

EL DERECHO DE SUCESIONES EN LOS PRIMEROS MANUALES DE DERECHO ESPAÑOL. EL CASO DE LA *ILUSTRACIÓN DEL DERECHO REAL DE ESPAÑA* DE DON JUAN SALA BAÑULS (I)

FRANCISCO JAVIER DÍAZ GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones
Universidad de Alcalá*

Resumen: El presente trabajo trata de estudiar cómo era explicado el Derecho de sucesiones en uno de los primeros manuales universitarios, el de don Juan de Sala *Ilustración del Derecho Real de España*, que será considerado texto oficial en tiempos de Fernando VII. A través de este texto vemos también como todavía seguía en vigor gran parte del Derecho de sucesiones de épocas pasadas, plasmados en dos grandes obras jurídicas: las *Partidas* y la *Novísima Recopilación*, esta última a su vez recogía normas de dos importantes Ordenamientos de Cortes, el *Ordenamiento de Alcalá* y, sobre todo, las *Leyes de Toro*. Como conclusión, la obra de Sala servirá de modelo a los primeros manuales del siglo XIX.

Palabras clave: Testamento, heredero, sustitución, legado, mayorazgo, sucesión intestada.

Abstract: The present work tries to study how the Law of successions was explained in one of the first university manuals, that of don Juan de Sala *Ilustración del Derecho Real de España*, which will be considered to be an official text in times of Fernando VII. Across this text we see also as still it was following in effect great part of the Law of successions of last epochs, formed of two big juridical works: the *Partidas* and the *Novísima Recopilación*, the latter in turn was gathering procedure of two important Ordenamientos de Cortes, the *Ordenamiento de Alcalá* and, especially, the *Leyes de Toro*. As conclusion, the work of Sala will use as model to the first manuals of the 19th century.

Keywords: Testamento, heredero, sustitución, legado, mayorazgo, sucesión intestada.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL TESTAMENTO. 1. Capacidad para testar. 2. Clases de testamentos: 2.1. Testamento abierto-Testamento cerrado. El codicilo. 2.2. El testamento militar. 2.3. Testamentos con fe pública y con fe privada. 3. Capacidad de los testigos. 4. El testamento por comisario. 5. La apertura del testamento. 6. Invalidación del testamento. El testamento inoficioso. III. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO. 1. Capacidad para ser heredero. 2. Nombramiento del heredero. La institución bajo condición. 3. División de la herencia y derecho de acrecer. 4. Las sustituciones. 5. La aceptación de la herencia: 5.1. El derecho a deliberar. 5.2. El beneficio de inventario. 5.3. Formas de aceptación de la herencia. 6. La desheredación. 7. Preterición.

I. INTRODUCCIÓN

En otro trabajo que se publicó en el *Anuario de Derecho Concursal*¹ he referido la importancia que tuvo en la universidad española de la primera mitad del siglo XIX

¹ “El estudio de la cesión de bienes y del concurso de acreedores en los primeros manuales universitarios: la *Ilustración del Derecho Real de España* de don Juan Sala Bañuls”, en *Anuario de Derecho Concursal*, 24 (2011), págs. 253-270.

el manual elaborado por don Juan de Sala Bañuls, *Ilustración del Derecho Real de España*, así como la que tuvo este gran jurista y su obra no sólo en España, sino también en las nuevas repúblicas que estaban naciendo en América. Los motivos que impulsaron a nuestro autor a realizar tan importante obra lo encontramos en el Prefacio de la obra²: “Los deseos de la Nación de que se publicara una Ilustración del derecho Real de España en el idioma Español, que al paso que no ofendiera el buen gusto y pericia de los concurrentes a las Universidades, y demás personas doctas, pudiera dar una decente instrucción a los que, no entendiendo el latín, la necesitan para el ejercicio de su profesión, o gobierno de sus cosas, movieron nuestro ánimo a emprender el trabajo de ordenarla en la edad avanzada de setenta años, en que los hombres solemos pensar más en descansar, que entrar en nuevas tareas”.

A continuación vamos a plantear como estudiaba nuestro autor el Derecho de sucesiones, materia que ocupa los títulos IV a VIII del libro II de la *Ilustración*. El Derecho de sucesiones en época moderna ha carecido de los estudios adecuados. Así lo dijo en su momento García-Gallo³ y, más modernamente, lo han reflejado Sarrión y Baró⁴. Aunque se han realizado algunos importantes trabajos sobre este tema en dicho período histórico⁵, no se ha logrado llenar el vacío que en su día señaló García-Gallo. Este trabajo supone

² SALA, J.: *Ilustración del Derecho Real de España*, Valencia, (en adelante *Ilustración*) t. I, 1820, pág. III. (Utilizo la edición de 1820 en vez de la de 1803, pues fue actualizada después de la muerte del autor con referencias a la *Nov. R.*).

³ “La historia del Derecho español de sucesiones está en su mayor parte por estudiar”. GARCÍA-GALLO, A.: “El problema de la sucesión ‘mortis causa’ en la Alta Edad Media española”, en *Estudios de Historia del Derecho privado*, Sevilla, 1982, pág. 254.

⁴ BARO PAZOS, J.: “Notas acerca del testamento en el Derecho castellano bajomedieval y moderno”, en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Estudios jurídicos*, Universidad de Cantabria, 2003, págs. 61 y 62; SARRION GUALDA, J.: “El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante AHDE), LXXV (2005), pág. 216.

