si constituye o no elemento configurador de la indignidad romana la figura de la *rehabilitación* del indigno, la doctrina romanista se divide y, de esta forma, se pueden observar diversas tendencias:

1. En primer lugar, cabe advertir la existencia de gran parte de la doctrina que, al tratar del estudio de la figura de la indignidad eluden el problema (62).

(56) Vid. NARDI: «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727.

(57) Vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 338.

(58) BONFANTE: *Corso di Diritto romano*, cit., pág. 283; NARDI: «*Trittico indignitario*», cit., pág. 727; / *casi di indegnità*, cit., pág. 44; *Novissimo Digesto italiano*, cit., pág. 594.

(59) Vid. *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 206.

(60) Vid. *Instituciones de Derecho Privado romano*, cit., págs. 550-551.

(61) En este sentido, NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 44-45. En contra, se muestra BIONDI, cuando dice que la relatividad no puede ser elevada a elemento característico, puesto que si bien es verdad que la indignidad es siempre relativa a una determinada herencia, «no faltan casos de incapacidad absoluta como, por ejemplo», cita el autor, «la incapacidad del cónyuge binubo» (*Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 163).

(62) Entre ellos pueden citarse a: ARIAS RAMOS (*Vid. Derecho romano*, vol. II, 1940, pág. 282), IGLESIAS SANTOS (*Vid. Instituciones de Derecho romano*, vol. II, 1951, pág. 243), BONFANTE (*Vid. Corso di Diritto romano*, cit., págs. 282 y ss.), PEROZZI (*Vid. Istituzioni di Diritto romano*, cit., págs. 416-417), JORS-KUNKEL (*Vid. Derecho privado romano*, cit., pág. 474), y SOHM (*Vid. Instituciones de Derecho privado romano*, cit., págs. 550-561).

2. Otros autores admiten la posibilidad de existencia de la rehabilitación sólo en algún caso especial (63).
3. Otra tendencia la constituye aquellos autores que admite la figura en todos los casos de indignidad (64).
4. Por último, otros autores se muestran partidarios de negar la existencia de la rehabilitación en el Derecho romano (65).

Puede advertirse claramente que el tema se encuentra incierto y tal incertidumbre aparece tanto en las fuentes romanas por falta de expreso reconocimiento, como en la doctrina que, como queda evidente, no se mantiene unánime al respecto, sino que por el contrario, se presenta bastante dividida.

Por todo ello, parece aventurado el afirmar o negar la cuestión que se ha suscitado, por lo que estas líneas se limitan a exponer el problema, dejando en todo caso constancia de su incertidumbre.

Una vez conocidas las características que los romanistas refieren como esenciales de la indignidad romana, y a modo de resumen o conclusión, con el objeto de dar una idea de la configuración de aquélla y el perfil que presentaba en dicha época, se puede decir, adoptando las palabras de NARDI, que «una norma giuridica *ac corda al fisco la leggitimazione ad eripere dei beni di un determinato de cuius che siano stati devoluti morti causa —a titolo universale o a titolo particolare— a persona che per speciale motivo sarabbe inopportuno che ne acquistasse o ne conservasse il godimento*» (66).

Aparece, por tanto, la indignidad para suceder, en Derecho romano, como una figura autónoma, distinta de la «*capacitas*» y de la «*testamenti factio*» existentes en la época, con un carácter inorgánico y asistemático,

(63) Destaca en esta postura BIONDI, el cual, indicando que nada preciso dicen las fuentes, añade que en varios casos la rehabilitación se excluye y es «precisamente en aquéllos en que no se funda en una ofensa al "de cuius"». Se refiere expresamente al caso de enajenación de la herencia en vida del testador, haciendo alusión al requisito de la ignorancia del disponente, «por lo que la posterior ratificación de la enajenación debería excluir la indignidad». Vid. *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 179, y *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 208.

(64) Entre estos, y como más representativo, menciona HERNÁNDEZ GIL («*La rehabilitación del indigno*», cit., pág. 287) a VITALI, quien sostiene que la rehabilitación no es un instituto nuevo, encontrándola expresamente admitida para el Derecho romano en Digesto 34, 4, 4.

A ello se opone expresamente NARDI en *I casi di indegnità*, cit., pág. 46, nota 7.

(65) Entre ellos cabe destacar a NARDI (*I casi di indegnità*, cit., pág. 56, «*Trittico indignitario*», cit., pág. 728), y a HERNÁNDEZ GIL («*La rehabilitación del indigno*», cit., págs. 288-289). BARASSI puede también incluirse en este apartado (*Le successioni per causa di morte*, 3.^a ed., riv., Milano, 1947, pág. 57), al igual que MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios al Código Civil español* Tomo VI, vol. I, Madrid, 1973, pág. 100).

(66) Cfr. *I casi di indegnità*, cit., pág. 42.

dispersa en variadas hipótesis en las que aparece siempre como una sanción que se impone al acreedor indigno por la que tiene lugar la «*ereptio*» de los bienes hereditarios de los que era beneficiario, y sobre los que, por su reprobable conducta respecto del «*de cuius*», pierde todo derecho, aunque conserve la cualidad de heredero. Es el Fisco, en virtud de la «*ereptio*», el que sucede al indigno en tal derecho; de tal forma que si los bienes ya han sido adquiridos por el indigno, deben ser restituidos al Fisco, y si, aún no han sido adquiridos por aquél, pasarán al Fisco directamente; plasmándose todo ello en un principio que caracteriza la figura romana de la indignidad: «*indignus potest capere sed non potest retinere*».

3. LOS CASOS DE INDIGNIDAD EN LAS FUENTES ROMANAS

Tanto la falta de expresiones técnicas cuanto el notable número de textos esparcidos fuera de las sedes materiales (D. 34, 9 y C. 6, 35), así como las numerosas lagunas de las fuentes y, como indica NARDI, la «extrema penuria» de los datos históricos que se poseen complican la ilustración de los casos de indignidad romana. Ello provoca la falta de unanimidad y acuerdo en la doctrina sobre la materia, siendo algunos casos aceptados por todos como hipótesis ciertas de indignidad, mientras otros son calificados como tales sólo por parte de los autores, y, por ello, de dudosa inclusión o encuadramiento en la figura jurídica de la indignidad (67).

Los casos admitidos unánimemente por la doctrina como hipótesis de indignidad en el Derecho romano, son los siguientes:

1. Denuncia por comercio ilícito (D. 34, 9, 1. MARCIANUS, *libro sexto institutionum*) (68).
2. «*Bonorum possessio contra tabulas*» (D. 34, 9, 2 pr. MARCIANUS, *libro undécimo institutionum*) (D. 38, 2, 16, 5. ULPIANUS, *libro quadragensimo quinto ad edictum*) (69).

(67) Cfr. / *casi di indegnità*, cit., pág. 79. Sobre la sede de la indignidad en Digesto y Código, vid. REIMUNDO: *La sistematización...*, cit., págs. 97 y ss.

(68) En dicho texto se hace alusión a un rescripto de «Severo y Antonino» en el que se decía que debía privarse al liberto del legado o fideicomiso que se le dejaban en el testamento del patrono cuando le había denunciado después de su muerte como traficante de mercancía ilícita, a pesar de que mereciera un premio por tal denuncia. Sobre esta hipótesis, vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 80; BONFANTE: *Corso di Diritto romano*, cit., pág. 334; BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 165; VOCI: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 469.

(69) Se trata de dos casos análogos. En el primero de ellos se manda que se privará de la herencia íntegramente, y pertenecerá la misma al fisco, al hijo emancipado que hubiere reclamado la posesión de los bienes hereditarios contra el testamento a causa

3. «*Querella inofficiosi testamenti*» (D. 5, 2, 8, 14. ULPIANUS, libro cuarto *decimo ad edictum*) (70).
4. Casamiento del tutor con la pupila (D. 34, 9, 2, 1. MARCIANUS, libro undécimo *institutionum*) (D. 30, 128. MARCIANUS, libro segundo *institutionum*) (71).
5. Matrimonio del magistrado con mujer de la provincia en que ejerce su cargo (D. 34, 9, 2, 1. MARCIANUS, libro undécimo *institutionum*) (D. 23, 2, 63. PAPIANUS, libro primo *definitionum*) (72).
6. Matrimonio entre adúlteros (D. 34, 9, 13. PAPIANUS, libro *trigesimo secundo quaestionum*) (73).

de preterición, y hubiere adido la herencia como sustituto pupilar de un hermano impúber.

En el segundo, se dice que el que hubiere recibido la posesión contra testamento en los bienes del libero será excluido de cuanto le haya dejado por su voluntad el liberto, y no sólo si el liberto le hubiera instituido a él como heredero, sino también como sustituto de su hijo impúber.

En relación a estos dos casos, B. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 81; BIONDI: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 176; Voci: *Diritto ereditario romano*, cit., pág. 474.

(70) En tal hipótesis se incluye aquél quien atacó injustamente un testamento como inoficioso y no triunfó en el litigio. Por ello, pierde lo que recibió en virtud del testamento, y se atribuye al fisco. Pero solamente se le quita, a la persona indigna, lo que se le dejó en el testamento si hubiere perseverado en el litigio injusto hasta el momento de dictar sentencia, pues si desistió o murió antes de ésta, no se le quita lo que se le dejó.

Son de especial interés para un mayor abundamiento sobre esta hipótesis de indignidad, los artículos monográficos de NARDI: «In tema di indegnità da soccombenza nella "Querella inofficiosi testamenti"», en *SDHI*, 5 (1939), págs. 450-457, y G. LAVAGGI: «L'indegnità a succedere per soccombenza nella "querella inofficiosi testamenti"», en *SDHI*, 5 (1939), págs. 76-100.

(71) En la primera de las fuentes indicadas se señala que si un tutor se hubiese casado con su pupila contra el decreto del Senado, la herencia (que hubiere recibido por el testamento de su mujer) es para el fisco aunque la hubiese adido ya el instituido heredero universal, pues se le confisca como a persona indigna. En el segundo texto se explica aún más y se dice que si en contra de lo dispuesto por el senadoconsulto se hubiese casado un tutor con su pupila, podrá ésta adquirir en virtud del de aquélla, porque delinquen aquéllos que contraen nupcias prohibidas y es justo que sean castigados, delito que, se dice, no se puede imputar a la mujer que fue engañada por su tutor. Vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 90.

(72) Por esta hipótesis de indignidad, si alguien se hubiera casado contra los mandatos imperiales en aquella provincia en la que se desempeñe su cargo, no puede retener lo que hubiese recibido por el testamento de su mujer.

El segundo texto reseñado se cuestiona el tema de si se ha de quitar a la que sobrevivió al marido, lo que le dejó en testamento, considerando que, a semejanza con el supuesto anterior de pupila casada con su tutor, la mujer puede conseguir lo que se le dejó en testamento, pero la cantidad que se le dio en dote es necesario que la restituya al heredero. Sobre tal hipótesis, vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 93 y ss.

(73) Se trata de un supuesto en que el hombre condenado por cometer adulterio con la mujer, se casa con ésta, no habiendo sido ella condenada. El, al morir, la dejó como

7. Unión ilegal de mujer con un militar (D. 34, 9, 14. PAPIANUS, *libro trigesimotertio quaestionum*) (74).

8. Donación o enajenación, en todo o en parte de los bienes del pariente aún vivo (D. 39, 5, 29, 2. PAPIANUS, *libro duodecimo responsorum*) (C. 2, 3, 30. Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.) (75).

9. Causar la muerte del «*de cuius*» (D. 34, 9, 3. MARCIANUS, *libro quinto regularum*) (D. 48, 20, 7, 4. PAULUS, *libro singulari de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur*) (76).

10. Impugnación del testamento con inoficioso o falso

heredera. Se dice que no pertenece al lucro de la herencia a la mujer, sino que lo que le dejó él, debe pasar al fisco. También si tal mujer hubiere instituido heredero a su marido, se privará a éste de la herencia como indigno. Vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 97.

(74) En este caso se dice que, aunque el militar hubiere muerto antes del año de su licenciamiento, no puede ser admitida ella a heredar conforme al testamento hecho por derecho de milicia, y que lo que él dejó pertenece al fisco. Sobre esto, NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 98 y ss.

(75) Se priva de la herencia, como persona indigna, a aquél que dona o enajena o dispone de bienes del pariente aún vivo, o sin su conocimiento. Vid. NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 102 y ss.; BIONDI: *Sucesión testamentaria*, cit., pág. 169; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 335, Voci: *Diritto ereditario*, cit., pág. 469.

(76) Según la primera fuente citada es indigno aquel contra quien se probó con absoluta claridad que había obrado de tal manera que provocó que su mujer, que le había instituido heredero, muriera por su negligencia y culpa.

En el segundo texto referido se dice que el fisco se quedará con la herencia del condenado por procurar que mataran a un pariente, que tras ello, adió tal herencia o recibió la posesión de los bienes de aquella.

Es dudoso, en la doctrina, el tema de si también el homicidio culposo, además del doloso al que se refieren las fuentes supondría indignidad. Mientras BIONDI deja planteado el tema, sin inclinarse por una postura y otra (*Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 163), BONFANTE piensa que los compiladores quisieron asimilar la «magna culpa» al «dolo» (*Corso di diritto romano*, cit., págs. 331 y 332); y NARDI, en contra de éste último, manifiesta que Justiniano no quiso comprender en la indignidad el homicidio culposo, pues si así lo hubiese querido «*avrebbe eliminato dal testo Vespessione "id agere ut"*», y hubiese asimilado así el homicidio culposo al doloso (Vid. *I casi di indegnità*, cit., págs. 112 y ss., en especial pág. 115).

Otra cuestión se plantea con respecto a este caso de indignidad y es la de si se precisa la condena en juicio penal. Sobre la misma aparecen de acuerdo BIONDI, BONFANTE y NARDI, en afirmar que no se precisa, no presupone, ni depende la indignidad de la condena penal. Según BIONDI y BONFANTE, la prueba de la indignidad puede tener lugar incluso después de la muerte del reo, siendo independiente también de la prescripción de la pena y, en general, de los requisitos formales del derecho o de la prueba criminal.

Una cuestión más se plantea la doctrina y es si se extiende la indignidad a los casos en los que la víctima es un familiar del «*de cuius*» y no éste. BONFANTE se muestra partidario de tal extensión (*Corso di diritto romano*, cit., pág. 332), basándose en la interpretación que da FADDA al texto del D. 49, 14, 9, 1, mientras que NARDI mantiene que tal interpretación es errónea, llevando ello a un resultado contrario (vid. *I casi di indegnità*, cit., pág. 116).

(D. 49, 14, 13, 9. PAULUS, *libro septimo ad legem Iuliam et Papiam*) (77).

11. Sustracción de bienes hereditarios (D. 34, 9, 6. MARCELLUS, *libro vicesimo secundo digestorum*) (78).

12. Entablar controversia sobre el *status* personal del «*de cuius*» (D. 34, 9, 9, 2. ULPIANUS, *libro quarto decimo ad legem Iuliam et Papiam*) (79).

13. Fideicomiso tácito o secreto (D. 35, 2, 59, 1. MODESTINUS, *libro nono pandectarum*) (D. 49, 14, 49. PAULUS, *libro singulari de tacitis fideicommissis*) (80).

14. Revocación de la institución de heredero mediante cancelación del nombre, destrucción de las tablas testamentarias, institución de otros en posterior testamento inválido o por declaración en «carta familiar» o codicilo (D. 34, 9, 12. PAPIANUS, *libro sexto decimo quaestionum*) (D. 34, 9, 12, 2. PAPIANUS, *libro octavo responsorum*) (C. 6, 35, 4. Imp. Alexander A. Philomuso) (81).

15. Acusación de suposición de parto del sustituto pupilar

(77) Se denomina indignos aquellos que impugnaron el testamento como inoficioso o como falso y sostuvieron su impugnación hasta el fin del litigio.

Ahora bien, a esta hipótesis se señalan excepciones en D. 34, 9, 22. Así, la del tutor que en nombre de su pupilo denunció un testamento como falso o lo impugnó como inoficioso; en este caso aunque no hubiese tenido éxito, no pierde los legados que se le dejan en aquel testamento. Sobre esta hipótesis de indignidad, NARDI: / *casi di indegnità*, págs. 117 y ss.; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., pág. 166; BONFANTE: *Corso di diritto romano*, cit., págs. 335 y 336; Voci: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 473.

(78) La fuente señala que está establecido por rescripto imperial que el heredero que sustrae una cosa queda privado de la retención de la cuarta parte de la misma que le concede la Ley Falcidia. Sobre este caso, NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 121 y 122; Voci: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 476.

(79) Si alguien entabla un litigio sobre la condición personal del testador, se le deniega la reclamación de lo que recibía en el testamento y se da aquello al fisco inmediatamente. Sobre ello, NARDI: / *casi di indegnità*, pág. 122; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., pág. 165; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 334; Voci: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 469.

(80) Según las fuentes señaladas el que aceptó cumplir el fideicomiso tácito de restituir la herencia a favor de quien no reunía los requisitos legales para adquirirla, y lo hizo deduciendo la cuarta Falcidia, nada debe retener de esa herencia, sino que esa cuarta pertenece al fisco. Para mayor abundamiento en el tema, NARDI: / *casi di indegnità*, págs. 123 a 131; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., pág. 168; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 342; Voci: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 476.

(81) La forma que debe revestir la reocación de institución de heredero es la de un nuevo testamento válido, según el «*ius civile*», lo cual hace que cualquier otro método empleado por el testador no sea eficaz. Ahora bien, no obstante, el método, la voluntad de revocar al instituido del «*de cuius*» parece clara y es por lo que la herencia pasará al fisco por considerarse indigno el heredero de adquirir aquélla. Sobre el tema, NARDI: / *casi di indegnità*, págs. 131 y ss.; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., págs. 172 y ss.; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 337; Voci: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 475.

contra la madre del impúber (D. 34, 9, 16 pr. PAPIANUS, *libro octavo responsorum*) (82).

16. No haber realizado la «*vindicta*» de la muerte violenta del «*de cuius*» (D. 29, 5, 26. SCAEVOLA, *libro trigesimoquarto digestorum*) (D. 29, 5, 15. MARCIANUS, *libro singulari de delatoribus*) (C. 6, 35, 9. **Impp.** Diocletianus et Maximianus AA. Aelia-nae) (83).

17. Aceptación de la herencia sin la observancia del senadoconsulto Silaniano (D. 29, 5, 5, 2. ULPIANUS, *libro quinquagesimo ad edictum*) (D. 36, 1, 3, 5. ULPIANUS, *libro quinquagesimo ad edictum*) (D. 36, 1, 3, 5. ULPIANUS, *libro tertio fidei commissorum*) (C. 6, 35, 3 **Imp.** Alexander A. Antiochiano) (84).

18. Impedir al «*de cuius*» hacer testamento o cambiarlos (D. 29, 6, 1 pr. ULPIANUS, *libro quadragensimo octavo ad edictum*) (C. 6, 34, 2 **Imp.** Diocletianus et Maximianus AA. Nicogorae) (85).

Otros casos en los cuales no existe unanimidad en su consideración de hipótesis de indignidad, son los que a continuación se enumeran:

(82) Se considera indigno al sustituto pupilar que acusa a la madre del impúber de suposición de parto con el fin de quedarse con la herencia y es vencido en litigio. Se le priva de la herencia correspondiente a la sustitución. *Vid.* NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 166.

(83) Para que no sea sustraído al heredero el derecho a la sucesión es necesario que el mismo venga de la muerte violenta del «*de cuius*». Sobre el caso, NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 167 a 175; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., pág. 164; BONFANTE: *Corso*, cit., págs. 332 y 333; *Vocr. Diritto ereditario...*, cit., pág. 468.

(84) El S.C. Silaniano de 10 p.c. establecía que en el caso de muerte violenta del «*Dominus*» deberían ser sujetos a tortura todos sus esclavos propios y los de la mujer que vivieran «*sub eodem tecto*» en el momento de la muerte, para así descubrir al culpable. Como explica BIONDI (*vid. Sucesión testamentaria*, cit., págs. 164-5), para evitar que el heredero hiciese adquirir de inmediato la libertad a los esclavos manumitidos en el testamento, sustrayéndolo así a la tortura, el mismo senadoconsulto prohibió que pudiera abrirse testamento y aceptarse la herencia o pedirse la «*Bonorum possessio*», si no había tenido lugar antes la «*quaestio servorum*». Sobre el tema, NARDI: / *casi di indegnità*, cit., págs. 176 y ss.; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., págs. 164 y 165; BONFANTE: *Corso*, cit., págs. 333 y 334; *Vocr. Diritto ereditario...*, cit., págs. 466 y 467.

(85) Es indigno aquél que queriendo captar la herencia legítima o la testamentaria, impidió que el «*de cuius*» hiciera testamento o lo cambiara. Es, por ello, que se le deniegan las acciones y la herencia pasa al fisco.

La doctrina habla de impedimentos con violencia o dolo, basándose en el texto del D. 29, 6, 3.

En este sentido, NARDI: / *casi di indegnità*, cit., pág. 205; BIONDI: *Sucesión testamentaria...*, cit., pág. 166; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 338; *Vocr. Diritto ereditario...*, cit., pág. 470.

1. «*Excusatio*» del tutor testamentario e incumplimiento de las cargas (D. 34, 9, 5, 2. PAULUS, *libro primo de iure fisci*) (86).
2. Supresión del testamento paterno (D. 48, 10, 26. MARCELLUS, *libro trigesimo digestorum*) (D. 48, 10, 4. ULPIANUS, *libro octavo disputationum*) (87).
3. Institución de heredero al hijo supuesto (D. 49, 14, 46 pr. HERMOGENIANUS, *libro sexto iuris epitomatorum*) (88).
4. Incumplimiento de la voluntad del «*de cuius*» (Nov. I) (89).
5. Falta de asistencia al causante «*furiosas*» y falta de rescate si estuviere prisionero (Nov. 115, 3, 12-13) (90).
6. Constreñir al difunto a hacer testamento (91) (92).

