

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

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

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

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

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

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

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

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

Por lo que se refiere al primer punto, puede decirse que, en líneas generales, los enfermos mentales estaban en Derecho Romano desprovistos de capacidad de obrar, sin ser necesaria una declaración judicial al efecto. A veces llega a compararse su figura con el *infans*⁵, con el ausente⁶ o con el que está dormido⁷, e incluso con el muerto⁸. Poco a poco se fue admitiendo la validez de los actos desarrollados durante los intervalos lúcidos, aunque la formulación con carácter general de esta regla no es anterior, según la doctrina mayoritaria, a la época postclásica⁹. Se discutía en Derecho clásico si la curatela cesaba

⁵ Gai. 3, 109.

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

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

⁸ D. 39, 5, 2, 5 (*Iul. l. LX digestorum*).

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

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

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

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

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

-En la esfera penal, se considera que el loco es inimputable, salvo que el delito se hubiera cometido en un intervalo lúcido¹², no pudiéndosele exigir tampoco responsabilidad por la vía de la ley Aquilia¹³, y se deja abierta la puerta a la posibilidad de internamiento del *furiosus* en caso de peligrosidad¹⁴.

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

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

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

matrimonio¹⁵. Los hijos del *furiosus*, no llegando a ser *sui iuris* sino a la muerte de éste, no estarían bajo la *potestas* de los agnados, sino bajo la persona del *furiosus*¹⁶ y así lo señala Ulpiano en D. 1, 6, 8, pr.¹⁷ Se ha destacado, en este sentido, la

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

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

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

analogía entre la situación del *pater furens* y el *pater captus ab hostibus*, ya presente en algunos textos como D. 23, 4, 8 (*Paulus, l. VII ad sabinum*), en el que el jurista afirma que se podrá hacer el pacto de la dote con el *filius* o *filiafamilias* si el padre está loco o ha sido capturado por los enemigos¹⁸.

-En el ámbito sucesorio se aborda en bastantes textos el problema de la *testamentifatio* activa, negada como regla general tanto respecto de los *mente capti*¹⁹ como de los *furiosi*, salvo que se encuentren en un intervalo lúcido²⁰, y ello tanto respecto a testamentos como a codicilos²¹; manteniéndose la validez del testamento otorgado con anterioridad a la locura (D. 28, 1, 20, 4- *Ulp. l. I ad Sabinum*; D. 37, 11, 1, 9 -*Ulp. l. XXXIX ad ed.*-, I.J., 2, 12, 1). En cambio, el furioso sí tiene *testamentifatio*

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

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

²⁰ IJ. 2, 12, 1; C.J., 6, 22, 9.

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

pasiva, heredando automáticamente en caso de ser heredero necesario²².

-El *furiosus* carece de capacidad negocial²³, aunque conserva la propiedad y la posesión de sus bienes²⁴, y, naturalmente, son válidos los negocios realizados en los intervalos lúcidos²⁵; no obstante, la transmisión de la posesión

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

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

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

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

establecida en beneficio de la persona con discapacidad, no de los derechos de sus herederos, lo que incluiría hacer todo lo posible para que el *furiosus* recuperara la razón³⁵, y a proclamarse expresamente el beneficio del incapaz como principio rector de esta curatela en D. 27, 10, 7, pr. (*Julianus, l. XXI Digestorum*)³⁶. Por ello las facultades del curador del furioso se limitan, en principio, a los actos de administración, sólo pudiendo efectuarse enajenaciones si así lo exige la administración de los negocios (D. 27, 10, 12, *Marcelus, l. I digestorum*)³⁷. De este modo, el curador solo podrá dar bienes en prenda (D. 27, 10, 11, *Paul. L. VII ad Plautium*) o realizar

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

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

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

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

II- LA NOVELA 115

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

⁴² C.J. 6, 26, 9 y C.J. 5, 70,7, 1b

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

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

La primera cuestión que se plantea es la determinar si los textos transcritos contienen una causa de indignidad para suceder o una causa de desheredación. La *indignitas* ha sido definida como una calificación de reprobación, atribuida por el derecho objetivo al culpable de ciertas faltas, que tiene como consecuencia para el indigno la pérdida de la herencia o del legado, atribuido, por regla general, al Estado⁴⁴. No estar incurso en causa de indignidad era un requisito más, junto a la *testamentifactio* y la *capacitas*⁴⁵, para que una persona pudiera

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

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

llegar a hacerse con la herencia de forma definitiva⁴⁶. Se ha discutido mucho acerca de si el Derecho romano elaboró una categoría autónoma de la *indignitas*⁴⁷ o si, por el contrario,

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

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

simplemente se fueron estableciendo supuestos que no presentaban un denominador común, no suponiendo la existencia de una rúbrica en el Digesto (34, 9, *De his quae ut indignis auferuntur*) y en el *Codex* de Justiniano (6, 35, *De his quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad senatusconsultum Silanianum*) solo una mera reagrupación de algunos casos en los que se modifica el orden sucesorio o en que los bienes van a parar a personas distintas del designado, fundamentalmente el fisco, dejando fuera muchos otros supuestos, no pudiéndose hablarse entonces de la existencia de un instituto unitario de la indignidad en Roma⁴⁸.