⁵ Son varias las obras, pero las más importantes, junto con las reseñadas de GARCÍA-GALLO, BARO y SARRION, son: MORENO CASADO, J.: “El testamento militar en España desde la Recepción”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (1953), págs. 475-499; VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Fideicomiso a término y condicionales y la cláusula ‘Si sine liberis decesserit’ en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil (Notas a dos discursos)”, en *Anuario de Derecho Civil*, IX (1963), págs. 783-860; DIEZ GOMEZ, A.: “El testamento militar español”, en *Revista de Derecho Notarial*, XLIII (1964), págs. 145-213; OTERO, A.: “La mejora del nieto”, en AHDE, XXXI (1961), págs. 389-400 y “La mejora”, en AHDE, XXXIII (1963), págs. 5-131; TOMAS Y VALIENTE, F.: “La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes”, en AHDE, XXXVI (1966), págs. 189-254; TAU ANZOATEGUI, V.: *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX*, Buenos Aires, 1971; CLAVERO, B.: *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1989; MONTAGUT DE ESTRAGUES, T. de: “El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes”, en AHDE, LXII (1992), págs. 239-326, y “Los actos a causa de muerte en los Derechos ibéricos medievales”, en *Actes à cause de Mort/Acts of last will, Recueils de la Société Jean Bodin por l'histoire comparative des institutions/Transactions of the Jean Bodin society for comparative institutional history*, LX, Bruselas, 1993, págs. 185-226; PACHECO CABALLERO, F. L.: “El acto mortis causa en los derechos hispánicos durante la Edad Moderna”, en *Actes à cause de Mort/Acts of last will, Recueils de la Société Jean Bodin por l'histoire comparative des institutions/Transactions of the Jean Bodin society for comparative institutional history*, LX, Bruselas, 1993, págs. 227-256; MARZAL RODRIGUEZ, P.: “Sobre el testamento mancomunado en la doctrina del Derecho común”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, t. II, Diputación de Castellón, 1999, págs. 605-610; GONZALEZ ALONSO, B. (coordinador) *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505. Actas del Congreso conmemorativo del V Centenario de la celebración de las Cortes y de la publicación de las Leyes de Toro de 1505*, Cortes de Castilla y León, 2006.

una pequeña aportación para intentar comprender como fue el Derecho sucesorio y cómo se estudiaba en dicha época.

Como buen jurista que fue, y gran conocedor del Derecho romano justinianeo y del Derecho castellano, Sala expone el Derecho de sucesiones dentro del apartado de adquisición de bienes a título universal, pues de esta forma “se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes”⁶. La herencia, siguiendo el concepto dispuesto en *Partidas*, la define como “universal patrimonio de alguno con sus cargas”⁷. En cuanto a la adquisición de la herencia, aplicando la teoría del título y el modo, el título es la delación y la admisión el modo, “y por ello, ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le defiera, esto es, se le deba ser llamado a ella. Se defiere por testamento, y faltando éste, *ab intestato*”⁸.

II. EL TESTAMENTO

Para explicar las razones por las que los humanos realizamos testamento Sala utiliza lo que en su día estableció Alfonso X en *Partidas*: “Testamento es una de las cosas del mundo, en que más deven los omes aver cordura quando lo fazen: e es por dos razones. La una, porque en ellos muestran, qual es su postrimera voluntad. E la otra, porque después que los han fecho, si se murieren, non pueden tornar otra vez endereçarlos...”⁹; definiendo a continuación lo que es testamento: “voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo después de su muerte”¹⁰.

El testamento es un acto personalísimo que manifiesta una voluntad libre del testador. Si alguno impidiere a otro poder testar pierde el derecho que debía haber en los bienes de aquél a quien impidió, pasando esos bienes al fisco regio¹¹; y si el otorgante tenía la voluntad de nombrar un heredero o un legatario y se lo impidiere otro por fuerza o con engaño, éste deberá pagar al perjudicado el doble de lo que le hizo perder¹².

1. Capacidad para testar

Pueden realizar el testamento todos aquellos a los que el ordenamiento jurídico no se lo prohíbe¹³. Por ello, son incapaces para realizar el testamento¹⁴:

- Los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce, aunque se encuentren todavía en poder del padre¹⁵.

⁶ *Ilustración*, t. I, pág. 138.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

⁹ *Partida VI*, tít. I, principio.

¹⁰ *Ilustración*, t. I, pág. 138. Aquí se apoya en la definición de la *Partida VI*, tít. I, ley 1.

¹¹ *Partida VI*, tít. I, ley 26.

¹² *Partida VI*, tít. I, ley 29.

¹³ *Partida VI*, tít. I, ley 13.

¹⁴ *Ilustración*, t. I, págs. 143-144.

¹⁵ *Ley V de Toro* (*Nov. R.*, lib. X, tít. XVIII, ley 4 = *N. R.*, lib. VI, tít. IV, ley 4).

- El desmemoriado o loco.
- El pródigo.
- Los mudos o sordos de nacimiento que no saben escribir ni pueden hablar; pero el que lo es por enfermedad o por otra razón, si sabe escribir puede hacer testamento, escribiéndolo por su mano.
- Los religiosos profesos¹⁶.
- Aunque las *Leyes de Toro* habían levantado la prohibición que pesaba sobre los condenados a muerte o a destierro de hacer testamento, sin embargo, por razón del delito cometido, no podían incluirse en él los bienes confiscados o que se hubieren de confiscar¹⁷.

2. Clases de testamentos

2.1. Testamento abierto – Testamento cerrado. El codicilo

En cuanto a las clases de testamentos, de acuerdo con sus solemnidades, puede ser nuncupativo o abierto y escrito o cerrado.

El *testamento abierto* - explica Sala- se realiza ante escribano público en presencia de tres testigos vecinos del lugar; si se realizase en un lugar donde no hubiese fedatario público, entonces el número de testigos aumentara a cinco, siempre que sean vecinos; “y sino pudieren ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho Lugar, a lo menos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal Lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, vale el tal testamento”¹⁸.

El jurista Antonio Gómez, uno de los más grandes comentaristas de las *Leyes de Toro*, afirmaba que en este tipo de testamentos sólo era necesaria la presencia de tres testigos, aunque no interviniese el escribano; mientras que el “Bártolo español”, Diego de Covarrubias, por su parte, mantenía que con sólo dos testigos y el escribano era suficiente para redactar el testamento, si en el lugar no pudiesen encontrarse más. Estas opiniones son rechazadas por Sala¹⁹.

En cuanto a su contenido, no es necesario que este tipo de testamento para que sea válido designe la persona del heredero o herederos, remitiéndose en este caso a la costumbre del lugar sobre las disposiciones de quién habría de heredar cuando el causante no designe heredero; lo mismo se podría aplicar - como puede apreciarse, Sala es fiel a la letra a la disposición legal- cuando el instituido como heredero no quisiese admitir la herencia. Finalmente, si el testador designase un heredero o le legare o mandase alguna cosa para que se la entregue a otro a quien sustituyere en la herencia o manda, y el heredero o el legatario no quisiesen

¹⁶ Partida VI, tít. I, ley 17.