(86) Esta hipótesis es considerada como de indignidad por BONFANTE (*vid. Corso di Diritto romano*, cit., pág. 336, y *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 171) y VOCI (*vid. Diritto ereditario romano*, cit., pág. 479). Mientras en contra se muestra NARDI (*vid. I casi di indegnità*, cit., págs. 232 y ss.).

(87) Es considerado caso de indignidad por BONFANTE (*vid. Corso*, cit., pág. 336), así como por VOCI, si bien éste la menciona como «*ipotesi, in cui non c'è confisca*» (cfr. *Diritto ereditario*, cit., pág. 472). Al igual que en el anterior, NARDI se muestra contrario (*vid. I casi di indegnità*, cit., págs. 227-9).

(88) A favor, BIONDI: *Sucesión testamentaria*, cit., pág. 176; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 341; VOCI: *Diritto ereditario...*, cit., pág. 475. En contra, NARDI, *I casi di indegnità*, cit., págs. 256 y ss.

(89) A favor, BIONDI: *Sucesión testamentaria*, cit., pág. 167; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 337; VOCI lo expresa como casos dudosos (*Diritto ereditario...*, cit., pág. 480). Mientras que en contra de considerarlo como de indignidad se manifiesta NARDI (*I casi di indegnità*, cit., págs. 239 y ss.).

(90) Son considerados casos de indignidad por BIONDI: *Sucesión testamentaria*, cit., pág. 166; BONFANTE: *Corso*, cit., pág. 335; VOCI: *Diritto ereditario*, cit., pág. 480. En contra de tal consideración: NARDI: *I casi di indegnità*, cit., págs. 253-254.

(91) Se trata ésta de una hipótesis mencionada por BIONDI y BONFANTE, de la que no se tiene referencia en las fuentes. Sobre tal hipótesis ambos autores hacen referencia. Respectivamente: *Sucesión testamentaria y donación*, cit., pág. 167; *Corso di Diritto romano*, cit., pág. 339.

(92) Aparte de los arriba citados, otros casos son mencionados por algunos autores como de indignidad, no habiendo unanimidad en la doctrina al respecto. Para un mejor conocimiento sobre el tema pueden consultarse en la obra de NARDI, el cual dedica un capítulo completo que titula «*I casi erroneamente ritenuti di indegnità dalla doctrina*» (*I casi di indegnità*, cit., págs. 227 a 256).

III. PRECEDENTES LEGALES DE LA INSTITUCION DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

1. APARICIÓN DE NUESTRA FIGURA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: FUERO JUZGO Y FUERO REAL

Es el Fuero Juzgo el primer código que tuvieron los españoles como obra propia de sus legisladores (93), y fusión de leyes de conquistadores y conquistados, tras la caída del imperio romano y la invasión de los pueblos bárbaros en territorio español, por lo que el contenido de sus leyes no deja de tener relevancia a la hora de determinar cuáles de éstas se transfieren o sirven de precedente del Derecho histórico español. Y, por tanto, deviene interesante el conocer hasta qué punto la figura jurídica que se estudia se encontraba contemplada en dicho Código.

La primera cuestión que surge es si, realmente el Fuero Juzgo constituye un precedente legal de la indignidad que hoy aparece en nuestro Código Civil, ya que en primer lugar, falta una rúbrica expresa de la indignidad en dicho Código (94), además de faltar, asimismo, una expresa mención del Fuero Juzgo como precedente de la indignidad, en gran parte de la doctrina (95).

No obstante, algunos autores sí aluden, efectivamente, al Fuero Juzgo como antecedente histórico de la indignidad, y lo hacen, concretamente, refiriéndose a la ley 5.^a, título II, libro V (96); a la ley 1.^a, título II, libro III (97), e incluso, hay quien señala también como tal, la ley 8.^a, título II, libro III (98).

La referida ley 1.^a, título II, libro III del Fuero, contempla el caso de la mujer que contrae matrimonio después de la muerte de su anterior marido y antes de que cumpla un año, así como, cuando comete adulterio, estableciendo una «pena» como expresamente se indica en dicha ley.

Por su parte, la ley 5.^a, título II, libro V, se refiere de igual modo a la

(93) Vid. LA RUA, en *Lecciones de Derecho español*, t. I, Madrid, 1838, pág. 3.

(94) Observación que es contemplada por HERNÁNDEZ GIL en su artículo «La rehabilitación del indigno», en *RDP*, 1962, pág. 292.

(95) Vid. entre otros, GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. 3, 4.^a ed., Madrid, 1875, págs. 434 y ss.; NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España*, t. 1, Madrid, 1880, págs. 465 y ss.; FALCÓN: *Código Civil español*, t. 3, Madrid, 1889, pág. 168, y ELÍAS: *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Madrid/Barcelona, 1877, pág. 643.

(96) DEL VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. I, Valencia, 1885, pág. 332.

(97) Vid. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr., Zaragoza, 1974, pág. 334.

(98) Vid. SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XIII, 5.^a ed., Madrid, 1944, pág. 376.

mujer que cometiese adulterio o no se casase «*cuerno deve*», con respecto a la donación hecha por su marido.

Por último, la ley 8.^a, título II, libro III, al caso de la mujer que contrae matrimonio contra o sin la voluntad del padre, imponiendo que en tal supuesto «*ella nin sus fijos non deven heredar en la buena de los padres*».

Cabe observar, como dato curioso, en estas tres leyes, una limitación en cuanto a su contenido, en tanto que aparece la «mujer» como sujeto de todas ellas, en sus actuaciones con respecto a su marido o a sus padres.

Poco más cabe decir en este apartado si no es dejar constancia de lo expuesto como referencia a las leyes que algunos autores indican como precedentes legales de la indignidad en el Fuero Juzgo.

Tras el Fuero Juzgo vino el Fuero Real, reproduciendo algunas de las causas establecidas en el de los Jueces, y «ocupándose ya determinadamente de la indignidad» (99), aún sin existir una rúbrica expresa.

Esto es así, y llama la atención —siendo tal vez significativo— el hecho de que en el Fuero Real, bajo el título «de los heredamientos» (3, 9), se contengan las causas de desheredación (3, 9, 2), y las causas de indignidad o «ingratitude» (3, 9, 4), que no obstante, como queda dicho, bajo un mismo título, trata con perfecta distinción unas de otras (100).

El texto del Fuero Real en su ley 4.^a de los títulos y libro indicados, se refiere al indigno como «ingrato» («Como aquel que fuere “ingrato” al que hereda pierde la herencia, e vuelve al Rey la herencia»).

Comienza la citada ley: «*Si alguno que no hobiere herederos derechos, ficiere su manda, é ficiere en ella heredero partiero á otro cualquier...*»

En un principio puede parecer con ello, que el Fuero Real limita las causas de indignidad a los herederos no «derechos», esto es, a los no legítimos. O, dicho de otro modo, que este Fuero establece una limitación de los herederos susceptibles de incurrir en causa de indignidad (101).

Ahora bien, es necesario indicar que no es éste el sentir unánime de la doctrina; y, así, NAVARRO AMANDI (102) en la interpretación que realiza del texto anterior, amplía su campo a los herederos legítimos, en contra de lo dicho, cuando refiriéndose a la primera de las causas señaladas en la referida ley 4.^a dice que «priva al instituido de los derechos que se le conferían en el testamento, o los que por ministerio de la ley le correspondieran en la sucesión intestada del muerto». Es más, esta causa la incluye dicho autor entre las que señala como de indignidad para adquirir por testamento y

(99) Vid. SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., t. XIII, pág. 384.

(100) Vid. HERNÁNDEZ GIL: *La rehabilitación del indigno*, cit., pág. 292.

(101) En este sentido, GUTIÉRREZ (vid. *Códigos*, cit., pág. 434) indica que «la exclusión surte entre los herederos extraños un efecto parecido al de la desheredación entre los propios», corroborando, así, la afirmación anterior.

(102) Vid. *Código Civil de España*, cit., pág. 466.

abientestado (103), mientras que no la comprende entre las indicadas como de indignidad para adquirir por testamento, únicamente. Por tanto, muestra claramente una postura distinta, a la anteriormente indicada, al interpretar el texto del Fuero Real.

La citada ley 4.^a del Fuero Real incluye varias causas por las que debe perder la herencia el «ingrato» y que señala en número de tres (104):

1.º Si aquél a quien se nombró heredero, matara después al testador, o contribuyera a ello (105).

2.º Si lo matara otro, y el heredero no demandara su muerte (106).

3.º Si dijere que es falsa aquella manda en que es heredero.

En relación con la segunda causa citada, el Fuero Real dedica la ley 5.^a del tit. IX, libro III, a especificar unos requisitos necesarios para que incurra en indignidad aquél que no demandara la muerte del testador. Tales requisitos aparecen así:

- a) «*Que han edad cumplida*», esto es, el menor no incurre en dicha pena.
- b) «*Que son varones*», por lo tanto se excluye de esta causa de indignidad a la mujer.
- c) «*E si fuere sabido quién fue el matador, é que sea en la tierra, é que sea poderoso de demandarle la muerte*».

Se observa, como dato curioso, ante estas leyes 4.^a y 5.^a referidas, que nada tienen que ver las causas de indignidad contenidas en ellas con la que se presentaban en el Fuero Juzgo (107).

(103) Vid. *Código Civil de España*, cit., pág. 465.

(104) Vid. SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., t. XIII, pág. 384.

(105) Con respecto a la primera causa establecida se vio en su momento que ya era contemplada en el Digesto, concretamente en la ley 3.^a, título IX, libro XXXIV del mismo. De igual modo que era también contemplada en las «Pandectas» la tercera de las causas señaladas, exactamente en D. 49, 14, 13, 9.

(106) SCAEVOLA afirma que esta causa procede del Derecho romano, señalando que así lo dispuso el Senado-consulta Siliano. Vid. *Código Civil*, cit., pág. 400.

(107) No obstante, en el Fuero Real se aprecia cierta influencia de su texto antecesor, aunque no relevante, en la ley IX, título XII, libro III, que bajo el epígrafe: «De las donaciones», contempla el caso de la mujer que después de la muerte del marido, «no ficiere buena vida». Caso similar, como se ha visto anteriormente, al que contenía el Fuero de los jueces y que se considera entre las causas de indignidad. DEL VISO: *Lecciones elementales*, cit., pág. 332.

2. «RAZONES» DE INDIGNIDAD O PÉRDIDA DE HERENCIA CONTEMPLADAS
EN LAS PARTIDAS DE ALFONSO X «EL SABIO»

Sobre el texto de las Partidas, de forma general y sin temor a equivocación, puede afirmarse, con LASSO GAITE, que se trata del «monumento jurídico más famoso de nuestro derecho y durante seis siglos fuente básica del derecho castellano» (108).

Aunque el comienzo en su elaboración data de 1256, no es aplicado su texto, apareciendo como un libro de doctrina jurídica y de enseñanza, hasta los tiempos del Ordenamiento de Alcalá (1348), en el que se dispuso que a falta de otra ley nacional se hiciera aplicación de las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas.

Todo el texto de Las Partidas está impregnado de una esencia romanista, especialmente, justinianeas. Es, por ello, que mediante esta obra vuelven a introducirse en España los principios inspiradores del Derecho romano. Esto puede afirmarse aún más rotundamente respecto a la Partida Sexta reguladora de las Sucesiones y, por ende, objeto de especial interés en este trabajo. Dicha Partida regula las Sucesiones en sus dos formas: testada o, intestada, presidiendo en tal regulación los principios formalistas del Derecho romano (109).

En la ley 13 del Título VII de la Partida 6.^a, la que contiene, según su propio texto indica, seis «razones principales... que por cada una dellas deue perder el heredero la herencia del finado».

Al referirse a ellas dicho texto como «razones principales» que «*moftraton los fabios antiguos*», parece indicar de modo expreso que se trata de casos ya contemplados con anterioridad y, por ende, con antecedentes concretos. Veámoslo.

En primer lugar, la ley 13 aludida contiene una primera causa o «razón» (110) en la que se distinguen dos supuestos claramente diferenciados: en el primer caso, el heredero que, conociendo la muerte provocada de un consorte, entrare en la herencia antes de querellarse ante el Juez, incurre en

(108) Cfr. *Crónicas de la Codificación española*. 4. *Codificación civil*, vol. I, publicado por el Ministerio de Justicia, 1970, pág. 29.

(109) DE LA RUA califica dicha Partida Sexta, junto con la Quinta, de «cuerpo perfecto de legislación», si bien expresa que ello es así «prescindiendo del defecto de adhesión a las leyes romanas». Con ello muestra su desfavorable opinión sobre la inspiración romanista de tales Partidas. Vid. su obra *Lecciones de Derecho español*, cit., tomo primero, Madrid, 1838, pág. 17.

(110) Dicha primera «razón» reza literalmente como aquí: «*quando el feñor de los bienes fue muerto por obra, o por cofejo de algunos de fu copaña, fi el heredero fabiendo efto entrafte la heredad, ante fizielle querella al juez, de la muerte de aquel cuyos bienes quería heredar. Mas fi al testador ouieffe muerto otros estraños, que nó fueffen de fu compaña: nbien podría fu heredero entrar la herencia, e despues fazer querella de la muerte del fafta cinco años. E fi fafta efto tiempo non la fiziere, deue la perder, e deue gela tomar el Rey, afsi como a orne q la non merefce*».

causa de indignidad y debe perder la herencia que le correspondía; mientras que en el segundo caso contemplado en dicha ley 13, cuando el heredero conoce la muerte dada por «extraños» al finado, podrá entrar en la herencia y querellarse al Juez, después de la muerte de aquél hasta un plazo de cinco años; pero si transcurren esos cinco años y no presenta querella, la herencia pasará al Rey (111).

A lo dispuesto en esta ley 13, la ley 15 de los mismos título y Partida dispone excepciones concretas, indicando motivos determinados que excusan al heredero, que no venga la muerte del testador, de la partida de su herencia (112) (113).

De esta forma, señala NAVARRO AMANDI que «en sentir de los autores, también cesa esta obligación del heredero: 1.º cuando otro hubiere formulado acusación antes que él o se procediese de oficio a la persecución del delito, y 2.º si el muerto hubiere perdonado a su asesino» (114).

Con respecto a la primera de las causas de excepción que señala dicho autor, conviene la doctrina en señalar que la misma es introducida por GREGORIO LÓPEZ en su Glosa 8.^a a la ley 13 (115).

(111) En relación al plazo para la denuncia, parece deducirse del texto de la ley, la existencia de dos distintos plazos contenidos en la ley de las Partidas, y así SCAEVOLA (*Código Civil*, cit., pág. 402) señala que «el plazo señalado por las antiguas leyes para la denuncia, cuando el asesino pertenecía a la familia del causante, no estaba determinado de derecho, sino sólo de hecho, en el haber de preceder al acto de posesionarse de la herencia». Observa el autor, pues, en este caso, un plazo «de hecho», mientras que «cuando el culpable era un extraño a la familia, el plazo concedido por la ley de Partidas a los herederos era de cinco años, tratándose en este otro caso, de un plazo "determinado de derecho"».

(112) Tales motivos, en el texto de la citada ley 15, tit. VII, part. 6.^a, aparecen así:

1.º «*Fi el heredero qrellafe la muerte, mas el juez, o el Señor de la tierra, non quifieffe llegar la qrella aderecho*».

2.º «*Fi acufaffe a aquellos q fofpechaffe que le auian muerto e disffen la sentancia cótra el heredero, affoluiédo los acufados e quitandolos de la acufacion q auian fechao dellos*».

3.º «*Fi el heredero fueffe menor de veinte e cinco años*».

4.º «*Fi aquellos que ouieffen muerto al testador, non podieffen fer fallados para fazer justicia dellos*».

(113) La doctrina señala como antecedente de estas leyes 13 y 15 de Partidas al Derecho romano y, concretamente, a las leyes 17 y 21 del título 9.º, libro 34 del Digesto; y, en nuestro Derecho, los precedentes se encuentran en las leyes 4.^a y 5.^a, título 9.º, libro 3.º del Fuero Real que, como ya se vio, regulaban la causa a la que en estas líneas se refiere. Vid. entre otros, MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, cit., t. VI, vol. I, Madrid, 1973, pág. 90; SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 400; GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, cit., pág. 332; FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral*, t. III, 4.^a ed., Barcelona, 1893, pág. 172.

(114) Cfr. *Código Civil de España*, cit., pág. 466.

(115) En este sentido, GUTIÉRREZ: *Códigos*, cit., pág. 435; SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 401; Viso: *Lecciones elementales*, cit., pág. 331; MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios*, cit., pág. 91.

La excepción fundada en el perdón del difunto a su asesino es también mencionada por parte de la doctrina, señalando su origen en la ley 2.^a, Dig. de Sena. Cons. Sil., y si bien en Las Partidas no aparece como causa de excepción a la pérdida de la herencia, es opinión admitida por la doctrina el hecho de que en la época se aplicaba (116).

Por último, parece ser que, de igual modo, cesaba la obligación de denunciar cuando los homicidas fueran ascendientes o descendientes, hermanos o cónyuges del heredero, ya que las leyes 2.^a, tit. I, Part. 7.^a y 3.^a, prohibían a dichas personas acusarse unas a otras.

Tras lo expuesto, cabe concluir sobre la primera «razón» vista, que si bien la falta de denuncia de la muerte violenta o provocada del causante constituía causa de pérdida de herencia en la que incurría el heredero conocedor de aquélla; se daban algunas excepciones que permitían, no obstante, dicha falta, la forma de posesión de la herencia, sin que ello supusiera incursión en causa de indignidad (117).

Continuando con el texto de la ley 13, tit. VII, Part. 6.^a, el mismo señala como segunda «razón» por la que «*deue perder el heredero la herencia del finado*» la siguiente: «*quando el heredero abra el testamento de aql q lo eftablecio, ante quien fizieffe la acufación de los matadores del, feyendo fabidor de los que le auían muerto*» (118).

Sobre esta segunda causa, NAVARRO AMANDI y DEL VISO (119) hacen

(116) Así lo manifiestan GUTIÉRREZ: *Códigos*, cit., pág. 435; VISO: *Lecciones elementales*, cit., pág. 331; FALCÓN: *Código Civil español*, cit., pág. 169.

(117) FALCÓN lo resume diciendo: «Suponía la ley que el heredero conocía la existencia del delito y que sabía quienes fuesen sus perpetradores. Cuando desconocía una u otra cosa, o cuando teniendo noticia del delito, carecía de medios legales de prueba, no incurría en indignidad por aceptar la herencia.

Hablaba la ley de acusación, y sin duda alguna que se refería a la denuncia, porque el heredero no estaba obligado a correr los peligros de una acusación pública sin pruebas. Aún teniéndolas, la obligación de acusar no le alcanzaba al heredero cuando el culpable era un ascendiente suyo, un descendiente, un cónyuge o un colateral dentro del cuarto grado, pues las leyes en todos tiempos dispensaron a una persona de acusar y aún de declarar en causa en que fuere procesado un pariente de las clases indicadas. Y, por último, era opinión muy admitida, que si el testador perdonó a su agresor, el heredero por este hecho se consideraba relevado de la obligación de denunciar. Podía en este caso tomar posesión de la herencia sin incurrir en la pena de indignidad» (cfr. *Exposición doctrinal*, cit., pág. 172).

(118) Sobre esta causa y su contenido se ocupan, especialmente, dos autores, si bien, manteniendo posturas distintas. Se trata de NAVARRO AMANDI y DEL VISO.

El primero considera el transcrito un caso de indignidad impeditivo de la adquisición de la herencia, tanto por testamento como abintestato, haciendo así referencia tanto al heredero testamentario como al heredero abintestato.

Por el contrario, DEL VISO indica que queda excluido como indigno «el heredero testamentario que abriese el testamento antes de acusar a los homicidas del testador sabiendo quienes son...» como respecto, tan sólo, del heredero testamentario.

(119) *Vid. Código Civil de España*, cit., pág. 465. *Lecciones elementales*, cit., pág. 331.

referencia a la opinión de que la sola apertura del testamento, cuando no era acompañada de la adición de la herencia, no constituía causa de indignidad.

Por su parte, GUTIÉRREZ (120), expresa que tal opinión «que LÓPEZ recuerda de la glosa 10, no es desatendible, sobre todo cuando puede suceder que el heredero ignore su nombramiento como acontece en el testamento cerrado».

El texto legal de las Partidas establece de nuevo, excepciones, esta vez sobre la causa anterior. De esta forma, en la misma ley 13 señala: «Pero si non lo supiese o fuesse aldeano necio: estóce non perderia la herencia por esta razón» (121).

Pasando a la tercera causa señalada en la ley 3.^a, la misma hace referencia al caso en que el testador fuese muerto «por obra, o por consejo, o por culpa del heredero».

Merece destacarse aquí, tal como hace GUTIÉRREZ (122), la «perfecta uniformidad» existente en los Códigos acerca de esta causa. Ello se hace patente en el estudio hasta ahora realizado, puesto que se recordará que al tratar sobre el Derecho romano se vio que el Digesto incluía ésta como causa de indignidad, concretamente en la ley 3.^a, del título 9.º del libro 34. Asimismo, se ha tenido ocasión de comprobar que el Fuero Real, en la ley IV, tit. IX, libro III, señalaba como «ingrato» «*aquel que fizo heredero ho matáre despues, ó fuere en su muerte*».

Se señala en Las Partidas como cuarta «razón», «*quando el heredero yoguiesse con la muger de aquel que le establescio por heredero*».

Poco trata la doctrina esta causa si no es para hacer alusión a las glosas de LÓPEZ sobre la misma (123).