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

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

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

Con todo, la doctrina mayoritaria considera comprendida la falta de atención al *furiosus* tanto entre los supuestos de indignidad como de desheredación⁵⁶. Se ha dicho también que

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

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

la disposición resulta aplicable tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada, mientras que la mayoría de las hipótesis de indignidad suelen referirse a la primera⁵⁷. Parece claro, en primer lugar, que el propósito de la Nov. 115, 3 es establecer un elenco de justas causas de desheredación. Así, recuerda Justiniano en el capítulo quinto que el propósito de la disposición había sido “desterrar la injuria de la preterición y la desheredación”, aunque hay que tener en cuenta que alguno de los motivos enumerados en la constitución ya habían sido considerados con anterioridad como causas de indignidad, por ejemplo, el haber proferido injurias contra la persona del testador (Nov. 115, 3, 2, ya mencionado en D. 34, 9, 9,1, *Ulp. l. XIV ad legem Iul. et Pap.*), por lo que ciertos supuestos contemplados en la novela constituyen a la vez causas de indignidad y causas de desheredación. Cabría preguntarse entonces si la falta de atención al *furiosus* está sujeta a esta doble

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

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

refiere a los descendientes y, en su defecto, a los cognados que son llamados a la sucesión *ab intestato*. No se menciona al cónyuge del incapaz, a pesar de la existencia de un deber de alimentos de alcance discutido⁶¹. En D. 24, 3, 22, 8 y 9, Ulpiano (*ad Ed.*, l. XXXIII)⁶², aborda expresamente la problemática del marido que, ante la locura de la mujer y no queriendo disolver por malicia el matrimonio, abusa de la dote, sin prestarle

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

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

declaraba que los bienes “confiscados” a los indignos iban a parar, bien al fisco, bien a otras personas⁶⁷. Ahora bien, en el período justiniano aparece un buen número de nuevas hipótesis. Así ocurre en la Nov. 1.1, en la que los bienes de los instituidos que no hayan cumplido la voluntad del testador en el plazo de un año, se distribuyen entre el resto de los

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

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

obstante, concluye que, a efectos prácticos, todos quedaban sometidos a un único régimen jurídico, con la única diferencia de que la curatela sería legítima en el primer caso y dativa en el segundo⁷⁶.

Autores posteriores, como Renier, han observado que sería a partir de Ulpiano cuando en el lenguaje técnico y en las constituciones imperiales se distingue entre *furioso* (el que padece una locura completa) y *demente*, (aquél que padece una locura secundaria, como monomanía, imbecilidad o demencia senil). Ahora bien, mientras este autor mantiene el carácter clásico de la distinción *furiosus vel demens*⁷⁷, otros lo niegan, entendiéndolo referido al periodo romano helénico, como Bonfante⁷⁸ y Solazzi⁷⁹, que aclara que el cambio de terminología

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

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

⁷⁷ RENIER, *op. cit.*, p. 451 y ss.

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

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

deja claro que en unos casos el furor es continuo y en otros no, y C.J., 5, 70, 7, que contempla el caso del furioso preso de una enfermedad perpetua (pareciendo así admitir la existencia de *furiosi* con enfermedad no continua)⁸⁵. Solo un texto abre la puerta a la existencia en el periodo clásico de un régimen diferente entre el furioso y el *mente captus*: se trata de C.J., 5, 4, 25, en el que Justiniano ha de resolver las dudas sobre si la interpretación de un rescripto de Marco Aurelio, emitida para autorizar el matrimonio del hijo de un *mente captus*, es aplicable también al hijo del *furiosus*. La solución que da Justiniano es entender que tanto los hijos del demente como los del furioso, puedan contraer matrimonio, cualquiera que fuera su sexo⁸⁶.

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

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

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

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

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

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

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

Código Civil de Costa Rica⁹⁰) han extendido también las previsiones de la Nov. 115, 3, 12 al *mente captus* o al desmemoriado.