¹⁷ Ley IV de Toro (Nov. R., lib. X, tít. XVIII, ley 3 = N. R., lib. V, tít. IV, ley 3).

¹⁸ Ilustración, t. I, pág. 139. Todo ello se basa en la normativa contenida en Nov. R., lib. X, tít. XVIII, ley 1 (N.R., lib. V, tít. IV, ley 1).

¹⁹ Idem., pág. 141

aceptarlo, entonces el sustituto se hará con todo. Sala analiza esta disposición, comparándola con el Derecho romano y concluye que “para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institución de heredero, ni que en el caso de haberla, ada o admita éste la herencia: cuya proposición en el derecho Romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase”²⁰.

Si el testador fuese de un ciego son necesarios cinco testigos, pero, conforme a la doctrina establecida por juristas de la talla de Gómez, Gregorio López, el gran glosador de las *Partidas*, y Alfonso de Acevedo, el mejor intérprete de la *Nueva Recopilación*, no son necesarios que sean vecinos del lugar, aunque, en el caso del escribano, Gómez aclara que no es necesaria su asistencia²¹.

El *testamento cerrado* es aquel que es presentado por el testador ante escribano público en presencia de siete testigos, los cuales deben firmarlo junto al causante; si alguno de ellos o el testador no supiese o pudiese firmar, “que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, más el signo del Escribano”²². Este tipo de testamento, aclara Sala apoyándose en los juristas castellanos citados arriba, no puede ser realizado por el causante cuando sea ciego²³.

Después de exponer estos dos tipos de testamento, Sala saca una serie de conclusiones sobre las solemnidades. En primer lugar, los testamentos que hacen los padres entre sus hijos o descendientes legítimos deben seguirse las formalidades previstas para los dos tipos de testamento (abierto y cerrado), pues las leyes se refieren a los que causantes que testan entre extraños; y lo mismo debe guardarse, como afirma el comentarista Gómez, cuando se otorgase el testamento en tiempo de peste, tal como dice en su comentario a la *Ley III de Toro*²⁴. En segundo lugar, que no es necesario que los testigos sean rogados, pues las leyes no hacen mención de esta cualidad, tal como alega Gómez, que sí era exigida en Derecho romano²⁵.

Cuando Sala estudia estos dos tipos de testamentos, hace referencia al codicilo, pero no hace en un primer momento mención a la definición legal que hace de él las *Partidas*, solamente a sus solemnidades. En un apartado posterior, cuando estudia el contenido del testamento, encontramos su definición: “Escritura breve que hacen algunos omes, después que son fechos sus testamentos o antes”²⁶. Este documento “tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer o menguar las mandas que hubiesen hecho en el testamento”²⁷.

²⁰ Idem., pág. 139.

²¹ Idem., págs. 140-141.

²² Idem., pág. 140. Sala tiene presente lo establecido en la *Ley III de Toro* (*Nov. R.*, lib. X, tít. XVIII, ley 2 = *N. R.*, lib. V, tít. IV, ley 2).

²³ Idem., pág. 141.

²⁴ Idem., pág. 140.

²⁵ Idem., pág. 141.

²⁶ *Partida VI*, tít. XII, ley 1.

²⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 200.

En cuanto a sus solemnidades, está capacitado para realizar el codicilo todo aquel a quien la ley no le prohíbe realizar testamento. El codicilo puede ser abierto o cerrado; en el primer caso deberán aplicarse los requisitos exigidos al testamento abierto en materia de testigos; pero en el caso de ser el codicilo cerrado, deben intervenir necesariamente cinco testigos con sus firmas, tal como se ordena en *Partidas*, y lo afirman Gregorio López y Antonio Gómez²⁸.

En el codicilo no se puede instituir heredero ni desheredar, ni poner condición a la institución hecha en el testamento, aunque “si que podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase o rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero ab intestato diese la herencia a Pedro; y lo mismo sucedería, si habiéndolo otorgado mandará o rogara al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar éste la cuarta parte de la herencia, llamada *Trebelianica* en latín”²⁹. Para saber el contenido de esta cuarta trebeliánica, es necesario que el fiduciario realice un inventario de los bienes³⁰, imputándose lo que se le hubiere dejado particularmente en el testamento y los frutos de la herencia que hubiera percibido, pero no los que percibió después que el fideicomisario supo la voluntad del testador y no reclamó su cumplimiento, ni los devengados antes de llegar el día en que se le mandó hacer la restitución de la herencia³¹.

Al contrario que el testamento, el codicilo no se invalida con la aparición de otro posterior, a no ser que se manifieste lo contrario por quien lo otorgó³².

En cuanto a su plasmación por escrito, como documentos públicos³³, el testamento y el codicilo hechos de forma abierta para que sean válidos deben ser confeccionado en papel sellado conforme a la Real Cédula de 23 de julio de 1794³⁴, pues en caso contrario se declaran nulos³⁵; en cambio, los realizados en forma cerrada pueden constar en papel común, aunque una vez que se produzca su apertura el escribano debe de protocolizarlos en papel sellado³⁶.

2.2. *El testamento militar*

La segunda distinción que hace Sala es entre testamentos “pagánicos” y “militares”. El primer tipo es el que realizan los paisanos, debiendo observarse las solemnidades establecidas en el apartado anterior. El testamento militar es el que hacen los soldados cuando se encuentran en campaña, manifestando su voluntad por escrito o de palabra, siempre y cuando se hallen presentes al menos

²⁸ *Partida* VI, tít. XII, ley 3.

²⁹ *Ilustración*, t. I, pág. 200, basándose en *Partida* VI, tít. XI, ley 2.

³⁰ *Partida* VI, tít. VI, ley 10.

³¹ *Partida* VI, tít. XI, ley 8.

³² *Partida* VI, tít. XII, ley 3.

³³ *Ilustración*, t. II, pág. 178.

³⁴ *Nov. R.*, lib. X, tít. XXIV, ley 11.

³⁵ *Nov. R.*, lib. X, tít. XXIV, ley 1 (*N. R.* lib. IV, tít. XXV, ley 44).