En dichas glosas 13 y 14 de la ley 13 de Partidas, Gregorio LÓPEZ considera que es aplicable la ley 9.^a, tit. XXVI, Part. 4.^a sobre pérdida de feudos por los vasallos y, del mismo modo que en este caso, sostiene que debe perderse la herencia igualmente por adulterio con la hija o nuera del difunto; y añade, que no constando en la ley en qué tiempo ha de haberse cometido el delito, ha de entenderse tanto antes como después de la muerte del difunto (124).

(120) Cfr. *Códigos*, cit., pág. 435.

(121) Al respecto, la Glosa 11 de LÓPEZ reza así: «*Non parcutur rustico, nisi quando est ignorans, seu quando est rusticus opere et conversatione*».

(122) Vid. *Códigos*, cit., pág. 435.

(123) Así, entre otros, aluden a comentarios del insigne glosador: SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 402; DEL VISO: *Lecciones elementales*, cit., pág. 331; GUTIÉRREZ: *Códigos*, cit., pág. 436.

(124) Tal analogía de leyes, realizada por el ilustre glosador, es cuestionada sin respuesta por NAVARRO AMANDI: *Código Civil de España*, cit., págs. 466 y 467.

La «quinta razón» que contiene la ley 13, tit. VII, Partida 6.^a, versa sobre si el heredero acusase el testamento, «*o la escritura en que fuesse establecida, diziendo que era falso...*»

De la lectura del propio texto íntegro, caben deducir algunas observaciones:

- a) Es necesaria la celebración de un juicio sobre la validez o falsedad del testamento.
- b) Se necesita que el juicio sea fallado a favor de la validez del testamento en contra de la «acusación» del heredero para que el mismo incurra en esta causa.
- c) Se hace extensiva dicha causa al heredero «abogado o procurador» que, por su cargo, tuviere que seguir tal acusación. Es decir, no constituye tal hecho excusa o excepción (125).
- d) No atañe esta causa de indignidad si lo hiciese «*por pro, o por mandado del Rey, o si fuesse guardador de algún huérfano e razonesse contra el testamento por pro del*».
- e) Es referida al heredero testamentario. Esta conclusión, compartida por NAVARRO AMANDI (126), encuentra su fundamento en la propia letra de la ley cuando se hace referencia al heredero que acusase de fallo el testamento o la escritura «*en que fuesse establecido*», limitando, así, el campo de los herederos susceptibles de incurrir en esta causa de indignidad a los puramente testamentarios.

Por último, la sexta causa o «razón» que se presenta en dicha ley versa así: «*quando el testador rogasse al heredero en poridad que diesse aquella*

(125) La doctrina otorga especial atención a este apartado que contiene la extensión que la propia ley de Partidas hace a los herederos que llevan a cabo la «acusación» en razón de su cargo, y con ello, expresamente rechaza como excepción de la causa quinta de la ley 13 tal hecho.

De acuerdo con ello, se manifiesta DEL VISO (*vid. Lecciones elementales*, cit., pág. 332), cuando señala que se excluye de la herencia el que denunció como falso el testamento en que fue instituido heredero «aún cuando lo hiciere en calidad de abogado o procurador de otro». Añade dicho autor: «Se exceptúa el caso en que lo hiciere a nombre y en beneficio del huérfano de quien fuera tutor». Se observa, por tanto, en las palabras del autor, su absoluta concordancia con el texto de Las Partidas.

No así, ocurre con FALCÓN y GUTIÉRREZ, los cuales aluden al cumplimiento de un deber como de excepción a la incursión en indignidad.

FALCÓN (*vid. Exposición doctrinal*, cit., pág. 172) por su parte, señala como una de las «indignidades» el caso del que combatió la validez del testamento «a menos que se probase que obró en cumplimiento de un deber procedente de algún cargo».

En el mismo sentido, GUTIÉRREZ (*vid. Códigos*, cit., pág. 436), manifiesta como una «ingritud...», y hasta una inconsecuencia, presentarse a recoger la herencia por virtud de un testamento que se ha redarguido de falso». Añadiendo, «... pero tiene disculpa cuando ésto se hace por deber».

(126) *Vid. Código Civil de España*, cit., pág. 467.

heredad en que le estableciesse a algún fu fijo, o a otro, que lo non podía hredar, porq le era defendido por la ley. Ca fi el hredero cüpliesse tal ruego, o mádamiento del testador, e la entregasse al otro, perdería porende el derecho q auia en la heredad».

Se observa, con su lectura, que este fragmento de la ley castiga el fideicomiso prohibido por ésta.

Dicha disposición encuentra un claro precedente en el Derecho romano donde como se recordará, el Digesto privaba de la «*quarta Falcidia*», pasando por ello ésta al Fisco, a aquél que aceptara cumplir el fideicomiso tácito de restituir la herencia a favor de quien no reunía los requisitos legales para adquirirla (127), y es objeto de especial atención por la doctrina (128).

Termina la ley 13 de Partidas haciendo alusión a los efectos que produce cualquiera de las seis causas antedichas. Tales efectos, según la propia ley, consisten en lo siguiente:

- a) Pérdida de la herencia por parte del heredero que incurriera en alguna de las seis «razones».

(127) En el mismo sentido, DEL VISO conceptúa como persona indigna, excluida de la herencia, «el que consintió en ser instituido heredero fiduciario para entregar luego la herencia al que por derecho es incapaz de heredar». *Lecciones elementales*, cit., pág. 332.

(128) Así, FALCÓN (cfr. *Exposición doctrinal*, cit., pág. 172) califica dicho acto como «fraude, pactado en menosprecio de la ley» a lo que, expresando su opinión, añade «y con razón la ley lo condenaba». En el mismo sentido, GUTIÉRREZ (cfr. *Códigos*, cit., pág. 436) indica que esta sexta causa de la ley de las Partidas es incluida «con objeto de impedir las instituciones hechas en fraude de la ley», refiriéndose al indigno por esta causa como aquél que «aceptó encargo confidencial secreto de entregar a un incapacitado la herencia, y le cumple».

Por su parte, NAVARRO AMANDI (cfr. *Código Civil de España*, cit., págs. 467 y 468), conceptuando como indigno de adquirir por testamento «el que por encargo del testamento hace entrega de la herencia a persona incapaz o indigna para heredar», considera contrario a la ley el hecho de que el incapaz pueda «directa o indirectamente, ni de una manera evidente o encubierta percibir cantidad alguna por el testamento» y por tanto, sostiene que aquel heredero o legatario que cumple con un encargo del testador que es contrario a la ley, de esa forma, «merece en castigo verse privado de lo que pudiera muy bien ser premio de su servicio para vulnerar la ley».

Cabe observar, en relación con esta última causa, que tal precepto, que GUTIÉRREZ califica de «ineludible» (cfr. *Códigos*, cit., pág. 437), sólo hace mención a la indignidad del heredero que entrega al incapaz, por encargo del testador, parte de la herencia, pero no hace referencia al propio incapaz que la recibe.

En relación a este tema, es necesario aludir a la ley 14, tit. VII, Part. 6.^a, en la cual se premia al incapaz «que no puede ser por derecho establecido por heredero», cuando habiéndolo sido «*de jacto*», él mismo lo descubre antes de ser acusado por ello.

Apoyándose esta ley 14, DEL VISO (*vid. Lecciones elementales*, cit., pág. 332), amplía el campo de la indignidad al que por derecho es incapaz de heredar y hereda, refiriéndose a él como al «fideicomisario», si bien, exceptúa caso, en que él mismo denunciara al fideicomiso que se contempla en aquella ley.

- b) Paso de la herencia perdida por el heredero indigno a manos del Rey.
- c) Pérdida, igualmente de las «mandas» a aquéllos a quienes fuesen hechas e incurrieran en alguna causa de indignidad.

Además de la ley 13, tit. VII, Part. 6.^a, se encuentran en estos mismos tit. y Part., otros casos por los que el heredero pierde su herencia y que son conceptuados por la doctrina también como «indignidades».

Tal es el caso de la ley 17, en donde aparecen casos de exclusión de la herencia, que si bien como tales se asemejan a los expresados en la ley 13 ya vista, se diferencian de ésta en que los que aquí se contienen tienen la característica especial de no pasar tal herencia a manos del Rey, como ocurría en los anteriores. Esta circunstancia es puesta de relieve de forma expresa en la misma ley 17, la cual comienza así: «*Cuydarían algunos que todas las cosas que son tomadas a los que las non merescen que deuen ser de la camara del Rey. E por ende dezimos que cosas y ha en que non seria assi...*» A continuación, dicha ley señala varios casos.

En primer lugar hace mención, la ley, del caso en que el testador, dejándole alguna cosa a una determinada persona, le rogase que fuese el «guardador» de sus hijos. Si esa persona no aceptara tal cargo, no merece la «manda», y en tal supuesto, dicha manda será de los huérfanos y no del Rey (129).

Sobre esta consecuencia indica GUTIÉRREZ (130): «Cuando la indignidad del heredero mira al favor de cierta persona, lo que la ley le quita se aplica a ésta». Así, en el caso expuesto, y como indica el texto legal, serán los huérfanos los destinatarios de la manda que hubiese beneficiado a la persona nombrada por el testador como «guardador» de aquéllos, y que no ha aceptado tal cargo.

En segundo lugar, señala la ley 17 la siguiente causa: «*5/ algund orne furtasse el teftamento, en que lo ouiessen fecho alguna manda, que la pierda por efta razón e que deue fer de los herederos del teftador e non del Rey*».

(129) El supuesto de hecho contemplado en esta disposición era ya observado en el Digesto (34, 9, 5, 2), hacía referencia a la «*excusado*» del tutor testamentario e incumplimiento de las cargas. Sobre dicha hipótesis, como ya se tuvo ocasión de comprobar (*vid. ut supra.*, ap. II.3), no existe en la doctrina romanista unanimidad sobre su condición de causa de indignidad romana. No obstante, el caso encuentra claro precedente en la mencionada cita, al hacer referencia a un mismo hecho. Incluso, merece destacarse que el Digesto ya incluía la misma consecuencia de las Partidas: el legado que se deniega al tutor, no se transfería al fisco, sino que se dejaba al hijo contra cuyo interés desertó el llamado tutor.

(130) Cfr. *Códigos*, cit., pág. 438. Esta causa de indignidad es también contemplada como tal por DEL VISO. *Vid. Lecciones elementales*, cit., pág. 332.

NAVARRO AMANDI incluye este caso entre los que él conceptúa como de indignidad de adquirir por testamento (131).

En tercer lugar, contempla la ley el supuesto en que el testador instituye heredero al que, sin duda, cree su hijo, y cuando muere, es sabido que no es su hijo. En este caso, la herencia pasará a los parientes más próximos al testador si los hubiese. En caso de que no los haya, entonces tal herencia pasaría al Rey (132).

Se observa, por tanto, aquí una excepción a la regla general que corona esta serie de supuestos de la ley 17, consistente en no pasar la herencia perdida por el indigno a manos del Rey, si bien cabe advertir que en este tercer caso sólo ocurrirá tal hecho si se da inexistencia de parientes más próximos del difunto; ésto es, subsidiariamente.

Continuando con la ley 17, tit. VII, Part. 6.^a, se encuentra en cuarto lugar otra causa de pérdida de herencia: «*Si algun cristiano eftablefcieffe por fu heredero a algun herege, o moro: o iudio*», pasando aquélla a manos de los parientes más próximos del testador (133).

GUTIÉRREZ aporta un fundamento o explicación a este curioso caso. Según su opinión, como los infieles «son más bien, incapaces que indignos, por eso, la herencia que inútilmente se les manda, pasa a los parientes del testador, no al Fisco» (134).

Por último se contienen en la ley 17 dos casos referentes a una cierta actitud de los hijos frente a los padres «necesitados», concretamente, se observa el caso del hijo que no ofrece los cuidados necesarios a su padre «furioso o desmemoriado», ofreciéndoselos, sin embargo, un extraño; y el otro caso, es cuando el padre se encuentra cautivo y el hijo no quiere sacarle de tal cautiverio. En el primer caso, la herencia pasa a aquél extraño que cuidó del «furioso o desmemoriado», mientras que para el segundo se indica que «*deue fer dada para facar catiuos*» (135).

Estos dos casos son incluidos, por NAVARRO AMANDI (136) como de indignidad a suceder abintestato o por virtud del testamento anterior a la enfermedad; ésto último referido al primer caso mencionado.

Al igual que la anterior ley 17, se dan otras leyes que la doctrina refiere

(131) Vid. *Código Civil de España*, cit., págs. 467 y 468.

(132) Se encuentra, también, precedente de este caso, en el Derecho romano, concretamente en D (49, 14, 46 pr.) (vid. *ut supra*. ap. 1.1.3.2).

(133) Debe hacerse notar que esta misma causa se encuentra contenida en las Partidas, entre las de desheredación (ley 7.^a, tit. VII, part. 6.^a).

(134) Cfr. *Códigos*, cit., pág. 438.

(135) De igual modo que la anterior, estas causas de pérdida de herencia se contemplaban ya en el Derecho romano, en la Nov. 115, 3, 12-13, así como se encuentran también entre las de desheredación en la 7.^a, tit. VII, part. 6.^a.

(136) Vid. *Código Civil de España*, cit., pág. 468.

como «indignidades» contenidas en las Partidas. Tales son las leyes 26 y 27 del tit. I, Part. 6.^a

La ley 26 citada hace referencia a la mala acción de los hombres que impiden a otro hacer testamento y a la consiguiente pena que deben sufrir, que no es otra que *«perder el derecho que debe aver en los bienes de aquel que destorvó»*, pasando a ser, todo lo que perdiere por esta razón, de la Cámara del Rey.

Sobre esta ley, indica GUTIÉRREZ (137) lo señalado en la Sentencia de 26 de junio de 1862, que no es otra cosa que «la ley debe interpretarse y explicarse por la que le sigue» y haciendo alusión directa a la ley citada, señala que la misma no hace mas que «consignar un precepto absoluto y abstracto», añadiendo que «la otra es en la que se indican las diversas maneras de causar **aquél** impedimento o embargo, como le llama la ley».

Dirigiéndose a «la otra» ley (esto es, a la ley 27, tit. I, Part. 6.^a), se observa que en ella se indican tres razones que *«mueven á los ornes á las regadas á embargar á otros que non fagan sus testamentos»* (138).

En vez de razones, GUTIÉRREZ habla de «clases de personas», indicando las siguientes:

- a) Las que habiendo sido instituidas en testamento, se oponen a que las cambien.
- b) Las que por tener esperanzas de suceder abientestato, impiden que se haga testamento.
- c) Las que quieren que el testamento sea ordenado *«á su guisa é á su placer»*.

Dicha ley 27 contiene en su texto, las maneras en que ese «embargo» puede llevarse a cabo. Tal como señala GUTIÉRREZ «la coacción» puede emplearse, o directamente con el testador, o con el escribano o los testigos que habían de autorizar su testamento» (139) (140), indicándose en el

(137) Vid. *Códigos*, cit., pág. 440.

(138) A la vista de estas dos leyes se encuentra claro precedente en el Derecho romano (D. 29, 6, 1 pr. y C. 6, 34, 2) donde ya se vio que el hecho de impedir al *«de cuius»* hacer testamento o cambiarlo constituía causa de indignidad romana.

(139) Cfr. *Códigos*, cit., págs. 441 y ss.

(140) GREGORIO LÓPEZ en la glosa 4.^a a dicha ley, indica que si la fuerza es hecha a los testigos, la ley declara nulo el testamento por presumir que acobardados ignoraban lo que hacían, pero si se trata del testador, señala el glosador, que aunque violentado, entiende y sabe lo que hace.

En opinión de GUTIÉRREZ, con esta glosa, LÓPEZ intenta conciliar diferencias sobre la cuestión de si se declara la nulidad del testamento o si éste se sostiene, pasando los bienes del heredero, como indigno, a Hacienda. Para resolver dicha cuestión, GUTIÉRREZ atiende sólo a un supuesto: «el testador ha de tener la libre elección de su heredero; el testamento otorgado por fuerza no es su voluntad».

mismo texto de la ley, que no sólo son las señaladas, las maneras posibles para incurrir en esta pérdida de herencia, sino que se admiten «*en otras semejante dellas*».

Incluso se incluye en el texto legal, otro tipo de influencia: «*mas rogándole por buenas palabras, lo adujese á que no ficiese testamento*». Si bien este caso es observado como de no pérdida de herencia, como expresamente se indica en la ley («... *estonce, non perdía lo que debía aver...*»).

Para terminar con esta ley 27, tit. I, Part. 6.^a, señalada por la doctrina como de indignidad, indicar, por último, que la misma establece el requisito de la prueba, así como establece que el hijo que impidiera a sus padres testar, quedaría privado de su parte de herencia, que pasaría a Hacienda, sin que el resto de los hijos, si los hubiere, sufran perjuicio alguno por su causa.

A modo de resumen, cabe concluir que la indignidad para suceder es regulada en las Partidas como figura, distinta de la desheredación (aunque ambas tienen su sede en la misma Partida y Título), que provoca al heredero o legatario que incurre en alguna de las concretas y expresas causas que contempla, la pérdida de su herencia o «manda», pasando ésta, como regla general, a manos del Rey por no considerar, por ley, el indigno merecedor de ella.

3. LA INDIGNIDAD EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

La ley IX, tit. XX, Lib. X de la Novísima Recopilación, recoge el caso de la falta de denuncia o querella de la muerte del causante por sus herederos.

Se trata de la única causa de indignidad que recoge el texto histórico, y poca es la doctrina que se ocupa de la misma, en muchas ocasiones absolutamente ignorada.

Cabe destacar a SCAEVOLA, que en su obra (141), indica que las leyes 13 y 15, tit. VII, Part. 6.^a han sido hasta la promulgación del Código Civil «el derecho español sobre el asunto», y, dicho autor añade a su afirmación, que la única modificación establecida la constituyó la ley 11, tit. XX, lib. X mencionada, si bien no se detiene a explicar en qué consistió esa modificación (142).

(141) Vid. *Código Civil*, cit., pág. 400.

(142) Ante esta afirmación, cabe preguntarse: ¿a qué modificación se refiere el autor?

Con los textos anteriores del Fuero Real y Partidas a la vista, parece que la única modificación que supone la Novísima Recopilación es la introducida al principio de la ley 11 cuando se dice: «si algún hombre fuere muerto a traición o a tuerto...» Es decir, parece ampliar, con ello, la causa de indignidad, no sólo la causa de muerte del causante,

Por su parte DEL VISO (143), hace referencia a esta ley de la Novísima cuando expone los casos en que la obligación de denunciar cesa y, señala como segundo: «si no se supiese quién era el matador, o no se hallase éste en la tierra», tal como expresa el texto legal en que se centra ahora la atención como precedente legal histórico de caso de indignidad.

Analizando la ley 11 de la Novísima, se observa que procede dicho texto de la primera causa de la ley 13, tit. VII, Part. 6.^a y de las anteriores leyes 4.^a y 5.^a del tit. IX, lib. III del Fuero Real, que ya se ha tenido ocasión de estudiar. Pues bien, tal como indica GUTIÉRREZ, «Don Enrique III y don Alonso reproducen esta pena en el título de las de Cámara», como aparece en la ley 11 citada. Así, en dicho texto legal, se dice, textualmente: *«pierdan la herencia que del finado ha recardado para la nuestra Cámara»* (144).

Quede lo dicho, por tanto, como constancia de la existente —aunque escasa—, regulación de la indignidad en la Novísima Recopilación como figura de exclusión de herencia.

4. REFERENCIA AL PERDÓN DEL INDIGNO EN LOS TEXTOS JURÍDICO-HISTÓRICOS ANTERIORES

En nuestro Derecho histórico, el perdón de la pena de privación de herencia comienza a aparecer, no en el campo de la indignidad sucesoria, sino que en el de la desheredación, «quizá por afectar en mayor medida a los hijos», según opinión de HERNÁNDEZ GIL (145), y posiblemente —como el mismo autor expresa—, por no comprender siempre el círculo de los más próximos parientes, en la indignidad, el reconocimiento explícito fue tardío, adquiriendo su plenitud cuando los legitimarios pueden incurrir en cualquier causa de indignidad».

Concretamente, en el Fuero Juzgo y Fuero Real no se alude al perdón en la indignidad. Pero, si cabe, causa mayor admiración tal falta en el

sino también al caso en que el mismo quedase «tuerto». Del mismo modo, se observa como innovación, la mención de la muerte calificada como «a traición».

El resto del texto de la ley 11 procede de antecedentes previos ya señalados, que no modifica en nada. Así, el plazo señalado para querellarse el heredero es el de cinco años, igualmente que lo establecía la ley de Partidas; y los requisitos necesarios para que el heredero incurra en esta causa son los mismos expresados en la ley 5.^a del Fuero Real:

1. *«Que han edad cumplida».*

2. *«Y son varones».*

3. *«Y si fuere sabido qien fué el matador, y que sea en la tierra, y que sea poderoso para demandar la muerte».*

(143) Vid. *Lecciones elementales*, cit., pág. 331.

(144) Cfr. *Códigos*, cit., pág. 434.

(145) Vid. *«La rehabilitación del indigno»*, cit., pág. 291.

segundo de los textos legales mencionados puesto que, como ya es sabido, en el mismo la indignidad es regulada en el título dedicado a la «desheredación», si bien en distintas leyes. Así se observa que en la ley 2.^a, que regula la desheredación, se hace expresa mención del perdón («*é despues le perdonáre*»), mientras que en la ley cuarta, referida a la indignidad, se silencia.