La última cuestión que se plantea es la de la posibilidad de aplicar la previsión que nos ocupa a supuestos en los que el causante estuviere aquejado de una enfermedad física, en lugar de mental, o se encontrase en situación de extrema pobreza y hubiere sido abandonado por su heredero. En principio, dado el propósito de la constitución de establecer un elenco cerrado de justas causas de desheredación, la respuesta debería ser negativa, como ha entendido un sector doctrinal⁹¹. Sin embargo,

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

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

que un vasallo puede ser privado de su fundo, con lo que hijo y vasallo resultan así equiparados⁹⁵. Finalmente, la aplicación analógica de las causas de desheredación se ha justificado también acudiendo a D. 1, 3, 12, (*Jul., l. XV dig.*) según el cual, quien juzga ha de proceder por analogía cuando, pese a no estar comprendidos o en las leyes o senadoconsultos determinadamente todos los casos, esté manifiesto su sentido⁹⁶.

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

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

⁹⁶ FERRIERE, *op. cit.*, p. 352.

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

viuda) aunque sin mencionar la que nos ocupa⁹⁹. Casi todos los fueros municipales recogen también, con mayor o menor extensión, alguna causa de desheredación¹⁰⁰.

Mayor es el elenco de causas de desheredación previsto en el Fuero Real (3, 9, 2 y 3), y, aunque contempla ya alguna hipótesis de indignidad (3, 9, 4 y 5), correspondiendo al Rey los bienes del indigno, tampoco contiene previsión alguna referente al discapacitado, lo que es más curioso, puesto que en dicha regulación se deja ya sentir claramente la influencia del Derecho romano¹⁰¹. Ni en este cuerpo legal, ni en el Fuero Juzgo, se contemplan causas de desheredación de padres ni ascendientes, lo cual es lógico puesto que en ninguno de ellos eran considerados como herederos forzosos.

Antes de comenzar con las Partidas, que acogen en general la regulación jurídica del testamento de la época de Justiniano¹⁰², hemos de observar que la falta de atención al

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

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

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

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

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

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

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

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

travieso, ley 12^a)¹⁰⁵. Algunas de las causas incluidas en ley 5^a y la de la ley 6^a, son, como veremos, tanto de indignidad como de desheredación¹⁰⁶. Fuera de este título, la doctrina suele considerar como causas de indignidad para suceder las comprendidas en Part. 6, 1, leyes 26 a 30 y Part. 6, 3, leyes 4 y 5¹⁰⁷.

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

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

¹⁰⁶ En igual sentido, MENA BERNAL, cit., p. 1.101.

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

diferencia de lo sucedido en varios códigos iberoamericanos¹¹⁵. Es más, ambas instituciones en algunos casos se refundieron en

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

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

5º) *Haberle abandonado estando impedido o menesteroso*¹¹⁸.

La falta de atención al discapacitado psíquico reaparece explícitamente, sin embargo, en el Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851, fiel a la tradición histórica¹¹⁹, y ello a pesar de que el artículo 672, a la manera de los Códigos modernos, recoge como causa de desheredación la negativa a prestar alimentos al padre o descendiente que deshereda:

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

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

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

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

Proyecto de 1882 ni el Código Civil en su redacción inicial recogieron expresamente la falta de atención al discapacitado como posible causa de una u otra institución. Aunque ciertamente algunas de las causas contempladas en nuestro derecho histórico habían quedado desfasadas (como, por ejemplo, la falta de redención al cautivo por sus parientes), no es este el caso de la circunstancia que nos ocupa¹²⁵.

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

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

tradición histórica, si la finalidad de la norma es evitar la situación de desamparo ¿por qué privar del mecanismo de protección del 756.7 al discapacitado que haya podido otorgar testamento, por ejemplo, el discapacitado físico con minusvalía superior al 65%? El precepto no puede partir de la idea de que los discapacitados están sistemáticamente privados de *testamentifactio* activa¹³⁸. Nuestro derecho establece el principio de presunción de capacidad, por lo que la regla general es la capacidad de la persona y la incapacidad la excepción; por lo tanto, solo estará privado del derecho a otorgar testamento la persona con la capacidad modificada judicialmente -concepto que no es equivalente a “discapacitado” - a quien la sentencia de incapacitación expresamente haya privado de este derecho. Y aun así, dado que la falta de capacidad ha de apreciarse en el momento del otorgamiento, será válido un testamento otorgado en un momento anterior a la incapacidad. Finalmente, hay que recordar que la privación de la facultad de testar, de conformidad con el espíritu de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y

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

según ha venido entendiendo nuestra jurisprudencia, ha de ser interpretada restrictivamente¹³⁹.