³⁶ *Nov. R.*, lib. X, tít. XXIV, ley 11.

dos testigos “llamados y rogados”³⁷. Aunque era condición indispensable para realizar este tipo de testamento que el militar se hallase en campaña³⁸, las Reales Ordenanzas de Carlos III³⁹ y la Real Cédula de 24 de octubre de 1774⁴⁰, permitían que los gozasen del fuero de guerra pudiesen testar sin limitación alguna la manera de manifestar su última voluntad.

2.3. Testamento con fe pública y testamento con fe privada

Esta distinción se establece por Sala para determinar la presencia en la realización y confección del testamento de un testigo especial, el rey. Es testamento con fe pública siempre y cuando, aunque sea el único testigo, aparece el rey, siendo el que se realiza con fe privada el ordinario⁴¹.

3. Capacidad para ser testigos

Vistos los diferentes tipos de testamentos, a continuación Sala analiza la capacidad para testar. Como en el caso del testador, puede ser testigo todo aquel a quien el ordenamiento jurídico no se lo prohíba⁴². No pueden ser testigos⁴³:

- Los condenados por injurias y calumnias, hurto, homicidio u otro delito semejante a éstos o más grave. Gregorio López añade que se incluyen también aquellos que han sido condenados con la nota de infamia⁴⁴.

- Los apóstatas cristianos que se hacen musulmanes o judíos, aunque después retornen al cristianismo.

- Las mujeres.

- Los varones menores de catorce años.

- Los esclavos. Sin embargo, si el esclavo era o creía que era libre en el momento de otorgar el testamento, entonces éste es válido, aunque después se averiguase que permanecía en el estado de servidumbre.

- Los mudos.

- Los sordos.

- Los locos, “mientras estuviesen en la locura”.

- Los pródigos.

³⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 142.

³⁸ *Partida VI*, tít. I, ley 6.

³⁹ *Ordenanzas de S.M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos*, trat. VIII, tít. XI, art. 4.

⁴⁰ *Nov. R.*, lib. X, tít. XVIII, ley 8.

⁴¹ *Partida VI*, tít. I, ley 5.

⁴² *Ilustración*, t. I, pág. 142.

⁴³ *Partida VI*, tít. I, ley 9.

⁴⁴ *Ilustración*, t. I, pág. 142.

Todas estas personas están incapacitadas para servir de testigos en el otorgamiento de todo tipo de testamentos, pues su inhabilidad es absoluta y general. Sin embargo, en determinados casos se establecen inhabilidades especiales. Así, los hijos con respecto a sus ascendientes y éstos con sus descendientes no pueden ser testigos en el otorgamiento del testamento, excepto cuando se trate de un testamento militar⁴⁵; tampoco puede ser testigo el heredero y todos sus parientes en el cuarto grado en el testamento en el que fuere instituido, pero, en cambio los legatarios y los fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en los que se les dejan mandas⁴⁶.

4. El testamento por comisario

“En España - escribe Sala- tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer a otro”⁴⁷. Se trata en este caso del llamado “testamento por comisario”, previsto ya en el *Fuero Real*⁴⁸ de Alfonso X, pero no se encontraba contemplado en *Partidas*. La recepción definitiva de esta institución en Derecho castellano la encontramos en las *Leyes de Toro*, como veremos a continuación.

Según la *Ley XXXI de Toro*⁴⁹, las facultades del comisario a la hora de confeccionar el testamento deben estar taxativamente establecidas en el poder que le confiere el causante. Así, el comisario, siempre y cuando el poder lo determine expresamente, puede instituir heredero o desheredar a los hijos o descendientes, hacer mejoras en el tercio o en el quinto, establecer sustituciones y nombrar tutores⁵⁰. Si no se estableciese nada, la misión del comisario consistirá a cumplir los cargos de conciencia del testador, pagando sus deudas y distribuir el quinto por su alma, entregando lo demás a sus parientes o personas que tuvieren derecho a heredarle abintestato; si no hubiese tales parientes, entonces, deberá disponer de los bienes en favor del alma del testador⁵¹.

El poder por el cual el testador manda al comisario la confección del testamento debe reunir las mismas solemnidades que son obligatorias en la realización de los testamentos⁵².

En cuanto al plazo de tiempo que tiene el comisario para realizar su función, se ordena que sea de cuatro meses si se encontraba en el lugar en el que se le dio el poder; seis meses si está fuera, pero dentro de España; y un año si se halla fuera de España; contra estos plazos el comisario no puede alegar ignorancia. Pasados dichos términos sin realizar el comisario el testamento, éste

⁴⁵ *Partida* III, tít. XVI, ley 14.

⁴⁶ *Partida* VI, tít. I, ley 11.

⁴⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 144.

⁴⁸ *F. R.*, lib. III, tít. V, ley 6.

⁴⁹ *Ley XXXI de Toro* (*Nov. R.*, lib. X, tít. XIX, ley 1 = *N. R.*, lib. V, tít. IV, ley 5).

⁵⁰ *Ilustración*, t. I, pág. 144.

⁵¹ *Ley XXXII de Toro* (*Nov. R.*, lib. X, tít. XIX, ley 2 = *N. R.*, lib. V, tít. IV, ley 6).

⁵² *Ley XXXIX de Toro* (*Nov. R.*, lib. X, tít. XIX, ley 8 = *N. R.*, lib. V, tít. IV, ley 13).

ya no podrá usar del poder, sucediendo en los bienes los herederos abintestato; más si el testador hubiera nombrado en el poder la persona a quien se había de instituir heredero o expresado una cosa cierta que había de hacer el comisario, la institución se considerará como hecha, e igualmente lo demás que el poderdante hubiere hecho un señalamiento especial⁵³. Estos plazos de cuatro y seis meses y del año, según los comentaristas Matienzo y Gómez, opinión adoptada por el propio Sala, pueden ser alterados por el arbitrio del testador⁵⁴.

Si el comisario no hiciera el testamento por alguna u otra causa, irán los bienes del causante a sus herederos abintestato, que tendrán la obligación, no siendo descendientes o ascendientes legítimos, de emplear el quinto en favor de su alma; y si no lo cumpliesen en el plazo de un año desde la muerte del testador, podrán ser compelidos judicialmente por cualquiera del lugar⁵⁵.