Ante la cuestión que se suscita del por qué de este distinto tratamiento, cabe una posible respuesta certera y es la dada en opinión de HERNÁNDEZ GIL, cuando indica que «el perdón es inconcebible en la indignidad, tal como la prevé el Fuero Real, por una causa temporal» (146). Dicho autor fundamenta su opinión en el hecho de que todos los motivos que se enumeran se refieren a acciones realizadas después de la muerte del causante.

Sea esta u otra la causa que motiva el silencio en torno al perdón del indigno en el Fuero Real, el hecho cierto es que tal figura no es contemplada en los textos legales referidos y, por ello, no constituye precedente del artículo 757 del Código Civil español vigente, regulador de la «rehabilitación» del indigno.

Como es sabido, con la publicación de las Partidas se introduce en España el sistema del Derecho romano, y con ello, sus principios, entre los que se destaca ahora el desconocimiento total de la efectividad del perdón en materia hereditaria. Esto es, ni la desheredación ni la indignidad se sanan por el perdón.

Como conclusión, cabe decir que en el Derecho histórico español, el perdón del indigno es totalmente desconocido y por ello aparece la indignidad como «pena» al «ingrato» que con su conducta ofende al testador, cuyo perdón es, desde un punto de vista legal, plenamente ineficaz.

IV. PRECEDENTES LEGALES DE LA INDIGNIDAD EN EL DERECHO EXTRANJERO CODIFICADO

1. EL CODE NAPOLEÓN. INFLUENCIA Y RÉGIMEN JURÍDICO EN TEMA DE INDIGNIDAD

De todos es sabida la influencia que, de forma general ejerció el *Code* en la Codificación civil del siglo XIX. Fue implantado en algunos territorios y países (147), siendo en ellos aplicado directamente su articulado; mien-

(146) Vid. «*La rehabilitación del indigno*», cit., pág. 293.

(147) El *Code* se implantó en los territorios alemanes del Rin, Hesse y en el Palatinado, así como en Países Bajos, Luxemburgo e Italia, perviviendo aún en Bélgica (LASSO GAITE: *Crónicas de la Codificación española*. 4. *Codificación civil*, vol. I, pág. 54); vid. AUBRY & RAU: *Cours de Droit civil français*, t. 1, París, 1869, cit., págs. 19 y ss.

tras que en otros (148), aunque no llegando al extremo de los anteriores, la codificación civil tuvo su máximo ascendiente en el Código del emperador francés.

Es entre estos últimos, donde se encaja el caso de la codificación civil española. Y es por ello, que se dedica aquí la atención a la influencia que, en nuestra materia, haya podido ejercer dicho texto jurídico francés.

Ahora bien, no en todas las materias civiles influyó el *Code* de igual manera y con la misma intensidad.

Excede del fin de estas líneas el delimitar aquí cuáles, y en qué medida, han sido las materias del campo, en Derecho civil español que se han visto derivadas, e incluso, literalmente trasplantadas en algunos, del *Code* a nuestro texto legal de 1889.

Sí, por el contrario, debe manifestarse en este lugar, por constituir punto menos que imposible de mención, dada la materia que nos ocupa, la escasísima influencia que en materia de Sucesiones, en general, y de indignidad, en particular, el *Code Napoléon* ejerce sobre el nuestro.

Ante esta realidad que no deja de sorprender, por configurarse el *Code* como el ascendiente de más alto grado sobre nuestro Código Civil, se hace interesante el conocimiento de los motivos que pudieron dar lugar a esta excepción en materia sucesoria.

Ello nos lleva a remontar el estudio al Derecho anterior a la publicación del *Code* en Francia, nos encontramos con que antes de la publicación del mismo, este país se hallaba dividido en territorios donde el Derecho era escrito y territorios en los cuales era el Derecho consuetudinario el que reinaba.

En esta división, la sucesión se encontraba como materia diferenciada por los distintos sistemas legales existentes y, así, mientras en los primeros —territorios con derecho escrito— se seguía el Derecho romano, y particularmente, en lo concerniente a la sucesión, el sistema establecido por Justiniano en su Novela 118; en los segundos —aquellos territorios en los que la costumbre era el elemento primordial—, y precisamente por ello, el sistema sucesorio variaba de unas «villes» a otras, si bien, las costumbres en todas ellas estaban impregnadas de un espíritu germánico, aunque modificado por el feudalismo y régimen aristócrata que dominaban en el país vecino antes de la Revolución (149).

(148) Ejerció influencia el Código francés en las codificaciones portuguesa, rumana e iberoamericana, incluso Luisiana y Quebec y japonesa, además de la española (LASSO GAITE: *Crónicas*, cit., pág. 54).

(149) Vid. LAURENT: *Principes de Droit civil*, t. 8, 3.^a ed., Bruxelles, 1878, pág. 579; ORTEGA PARDO, en *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»*, Madrid, 1945, pág. 57; DEMANTE: *Cours de Droit civil*, t. 3, París, 1885, pág. 54.

Ante este panorama de divergencias en materia de sucesiones y dado que la conciliación entre Derecho romano y Derecho de costumbres se presentaba imposible, los redactores del *Code*, tal como manifiesta LAURENT (150), dieron preferencia a la costumbre. Heredándose, de esta forma, el espíritu germánico de ésta.

He aquí, por tanto, el hecho que explica los motivos de la falta de influencia del *Code* en materia de Sucesiones, sobre nuestro Código Civil, puesto que como se ha venido observando en el transcurso de la historia, es el espíritu romano el que trasciende en materia sucesoria y, especialmente, en materia de indignidad, en nuestro Derecho codificado.

No obstante, la realidad divergente antes expuesta, se presenta como ineludible la observancia de la figura de la indignidad sucesoria y su regulación en el *Code*, que si bien con distintos ascendientes respecto del sistema en el que se integra, se trata siempre de una figura de origen romano (151) por ello contiene puntos comunes que bien pueden considerarse de una u otra forma antecedentes de los contenidos en el Código Civil español.

Es por ello que, brevemente, a continuación se hace referencia a dicha regulación, destacando los puntos de mayor interés.

Esta figura sucesoria se presenta en el *Code*, independientemente de las causas de incapacidad para suceder, como la única causa que excluye al heredero de la herencia. Lo que difiere del Derecho francés anterior al *Code*, en donde se reconocían tres figuras que motivaban tal exclusión: «*exhérédatio*», «*renonciation*» y «*indignité*» (152).

De estas tres figuras, el *Code* sólo recogió la «*indignité*» (153).

Se observa, pues, en este tema una radical diferencia con nuestro Código Civil en el que, junto a la indignidad, aparece la desheredación como figura de exclusión de la herencia.

Al no incluir el *Code* la «*exhérédatio*» (154), ni la «*renonciation*», queda por tanto, como se ha indicado, la indignidad como única figura de exclusión de la herencia en el sistema francés.

La indignidad se encuentra regulada en el *Code* en los artículos 727 a

(150) Vid. *Principes*, cit., pág. 579.

(151) Vid. PLANIOL, en *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, París, 1948, pág. 501.

(152) Vid. DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon. T. 13. Traité des Successions*, t. I, 3.^a ed., París, 1866, pág. 273.

(153) Lo que GARCÍA GOYENA ha calificado de «inconsecuente», ya que con ello, según el autor, el *Code* «rechazó la desheredación del hombre o por testamento en todos los casos, y admitió en algunos la indignidad o desheredación por el solo efecto de la ley». Cfr. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 337.

(154) Según PLANIOL es suprimida por dar lugar a pleitos «*fréquents et scandaleux*». (*Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, París, 1948, pág. 501).

730, contenidos en el *Chapitre II* («*Des qualites requises pour succéder*»), *Titre I* («*Des Successions*»), *Livre III* («*Manières d'acquérir la propriété*»), del mismo. En el primero de los artículos mencionados se incluyen tres causas de indignidad que como se verá, ya fueron contempladas con anterioridad en nuestro Derecho histórico, así como en el Derecho justinianeo. No obstante, es la primera vez ésta en la que aparecen en un Código Civil como tales, y ello merece destacarse.

En primer lugar, el artículo 727 considera indigno de suceder, «*et, comme tels, exclus des successions, 1.º celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défaut*».

La doctrina francesa y, en especial, los *exégetas*, muestran, uniformemente que el hecho que aquí se castiga y por el cual se incurre en indignidad lo constituye la «condena» por haber dado o intentado dar muerte al difunto (155). Esto es, el sólo hecho de «dar o intentar dar muerte» no es lo que lleva al heredero a ser «indigno de suceder», sino que debe haber sido condenado por ello.

Algunos autores (156) incluso expresamente señalan que debe tratarse de una condena penal. Y por ello, cuando la condena no es posible, la causa de indignidad no deviene como tal (por ejemplo, cuando la acción pública ha prescrito o si el culpable muere antes del juicio) (157).

(155) En este sentido, AUBRY & RAU: *Cours de Droit civil français*, t. 6, 4.^a ed., París, 1869, pág. 282; DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, cit., t. XIII. *Traité des Successions*, t. 1, 3.^a ed., París, 1866, pág. 279; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis de Droit civil*, t. III, París, 1914, pág. 335; DURANTON: *Cours de Droit français suivant le Code civil*, t. 6, 4.^a ed., París, 1844, pág. 111; Huc: *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. 5.^o, París, 1893, pág. 67; LAURENT: *Principes de Droit civil*, t. 9, 3.^a ed., Bruxelles, 1878, págs. 9 y 10; PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit civil*, cit., t. 3, 3.^a ed., París, 1948, pág. 502; ROGRON: *Expliqués par leurs motifs, par des exemples, et par la jurisprudence...*, París, 1836, pág. 122.

(156) Por ejemplo, en este sentido se muestran, DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 280; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...*, cit., pág. 335; AUBRY & RAU: *Cours...*, cit., pág. 281.

(157) Aparte del mencionado, dos temas trata la doctrina con preferencia en torno a esta primera causa de indignidad del artículo 727 del *Code*. Uno de ellos es el referente al requisito de voluntariedad en el delito, en el que los autores se muestran, en general, de acuerdo en la misma opinión: la ley, con la indignidad, trata de castigar una intención culpable y no un accidente desgraciado (*vid.* DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 280 y 285; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...*, cit., pág. 335; DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 112; LAURENT: *Principes...*, cit., págs. 9 y 10; PLANIOL: *Traité*, cit., pág. 502; ROGRON: *Expliqués...*, cit., pág. 122; AUBRY & RAU: *Cours...*, cit., pág. 281). Es por ello que, según la doctrina, cuando la acción ocurre en estado de demencia, o ha sido realizada por una fuerza irresistible, así como si es ordenada por ley o autoridad legítima, o se ha llevado a cabo en legítima defensa, al no haber delito ni crimen, y por ende, condena por ello, no habría indignidad. En todos estos casos no se incurre, según los autores, en causas de indignidad.

No presenta tal concordancia la doctrina, con respecto al segundo de los temas

Sin adentrar en tal discusión, por no constituir objeto de estas líneas, indicar que expresamente la ley hace mención de las acciones de «*donner*» y/o «*tenté de donner*». Esto es, se castiga tanto el hecho consumado como la tentativa como origen de indignidad.

La segunda causa de indignidad que recoge el artículo 727 francés consiste en «*porter contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse*».

Se puede afirmar, con DURANTON (158), sobre esta causa de indignidad que requiere la reunión de cuatro circunstancias. A saber:

- que se trate de una «*accusation*»,
- que la acusación haya sido «*capital*»,
- que la misma haya sido juzgada, y
- que haya sido declarada calumniosa.

Se presentan, por tanto, cuatro requisitos para poder declarar al heredero indigno por tal causa (159).

Por último, el artículo 727 señala una tercera y última causa de indignidad consistente en la falta de denuncia de la muerte del causante, por parte del heredero mayor de edad conocedor de la misma.

De igual modo que con las anteriores, la doctrina trata diversos puntos con respecto a esta causa, de los que aquí, únicamente, se dejará constancia.

En primer lugar se muestra como requisito la mayoría de edad del heredero conocedor de la muerte violenta del difunto. Dicho requisito es mencionado por toda la doctrina, si bien sólo algún autor hace referencia a la necesidad de que tal heredero, además, goce de la plenitud de sus facultades (160).

También la doctrina observa la ausencia de plazo legal en que deba efectuarse la denuncia. El sentir general de los autores descansa en la opinión de que, al tratarse de una «cuestión de hecho», dicho punto queda

aludidos y que tiene por objeto la «complicidad» en el delito. Los autores se preguntan si el «cómplice» deviene, igualmente que el autor, indigno de suceder. Se pretende discurrir si se incurre en la primera causa de indignidad por complicidad en el hecho delictivo.

Una parte de la doctrina se muestra a favor, alegando que el Código penal asimila la complicidad a la autoría (entre ellos, DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 279, y DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 111); mientras que otros autores se muestran disconformes con ellos, pues mantienen que el artículo 727,1.º no engloba tales casos (destacan BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...*, cit., pág. 335, y LAURENT: *Principes...*, cit., págs. 8 y 9).

(158) *Vid. Cours*, cit., pág. 121.

(159) Requisitos que de igual modo el Código Civil español en su texto como integrante de la misma causa de indignidad.

(160) Tal es el caso de Huc: *Commentaire*, cit., pág. 69, y AUBRY & RAU: *Cours...*, cit., págs. 285-286.

a la apreciación de los jueces que decidirán de acuerdo con las circunstancias del caso (161).

Por último, otro de los puntos más estudiados por la doctrina se centra en el objeto de la denuncia sobre el que vienen a coincidir los autores, de manera general, a la hora de afirmar que dicho objeto se fija en la muerte (violenta) del causante y no en el asesino del mismo. Esto es, el heredero mayor de edad no está obligado a denunciar al asesino, sino que su obligación consiste, según la ley, en denunciar la muerte de la cual tiene conocimiento.

En relación a este punto, se encuentra el artículo 728 del *Code* en el que se establece una excepción a la obligación de denunciar contenida en esta tercera causa de indignidad. Tal artículo versa: «*Le défaut de dénonciation ne peut être opposé aux ascendants et descendants du meurtrier, ni à ses alliés au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et nièces*» (162).

Por su parte, el artículo 729 tiene por objeto la obligación de restitución de frutos por parte del indigno.

Sobre este punto son varias las cuestiones que los autores estudian, destacando las más frecuentemente citadas por ellos, mencionar la apreciación del indigno como poseedor de mala fe y su consecuente tratamiento como tal (163).

De otra parte y como posible consecuencia de la anterior, se estudian las enajenaciones efectuadas por el indigno antes de su declaración como tal en juicio (164).

También de forma generalizada los autores se inclinan por la imposibilidad, por parte del heredero indigno, de invocar la prescripción quinquenal

(161) En este sentido: Huc: *Commentaire*, cit., pág. 69; PLANIOL: *Traité élémentaire*, cit., pág. 503; LAURENT: *Principes...*, cit., págs. 13; DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 132; DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 305; AUBRY & RAU: *Cours...*, cit., pág. 285; BAUDRY-LACANTINERIE: *Précis...*, cit., pág. 336.

(162) Sobre la aplicación de este artículo, DEMOLOMBE, defiende, en contra de TOULLIER, que es referida únicamente a la sucesión «*ab intestato*». Para mayor información, *vid.* en su obra *Cours*, cit., págs. 312 y ss.

(163) En este sentido, ROGRON: *Expliqués*, cit., pág. 123; PLANIOL: *Traité élémentaire*, cit., pág. 505; DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 138, y LAURENT: *Principes...*, cit., págs. 34, entre otros.

(164) En este tema suelen los autores diferenciar entre las enajenaciones a título lucrativo o gratuito. Distinguiendo que las primeras realizadas por el indigno, y en virtud del principio de la buena fe de terceros, serán válidas mientras que las segundas deberán ser revocadas (*vid.* ROGRON: *Expliqués*, cit., pág. 123. En contra de esta postura se encuentran otros autores, entre los que cabe destacar a LAURENT, para el cual todos los actos del indigno son nulos, sin distinción de ningún tipo, así como a DEMOLOMBE, quien sostiene opuestamente al anterior, que todos los actos de aquél deben ser mantenidos. *Vid.* respectivamente, *Principes*, cit., págs. 37-39, y *Cours*, cit., pág. 375).

del artículo 2.277 del *Code* en relación directa con las dos cuestiones citadas (165).

Termina el capítulo del *Code* que nos ocupa, con un original precepto, el 730, en el que de forma directa se hace alusión a los hijos del indigno. Parece ser, según testimonio de diversos autores (166), que el motivo principal de la inclusión de este precepto por parte de los codificadores, radica en el hecho de que en el antiguo derecho francés, los hijos del indigno eran excluidos también de la herencia, al igual que su padre, por la falta cometida por éste. Por ello, por lo que el legislador derogó tal costumbre mediante una expresa declaración que recoge el artículo 730, y que textualmente versa: «*Les enfants de l'indigne, venant á la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père...*»

En este artículo, por tanto, como manifiesta la doctrina (167) se hace eco del «principio de la personalidad de las penas» y su finalidad es terminar con la clara injusticia de que personas ajenas a una falta se vean perjudicadas por la misma.

Ahora bien, si al parecer la doctrina se muestra unánime en este punto, las controversias surgen al tratar la cláusula «*et sans le secours de la représentation*», pues, la misma provoca confusión respecto a la posibilidad o no del ejercicio del derecho de representación por parte de los hijos del heredero indigno (168).

La segunda parte del artículo 730 establece una excepción al derecho de usufructo que la ley otorga a los padres sobre los bienes de sus hijos, negando al indigno el derecho a reclamar tal prerrogativa, lo que de forma general es aceptado por la doctrina.

De forma breve se ha expuesto la regulación que de la indignidad contiene el *Code*. Pero antes de cerrar el capítulo dedicado al Derecho francés en esta materia, parece interesante hacer alusión a la figura del perdón del indigno que si bien expresamente no es contemplada por el Código Civil francés, sí ha sido objeto de estudio y atención por parte de la doctrina francesa.

Es necesario advertir que tal tema es escasamente tratado por dicha

(165) Así lo manifiestan entre otros, ROGRON: *Expliqués*, cit., pág. 123; Huc: *Commentaire*, cit., pág. 74; DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 137, y DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 372.

(166) Como, por ejemplo, DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 143; Huc: *Commentaire*, cit., pág. 75, y LAURENT: *Principes...*, cit., pág. 40.

(167) Vid. PLANIOL: *Traité élémentaire*, cit., pág. 504; LAURENT: *Principes...*, cit., pág. 40, y DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 350.

(168) Para abundar en el tema, puede consultarse: LAURENT: *Principes...*, cit., págs. 40-41; DURANTON: *Cours...*, cit., pág. 148; Huc: *Commentaire*, cit., pág. 76; PLANIOL: *Traité élémentaire*, cit., pág. 505, y DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., pág. 351.

doctrina. Se destacan en estas líneas, entre otros, a DE PAGE, LAURENT, DEMOLOMBE y HUC.

Los dos últimos autores citados coinciden, con la mayoría de la doctrina, en negar de forma rotunda una posible eficacia del perdón en la figura de la indignidad (169).

Por su parte, LAURENT señala que si bien no parece posible admitirse eficacia a dicho perdón por tratarse la indignidad de una figura jurídica que tiene lugar de pleno derecho, en virtud de la ley y, por tanto, no susceptible de ser revocada por la simple voluntad del «*de cuius*», si se admite que la indignidad no existe hasta ser declarada por un juez, por la demanda de parte interesada «*nous déciderions, comme on le laissait dans l'ancien droit, que l'indignité se couvre par le pardon*» (170).

Este autor, por tanto, no descarta la posibilidad de eficacia del perdón del indigno. Es más, incluso, como se ha visto, señala que manteniéndose una determinada postura, es cierta tal eficacia.

Entre los intérpretes del Código, y en relación a este tema que ahora se trata, la excepción está representada por DE PAGE. Este autor no considera lógica la solución adoptada por el texto francés, porque si la indignidad está fundada en ofensas del heredero al difunto, ¿quién debe ser el juez supremo de estos hechos sino el interesado, el difunto mismo?, se pregunta el autor, ¿por qué imponer una solución de discordia cuando ha intervenido la reconciliación? (171).

Sin entrar más a fondo, por ahora, se deja el tema del perdón del indigno, subrayando, eso sí, que no es contemplada tal figura de forma expresa por el *Code*, al contrario, como más adelante se verá, ocurre en otros textos civiles codificados (172).

En suma, el *Code* constituye ascendiente legal del Código Civil español en cuanto en sus líneas contempla la figura de la indignidad, dedicando a su regulación expresa los artículos a que se ha hecho referencia y presentando, como característica general, la visión de tal figura como la única de exclusión de herencia en el sistema francés susceptible de ser provocada por tres distintas causas señaladas en la ley. Aparece, pues, la indignidad en el *Code* como una sanción de carácter personalísimo —de forma expresa se excluyen los hijos del indigno—, que conlleva unos determinados efectos —restitución

(169) Vid. DEMOLOMBE: *Cours...*, cit., págs. 283 y 300; Huc: *Commentaire*, cit., pág. 68.

(170) Cfr. *Principes*, cit., pág. 14.

(171) DE PAGE: vid. *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, t. IX, 1948, pág. 84. En el mismo sentido, POTHIER, en *Traité des successions*, cap. I, secc. 2.^a, art. 4.^o, párr. 2.^o.

(172) La postura del *Code* la fundamentan los juristas franceses en el carácter o naturaleza de la indignidad en cuanto pena pública, no susceptible de remisión particular (vid. SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 409).

de frutos y rentas—, y que no es susceptible de perdón o rehabilitación por parte del ofendido, o al menos, la ley no contempla tal posibilidad.

2. EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1865: ANTECEDENTE
DE LA INDIGNIDAD SUCESORIA DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

El *Code Napoléon*, objeto de estudio en el epígrafe anterior, y sobre el que ya se ha hecho alusión a la extensa influencia que produjo en los países europeos, no exceptúa a Italia de su despliegue codificador.