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

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

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

punto, se insiste en que no es necesario que el causante esté judicialmente incapacitado¹⁴¹. Tampoco se daba esta exigencia en el Derecho romano, donde no se hacía una declaración judicial de incapacidad. Los discapacitados incluidos en la norma serán, en virtud de la remisión efectuada por la D.A. 4ª del CC, según la redacción dada por el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, las personas con minusvalía psíquica igual o superior al 33% o con minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%, y ello con independencia de que haya recaído o no sentencia de incapacitación¹⁴². Ha de observarse que aparecen

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

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

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

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

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

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

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

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

En relación con la concreción del concepto de “atenciones debidas”, el propio artículo se remite a lo dispuesto en los artículos 142 y 146 CC; debiendo ser su cuantía proporcional a las posibilidades de quien los da y las necesidades de quien los recibe. Si el obligado a alimentos no está en situación de prestarlos, cabría plantearse si está obligado, al menos, a solicitar la ayuda de alguna institución estatal a favor del discapacitado, como disponía el Proyecto de García Goyena (“son indignos...el pariente del difunto, que, hallándose este loco o demente y abandonado, no cuidó de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público”). Se señala que los alimentos debidos son en todo caso los legales, no los establecidos, por ejemplo, en un contrato de renta vitalicia, de alimentos u otro análogo de origen convencional¹⁴⁹. En general,

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

Tanto la Novela 115, 3, 12 como las Partidas exigían, para la entrada juego de la causa de indignidad, poner la situación de necesidad del *furiosus* en conocimiento del obligado a prestar atenciones; más específicamente, el primero de los textos citados exigía atestado *por escrito*. Menos previsor que sus antecedentes históricos, el vigente Código no contiene una prescripción similar, aunque con buena lógica, la jurisprudencia viene entendiendo igualmente que el demandante debe probar el requerimiento de alimentos al demandado¹⁵⁸, no pareciendo necesaria su reclamación por vía judicial, siendo válido el requerimiento extrajudicial. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de prestar las atenciones debidas a la persona con discapacidad desde que se tuvo conocimiento de su situación de desamparo, es suficiente para hacer nacer la causa de indignidad, correspondiendo al demandante la acreditación de tal conocimiento.

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

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

Se ha insistido, finalmente, en la falta de utilidad práctica de la norma, por cuanto si el discapacitado ha de solicitar alimentos será porque no cuenta con patrimonio suficiente para hacer frente a sus necesidades, por lo que el pariente declarado indigno poco tendrá que perder (salvo si la persona con discapacidad viene a mejor fortuna, por ejemplo, tras recibir premios de lotería, indemnizaciones por accidente, etc.)¹⁵⁹. Habría que añadir los supuestos de indemnización como consecuencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública¹⁶⁰. La crítica es justa, aunque también cabe observar que puede decirse exactamente lo mismo, por ejemplo, de la causa de desheredación por negación de alimentos¹⁶¹. En relación también con la aplicación práctica del

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

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

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

precepto se ha destacado, asimismo, la aplicación restrictiva que de la misma ha realizado la jurisprudencia¹⁶², especialmente, según ya se señaló, a la hora de delimitar alcance de la obligación alimenticia, soliendo resultar desestimadas las pretensiones de declaración de indignidad sucesoria por esta causa¹⁶³.

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

¹⁶² MINERO ALEJANDRE, *op. cit.*, p 261.

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

En cuanto a los efectos de la declaración de indignidad, parece evidente que el indigno para suceder por la causa contemplada en el 756.7º pierde también el derecho a su legítima. Así lo entiende la generalidad de la doctrina tanto para el resto de las causas de indignidad¹⁶⁴, como específicamente para la que nos ocupa. Y por lo que se refiere a la devolución de frutos o intereses, el indigno está obligado a devolver los percibidos mientras estuvo en posesión de los bienes hereditarios por imperativo del artículo 760¹⁶⁵.

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

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

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

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

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

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

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

Para concluir, puede hacerse una referencia a la recién derogada ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida para personas mayores¹⁶⁶, que establecía la posibilidad de concertar un pacto de acogida, consistente en la *vinculación por razón de edad o discapacidad de una persona o pareja a otra persona o pareja más jóvenes, que los aceptan en acogida en condiciones parecidas a las relaciones de parentesco y a cambio de una contraprestación* (artículo 1). La ley presentaba la particularidad, respecto a otras disposiciones autonómicas sobre la misma materia, de introducir en sus arts. 8 y 9 ciertos derechos sucesorios en favor de los acogedores, siempre que la convivencia hubiera sido superior a cuatro años, y ello tanto para la sucesión testada como la intestada¹⁶⁷. Aunque el

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

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