Si el testador hubiere nombrado heredero y diese facultad al comisario para concluir el testamento, éste solamente puede disponer de la quinta parte de los bienes del testador, después de pagadas las deudas, a no ser que le hubiese dado poder al comisario para más⁵⁶.

El comisario no puede revocar ni en todo ni en parte el testamento que el testador hubiese realizado, a no ser que medie poder de éste para que lo realice⁵⁷, como tampoco podrá revocar el que hubiese hecho en uso de su poder o confeccionar un codicilo, una vez hecho el testamento⁵⁸.

Finalmente, el testador puede nombrar varios comisarios, pero si alguno falleciese o renunciase a su misión, el poder se refunde en los demás; en caso de discordia, se está a lo que establezca la mayoría y si hubiese empate, lo decidirá el juez del domicilio del testador⁵⁹.

5. La apertura del testamento

Fallecido el causante, “puede pedir ante el Juez, qualquiera a quien se mande algo en él, que se abra”⁶⁰, pudiéndolo también solicitarlo, según Gregorio López, aquél que tuviese un interés, incluso aunque no se le dejase nada, como el caso del hijo preterido que quisiese probar la nulidad del testamento⁶¹. El que solicitase la apertura del testamento debe jurar ante la autoridad judicial competente que no lo hace maliciosamente, sino por el interés legítimo que tiene⁶².

Si el testamento se encuentra donde se solicita su apertura, la autoridad judicial debe ordenar que se lleve a su presencia y mandar abrirle. Si se

⁵³ *Ley XXXIII de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XIX, ley 3 = N. R., lib. V, tit. IV, ley 7).

⁵⁴ *Ilustración*, t. I, pág. 145.

⁵⁵ *Ley XXXVI de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XX, ley 13 = N. R., lib. V, tit. IV, ley 10).

⁵⁶ *Ley XLVII de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XIX, ley 6 = N. R., lib. V, tit. IV, ley 11).

⁵⁷ *Ley XXXIV de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XIX, ley 4 = N. R., lib. V, tit. IV, ley 8).

⁵⁸ *Ley XXXV de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XIX, ley 5 = N. R., lib. V, tit. IV, ley 9).

⁵⁹ *Ley XXXVIII de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XIX, ley 7 = N. R., lib. V, tit. IV, ley 12).

⁶⁰ *Ilustración*, t. I, pág. 146.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Partida VI*, tit. II, ley 1.

encontrara en otro lugar, el juez debe señalar un plazo de tiempo a quien lo tenga en su poder para que se lo lleven. Pero si el depositario del testamento no cumpliera la orden del juez, entonces deberá pagar al que le demandase todo cuanto fuese establecido en el testamento, así como los daños y perjuicios que hubiese ocasionado su resistencia⁶³.

El testamento es abierto en presencia del juez y de los testigos que figuran en él. Antes de la apertura, el juez interroga a los testigos si ese testamento es el que pusieron sus firmas o sus signos. Si la respuesta afirmativa es mayoritaria, entonces se produce la apertura y lectura del testamento, aunque no estén presentes todos los testigos. Si todos o la mayor parte de los testigos no pudiesen ser encontrados por estar fuera, el juez puede, si lo cree conveniente, ordenar la apertura del testamento en presencia de “hombre buenos”; si los testigos apareciesen, entonces se les deberá enseñar el documento para que reconozcan sus firmas o signos, y una vez que juren que aquel es el testamento que atestiguaron, este se guardara en el protocolo correspondiente⁶⁴.

Finalmente, si el testador lo hubiera considerado pertinente en su momento, el testamento no podrá abrirse hasta que pasase un determinado espacio de tiempo⁶⁵.

6. Invalidación del testamento. El testamento inoficioso

Son varias las causas por las cuales un testamento realizado con todas las formalidades legales puede invalidarse. En primer lugar “si al testador después de haberlo otorgado le naciese algún hijo que estuviese preterido, el qual naciendo lo rompería. A este hijo llaman las leyes *póstumo*, aunque con rigor sólo se llaman así los que nacen después de muerto el padre”⁶⁶.

También se invalida, como acto personalísimo que es el testamento, por otro posterior que otorgue el testador después⁶⁷, “porque su voluntad es tan libre en este particular, que la puede mudar siempre que le parezca, sin que hombre alguno pueda hacer testamento tan firme, que no lo pueda mudar después quando quisiere hasta el día de su muerte”⁶⁸; pero si este segundo testamento no fuera válido, entonces permanecerá en vigor el primero⁶⁹. La excepción a la prioridad y validez del posterior testamento lo encontramos cuando se hubiere hecho testamento en la falsa creencia de que había muerto el instituido en el primero, aunque son válidas las mandas del segundo⁷⁰, y también cuando el primer testamento contuviera cláusula general o particular derogatoria, o en él se instituyera por herederos a los hijos, pues para entenderse revocado deberá

⁶³ Partida VI, tít. II, ley 2.

⁶⁴ Partida VI, tít. II, ley 3

⁶⁵ Partida VI, tít. II, leyes 5 y 6.

⁶⁶ Ilustración, t. I, pág. 171, y Partida VI, tít. I, ley 20.

⁶⁷ Partida VI, tít. I, ley 21.

⁶⁸ Ilustración, t. I, pág. 172.

⁶⁹ Partida VI, tít. I, ley 23.

⁷⁰ Partida VI, tít. I, ley 21.

hacerse mención de él en el segundo⁷¹. Covarrubias y Gregorio López afirmaban que dependía de la voluntad del testador, “que derogará el segundo al primero, siempre que se conozca por las conjeturas quererlo así el testador”⁷².

Otra forma de invalidar el testamento, para el caso de que sea cerrado, sin necesidad de realizar otro posterior es cuando el otorgante voluntariamente le borra las firmas o quebranta el sello o sellos que lo cierran⁷³.