Efectivamente, repasando la historia, se observa que el *Code*, que fue promulgado por vez primera en Italia en 1804 en la región de Piamonte, fue más tarde adoptado e impuesto en otras regiones de la península italiana (173). Más tarde fue perdiendo vigencia el texto francés y fueron apareciendo distintos Códigos en los antiguos Estados italianos, si bien todos ellos con inevitable influjo francés.

La labor de revisión de estos Códigos, con el fin de elaborar un único texto legal para toda la nación italiana, comienza a fines de 1859 y no es hasta 1865 cuando fue promulgado el nuevo texto del Código Civil italiano, cuatro años más tarde de que fuera proclamado el Reino de Italia.

No obstante, la influencia francesa sobre el texto italiano, se observan innovaciones en el tratamiento de la indignidad sucesoria y a las que aquí de forma prioritaria se hará mención.

La indignidad como única figura jurídica de exclusión de herencia que contempla el «*Codice*», al igual que ya se ha visto hace el *Code*, es regulada en aquél, en la «*Sezione*» I («*De la capacità di succedere*») del «*Titolo*» II («*Delle successioni*») del Libro III del texto italiano.

«*Tutti sono capaci di succedere, salve le accezioni determinate dalla legge*» reza el artículo 723, que encabeza la «*Sezione*» I aludida, tras del cual se contiene un artículo dedicado a la incapacidad de suceder, ocupándose después el «*Codice*», durante cuatro artículos, a regular la indignidad. Por tanto, aparece la indignidad en el Código Civil italiano como una excepción legal a la capacidad de suceder, esto es, como una incapacidad y es así: «*Sono incapaci, come indegni, di succedere...*»

Cuatro son las causas que este Código contempla como de indignidad para suceder. Las dos primeras, de clara y evidente ascendencia francesa,

F. HERNÁNDEZ GIL, en su artículo *La rehabilitación del indigno*, cit., pág. 294, al tratar de tal figura en las codificaciones modernas señala que los sistemas existentes pueden reducirse a dos: el sistema prohibitivo o del Código Civil francés y los sistemas permisivos. Según señala el autor, por tanto, es el sistema del *Code* la excepción que mantiene la no permisividad del perdón del ofendido en el tratamiento de la indignidad sucesoria.

(173) Cfr. «*Voce*»: «*Codici italiani degli antichi stati*», de A. AZARA, en *Novissimo Digesto italiano*, t. III, 1938, pág. 398.

ya se contemplaban en el Code, concretamente en los números 1.º y 2.º del artículo 727 que ya se vio en anteriores líneas, y se refieren, exactamente, a quien «voluntariamente» hubiese matado o intentado matar a la persona «*della cui successione si tratta*», así como, en segundo lugar, a quien la hubiese acusado de delito punible con «*pena criminale*», cuando la acusación haya sido declarada calumniosa en juicio.

Se observa, por tanto, una casi identidad entre ambos Códigos Civiles, el francés y el italiano, con respecto a estas dos primeras causas de indignidad, si bien cabe destacarse la introducción, en el texto italiano, del término «voluntariamente», referente al modo de llevar a efecto la acción de la primera causa señalada. De tal suerte que el «*Codice*» no contempla como indigno al que, faltándole la voluntad para ello (v.gr., accidentalmente, por fuerza mayor...) hubiera matado o intentado matar al «*de cuius*» (174). De igual modo se observa que el Código italiano suprime el requisito de la condena en juicio que exige el Code en esta primera causa.

La tercera causa señalada en el Code referente al heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte del difunto, no lo haya denunciado a la justicia, es suprimida en el «*Codice*» italiano (175). Mientras que añade otras dos nuevas:

«3.º *Chi la avesse costretta a far testamento od a cangiarlo;*
4.º *Chi la avesse impedita di fare testamento e di revocare il già fatto, o avesse soppresso, celato od alterato il testamento posterior e*».

Estas dos causas constituyen innovaciones respecto al texto del Código francés que no las incluye, como ya se vio. El legislador italiano toma estas causas de los Códigos Napolitano y Sardo (176) y, con ello se pretende, tal como señala BARATTA (177), resguardar la libertad de testar (178).

(174) La introducción de tal término por parte del legislador italiano es calificada por MANRESA Y NAVARRO como «lógica pero redundante», ya que indica el autor «sin voluntariedad no hay delito». (Cfr. *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, vol. I, Madrid, 1973, pág. 88).

(175) En este punto, el Código Civil italiano sigue la línea general de los Códigos europeos. (Cfr. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios*, cit., pág. 91; SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XIII, Madrid, 5.ª ed., 1944, pág. 4019).

(176) Cfr. GARCÍA GOYENA, en «Concordancias, motivos y comentarios», cit., del *Código Civil español*, reimpr. Zaragoza, 1974, págs. 333.

(177) Vid. en *Nuovo Digesto italiano*, t. VI, «voce INDEGNITA», Torino, 1938, pág. 1003. BARATTA señala como preferible a la opción tomada por el legislador italiano de distinguir y diferenciar estas dos causas, una fórmula única y amplia que incluyera las varias hipótesis que se contienen, y así lo expresa en el artículo mencionado.

(178) Constituyen estas dos causas nuevas, centro de atención de la doctrina, tanto por su originalidad como por las cuestiones y polémicas que originan. En dichas causas, nuestro Código Civil encuentra en el italiano un claro precedente de su texto; si bien,

Además de lo expuesto, el Código de 1865 presenta de nuevo un precepto innovador respecto al Código francés de 1804: el artículo 726. Dicho artículo, textualmente expone: «*Chi fosse incorso nella indegnità, pub essere ammesso a succedere, quando la persona della cui successione si tratta, ve lo abbia espressamente abilitato con atto autentico o con testamento*».

Este original y relevante precepto, que constituye antecedente del correspondiente en el Código Civil español, introduce a la figura de la indignidad en un nuevo sistema de permisividad de rehabilitación (179), con todo lo que ello conlleva.

La facultad de rehabilitar se limita a la persona «*della cui successione si tratta*». Puede calificarse, por tanto, de acto personalísimo, así como el modo que este Código de 1865 contempla es el expreso por medio de acto auténtico o testamento.

De forma contraria que en la legislación francesa, en el ámbito del Código italiano, el indigno es susceptible de perdón por parte del ofendido, lo que ha llevado a gran parte de la doctrina a calificar a la indignidad como «pena privada» (180).

El artículo 727 del texto italiano es una trasposición del 729 del *Code* y expresamente obliga al indigno, como ya se vio, a restituir todos los frutos y rentas, de los cuales hubiese disfrutado después de la apertura de la sucesión. De igual modo, el artículo 728 italiano encuentra en el 730 francés su antecedente inmediato. El artículo 728 expresamente declara que la indignidad del «*genitore od ascendente non nuoce ai suoi figli o discendenti*», y añade, al contenido del precepto francés: «*sia che succedano per ragion propria, sia che succedano per rappresentazione*». De esta forma incluye la sucesión por representación en un supuesto de hecho, evitando así los conflictos que la cláusula «*sauf le secours de la représentation*» provocaba en el texto francés. Por último, este precepto italiano priva al indigno, igualmente que el francés, de los derechos que la ley concede a los padres sobre los bienes de sus hijos referentes al usufructo y administración de los mismos.

ya se verá, el Proyecto del Código Civil español de 1851 contiene en su articulado un precepto semejante que, de igual modo, constituye precedente del actual.

(179) HERNÁNDEZ GIL, en su artículo *La rehabilitación del indigno*, cit., pág. 295, distingue dos sistemas en las legislaciones modernas: sistema prohibitivo del Código Civil francés y sistema permisivo. En este segundo introduce al Código Civil italiano, refiriéndose en nota al Código de 1865, del cual destaca que sólo reconocía la forma expresa de rehabilitación: bien por acto auténtico, bien por testamento.

(180) Junto al Código Civil portugués de 1867 aparecen otros, presentes igualmente ante la Comisión, como son el mejicano de 1870, el guatemalteco de 1877, el chileno de 1855, el uruguayo de 1868, o el argentino de 1869 (vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: «Derecho del Constitucionalismo y la Codificación II», cit. en colección *Temas de Historia del Derecho*, publ. Univ. de Sevilla, 1979, pág. 230).

En suma, el Código Civil italiano contempla a la indignidad como única figura de exclusión de herencia careciendo, por ello, de regulación en este texto legal la figura de la desheredación, e introduce, respecto al francés, innovaciones que a su vez constituyen antecedentes de nuestro Código Civil de 1889 y que se concretan en la inclusión de dos causas más de indignidad referentes a la libertad de testar del «*de cuius*», así como la expresa regulación de la rehabilitación del indigno.

3. EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS DE 1867 Y LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER

Entre las influencias del Código Civil español cabe mencionar, tras la prioridad de los anteriores, al Código portugués de 1867 por ser uno de los Códigos iberoamericanos tenidos en cuenta por la Comisión General de Codificación en la elaboración de sus trabajos (181).

No debe olvidarse que, no obstante, la influencia de este Código de 1867 en la formación del español, aquél absorbió a su vez influjos del Proyecto del 51, entre los cuales algunos se ven reflejados en el articulado regulador de la indignidad que, como a continuación se verá, aparece en el Código portugués un tanto disperso y confuso.

Como nota a destacar, y a diferencia de los anteriores Códigos francés e italiano, es de especial mención la coexistencia en el portugués, de las dos figuras de exclusión de la herencia presentes igualmente en el Código español de 1889: la desheredación y la indignidad (182).

Otras características deben citarse del Código portugués, esta vez referentes ya a la regulación en el mismo de la figura sucesoria de nuestro interés: la falta de una rúbrica expresa que acoja de forma clara y ordenada los artículos referentes a la indignidad, y, a consecuencia de ello, la dispersidad y confusión en dicha regulación.

El Código portugués se ocupa de las Sucesiones en el Título II, del Libro III de la Parte II de su texto; dentro de dicho Título dedica el Capítulo II a la «*Sucessao testamentária*», el III a la «*Sucessao legitima*» y un Capítulo IV a las disposiciones comunes a ambos tipos de sucesión.

Dentro del Capítulo II aludido, esto es, el dedicado a la sucesión testamentaria, contiene la «*Secção II*» que lleva por título «*Dos que podem testar e dos que podem adquirir por testamento*», en cuyo articulado se

(181) Algún autor ha visto en esta coexistencia el reflejo del carácter disciplinario y moralista de los países de creencias católicas (vid. ROGUIN: *Traité de Droit civil comparé. Les successions*, t. I, París, 1908, pág. 170).

(182) Entre otros: ROGUIN: *Traité de Droit civil*, cit., pág. 157, y SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XIII, Madrid, 1944, pág. 385.

encuentra el artículo 1.782, contenedor de las causas de indignidad, según la doctrina (183).

Pero no es exclusivamente en este precepto en donde el Código Civil portugués refiere causas de prohibición o exclusión de herencia, excepción hecha de las incapacidades para suceder y de la desheredación, a saber también las contienen los artículos 1.749, 1.780, 1.937 y 1.938. El primer artículo citado, el 1.782, contiene dos causas distintas de indignidad y literalmente dice así:

Artículo 1.782:

«Os que forem condemnados por haverem attentado contra a vida do testador, ou concorrido de qualquer fôrma para tal delicto, e os que impedirem por violencias, ou com aniegas, ou fraude, que o testador revoque o seu testamento nao poderao aproveitarse das disposições feitas em seu favor».

Una segunda parte contiene este artículo, a la que más tarde se hará referencia.

Por su parte, el artículo 1.749 señala que aquél que impidiese a otro (mediante dolo, fraude o violencia) hacer testamento será castigado por la ley penal, pero si fuere heredero abintestato además quedará privado de su derecho a la herencia, pasando éste a quien correspondiese en el caso de que dicho heredero no existiese. Se observa en este precepto, por tanto, otra exclusión de herencia si bien en este caso hace referencia a los herederos *abintestatos*.

El artículo 1.780 dice que el albacea o tutor testamentario que se excusase de su cargo por los motivos expuestos en la ley, perderán lo que les fuese dejado en testamento. Esta vez, por ende, la privación de la herencia hace referencia tan sólo a la sucesión testamentaria.

También el artículo 1.937 contiene una privación de herencia al hacer referencia a aquella persona que, mediando dolo, no presentare el testamento cerrado que tuviere en su poder de otra persona, y señalando que además del castigo penal, perderá cualquier derecho a la herencia del testador *«que por ventura tivesse»*.

Por último, el artículo 1.938 establece las mismas penas a aquél que sustrajese dolosamente el testamento de las manos del testador o del que lo tuviese depositado.

(183) DIAS FERREIRA señala que el texto de dicho artículo comprende tanto a los incapaces propiamente dichos como a los indignos, diferenciando a unos de otros en que los primeros se encuentran absolutamente inhibidos de suceder y los segundos sólo quedan inhibidos de participar en determinadas sucesiones por actos personales anteriores o posteriores a su institución (*vid. Código Civil português anotado*, vol. III, Coimbra, 1902, pág. 488 en nota al art. 1.978).

Todos estos artículos mencionados, por tanto, pueden considerarse, por su contenido, reguladores de las causas de indignidad contempladas en el Código portugués de 1867. Ahora bien, todos ellos aparecen dispersos, faltando de esta forma una única rúbrica que regule en bloque las causas que dan lugar a la figura indignitaria. Ello conlleva la falta de claridad y un tanto de confusión en el estudio de esta figura en este texto jurídico civil codificado.

De otro lado, puede observarse claramente que los preceptos anteriores, si no bajo una misma rúbrica, sí se encuentran todos ellos en un mismo Capítulo al que ya se ha citado y que lleva por título «*Da sucessao testamentária*». Tal inclusión puede llevar, *prima facie*, a pensar que en este Código la indignidad está encuadrada en dicho tipo de sucesión, lo que sería un grave error, no sólo por los términos en que se expresa el ya visto artículo 1.749, sino por la rotundidad con que el artículo 1.978 indica que las personas incapaces de adquirir por testamento tampoco podrán adquirir por sucesión legítima.

Con ello es evidente que en el Código portugués la indignidad despliega su eficacia tanto en sucesión testamentaria como en sucesión legítima o abintestato.

En cuanto a la figura de la rehabilitación del indigno, se contempla en el ya mencionado artículo 1.782 que en su apartado único, el cual constituye la segunda parte de dicho artículo, indica:

«No caso, porém, de tentativa contra a vida do testador, sobrevivendo este, será valida a disposigao posterior ao crime, se o testador teve conhecimento d'elle, bem como a disposigao anterior poderá surtir effeito, se o testador declarar, por modo authentico, que persiste n'ella».

Por tanto, será susceptible de rehabilitación, ora tácita, ora expresa, mediante documento auténtico, el indigno que lo sea por haber atentado contra la vida del testador, en el caso de que éste sobreviva. Con respecto a las demás causas de indignidad, el Código guarda silencio, incluida la otra causa contenida en dicho precepto 1782 que, como se recordará, hacía referencia al caso en que se impide a otro revocar su testamento mediante violencia, amenaza o fraude.

Cabe concluir en tema de rehabilitación del indigno que en el Código de 1867 dicha figura se encuentra limitada a un solo caso de indignidad (184).

(184) Puede verse en ello una actitud reacia del legislador portugués del 67 a la rehabilitación o reconciliación en tema de exclusión de herencia, puesto que el Código tampoco contempla dicha figura en la desheredación (*vid.* arts. 1.875 y ss. del Código Civil portugués de 1867).

Por último deben citarse como de interés los artículos 1.778 y 1.979. El primero señala el momento al que hay que atender para calificar la capacidad para adquirir por testamento, que será la que el adquirente tiene al tiempo de la muerte del testador; y en el caso de institución de heredero con condición, o de legado condicional, se atenderá también, al tiempo del cumplimiento de la condición.

El artículo 1.979 expresa el carácter personalista de la incapacidad para suceder, así como la adquisición por los hijos y descendientes del incapaz de la herencia, tal como si éste hubiese fallecido sin causa de incapacidad.

Concluyendo y a modo de resumen, señalar que el Código de 1867 regula la indignidad como privación de herencia junto a la desheredación, si bien dicha regulación se encuentra caracterizada por la dispersión y la confusión debido a la falta de una rúbrica expresa donde se condense todo el articulado referente a aquélla (la indignidad), que despliega su eficacia tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, y es susceptible de rehabilitación, tácita o expresa, únicamente en el supuesto de una concreta causa por haber atentado contra la vida del causante, por lo que dicha rehabilitación tendrá lugar, cuando éste haya sobrevivido a tal atentado.

V. ANTECEDENTES PRELEGISLATIVOS DE LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN LA CODIFICACION CIVIL ESPAÑOLA

1. EL PROYECTO DE 1836

La idea de la codificación civil española fue propugnada ya en los inicios del movimiento innovador de las Cortes de Cádiz. No obstante, la empresa de llevar a cabo la formación de un Código que recogiera la materia civil tuvo que recorrer un escabroso camino y se ha llegado a decir que ha resultado «la más difícil, complicada, laboriosa e insatisfactoria de todo el proceso codificador del Derecho español» (185).

Un primer intento de Codificación civil lo constituyó el Proyecto de 1821, pero no es hasta 1836 cuando aparece la figura de la indignidad en un texto unificador. Efectivamente, en el Proyecto de 1836 la indignidad es contemplada en las «Disposiciones generales» del Libro Cuarto de dicho Proyecto, concretamente en los artículos 2.205 al 2.207.

Llama por tanto la atención, un primer dato importante derivado de la ubicación de los artículos que regulan la figura sucesoria.

(185) Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: «Derecho del Constitucionalismo y la Codificación II», en la colección *Temas de Historia del Derecho*; Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, pág. 171.

El Proyecto de 1836 admite dos tipos de sucesión: la intestada o legítima y la testamentaria (186), siendo reguladas ambas en el Título I y el Título II, respectivamente.

Es obvio que al contener los artículos dedicados a la indignidad en las «Disposiciones generales», el Proyecto contemple a la indignidad como «exclusión» de la sucesión, tanto testada como intestada (187), lo que viene subrayando por el encabezamiento del artículo 2.205. Serán excluidos de la sucesión como indignos..., puesto que al no especificarse el tipo de sucesión debe entenderse incluidas ambas.

Dicho artículo señala tres causas de exclusión de herencia. A saber:

1. El que hubiere sido condenado como autor o cómplice de la muerte del sujeto cuya sucesión se reclama, o que hubiere intentado dársela, aún cuando esto no haya tenido efecto.
2. El que hubiere entablado contra el difunto una acusación criminal que se hubiese declarado calumniosa.
3. El que con violencia o fraude impidiera hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada reclamare después.

La primera causa parece tener influencia francesa, pues al igual que el *Code* requiere la condena en juicio, así como contempla tanto el caso de delito consumado como la tentativa o el delito frustrado. De esta misma influencia puede hablarse con respecto a la segunda de las causas mencionadas. No así de la tercera causa, la cual no es contenida como de indignidad en el Código francés.

Volviendo la vista atrás en la historia, se encuentra un precedente legal de esta tercera causa del artículo 2.205 del Proyecto del 36 en el texto de Las Partidas. Se recordará que en las leyes 26 y 27 del Título I de la Partida 6.^a se contempla el supuesto de hecho referido: «impedir hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada se tiene esperanzas de recibir».

Pues bien, tal causa que como ya se ha visto, posteriormente será contenida también en el «Código» italiano de 1865, es contemplada ya por el Proyecto de 1836 español y pasará a los posteriores textos legales de la Codificación civil española como más adelante se verá.

Por el momento, dejar constar la consideración, en el Proyecto, de

(186) Vid. artículo 2.202 del Proyecto de 1836: «Las sucesiones son de dos especies, a saber: intestadas o legítimas y testamentarias».

(187) Ya se vio en el epígrafe dedicado al derecho histórico español, cómo en el Fuero Real, en opinión de parte de la doctrina se establecía un límite en relación a los herederos susceptibles de incurrir en indignidad, recayendo tal límite en los herederos testamentarios. También en las Partidas y con respecto a alguna determinada causa de indignidad se señalaba dicha limitación.

indigno del heredero que «con violencia o fraude» impide hacer testamento al «*de cuius*».

También se percibe influencia francesa en los artículos 2.206 y 2.207 del Proyecto. El primero de ellos refleja el principio de personalidad de la indignidad que, ya se vio, contenía también el *Code* con respecto a los hijos del indigno, puesto que expresamente se excluía a los mismos de los efectos de la indignidad de su padre. En el Proyecto se observa que tal principio aparece aún con más rigor al hacerse referencia expresa del siguiente modo: «La exclusión por las causas que expresa el artículo anterior no será extensiva a los ascendientes y descendientes del autor del crimen, ni a sus parientes de cualquier clase, o a su cónyuge, los cuales entrarán en la parte que el indigno debía percibir».

El artículo 2.207 contiene la obligación del declarado indigno «a la devolución de todos los frutos y rentas que hubiere percibido».

Se omite aquí la limitación señalada en el *Code* referente a los frutos y rentas percibidos «después de la apertura de la sucesión», haciéndose en el Proyecto mención, únicamente y de forma general, a aquellos que el indigno «hubiere percibido».

Por último, en relación al tema de la rehabilitación o perdón de la indignidad, el Proyecto de 1836 no se muestra diáfano desde un primer momento, puesto que en la regulación que de la indignidad contiene dicho Proyecto, ubicada en las «Disposiciones generales» del Libro IV («De las sucesiones hereditarias»), no se hace mención ni existe precepto alguno referente a dicha materia, dando la sensación, por ende, que al igual que el Código de Napoleón, no observa la figura de la rehabilitación del indigno.

Sin embargo, en el Título II de dicho Libro IV, titulado «De la sucesión testamentaria», en su Capítulo V («Del sucesor testamentario»), es importante destacar el artículo 2.278 que versa así:

«No pueden adquirir en virtud de testamento los declarados judicialmente indignos de suceder por cualquiera de las causas expresadas en el artículo 2.205, con tal que éstas fuesen posteriores a la fecha del testamento: siendo anteriores, únicamente se reputarán eficaces cuando se probase que el testador ignoraba la existencia de tales hechos».

De esta forma se observa que el Proyecto de 1836 contempla, si bien a *sensu contrario* y con los riesgos que una interpretación de este tipo conlleva, la figura del perdón del indigno por el testador, puesto que según tal interpretación, que se desprende del tenor literal del precepto, serán ineficaces las causas de indignidad cuando el testador conocía la existencia de tales hechos, con anterioridad al testamento.

No contempla, eso sí, este texto la remisión posterior al testamento en documento público; pero por lo que hace al perdón o rehabilitación del indigno, sí parece contemplarla si se considera la interpretación hecha.

Este artículo, el 2.278 del Proyecto de 1836, por su ubicación y literalidad, podría decirse que es aplicable únicamente a la sucesión testamentaria. No se va a adentrar en estas líneas sobre tal materia que será objeto de un estudio más detallado en páginas posteriores cuando se trate el tema de la rehabilitación del indigno. Pero es evidente que en materia de sucesiones, y en concreto en materia de indignidad, no puede decirse que el Proyecto de 1836 no contempla en su articulado la figura jurídica en cuestión.

A modo de resumen, cabe concluir que el Proyecto de 1836 trata a la indignidad sucesoria como una figura jurídica que excluye al heredero de la sucesión —ya se trate de la testada como de la *intestada*— por la inclusión en unas determinadas causas, que no afecta en modo alguno a ascendientes, descendientes o parientes del indigno y que, al menos en materia de sucesión testamentaria, es susceptible de perdón o rehabilitación por parte del testador.

2. EL PROYECTO DE 1851 Y LAS CONCORDANCIAS DE GARCÍA GOYENA

El Proyecto de 1851 constituye un cuerpo de normas de primordial importancia en el «*iter*» hacia el Código Civil. Hasta tal punto esto es así que la misma Ley de Bases de mayo de 1888 sancionó expresamente su condición de fundamento del inminente Código Civil (188). En efecto, la Base 1.^a de dicha Ley comienza: «El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio...»

Haciendo alusión a la relevancia del Proyecto del 51, no puede por menos que hacerse lo propio con la obra de GARCÍA GOYENA, cuyo nombre suele asociarse de forma automática a aquél. En «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil» se contiene la historia y los motivos de los artículos que conforman el Proyecto, siendo de enorme utilidad para el conocimiento de las normas a que se refiere. La misma Comisión, cuando en 1851 elevó al Gobierno el Proyecto terminado, comunicaba la autenticidad de tal interpretación y resoluciones «por haberse hecho previa discusión y con aprobación de la Sección».

Es por todo esto que aquí se tomará como base y fundamento para el estudio del Proyecto la obra de GARCÍA GOYENA y por lo que este epígrafe lleva por título su nombre.

(188) Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: *Derecho del Constitucionalismo*, cit., pág. 190.

La indignidad es regulada en el Capítulo IV del Título Primero del Libro Tercero del Proyecto, bajo el epígrafe: «De la capacidad para disponer y adquirir por testamento». En este capítulo se trata de la incapacidad y de la indignidad como figuras distintas si bien se les da regulación común. Ello lo prueban determinados artículos que, haciendo referencia a las dos figuras, las contienen como objeto de una misma regulación. Así, el artículo 606 se refiere a los incapaces y a los indignos como excluidos de la adquisición por testamento; del mismo modo los artículos 620 —referente al momento en que debe calificarse la incapacidad o la indignidad—; artículo 621 —en relación a la incapacidad o indignidad relativas a una cosa o persona—; artículo 622 —restitución de bienes con los frutos y rentas percibidos—, y artículo 623 —derecho a la legítima de los hijos o descendientes del indigno—.

La distinción entre ambas figuras es clara si se atiende a los artículos 607 y 617, que, respectivamente, hacen referencia a quienes se consideran incapaces y a quienes son indignos, así como a dos artículos en que de forma exclusiva parecen regularse efectos de una sola de las figuras. Así, el artículo 616 («Será nula la disposición hecha en favor de un *incapaz*, bien se la disfraze bajo contrato oneroso, o usando el nombre de una persona interpuesta...»), al menos de forma expresa, no hace referencia a la figura del indigno; mientras que en el artículo 619 ocurre lo contrario, pues se hace expresa mención a la indignidad y se omite la incapacidad: «Todas las exclusiones por causa de indignidad cesan respectivamente si el testador las sabía al tiempo de hacer testamento...»

En suma, en el Proyecto se regula la indignidad junto a la incapacidad como figura distinta de éste aunque con comunes preceptos que otorgan unos mismos regulación y efectos a dichas figuras.

Ya se ha dicho que en el Proyecto la indignidad se regula en el capítulo que lleva por título «De la capacidad para disponer y adquirir por testamento». Se observa, por tanto, que en dicho capítulo se hace referencia única y exclusivamente a la sucesión testamentaria y no así a la llamada legítima o intestada.

Del mismo modo cuando en el artículo 606 del Proyecto se dice: «Pueden adquirir *por testamento* todos los que la ley no declare incapaces o indignos», se está expresando, *a sensu contrario*, que tanto los incapaces como los indignos están impedidos por ley, para adquirir «por testamento», pero nada se dice sobre la adquisición por sucesión abintestato.

Este argumento es reforzado por otros artículos del Proyecto. Así, el propio artículo 617, el cual comienza diciendo: «Son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento...» Esto es, al indigno se le prohíbe adquirir por testamento. En este mismo artículo, en la causa primera, en su segundo párrafo, se dice: «pierde *también* su derecho a la legítima». La

inclusión del término «también» parece indicar que lo que en principio se pierde es el derecho de suceder testamentariamente, pero como excepción que se da en el caso preceptuado en este segundo párrafo, se perderá además, la legítima.

Al mismo tiempo, en el capítulo primero del Título II, donde se trata «De las herencias sin testamento», concretamente en el artículo 743, se indican los casos en que tiene lugar la sucesión intestada, señalando en cuarto lugar: «Cuando el heredero instituido es incapaz o indigno de suceder». Este artículo del Proyecto igualmente parece subrayar el argumento señalado de que en el Proyecto de 1851 la indignidad afecta únicamente a la sucesión testamentaria.

Todo esto lleva a la común consideración por parte de la doctrina de que en el Proyecto de 1851 la indignidad afecta única y exclusivamente a la sucesión testamentaria (189). Consideración que cabe calificar de errónea si se atiende al texto del artículo 745 del Proyecto en donde literalmente se dice: «lo dispuesto en el capítulo 4 del título anterior (esto es, el capítulo que lleva por título "De la capacidad para disponer y adquirir por testamento" al que ya se ha hecho referencia) sobre incapacidad e indignidad para recibir por testamento, obra respectivamente en las herencias intestadas».

Por tanto, es claro y evidente que el Proyecto de 1851, al igual que su antecesor de 1836, contempla a una indignidad aplicable, tanto a la sucesión testada como a la intestada; con lo cual se desecha de todo punto la existencia de un cambio de dirección en este sentido con respecto a lo ya visto con anterioridad, resultando de este modo una clara continuidad de criterio (190).

Tras lo expuesto se hace inevitable el estudio del derecho a la legítima del indigno según el Proyecto. El texto de 1851, en su artículo 640, define

(189) VALLET DE GOYTISOLO califica esta limitación de la indignidad al ser referida en el Proyecto de 1851 a la sucesión testamentaria de incongruente (cfr. *Panorama del Derecho de Sucesiones. II. Perspectiva dinámica*, Madrid, 1984, pág. 305).

(190) Ya se ha visto que en el Proyecto de 1836 la indignidad era referida tanto a la sucesión testada como intestada. De igual forma, en el *Code français*, la indignidad se refiere a la sucesión en general, sin especificar la testamentaria. Pero si retrocedemos a los antecedentes histórico-patrios, se observa que puede encontrarse en alguno de ellos cierta limitación en la sucesión a la que es referida la indignidad, puesto que, como ya se vio, el Fuero Real cuando habla de las causas por las que se prohíbe heredar, pasando dicha herencia al rey, en la ley 4.^a del tit. IX, lib. III, comienza dicha ley diciendo «SÍ alguno que no hoviére **herederos derechos** ficiere su manda...» De esta forma, el Fuero Real parece excluir de las causas de indignidad a los herederos legítimos («herederos derechos»). No obstante, no establece distinción positiva entre sucesión testamentaria y abintestato. Por su parte, en Las Partidas, se recordará que en la ley XIII del tit. VII de la part. 6.^a, donde se regulan las causas de indignidad, nunca se hace referencia al «causante» o al «*de cuius*» siempre se alude al mismo como al «*teftador*», lo que puede resultar indicio de alguna restricción, pero sin demasiado fundamento.

tanto a los herederos forzosos, como lo que se entiende por legítima. Textualmente, dice así:

«Llámanse herederos forzosos aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima».

De la lectura de este artículo del Proyecto se desprende, por tanto, que la única privación legal de la legítima es por «causa justa y probada de desheredación»: De dicho artículo no se desprende ninguna otra causa legal que prive del derecho de legítima y, por ende, y al menos expresamente, el Proyecto no admite como causa de privación de legítima, la incapacidad o la indignidad para adquirir «por testamento».

Ya se ha hecho referencia al artículo 606 y al principio del 617 y de ellos se sustrae la consecuencia inmediata de que lo prohibido por la indignidad es la adquisición «por testamento». Por lo que a todas luces parece permisible para el mismo, la adquisición legítima o por derecho de legítima. También se ha visto ya la excepción que se contiene en el segundo párrafo, apartado 1.º, artículo 617, que hace alusión al caso en que fuera heredero forzoso el que incurriera en esa primera causa de indignidad, señalando que perderá «también» su derecho a la legítima. Se observa, pues, que la inclusión del término «también» no hace sino revestir con carácter de excepción a la pérdida del derecho de legítima, como adición a la pérdida «normal» de la sucesión testamentaria del indigno.

Por otra parte, y atendiendo al artículo 623 del Proyecto, se regula la situación en que el excluido de la herencia por indignidad, sea hijo o descendiente del «testador» (obsérvese que se emplea este término y no el de «causante», o «difunto», etc.) y tenga hijos o descendientes, a su vez, y existan otros herederos testamentarios. En este caso, dispone dicho artículo que el derecho a la legítima del excluido lo tendrán los hijos descendientes del mismo. He aquí, por tanto, otro supuesto que el texto del Proyecto contempla como de pérdida del derecho de legítima del indigno, el cual pasará a los hijos y descendientes del mismo, quienes sucederán, según este precepto, «en el caso de haber otros herederos testamentarios» y no, *ex* artículo 743, en que ya se vio se regulaban los casos en que tenía lugar la sucesión legítima, a falta de herederos testamentarios, y se recordará que en el apartado 4.º expresamente se hacía mención del heredero incapaz o indigno de heredar.

En suma, tras el estudio de los artículos mencionados, cabe concluir que el Proyecto de 1851 sostiene como regla general que el indigno conserva su derecho a la legítima, ya que sólo se le impide adquirir «por testamento».

Ahora bien, a esta regla general, el mismo Proyecto señala excepciones que, por otra parte, no hacen sino confirmarla. Tales excepciones según lo ya dicho, son las siguientes:

- a) Cuando el heredero forzoso es condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra su cónyuge o contra sus descendientes (*ex art. 617,1.º, párrafo 2.º*).
- b) Cuando el excluido de la herencia por indignidad es hijo o descendiente del testador y tiene a su vez hijos o descendientes, existiendo otros herederos testamentarios.

En cuanto a las causas de indignidad contempladas en el Proyecto, se contienen en el artículo 617 del mismo en número de seis (191).

Como primera causa señala el Proyecto que es indigno «el condenado en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia se trata, contra su cónyuge o contra sus descendientes».

Esta causa, que se contiene como de indignidad en todos los textos jurídicos desde los tiempos de Roma (como se sabe, el Digesto ya la contemplaba), aparece en el Proyecto con la adición «contra su cónyuge o contra sus descendientes». Tal adición es innovadora en dicho texto jurídico (192).

En sus «Concordancias», GARCÍA GOYENA explica que dicha adición ha tenido lugar «porque la ofensa parece casi igual, y de este modo —nos dice el autor— se resuelve una cuestión dudosa entre los intérpretes, como la resolvió el artículo 540 austríaco» (193).

Se observa que con una marcada influencia francesa, el Proyecto del 51, al igual que el ya visto Proyecto de 1836, requiere la condena en juicio «por delito o tentativa de homicidio».

El espíritu del artículo, según el propio GARCÍA GOYENA, «no es comprender la muerte enteramente excusada, en cuyo caso no habrá condena, pero ni aún —añade— la simplemente culpable».

Haciendo referencia a las leyes romanas y patrias, el ilustre intérprete indica que parecen comprender también el caso de culpa, en relación a lo cual, y en desacuerdo, él mismo expresa: «pero yo encuentro en esto excesiva dureza y ocasión de muchos y muy dudosos pleitos» (194).

(191) Se ha podido comprobar que el número de causas de indignidad es un punto en el que existen una gran variedad de unos textos a otros, tanto en el tiempo como en el espacio: desde los tiempos del *Codex* y las *Pandectas*, en los cuales existían numerosísimas causas, como se ha podido constatar, al *Code* francés en el que tienen lugar tan sólo tres.

(192) Se recordará que el propio *Code* en su texto, ya que éste, como se vio, sólo hacía referencia de modo exclusivo a la muerte del «difunto».

(193) Cfr. *Concordancias...*, cit., pág. 332.

(194) No parece compartir la misma opinión GUTIÉRREZ, el cual señala expresamente que esta primera causa «tiene lugar en el homicidio culpable, y procede aun en el caso

El segundo párrafo de este apartado 1.º del artículo 617 ya ha sido comentado con ocasión del derecho de legítima del indigno. Dicho párrafo reza así: «Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causa de indignidad, pierde también su derecho a la legítima».

Este párrafo, como más adelante se verá, es origen y centro de polémicas y discusiones doctrinales. En el Proyecto parece tener un sentido claro dada la limitación, que en el mismo se contiene, de la indignidad referente a la sucesión testamentaria, pues al considerarse aún más contrario a la moral y conciencia pública el llevar a cabo tal acto (dar o intentar dar muerte) por los herederos forzosos de la víctima, se ha querido agravar la pena y de esta forma el heredero forzoso indigno, no sólo perderá la sucesión testamentaria (que en caso de no ser heredero forzoso también perdería) sino que por su condición de tal, también pierde su derecho a la legítima. La inclusión de este segundo párrafo constituye otra novedad del Proyecto, puesto que nada se encuentra en otros Códigos acerca de la pérdida de los derechos de legítima por motivo de la indignidad. Por el momento, pues, dejar constancia en estas líneas de su sentido y su carácter innovador. Más adelante se realizarán nuevas consideraciones al respecto.

En segundo lugar se considera indigno al «heredero mayor de edad, que sabedor dentro de un mes de la muerte violenta del difunto, no la denuncia a la justicia, cuando ésta no ha procedido ya de oficio sobre aquélla» (195).

No hace el Proyecto de 1851, por tanto, sino seguir a sus antecesores legales (196), cuando entre sus líneas recoge la causa referida, manifestando en ello clara influencia francesa, si bien se separa del *Code*, aproximándose a los textos histórico-legales españoles, cuando señala un plazo para la denuncia.

Se distingue también del texto francés en la limitación que en el Pro-

de haber prescrito la pena u obtenido indulto». (Cfr. *Códigos*, cit., pág. 435). En el mismo sentido, DEL VISO señala igualmente que el heredero es excluido «aún en el caso de haber obtenido indulto o prescrito la pena» (cfr. *Lecciones elementales*, cit., pág. 331).

(195) SCAEVOLA señala en relación a esta causa el hecho de que casi ningún Código europeo ha copiado esta disposición, inclinándose por esta postura generaliza en los mencionados Códigos cuando dice que «las razones de haberse derogado en este punto el derecho antiguo son tan claras y tan poderosas que es lástima que se haya prescindido de ellas al redactar nuestro artículo 756». Su postura la fundamenta en la existencia del Ministerio Fiscal y con ella la falta de necesidad de iniciativas individuales, calificando al precepto de «ineficaz y expuesto a inconvenientes». (cfr. *Código Civil*, cit., pág. 401).

(196) Esta causa, como la anterior, procede del Derecho romano y fue regulada por el Senado-consulta Siliano como en su momento se vio. También el Derecho histórico-patrio la contempló como se recordará, en Las Partidas, siendo objeto de posterior modificación en la Novísima Recopilación.

De igual modo el Código francés, en el tercer número del artículo 727, contempla dicha causa de indignidad. Cfr. *Concordancias*, cit., págs. 332-333.

yecto se establece respecto a la obligación de denunciar, pues ésta se impone sólo al heredero emancipado que conozca la muerte violenta del causante, y desaparece cuando la justicia ha procedido ya de oficio y cuando, según la ley, no hay obligación de denunciar. Esto último lo contiene el artículo 617 en el segundo párrafo de su apartado segundo: «Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar».

Como tercera causa de indignidad, el artículo 617 del Proyecto señala la siguiente: «El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito, que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpetua o la de muerte».

Esta causa, que como ya se ha visto, la contemplaba también el Proyecto de 1836, así como el *Code Napoléon*, presenta en el Proyecto del 51 una novedad; y ésta no es otra que la inclusión del término «voluntariamente». Con ello, indica GARCÍA GOYENA, «queda pues exceptuado el que acusa por razón de su oficio, como el fiscal y el tutor y demás que acusase en nombre y representación de otros», a lo que añade: «lo mismo deberá decirse cuando la acusación haya sido por vía de excepción y en defensa propia» (197).

En cuanto al límite o requisito que se señala referente al delito de que se acusa o denuncia al difunto («que por ley sea castigado con la pena de cadena perpetua o la de muerte»), se observa también diferencia con respecto al Proyecto de 1836 influido decisivamente por el *Code*, el cual tan sólo hace referencia a que se trate de una «acusación capital y calumniosa». Ello es debido, en palabras de GARCÍA GOYENA, a que «ha parecido más sencillo y acertado medir la indignidad por la gravedad de la pena, fijándose en la de muerte o cadena perpetua, según el nuevo Código penal» (198).

En cuarto lugar recoge el artículo 617 del Proyecto una causa tomada de las leyes patrias, que ya en el Derecho romano fue consignada. Mediante tal causa se considera indigno el «condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador».

Esta causa no la contempla el Código francés y tampoco la incluyó el Proyecto anterior de 1836.

GARCÍA GOYENA fundamenta su existencia en consistir en un grave atentado o ultraje personal contra el honor del difunto (199).

(197) Cfr. *Concordancias*, cit., págs. 332-333.

(198) Cfr. *Concordancias*, cit., pág. 332.

(199) La doctrina se cuestiona si el legislador prohíbe al indigno heredar al marido únicamente o también, a la adúltera o cómplice del adulterio.

GARCÍA GOYENA (*vid. Concordancias*, cit., pág. 333), en el mismo sentido que también lo hace SCAEVOLA (*vid. Código Civil*, cit., págs. 402-3) interpreta esta causa referida a la inhabilitación para heredar al marido y a la esposa de éste, si se diera el caso. Por su parte, MANRESA Y NAVARRO, sin dejar de reconocer la razón de moralidad en que se fundan estos autores, no participa de tal opinión y mantiene que si el legislador

Al igual que esta cuarta causa, es tomada de las leyes patrias la quinta que contiene el artículo 617 del Proyecto, la cual contempla como indigno al «pariente del difunto que, hallándose este loco o demente y abandonado, no cuidó de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público».

Como se recordará, el Derecho romano contemplaba ya esta falta. No así el *Code*, que no la incluye en sus líneas.

En sexto y último lugar, el artículo 617 contiene un apartado que dispone como indigno al que «para heredar estorbó por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento o revocará el ya hecho, o sustrajo éste, o forzó al difunto para testar».

Los antecedentes de esta causa se encuentra tanto en el Derecho romano como en las Partidas (200).

En relación a esta disposición, manifiesta GARCÍA GOYENA que «es consiguiente a la regla general de que la fuerza o violencia inducen nulidad en todos los actos» (201).

Termina el artículo 617 con un inciso: «Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden también a los legatarios» (202).

Un artículo de gran interés se encuentra, como novedad, en el Proyecto de 1851. En efecto, el artículo 619 no encuentra antecedentes romanos ni históricos-patrios, ni aún en el *Code* se contempla precepto semejante. Únicamente en el anterior Proyecto de 1836 se contempla la figura de la rehabilitación del indigno, pero con las características que ya se vieron, esto es, aplicable sólo a la sucesión testamentaria y sin contemplar la remisión expresa posterior al testamento. Se trata de la regulación expresa de la figura de la rehabilitación del indigno, esto es, del perdón del ofendido.

Como ya vimos en su momento no es hasta la publicación del «Código civile» italiano de 1865, cuando en su texto legal, por vez primera, aparece dicha regulación. Pero ya en el Proyecto de Código Civil español de 1851, anterior a aquel Código, aparece esta figura, al parecer, por influencia de los Códigos sardo y napolitano (203).

hubiera querido comprender en la inhabilidad ambas sucesiones hubiese redactado el precepto de modo distinto al utilizado (*vid. Comentarios*, cit., págs. 92-3).