Finalmente, también se invalida el testamento por la querrela del testamento inoficioso sentenciada a favor de los desheredados. “Tiene lugar esta querrela o acusación –escribe Sala- cuando pretende el desheredado ser falsa la causa de desheredación que expresó el testador, y obtendrá victoria, y se rescindirá el testamento, sino probare ser cierta el heredero instituido a quien toca probarlo”⁷⁴. Se utiliza esta querrela también cuando los ascendientes, instituyendo heredero a otro, pretieren a sus descendientes, o éstos a aquellos sin hacer mención de ellos⁷⁵, así como cuando no se expresa en el testamento la causa justa de desheredación⁷⁶. La consecuencia jurídica más importante de la anulación del testamento tras la interposición de la querrela es la apertura de la sucesión intestada, pero respetándose los legados⁷⁷ y las mejoras⁷⁸.

La querrela por testamento inoficioso debe accionarse antes de que transcurran cinco años desde el momento de la adición a la herencia. Sí ese plazo transcurriese no podrá ejercitarse a no ser que el interesado fuera menor de veinticinco años, que puede hacerlo durante su menor edad y cuatro años después⁷⁹. Tampoco podrá ejercitar la acción el desheredado cuando recibe para sí o para otro algún legado o defendiese el testamento como abogado o procurador de otro⁸⁰; y, por último, si el padre dejase al hijo en concepto de heredero parte de su legítima, en cuyo caso sólo tendrá acción para reclamar el resto, pues no está ni preterido ni desheredado⁸¹.

III. LA INSTITUCIÓN DE HEREDERO

Terminado el tema sobre el testamento, a continuación Sala pasa a estudiar el contenido del mismo, comenzando por la institución de heredero. “Aunque según diximos... - escribe Sala- no es necesaria en España la institución de heredero, para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte más principal, y que es muy raro que no la haya”⁸². Utilizando la terminología de

⁷¹ Partida VI, tít. I, ley 22.

⁷² Ilustración, t. I, pág. 173.

⁷³ Partida VI, tít. I, ley 24.

⁷⁴ Ilustración, t. I, págs. 173-174.

⁷⁵ Partida VI, tít. VIII, ley 1.

⁷⁶ Partida VI, tít. VII, leyes 10 y 11.

⁷⁷ Partida VI, tít. VIII, ley 7.

⁷⁸ Ley XXIV de Toro (Nov. R., lib. X, tít. VI, ley 8 = N. R., lib. V, tít. VI, ley 8).

⁷⁹ Partida VI, tít. VIII, ley 4.

⁸⁰ Partida VI, tít. VIII, ley 6.

⁸¹ Partida VI, tít. VIII, ley 5.

⁸² Ilustración, t. I, pág. 148.

Partidas, este acto consiste en “nombrar sucesor a otro, para que muerto el que le nombró, quedé dueño de sus bienes o de alguna partida de ellos”⁸³.

A pesar de no ser necesario instituir herederos en el testamento, sin embargo, hay personas que necesariamente suceden al testador. Las *Partidas* habían adoptado la antigua clasificación romana de suyos, necesarios y extraños⁸⁴, “pero por quanto los esclavos que eran los necesarios, apenas les tenemos, y los rigores de la suidad sólo pueden considerarse en tutelas y substituciones; es mejor división decir, que unos son necesarios, esto es, que deben necesariamente ser instituidos o desheredados, quales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes; y en voluntarios que son todos los otros”⁸⁵.

1. Capacidad para ser heredero

Como en el caso del causante y de los testigos, puede ser designado heredero todo aquel a quien no se lo prohíbe el ordenamiento jurídico⁸⁶. A los descendientes para poder ser herederos les basta que tengan capacidad de serlo al tiempo en que muere el testador, aunque no la tuviesen cuando se hizo el testamento; pero los demás la deben tener en tres tiempos: 1. cuando les establecen o se hace el testamento; 2. la muerte del testador; 3. cuando admiten la herencia⁸⁷.

La legislación de la época distinguía aquellos que eran incapaces de forma absoluta y aquellos otros que lo eran sólo en determinadas situaciones. En el primer caso comprenden⁸⁸:

- Los desterrados a perpetuidad.
- Los condenados a trabajar en las minas de metales de la Corona a perpetuidad, aunque se les puede legar.
- Los herejes y los apóstatas. En este grupo también se incluyen a los moros y a los judíos⁸⁹.
- Las corporaciones ilícitas, formadas sin la autorización real.

Las *Partidas*⁹⁰ habían establecido también la prohibición absoluta de ser designada heredera a la mujer viuda por un extraño o por un pariente hasta el cuarto grado, que se casase un año después de la muerte de su marido, sin embargo, Enrique III levantó esta prohibición al permitir que las viudas pudieran casarse en el plazo de dicho año sin sufrir pena alguna⁹¹.

⁸³ Idem. *Partida* VI, tít. III, ley 1.

⁸⁴ *Partida* VI, tít. III, ley 21.

⁸⁵ *Ilustración*, t. I, pág. 168.

⁸⁶ *Partida* VI, tít. III, ley 2.

⁸⁷ *Partida* VI, tít. III, ley 22.

⁸⁸ *Partida* VI, tít. III, ley 4.

⁸⁹ *Partida* VI, tít. VII, ley 17.

⁹⁰ *Partida* VI, tít. III, ley 5.

⁹¹ *Nov. R.*, lib. X, tít. II, ley 4 (*N. R.*, lib. V, tít. I, ley 3).

En cuanto a la incapacidad relativa, Sala, conforme a la normativa vigente, distingue:

- Los hijos naturales⁹², aunque fuesen legitimados, no pueden ser instituidos herederos por sus padres o sus madres si éstos tuviesen descendientes legítimos o legitimados por posterior matrimonio. Solamente tienen en derecho a la quinta parte de los bienes hereditarios⁹³. Fuera de este supuesto, los hijos naturales (excepto los nacidos de “dañado y punible ayuntamiento”⁹⁴, que sólo tienen derecho a la quinta parte de los bienes de la madre) pueden ser designados herederos por sus padres, teniendo preferencia sobre los ascendientes legítimos del causante.

Los juristas castellanos, como Gómez, Castillo, Cervanes y Acevedo, a la hora de probar la filiación natural del hijo, afirmaban que podía hacerse por dos maneras: por el reconocimiento expreso o tácito del padre y el haber nacido el hijo de una concubina o mujer que tenía el padre en su casa, sin tener otra⁹⁵.