(200) El Código francés no menciona estas causas. El Proyecto de 1836, ya se ha visto, incluye como tercera causa el impedir, con violencia o fraude, hacer testamento a la persona cuya sucesión intestada se reclamase después. Supuesto de hecho que era ya contemplado en Las Partidas, derivado del Derecho romano, al igual que el resto de los supuestos que recoge este apartado 6.º del artículo 617. (Para mayor concreción, *vid. GARCÍA GOYENA: Concordancias*, cit., pág. 333).

(201) Cfr. *Concordancias*, cit., pág. 333.

(202) Con ello, de forma expresa, no se hace sino repetir lo que en la ley 13, tit. 7, part. 6.ª se decía: «e por las mismas razones que el heredero deue perder la herencia, poe essas mismas perderían las mandas aquellos a quien fuessen fechas».

(203) El artículo 650 del Código napolitano dice: «El heredero que ha incurrido en la indignidad puede ser admitido a suceder, cuando el difunto le ha llamado expresa-

Ya se ha visto que el Código francés no contempla tal figura y por ello no admite la dispensa en las causas de indignidad, aunque, como señala GARCÍA GOYENA, «puede realizarse en dos de sus tres causas de indignidad» (204).

En contra de tal postura se manifiesta el artículo 619 del Proyecto regulando y admitiendo la rehabilitación, tanto expresa como tácita, del indigno por parte del «testador»: «Todas las exclusiones por causas de indignidad cesan respectivamente si el testador las sabía al tiempo de hacer el testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitió en instrumento público» (205).

La letra del artículo admite, pues, dos tipos de remisión: una tácita —«si el testador las sabía al tiempo de hacer el testamento»— y otra expresa —«o si, habiéndolas sabido después, las remitió en instrumento público»—.

Explicando este precepto, GARCÍA GOYENA, entiende que tratándose de captar lucro y enriquecerse con los bienes del difunto, «debe constar de su expresa voluntad por un perdón o expreso llamamiento posterior» (206); y fundándose en este motivo opina que no puede aplicarse a los casos de indignidad la doctrina general sustentada por los autores sobre la remisión tácita de las injurias.

Con respecto a la aplicación de este artículo 619, surge la cuestión de si, tal como expresa el precepto, «todas las exclusiones por causas de indignidad» cesan por el perdón del ofendido. A ello responde el ilustre comentador cuando dice: «Doy por supuesto que este artículo sólo es aplicable a los casos en que puede tener lugar la remisión: la del número 2 del artículo 617, "por ejemplo", como posterior a la muerte, no cabe en lo humano que sea remitida» (207).

En suma, el Proyecto de 1851 por vez primera, contempla la figura del perdón o rehabilitación del indigno, apartándose así, en este punto, del

mente (habilitado, relevado de ella); y en el artículo 651 reza: «La rehabilitación no puede resultar sino de un instrumento auténtico o de un testamento hecho con plena libertad».

Por su parte, el Código sardo, en su artículo 709, números 1 y 3, admite al heredero cuando el testamento es posterior al delito o acusación, y el testador tenía noticias de ellos. (Cfr. GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, cit., págs. 334-335).

(204) Cfr. *Concordancias*, cit., pág. 334.

(205) Se observa que no sólo se habla en el artículo 619 del «testador» como persona que remitirá las causas de indignidad, sino que se fija como punto de partida el instante de hacer el testamento. Ello en perfecta concordancia con la ubicación del artículo en el texto del 51, ésto es, en el cap. IV, tit. I, libro III, bajo el epígrafe: «De la capacidad para disponer y adquirir por testamento». Pero no debe olvidarse el aludido artículo 745 que amplía el campo de la indignidad a la sucesión intestada.

(206) Vid. *Concordancias*, cit., pág. 335.

(207) Vid. *Concordancias*, cit., pág. 334.

Código francés, configurando así a la indignidad como «sanción» susceptible de remisión, con todas las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

En el artículo 620 del Proyecto se regula el momento al que se atiende para calificar la incapacidad o indignidad, y se dice textualmente: «Para calificar la incapacidad o indignidad, se atenderá solamente al tiempo de la muerte de aquél a quien se trata de heredar.

Si la institución o legado fueren condicionales, se atenderá además al tiempo en que se cumple la condición.

El heredero y legatario que mueren antes de existir o cumplirse la condición aunque sobrevivan al testador, no transmiten derecho alguno a sus herederos».

Tal como indica GARCÍA GOYENA, este artículo no se halla expreso en el *Code*; «pero —indica el autor— su primera parte parece derivarse del 718, y la segunda del 1.040», del texto francés.

El ilustre comentador señala los antecedentes de este precepto en el Derecho romano y las Partidas (208); si bien en el primero, por la regla Catoniana, era además necesaria la capacidad al tiempo de hacerse el testamento. A esto, explica GARCÍA GOYENA, que dado que el testamento no surte efecto alguno, ni crea derechos hasta la muerte del testador, ésta es «la sola época a que debe atenderse». Con ello fundamenta que tanto para la sucesión «*ab intestato*» como para la testamentaria, el momento a que debe atenderse sea el mismo: el de la muerte del causante.

El segundo párrafo del artículo 620 hace referencia al caso en que la institución o legado fueren condicionales, señalando que deberá atenderse «además» al tiempo en que se cumple la condición y ello «porque, hasta que exista la condición, los herederos y legatarios no adquieren derecho, aún después de muerto el testador».

En relación al tercer párrafo, GARCÍA GOYENA comenta que no hace sino decir de paso lo que se consagra en el artículo 723.

El 621 del Proyecto consagra el principio de personalidad y relatividad de la indignidad: «La indignidad o incapacidad relativas a una cosa o persona no se extiende a otra persona o cosa». Este precepto que no aparece en ningún otro Código moderno, proviene del Derecho romano (209), encontrándose también en las leyes históricas antecedentes del mismo (210).

El Código francés carece de un artículo semejante al que aquí se hace referencia, si bien el espíritu de dicho precepto sí puede decirse que se deriva del 730 del texto francés, en donde, como ya se vio, se consagra, igualmente, el carácter personalísimo de la indignidad.

(208) Vid. *Concordancias*, cit., pág. 335.

(209) Vid. *Concordancias*, cit., pág. 336.

(210) Vid. NAVARRO AMANDÍ: *Código Civil de España*, cit., t. I, 1880, págs. 470-1.

En el Proyecto de 1836 sí se observa un precepto con análogo espíritu al 621. Se recordará que el artículo 2.206 de aquel Proyecto limitaba la exclusión por cualquier pariente del indigno. Si bien se advierte mayor rigor en el Proyecto del 51, por cuanto en éste tal limitación no es sólo referida a las personas sino que es relativa, igualmente, a las cosas (211).

De la obligación de restitución de frutos y rentas que se ha venido observando en todos los textos legales hasta ahora estudiados en cuanto efecto de la indignidad, trata el Proyecto en su artículo 622, en donde textualmente se dice: «El indigno o incapaz que hayan entrado en posesión de los bienes contra lo dispuesto en los artículos anteriores están obligados a restituirlos con todos los frutos y rentas que de ellos hayan percibido, y con las accesiones que hayan tenido los mismos bienes».

Se observa que con respecto al artículo 2.207 del Proyecto de 1836 y el 729 del Code, que hacen referencia a los frutos y bienes percibidos o que se hayan disfrutado desde la apertura de la sucesión, respectivamente, el artículo 622 añade, expresamente, los «bienes» y «accesiones» de éstos.

Parece innecesaria esta adición que se efectúa en el Proyecto, puesto que las accesiones se hallan comprendidas en la denominación de frutos (ex art. 396 y ss. del Proyecto) y las consistentes en unión o incorporación de bienes, por la teoría general de la accesión, se considera parte integrante del dominio (212).

Por último, el artículo 623 cierra el Capítulo IV del Proyecto en el que se regula la indignidad. Dos párrafos conforman este proyecto. El primero dice así: «Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, tendrán estos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios».

Se observa en este precepto un fiel reflejo del principio de personalidad de la indignidad que ya se vio en el artículo 730 del Código francés (213).

En caso de indignidad, tal como expresó la Comisión, «la falta es personal», y no debe dañar al inocente. Esto no era considerado así en el Derecho romano ni en las leyes históricas, que no admitían la representación de una persona viva y por tanto el indigno perdía la herencia para sí y para los suyos. En el Code se establece este principio, si bien GARCÍA GOYENA califica de inconsecuente e incluso inhumano el precepto 730 fran-

(211) Sobre este precepto SCAEVOLA, considerándola como «declaración innecesaria» manifiesta que «con muy buen acuerdo ha sido suprimida por el Código» (cfr. *Código Civil*, cit., pág. 17).

(212) Vid. SCAEVOLA: *Código Civil*, cit., pág. 441.

(213) Dicho principio, por tanto, viene contemplado en el Proyecto del 51 en dos preceptos: el artículo 621 y el 632.

cés «fundado, ..., en que las faltas son personales, y excluyendo a pesar de esto a los nietos cuando concurran con sus tíos» (214).

Es en el Código sardo donde GARCÍA GOYENA encuentra la equidad y justicia cuando regula este punto, al admitir el derecho de representación, aun en vida del indigno, pero limitándolo a la legítima de éste» (215).

El artículo 623 del Proyecto se refiere a la sucesión testamentaria, como de su redacción y ubicación se desprende, e incluso parece limitarse al caso «de haber otros herederos testamentarios».

Estos términos, que han dado lugar a dudas por parte de la doctrina, fueron suprimidos, como más adelante se verá, al redactar el Código, en opinión de MANRESA y NAVARRO, «para evitar las confusiones a que daba lugar» (216), pues parecen imponer la necesidad de tal concurrencia como requisito legal para la limitación de su derecho a la legítima.

GARCÍA GOYENA, explicando los términos señalados, indica que como la indignidad (o la incapacidad) tienen también lugar en las herencias sin testamento, los hijos del indigno (o incapaz) sucederán en ellas por las reglas generales del título dedicado a la sucesión intestada, «sin atenerse a la rigurosa legítima, pues que no les obsta la expresa voluntad del testador» (217).

También de influencia francesa proviene el segundo párrafo del artículo 623 que prohíbe al indigno el usufructo y administración de los bienes que por la causa anterior heredan sus hijos.

En el artículo 150 del Proyecto se establece con carácter general: «El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores», así como en el artículo 153 se dice: «los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo pertenecen a éste, pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo esté en su poder».

Por tanto, el Proyecto establece el derecho del padre del usufructo y administración de los bienes de los hijos menores o que «estén en su poder». Es evidente, por ello, que el segundo párrafo del artículo 623 se refiere al caso en que los hijos que hereden bienes por causa de la adquisición del derecho de legítima de su padre indigno con respecto a su ascendiente, sean menores o se hallen bajo su poder, pues de otro modo (tratándose de hijos mayores de edad o emancipados) no tendrían sentido tal disposición.

(214) *Vid. Concordancias*, cit., pág. 337.

(215) El artículo 711 del Código sardo dice así: «Si el excluido de la herencia como indigno es hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes, aunque haya otros herederos escritos en el testamento, se deberá todavía a estos hijos o descendientes la legítima que habría correspondido al excluido» (cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., pág. 337).

(216) Cfr. *Comentarios*, cit., pág. 125.

(217) Cfr. *Concordancias*, cit., pág. 338.

De otra parte, constituye consecuencia necesaria de la exclusión, tal como señala GARCÍA GOYENA, pues de otro modo dicha exclusión «quedaría eludida en parte sin la privación del usufructo». Es por ello, que el redactor del Proyecto ha creído conveniente el hacerlo constar de manera expresa y de esta forma evitar que la exclusión de la legítima por indignidad sea vana o devenga en la praxis, inútil.

En suma, el Proyecto de 1851 aparece, a la hora de regular la indignidad, con caracteres propios que aún teniendo influencia francesa, lo separa del *Code* en muchos puntos concretos. Aparece, por tanto, la indignidad en dicho Proyecto, como figura distinta de la incapacidad para suceder, si bien regulada en unos mismos preceptos que conforman consecuencias y efectos jurídicos iguales para ambas figuras, susceptible de perdón por parte del testador, y por la cual el legitimario indigno no pierde su derecho a la legítima, salvo concretas y expresas excepciones que provocan el traspaso de tal derecho a los hijos y descendientes del indigno cuando concurren con otros herederos testamentarios.

3. EL ANTEPROYECTO DE 1882-1888

De todos es sabido que el tortuoso camino hacia el Código Civil español no encontró su último trecho en el Proyecto de 1851. El talante castellanista y afrancesado de éste, así como su despegue hacia los derechos forales, suscitó críticas y protestas entre los juristas de aquella época que determinaron la paralización del intento codificador del 51, siguiendo a ello una política de promulgación de leyes generales con vigencia en todo el territorio español (218).

El fortalecimiento de los Derechos forales y la potenciación de la tarea codificadora por el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, reemprendieron el camino hacia la codificación civil, cuyo resultado lo constituyó el «Anteproyecto», cuya Sección redactora aparece en primer plano en la elaboración del Código, ya que, redactó íntegramente el texto definitivo (219).

El Anteproyecto, pues, constituye un «medio valioso para la interpretación de los preceptos de nuestro Código» (220), y de ahí su interés como objeto de estudio, en cuanto antecedente inmediato del texto definitivo del Código Civil español de 1889.

(218) Vid. E. GACTO FERNÁNDEZ: *Derecho del Constitucionalismo y la Codificación II*, cit., págs. 188 y ss.

(219) M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, publicado en Centenario de la Ley del Notariado. Sección cuarta, vol. I, Madrid, 1965, pág. 42.

(220) Así lo señala M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El Anteproyecto*, cit., pág. 47.

La indignidad es regulada en el Anteproyecto en el segundo apartado de la Sección Tercera («De la capacidad para adquirir por testamento»), Capítulo Primero («De la sucesión testamentaria»), Título III, concretamente en los artículos 754-763.

Una primera observación, pues, viene a colación, y es que en el Anteproyecto, al igual que ya se vio en el Proyecto del 51, la indignidad se regula en el capítulo dedicado a la sucesión testamentaria como impedimento para adquirir «por testamento». De ello es fiel reflejo el encabezamiento del artículo 754 del Anteproyecto, que en copia exacta de su antecesor, el artículo 619 del Proyecto, dice así: «Son indignos, y como tales no pueden adquirir por testamento...» Ocurre en este aspecto lo mismo que ya se comentó en el Proyecto de 1851: la indignidad es referida aparentemente a la sucesión testamentaria, no así a la legítima. Apariencia contradicha por el artículo 924 del Anteproyecto que, al igual que el 745 del Proyecto, viene a derrumbar una posible y errónea consideración. En este aspecto se hace aquí remisión a lo dicho sobre el Proyecto.

Como conclusión cabe decir que mediante la indignidad se impide, en el Anteproyecto, al heredero declarado indigno adquirir mediante testamento, así como abintestato, siendo posible que el mismo adquiera su derecho a la legítima, excepción hecha de los casos expresamente señalados en el texto del Anteproyecto (art. 754.1.º, párrafo 2.º y art. 760) y que, como puede comprobarse, coinciden exactamente con los ya indicados al estudiar el Proyecto:

- a) Cuando el heredero forzoso haya sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes.
- b) Cuando el excluido por indignidad fuere hijo o descendiente del testador y también tuviere hijos o descendientes, y fuera el caso el de existencia de otros herederos testamentarios.

Puede verse en ello un deseo de defensa de la legítima, que dado el sistema sucesorio del Ordenamiento Jurídico español, se erige en uno de sus pilares básicos.

Al paso de esta observación cabe añadir que, como ya se verá, en todas las causas de indignidad mencionadas en el Anteproyecto, se habla de «testador» expresamente y que en el artículo 791 de aquél, se dice que «legítima es la porción de bienes de que el testador *no puede* disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

Con respecto a las causas de indignidad en el Anteproyecto, cabe advertir algunas modificaciones efectuadas en relación al Proyecto del 51. Dichas

causas siguen siendo en el artículo 754 del Anteproyecto en número de seis, pero difieren del artículo 617 del Proyecto en que ha desaparecido la causa quinta de éste, desdoblándose la sexta en dos que constituyen la quinta y la sexta del artículo 754.

Comenzando por la causa primera puede observarse que básicamente es la misma que en el Proyecto, pero ahora reza así:

«El condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge o descendientes y ascendientes.

Si el ofensor fuera heredero forzoso perderá su derecho a la legítima».

Cabe advertir pues, que antes en el Proyecto se hacía referencia a la «persona de cuya herencia se trata», hablándose ahora del «testador». Aquí puede verse un fiel reflejo de lo que antes se ha dicho con respecto a la sucesión testamentaria en aquel texto.

Otra modificación que aparece es la ampliación de los sujetos pasivos que se mencionan, pues ahora se abre el campo también a los «ascendientes» del testador, que eran omitidos en el Proyecto anterior. Parece también ampliarse dicha causa cuando en vez de hacer referencia al «delito o tentativa de homicidio» como el artículo 617.1.º del Proyecto, se dice ahora «atentado contra la vida del testador». Se utiliza, por tanto, una fórmula más general y amplia. Por lo demás, esta causa aparece igual que en el Proyecto del 51.

La segunda causa del artículo 754 del Anteproyecto, que se deriva de la causa tercera del artículo 617 del Proyecto, califica de indigno al «que hubiere acusado al testador de delito castigado con pena aflictiva cuando la acusación sea declarada calumniosa».

Se observa en el precepto una palpable influencia italiana, pues el artículo 754.2.º es prácticamente una traducción del artículo 725.2.º del Código Civil de 1865.

Se omite el término «voluntariamente» del artículo 617.3.º del Proyecto y se añade el requisito de la declaración de la acusación como calumniosa al igual que el precepto italiano.

La tercera causa del artículo 754 es prácticamente una transcripción del artículo 617.2.º del Proyecto con dos únicas variantes: se habla de «testador» en el Anteproyecto, en vez de «difunto» como se hacía en el Proyecto; y en cuanto al segundo párrafo referente al cese de la obligación de acusar, se nombra a los «ascendientes o descendientes, marido o mujer de heredero», en lugar de hacer remisión a la ley como se hacía en el Proyecto.

Así, el apartado 3.º del artículo 754 queda de la siguiente forma:

«El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiere denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no ha procedido ya de oficio.

Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, cesa la obligación de acusar».

En cuanto a la causa cuarta («El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador») coincide exactamente con su correspondiente del artículo 617 con una única modificación y es que en lugar de «difunto», se habla ahora de «testador».

Por último, las causas quinta y sexta del artículo 754 del Anteproyecto, con innegable influencia italiana, son resultado de un deslinde de la causa sexta del artículo 617 del Proyecto:

5.^a «El que con amenaza, fraude o violencia obligare a una persona a hacer testamento o a cambiarle».

6.^a «El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterar otro posterior».

Se habla en el Proyecto de 1851 de «fuerza o fraude», ahora se añade otro medio, la «amenaza», y se habla de «fraude o violencia», a la vez que se amplían los supuestos de hecho, añadiendo el obligar a una persona a *cambiar* el testamento y hablando de «suplantar, ocultar o alterar» en vez de «sustraer» el testamento. Dichas reformas o modificaciones referentes a los supuestos de hechos o acciones por las que se incurre en indignidad provienen de la influencia del artículo 725 del «Codice civile» italiano, cuyos apartados 3.º y 4.º coinciden con los 5.º y 6.º del artículo 754 del Anteproyecto, si bien en aquellos no se mencionan los medios (amenaza, fraude, violencia) utilizados para llevar a cabo la acción (obligar a hacer o cambiar el testamento; impedir hacer o revocar el ya hecho, suplantar, ocultar o alterar el posterior).

Por último, el artículo 754 omite el párrafo con el que finalizaba el 619 del Proyecto: «Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden también a los legatarios», siguiendo en ello a los otros Códigos que no contienen dicha cláusula. Pudiera pensarse con ello que el redactor del Código, suprimiendo tal referencia, ha querido sustraer a los legatarios de la posibilidad de incurrir en indignidad. Pero ello no sólo carece de fundamento jurídico, sino que tal afirmación se tambalea aún más cuando se observa que en el artículo 758 del mismo Anteproyecto, como más adelante se verá, se hace referencia al «heredero o legatario».

A continuación regula el Anteproyecto en su artículo 755 la figura del perdón o rehabilitación del indigno que es una copia exacta del artículo 619

del Proyecto, y por lo cual el comentario a dicho artículo se remite al ya realizado con ocasión de su estudio en tal texto.

Incluye el Anteproyecto un precepto, que en idénticos términos también incluía el Proyecto, y referente a los nombrados tutores o albaceas que «hayan rehusado sin justa causa el cargo o hayan sido removidos por sospechosos», por el que impone la pérdida del derecho «que se les hubiere dado en el testamento» (221).

Este precepto no aparece, como más adelante se verá, en el texto definitivo del Código Civil.

El artículo 757 regula el tiempo a que se atiende para calificar la incapacidad o indignidad. Dicho artículo proviene del artículo 620 del Proyecto anterior, si bien éste, como se recordará, contenía tres párrafos, el último de los cuales pasa a conformar, en el Anteproyecto, el artículo 758. Aparte de este deslinde, la regulación es idéntica en ambos textos, tal como puede observarse de su redacción en el nuevo Anteproyecto:

Artículo 757:

«Para calificar la incapacidad o indignidad se atenderá solamente al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate».

Artículo 758:

«El heredero o legatario que muere antes de que la condición exista o se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos».

Los artículos 759 y 760 del Anteproyecto aparecen esencialmente iguales a sus respectivos (622 y 623) del Proyecto del 51 (222) regulando respectivamente, la obligación de restitución de bienes con sus accesiones, frutos y rentas y la adquisición del derecho a la legítima de los hijos y descendientes del indigno cuando éste, a su vez, es hijo o descendiente del testador. Es por esta coincidencia que estas líneas se remiten a lo ya dicho con anterioridad.

Se observará que en lo hasta ahora visto, prácticamente, el Anteproyecto constituye una transcripción del Proyecto del 51. Pero es a partir de este

(221) A dicho precepto, que no se incluye entre las causas de indignidad pero que se regula dentro de ésta, GARCÍA GOYENA le señala antecedente en Derecho romano y patrio, mientras que PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS lo fija en el Código de México (*vid.* respectivamente, *Concordancias*, cit., pág. 334, y *El Anteproyecto*, cit., págs. 231-232).

(222) En relación al artículo 759 del Anteproyecto, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS indica que siendo el antecedente el 622 del Proyecto, es modificado por el artículo 3.452 del Código mejicano, que reza así: «El que siendo incapaz de suceder hubiere entrado en posesión de los bienes, deberá restituirlos con todas sus accesiones y con todos los frutos y rentas que hubiere percibido» (cfr. *El Anteproyecto*, cit., pág. 232).

punto donde aparecen tres artículos en el Anteproyecto que constituyen las novedades de éste con el anterior, y cuyos antecedentes los fija PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en el Código Civil mejicano de 1871.

A continuación se estudia cada artículo por separado.

Artículo 761:

«La incapacidad y la indignidad no producen el efecto de privar de la herencia al indigno o incapaz, sino mediante su conformidad o después de declarada en juicio a petición de algún interesado, sin que pueda procederse de oficio» (223).

Se observa que tal precepto hace depender el efecto de privación de la «herencia», de la conformidad del propio indigno o de la declaración en juicio de la indignidad a petición siempre de algún interesado.

De aquí pueden extraerse varias consecuencias. Así, en primer lugar, destaca la mediata de la eficacia de la indignidad, puesto que se hace depender su principal efecto de un hecho posterior que puede venir constituido bien por la conformidad del indigno, bien por una declaración en juicio, pudiendo ser ésta solamente instada a petición de parte interesada y nunca de oficio, como expresamente indica el artículo del Anteproyecto. Y mientras alguno de estos dos actos no tenga lugar, el indigno continuará en posesión de la herencia, de la cual no podrá ser privado legalmente.

Por tanto, otra consecuencia que puede derivarse de este precepto es que la acción para declarar la indignidad corresponde tan sólo a los «interesados», esto es, los legitimados activamente serán aquellas personas que, de algún modo, tengan un «interés» jurídico en ello y sean parte interesada en el asunto. Por esto puede decirse que no se trata de modo alguno de una acción pública, la de declaración de la indignidad, en cuanto no puede ser ejercitada por cualquier ciudadano o por el Ministerio fiscal, sino por el contrario, es una acción privada, puesto que única y exclusivamente puede ser ejercitada por parte legítimamente interesada.

Y haciendo referencia a dicha acción de declaración de la indignidad pasamos a ver el siguiente artículo 762 del Anteproyecto, que dice: «La acción para declarar la incapacidad e indignidad no podrá deducirse pasados cinco años desde que el incapaz o indigno esté en posesión de la herencia o el legado» (224).

(223) El artículo 3.457 del Código mejicano, antecedente de este artículo, dice textualmente: «La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, a petición de algún interesado no pudiendo promoverla el juez de oficio».

(224) El artículo 3.458 del Código mejicano que constituye antecedente de este precepto reza: «No puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz esté en posesión de la herencia o legado».

Parece indicar, por tanto, este precepto un plazo de caducidad a la acción para declarar la indignidad, que comienza a contarse desde el momento en que el indigno «esté en posesión» de la herencia o legado. Según el artículo 445 del Anteproyecto, «la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al *heredero* sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante», si bien se especifica «en el caso de que llegue a adirse la herencia». Por tanto, la aplicabilidad de tal precepto a la indignidad depende de la consideración o no del indigno como heredero y de si, en caso de indignidad, llega a adirse la herencia o no. En tal supuesto, el plazo de los cinco años para ejercitar la acción de declaración de indignidad comienza a contarse desde el momento de la muerte del causante. Momento, por otra parte, que como ya se ha visto, según el artículo 757, se atiende en orden a la calificación de la indignidad.

Se observa, por tanto, que el derecho reconocido a los interesados es un derecho que se extingue por prescripción, es decir, por el mero transcurso del tiempo; mientras que el estado de hecho del indigno en cuanto a la posesión de la herencia o legado es susceptible de usucapión o prescripción adquisitiva, de tal modo que pase a ser estado de derecho, contra el cual no podrá dirigirse nadie, ya sea o no interesado.

Por último, el artículo 763 del Anteproyecto regula los actos de disposición por parte del indigno sobre bienes de la herencia. Expresamente dice: «si el que entró en posesión de la herencia o legado y la perdió después por incapacidad o indignidad, hubiere enajenado o gravado el todo o parte de los bienes antes de la interposición de la demanda de incapacidad o indignidad, el contrato será válido, habiendo tenido el otro contrayente buena fe; pero el heredero incapaz o indigno estará obligado a indemnizar al legítimo del valor de los bienes» (225).

Por tanto, se deduce, como de anteriores artículos, que la indignidad no opera «*ipso iure*», sino que el indigno puede no sólo entrar en posesión de los bienes, sino incluso realizar actos de disposición sobre los mismos con plena eficacia jurídica.

Se observa, según la literalidad del citado precepto, que la enajenación o gravamen de los bienes en que entró en posesión el indigno y los perdió después de su indignidad, tiene eficacia jurídica. Se requiere:

- a) Que la enajenación o gravamen sobre el todo o parte de dichos bienes sea llevada a cabo antes de la interposición de la demanda

(225) El artículo 3.459 del Código mejicano, antecedente del artículo 763 del Anteproyecto dice: «Si el que entró en posesión de la herencia y la perdió después por incapacidad, hubiere enajenado o gravado el todo o parte de los bienes, antes de ser citado en juicio de interdicción y aquél con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá, mas el heredero incapaz estará obligado a indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios».

de indignidad. Es decir, no se requiere que sea antes de la declaración judicial de indignidad, sino que sea anterior a la simple interposición de la demanda.

- b) Y la existencia de buena fe en el otro contrayente.

Cumpléndose, pues, estos requisitos, el contrato por el que se efectúa la enajenación o gravamen de los bienes por el indigno se entenderá válido, según el tenor literal del precepto. Ahora bien, el heredero indigno estará obligado a indemnizar al legítimo del valor de los bienes» (226).

Este precepto que, como más adelante se verá, desaparece en el texto definitivo del Código Civil, encuentra su eco, según SCAEVOLA, en el artículo 760 del mismo (227).

En suma, por tanto, se observa que el Anteproyecto, siguiendo la línea del Proyecto del 51, trata a la indignidad como figura jurídica que por determinadas causas impide adquirir, tanto por testamento como abintestato, al heredero que incurre en alguna de ellas, conservando su legítima, a excepción de concretos casos señalados por ley, y siendo susceptible de perdón por parte del testador.

Como novedades del Anteproyecto pueden resumirse:

- a) La indignidad no opera «*ipso iure*», sino su eficacia se despliega a partir de su declaración en juicio, o la conformidad del indigno.
- b) La acción para declarar la indignidad es una acción privada y tiene un plazo de vigencia. Los legitimados activamente para ejercitar tal acción son únicamente los «interesados».
- c) Se contempla y se regula la posesión por parte del indigno de bienes de la herencia, así como los actos de disposición que realiza.

4. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889

Se dedica este apartado a exponer el texto definitivo que, en materia de indignidad, contiene el Código Civil vigente y su regulación.

La indignidad sucesoria es regulada en nuestro Código Civil en la Sección primera («De la capacidad para suceder por testamento y sin él»), Capítulo II («De la herencia»), Título III, Libro III del mismo.

Por tanto ya, de principio, cabe advertir una primera diferencia con respecto a los ya estudiados Proyecto de 1851 y Anteproyecto de 1882-8,

(226) El antecedente mejicano de este precepto señalaba la obligación de indemnizar «todos los daños y perjuicios» (vid. la nota anterior). Por el contrario, el Anteproyecto limita al valor de los bienes la indemnización obligada.

(227) Vid. *Código Civil*, cit., págs. 27-28.

en los cuales como se recordará, la indignidad se regulaba en sede de materia referida tan sólo a la sucesión *testamentaria*, siendo ello nido de erróneas interpretaciones en relación al campo de aplicación de la figura. Tal problemática queda zanjada en el texto definitivo de nuestro Código Civil, donde esta figura se contempla como incapacidad para suceder «por testamento y sin él», lo que viene aún más marcado cuando en el artículo 756, regulador de las causas de indignidad, el cual comienza diciendo: «Son incapaces de suceder por causa de indignidad...» Se observará que al contrario de los textos jurídicos anteriores («son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento...»), el Código habla de «incapacidad de suceder», sin especificar si es por testamento o *abintestato*, por lo que deberá entenderse incluidos ambos tipos.

En cuanto a las causas de indignidad, el Código contiene seis en la actualidad, si bien con anterioridad a la Ley 22/1978, de 26 de mayo, de despenalización del adulterio y amancebamiento (*BOE* de 30 de mayo), contenía siete, pero con esta ley se excluyó de los supuestos enumerados en el texto originario del artículo 756, el que se había enunciado como quinto: «El condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador».

De otro lado, se introduce la primera causa expresada en el artículo 756, que en su redacción originaria se presentaba así: «Los padres que abandonaren a sus hijos o prostituyeren a sus hijas o atentaren a su pudor».

Esta causa que no aparece en el Proyecto de 1851, ni tampoco en el Anteproyecto y parece tener sus orígenes o antecedentes en el derecho histórico-patrio (228), ha sido objeto de reforma recientemente por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, cuyo artículo sexto modifica su redacción quedando de la siguiente forma: «Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos». Con ello la Ley reformadora da fiel cumplimiento a su finalidad.

El resto de las causas de indignidad que contiene el precepto aparece tal y como lo hacía en el Anteproyecto ya estudiado, a excepción de la enunciada como tercera que ahora hace referencia al «delito de presidio o prisión mayor», en vez de decir «castigado con pena aflictiva» como hacía el Anteproyecto. Pero ésta es únicamente la diferencia que se aprecia respecto a este texto.

El artículo 757 regula la rehabilitación del indigno en sus dos formas, tácita y expresa, al igual que lo hacían los textos anteriores, si bien se habla de las «causas de indignidad», en vez de «exclusiones por causa de indignidad».

(228) Vid. MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios*, cit., pág. 85; SCAEVOLA: *Código Civil*, cit, pág. 387.

Desaparece el artículo 756 del Anteproyecto respectivo del 618 del Proyecto del 51, referente a los tutores y albaceas testamentarios que *rehúsan* de su cargo sin justa causa.

El artículo 758 del Código introduce un nuevo párrafo cuando regula el momento de calificar la «capacidad del heredero o legatario» especificando que «en los casos segundo y tercero del artículo 756 se esperará a que se dicte la sentencia firme, y en el número 4.º a que transcurra el mes señalado para la denuncia».

Los artículos 759 y 760 del Código Civil coinciden exactamente con sus respectivos 758 y 759 del Anteproyecto y 620 y 622 del Proyecto del 51 (este último precepto modificado como ya se vio al estudiar el Anteproyecto), al regular el caso del heredero o legatario que muere antes de que la condición se cumple y la obligación de restitución, *respectivamente*.

El artículo 761, por su parte, omite la cláusula «en el caso de existir otros herederos testamentarios» que ya se vio que tanto el Proyecto del 51 (art. 623) como el Anteproyecto (art. 760) se contenía y que aparecía innecesaria.

Cabe observar también que el Código, en su artículo 762, declara el plazo de cinco años como de caducidad de la acción para declarar la «incapacidad, coincidiendo con su respectivo artículo 762 del Anteproyecto, y suprimiendo los artículos 761 y 763 de éste, que ya fueron objeto de estudio con anterioridad.

Por último se advierte en el texto definitivo del Código Civil una alteración más con respecto al texto del Anteproyecto de 1882 y es que en este último se hace alusión a «incapacidad e indignidad» en los artículos 741, 757, 759, 760, 761, 762 y 763. Mientras que en el Código Civil de 1889, en los artículos homólogos a los anteriores (744 —homólogo 741 Anteproyecto—; 758 —homólogo 757 Anteproyecto—; 760 —homólogo 759 Anteproyecto—; 761 —homólogo 760 Anteproyecto—; 762 —homólogo 762 Anteproyecto—) sólo se habla de «incapacidad», sin hacer expresa referencia a las dos figuras por separado, sino incluyendo bajo un mismo término a las incapacidades relativas y a la indignidad.

Atendiendo a los artículos que contemplan las causas de indignidad en uno y otro texto legal, igualmente se observa que en el Anteproyecto, en su artículo 754, se dice literalmente: «Son *indignos* y como tales no pueden adquirir por testamento...»; al tiempo que en el Código Civil, en su artículo 756 se dice expresamente: «Son *incapaces* de suceder por causa de indignidad...»

Todo ello constituye claro exponente de la concepción bajo la cual el Código Civil contempla a la indignidad, lo que fundamenta la ubicación sistemática de dicha figura en el texto sustancial, y que no es otra que la de «incapacidad» para suceder.

Por lo dicho, y respecto a los artículos antes citados, en los que el Código Civil hace referencia tanto a las «incapacidades» relativas como a la indignidad, bajo el único término de «incapacidad» habrá de tenerse en cuenta tal circunstancia, a la hora del estudio e interpretación de los preceptos que contienen.

Estas son, pues, las innovaciones y modificaciones introducidas por la Comisión al redactar el texto definitivo del Código Civil en materia de indignidad y que refleja a esta figura, en líneas muy generales, como «incapacidad de suceder», que provoca la exclusión de herencia, tanto por testamento como abintestato, del heredero que incurre en determinadas causas, fijadas por ley, las cuales «dejan de surtir efecto si el testador las conocía al tiempo de hacer el testamento, o si, habiéndolas sabido después, las remitiera en documento público».

VI. CONSIDERACION FINAL

El mostrado ha sido el *iter* recorrido por la indignidad como tal figura jurídica desde su origen remoto en el viejo Derecho romano, a través de los textos jurídicos que constituyeron el denominado Derecho histórico español, en los antecedentes legales del Derecho extranjero codificado, así como en los textos fruto del tortuoso camino que la codificación civil española tuvo que recorrer hasta su inclusión en la edición definitiva de nuestro Código Civil.

En ellos se encuentra el sentido histórico de nuestra figura que, por ello, aparece hoy fundadamente encuadrada en el sistema de sucesiones español de nuestro Código Civil, no obstante, con una regulación sin duda necesitada de una mayor claridad, concreción y sistematización que dieran a la indignidad para suceder una eficacia real y práctica, en la actualidad muy debilitada, a nuestro parecer, en gran medida, por falta de aplicación de las normas que la regulan, a lo que indudablemente contribuyen las deficiencias expuestas.

MARÍA JOSÉ MENA-BERNAL ESCOBAR
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, vol. II, 1940.
- AUBRY & RAU: *Cours de Droit civil français*, t. I, IV y VI, 4.^a ed., París, 1869.
- AZARA, A.: «Voce Codici italiani degli antichi stati», en *Novissimo Digesto italiano*, t. III, 1938, 398.
- BARASSI, L.: *Le successione per causa di morte*, 3.^a ed., riv. Milano, 1947.
- BARATTA, V.: Voce «indegnità» en *Nuovo Digesto italiano*, t. VI, Torino, 1938, págs. 1001-1004.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.: *Précis de Droit civil*, t. III, París, 1914 (11.^a ed.).
- BIONDI, B.: *Diritto ereditario romano. Parte Generale*, Milano, 1954.
- *Sucesión testamentaria y donación*. Tratado por FAIREN, Barcelona, 1960 (2.^a ed. rev.).
- BONFANTE, P.: *Corso di Diritto romano*, vol. VI. *Le successioni. Parte Generale*. Publ. por la Società editrice del Foro italiano, Roma, 1930.
- *Instituciones de Derecho romano*. Trad. de la 8.^a ed. italiana por BACCI y LARROSA. Madrid, 1929.
- CUERPO DE DERECHO CIVIL: t. II, vers. esp. por DON ALEJANDRO DE BACARDI, Barcelona, 1874.
- DE PAGE, H.: *Traité élémentaire de Droit Civil belge*, t. IX, 1946.
- DE LA RUA, V.: *Lecciones de Derecho español*, t. I, Madrid, 1838.
- DEL VISO, S.: *Lecciones elementales de Derecho Civil*, t. I, 5.^a ed., Valencia, 1885.
- DEMANTE: *Cours analytique de Code civil*, t. 3, París, 1885.
- DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon. Traité de Successions*, t. XIII, París, 1866.
- DIAS FERREIRA, J.: *Código Civil portuguez anotado*, 2.^a ed., vol. III, Coimbra, 1902.
- DURANTON, M.: *Cours de Droit français, suivant le Code civil*, t. VI, 4.^a ed., París, 1874.
- EL DIGESTO DE JUSTINIANO: t. I. *Constituciones preliminares y Libros 1-19*, vers. castellana por A. D'ORS, Pamplona, 1963.
- t. II. *Libros 20-36*, vers. castellana por A. D'ORS, Pamplona, 1972.
- EL FUERO REAL DE ESPAÑA, glosado por ALONSO DÍAZ DE MONTALVO, t. II, Madrid, año MDCCLXXXI.
- ELÍAS, J. A.: *Derecho civil general y foral de España*, t. III, Madrid/Barcelona, 1877.
- FALCON, M.: *Código Civil español*, t. III, Madrid, 1889.
- *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral*, t. III, 4.^a ed., Barcelona, 1893.
- FUERO JUZGO, en latín y castellano, cotejado por la Real Academia Española, Madrid, 1815.
- GACTO FERNÁNDEZ, E.: «Derecho del Constitucionalismo y la Codificación». II en la colección *Temas de Historia del Derecho*, Publ. Univ. de Sevilla, Sevilla, 1979.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios al Código Civil español*, Zaragoza, 1974 (reimpr.).

- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, t. III, 4.^a ed., Madrid, 1875.
- HERNÁNDEZ GIL, F.: «La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos», en *RDP*, 1961, págs. 468 y ss.
- «La rehabilitación del indigno», en *RDP*, t. XLVI, 1962, págs. 285-307.
- «La obligación del sucesor de denunciar la muerte violenta del causante», en *Estudios en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. II, apl. 1969, págs. 227 y ss.
- «La indignidad por incumplimiento de deberes legales», en *RDP*, 1965, págs. 109-121.
- Huc, T.: *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. V, París, 1893.
- IGLESIAS SANTOS: *Instituciones de Derecho romano*, vol. II, 1951.
- JORS, P. y KUNKEL, M.: *Derecho privado romano* (trad. por PRIETO CASTRO), Madrid, 1965 (reimpr.).
- LAS SIETE PARTIDAS, glosada por GREGORIO LÓPEZ, Madrid, *BOE*, 1975, ed. facsímil de la ed. de Andrea de Portonariis, t. III, Salamanca, 1555.
- LASSO GAITE, J. F.: *Crónicas de la codificación española*. 4. *Codificación civil*, vol. I, publ. por el Ministerio de Justicia, 1970.
- LAVAGGI, G.: «L'indegnità a succedere per soccombenza nella querella inofficiosi testamenti», en *SDHI*, 5 (1939), págs. 76-100.
- LAURENT, F.: *Principes de Droit civil français*, t. I, VIII y IX, 3.^a ed., Bruxelles, 1878.
- LEYES DE TORO, glosadas por A. GÓMEZ: *Typis*, Don Gabrielis Ramírez, MDCCLXVIII.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, vol. I y vol. II, Madrid, 1973.
- NARDI, E.: *I casi di indegnità nel Diritto successorio romano*, Milano, 1937.
- «In tema di indegnità da soccombenza nella "querella inofficiosi testamenti"», en *SDHI*, 5 (1939), págs. 450-457.
- «Trittico indignitario», en *Studi in memoria de Albertario*, vol. secondo, Milano, 1953, págs. 723-742.
- «Voce "indegnità"», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VIII, 1957.
- NAVARRO AMANDI, M.: *Código Civil en España*, t. 1, Madrid, 1880.
- NOVISSIMA RECOMPILACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA, mandadas por Carlos IV, Madrid, *BOE*, D.L. 1975. T.V. *Reproduc.* facsímil de la ed. Madrid 1805-1807.
- ORTEGA PARDO, G.: *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»*, Madrid, 1945.
- «Herederio testamentario y heredero forzoso», en *ADC*, 1950, pág. 321.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «El Anteproyecto del Código Civil español» (1882-1888), vol. I, publ. en *Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965.
- «La naturaleza jurídica de la legítima», en *ADC*, XXXVIII-4 (1985), pág. 849.
- PEROZZI, S.: *Istituzioni di Diritto romano*, vol. II, Firenze, 1908.
- PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de Droit civil*, t. III, 3.^a ed., París, 1948.
- POTHIER: *Traité des successions*, cap. I, secc. 2.^a, art. 4.^o, párr. 2.^o.
- REIMUNDO, B.: *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico*, publ. por la Univ. de Oviedo, Oviedo, 1983.

- ROGRON, J. A.: *Codes français. Expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, París, 1836.
- ROGUIN, E.: *Traité de Droit civil comparé. Les successions*, t. I, París, 1908.
- SCAEVOLA, Q. M.: *Código Civil comentado y concordado*, t. XIII (5.^a ed.) y t. XIV (4.^a ed.), Madrid, 1944.
- SOHM, R.: *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y Sistema*, 17.^a ed., trad. por W. ROCES, Madrid, 1936.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. I, Fundamentos, Madrid, 1982.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones*, t. II, Perspectiva dinámica, Madrid, 1984.
- VOCI, P.: *Diritto ereditario romano*, vol. I, 2.^a ed. riv., Milano, 1967.