- Los hijos de clérigos, frailes y monjas profesas⁹⁶, es decir, religiosos ordenados de orden mayor o *in sacris*, como afirma Acevedo en sus comentarios⁹⁷, no pueden ser instituidos por sus padres ni gozar de otras donaciones, legados o ventas que éstos o los parientes por parte de padre les hagan en su favor.

- El confesor en la última enfermedad del causante, ya fuese clérigo o religioso, no puede ser instituido heredero, ni tampoco su iglesia, convento, institución a la que pertenece, o sus parientes⁹⁸.

2. Nombramiento del heredero. La institución bajo condición

La persona del heredero debe ser designada de modo cierto y claramente, para que se sepa con seguridad cual es la persona nombrada y que el causante quiso que fuese su heredero⁹⁹. El simple error en el nombre no daña a la institución, pero sí el que consiste en la persona del heredero, en cuyo caso no

⁹² Sobre la consideración de hijo natural, Sala, utilizando la legislación vigente, define como tal a “*el que es nacido de padres, que al tiempo que naciere o fuere concebido, podían casar justamente sin dispensación: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola*”. En *Ilustración*, t. I, pág. 223 y *Ley XI de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. V, ley 1 = N. R., lib. V, tit. VIII, ley 9).

⁹³ *Ley IX de Toro* (Nov. R., lib. X, tit. XX, ley 5 = N. R., lib. V, tit. VIII, ley 7).
Ley XIII de Toro (Nov. R., lib. X, tit. XX, ley 7 = N. R., lib. V, tit. VIII, ley 10).

⁹⁴ Ver nota anterior, especialmente la *Ley IX de Toro*. Se trata de los hijos nacidos de adulterio (si los padres o alguno de los dos se encontraba casado con persona distinta con la que procreó el hijo), incesto (hijo habido por padres que tienen determinado vínculo que les impide el matrimonio) o sacrilegio (el hijo habido de persona o personas que hubieren hecho voto de castidad). En algunos casos este tipo de relaciones sexuales conllevaba la pena capital.

⁹⁵ *Ilustración*, t. I, pág. 223.

⁹⁶ Además de la *Ley IX de Toro* citada anteriormente, *Nov. R.*, lib. X, tit. XX, ley 4 (N. R., lib. V, tit. VIII, ley 6).

⁹⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 150.

⁹⁸ *Nov. R.*, lib. X, tit. XX, ley 15.

⁹⁹ *Partida VI*, tit. III, ley 6.

tendrá valor el nombramiento, por ello, escribe Sala que “no valdría la institución en que nombraba por heredero a Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de qual de los dos quiso hablar; e iría en este caso su herencia a los más próximos parientes, que hubieren de sucederle ab intestato”¹⁰⁰. No valdría pues la institución en que se calificaba al instituido con un delito determinado; pero si generalmente se dijese mal de él, esto no dañaría al nombramiento¹⁰¹.

Sí se instituyese herederos a los pobres de alguna ciudad, villa o lugar, los bienes deberán repartirse entre los que se encontrasen en los hospitales de dichos lugares, especialmente aquellos que por su enfermedad no pudiesen salir de ellos; sí el causante no determinase el lugar, entonces la ley ordena que sea el de donde se hizo el testamento¹⁰², aunque Gregorio López afirma que debe entenderse en el caso de que el testador tuviese allí su domicilio¹⁰³.

El causante puede instituir heredero bajo condición, definida como “añadidura que suspende o alarga hasta algún acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, o se promete. Su naturaleza es, que si se cumple o sucede el acontecimiento, vale lo expresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede o falta, nada vale; y mientras se espera, está en pendencia”¹⁰⁴. Sala, siguiendo la nomenclatura de las *Partidas*, hace varias clasificaciones de condiciones, destacando en primer la posibles e imposibles¹⁰⁵. Las posibles son las que no hay impedimento alguno para que se cumplan, mientras que las imposibles lo tienen, subdividiendo estas últimas en imposibles por naturaleza (son las que por ésta hay un impedimento invencible para su cumplimiento)¹⁰⁶, por derecho (prefijan una circunstancia contraria a las leyes o a la moral y a las buenas costumbres)¹⁰⁷, y las perplejas o dudosas, “que en ellas en sí mismas se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que se quiere, y por ello hacen nulo cualquier testamento o contrato en que se ponen”¹⁰⁸. Si las condiciones imposibles perplejas o dudosas anulan el testamento, no sucede lo mismo con las por naturaleza y por derecho, pues en este caso se tienen por no puestas¹⁰⁹, entregando al heredero o al legatario lo que se les deja en el testamento.

Las condiciones posibles, a su vez, pueden dividirse en potestativas (las que dependen de la voluntad de aquel a quien se imponen), casuales (dependientes de la suerte), o mixtas (las que en parte están en nuestro poder y en parte penden de otro o de la casualidad)¹¹⁰. Para que el testamento tenga validez las condiciones

¹⁰⁰ *Ilustración*, t. I, pág. 151.

¹⁰¹ *Partida VI*, tít. III, ley 10.

¹⁰² *Partida VI*, tít. III, ley 20.

¹⁰³ *Ilustración*, t. I, pág. 152.

¹⁰⁴ *Idem.*, pág. 154, y *Partida VI*, tít. IV, ley 1.

¹⁰⁵ *Ilustración*, t. I, págs. 154 - 156.

¹⁰⁶ *Partida VI*, tít. IV, ley 3.

¹⁰⁷ *Partida VI*, tít. IV, ley 1.

¹⁰⁸ *Ilustración*, t. I, pág. 156 y *Partida VI*, tít. IV, ley 5.

¹⁰⁹ *Partida VI*, tít. IV, ley 3.

¹¹⁰ *Partida VI*, tít. IV, leyes 7, 8 y 9.

casuales deben cumplirse siempre¹¹¹ y lo mismo en el caso de las potestativas, “sino es que suceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel a quien se imponen”¹¹²; en el caso de consistir la obligación en no hacer alguna cosa, nuestro Derecho patrio reconocía la aplicación de la *cautio Muciana* romana, debiendo el heredero dar fiadores para que se le entregue su porción de herencia¹¹³.

Otra distinción empleada por Sala es la de condiciones expresas (las que el testador marca y determina especialmente) y tácitas (aquellas que se sobreentienden, aunque no sean puestas señaladamente)¹¹⁴. “De estas (las condiciones tácitas) unas se sobreentienden, porque así lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega o promete los frutos que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condición...Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las expresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condición, *si muriere sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó a dos hijos, ambos legítimos o naturales, substituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no expresó esta condición. Lo contrario será si los instituidos son extraños”¹¹⁵. En el caso de dos herederos, uno hijo y el otro extraño, según Gregorio López, la condición sería citada en el hijo, si fuese él quien muriese primero¹¹⁶.

Junto a estas condiciones, Sala también señala como válida la de “día incierto”, cuando se duda si existirá o no, “como si el testador dixere: Lego a Pedro cien pesos, quando le hicieren Capitán, o quando cumpliere 50 años”¹¹⁷. Sin embargo, si se sabe que el día llegará, pero no cuando, como el día de la muerte, entonces, “no hace condición si se pone a la persona del interesado; y la hace si se pone a la de un extraño”¹¹⁸.

La institución de heredero bajo condición de casarse con determinada persona estaba prevista en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁹. Si aquel con quien debía casarse muriese antes de cumplir la condición o el propio heredero no quisiese efectuar el matrimonio, entonces no recibiría nada de los bienes hereditarios; en cambio, si la persona determinada no quisiese casarse o ésta fuese parienta o tuviera un impedimento legal para hacerlo, entonces no le servirá de obstáculo al instituido para ser declarado heredero la falta del cumplimiento de la condición.

Si el testador nombrase dos herederos, uno sometido a condición y el otro no, éste podrá tomar parte de la herencia que le corresponde, sin esperar el

¹¹¹ Partida VI, tít. IV, ley 8.

¹¹² Ilustración, t. I, pág. 158 y Partida VI, tít. IV, ley 7 y tít. IX, ley 22.

¹¹³ Partida VI, tít. IV, ley 7.

¹¹⁴ Partida VI, tít. IV, ley 10.

¹¹⁵ Ilustración, t. I, págs. 156-157.

¹¹⁶ Idem., pág. 157.

¹¹⁷ Idem., y Partida VI, tít. IX, ley 31.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Partida VI, tít. IV, ley 14.

cumplimiento de la condición por el otro¹²⁰; si el heredero estuviese instituido bajo dos condiciones, deben cumplirse todas, “si las pone conjuntivamente, como si dixerá: Sea Pedro heredero si se casare y fuere a Madrid; pero si lo hace disyuntivamente diciendo, o va a Madrid, bastará se cumpla qualquiera de ellas”¹²¹.

Finalmente, dentro de este tema de las condiciones, Sala, apoyándose tanto en el Derecho romano como en la doctrina castellana, establece que se tiene por no puesta la condición de no casarse cuando se impone a un célibe, “y con más particularidad si fuere mujer”¹²², pero deberá cumplirse en el caso de establecerse a un viudo, tal como aceptaban Gómez, Covarrubias, Gutiérrez y otros autores¹²³. Así también, junto a la condición de no casarse en general, considerada nula, puede estimarse que no lo sean expresiones en los testamentos de padres que tengan hijas solteras que son mejoradas mientras “se mantengan doncellas o sin casarse”, porque, de acuerdo con autores como Castillo de Bobadilla, Barbosa o Parlador “no respiran el fin de dicha condición impedir el matrimonio con perjuicio del estado, sino el de socorro a las hijas mientras estén destituidas del auxilio del marido; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caución, lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adyecciones, en caso de duda, antes deben considerarse modos, que condiciones”¹²⁴.

3. División de la herencia y derecho de acrecer

El causante puede instituir a más de un heredero, pudiendo dividir su herencia en las partes que quisiere. Sin embargo, la legislación castellana optó por el modelo romano de doce partes¹²⁵ “que se suelen llamar onzas, porque este número es el más proporcionado para subdividirse, completarse o multiplicarse, respecto a que se suele partir en más porciones iguales que ningún otro”¹²⁶. Si el testador nombrase varios herederos sin mención de partes, a todos les corresponderá la división de la herencia por igual; y si quisiese dar más a unos que a otros, el causante debe mencionar la parte que le corresponde a cada uno, entregándose una vez abierto el testamento a cada uno de ellos. En el caso de que a unos herederos se les señalase parte y a otros no, entonces a aquéllos se les entregará lo que manifestó la voluntad del causante y a éstos les corresponderán aquellos bienes restantes que permanecen en la herencia¹²⁷.

Las *Partidas*, como fiel reflejo del Derecho común, reconocían y admitían el principio romano de que “no podía morir uno parte testado y parte

¹²⁰ *Partida* VI, tít. IV, ley 12.

¹²¹ *Ilustración*, t. I, págs. 158-159 y *Partida* VI, tít. IV, ley 13.

¹²² *Idem.*, pág. 159.

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.*

¹²⁵ *Partida* VI, tít. III, ley 16.

¹²⁶ *Ilustración*, t. I, pág. 152.

¹²⁷ *Partida* VI, tít. III, leyes 17, 18 y 19.

intestado¹²⁸, y así, como extensión de este principio, establecían que si sólo se instituyese a un heredero en una “cosa señalada” y no se instituyesen a más, entonces aquél se llevaría toda la masa de la herencia¹²⁹, conforme al derecho de acrecer. Sin embargo esta disposición fue corregida en el Ordenamiento de Alcalá¹³⁰, recogida más tarde en las recopilaciones castellanas¹³¹, pues se permitía que el heredero instituido no aceptase la herencia, valiendo las mandas y demás cosas que en él se contenían. Sala lo comenta de esta forma: “Diremos pues, consiguiente a esta corrección, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrecer en las herencias; pero que tendrá lugar quando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l. l.* se guardase y cumpliese religiosamente; a la manera, que por la misma razón siempre lo ha tenido en los legados quando hay conjunción real. Y según esta regla, no habrá derecho de acrecer en las herencias, quando uno sólo es el instituido en cosa cierta, o parte quota de la herencia; o son muchos los instituidos con partes expresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán a los herederos legítimos o ab intestato los demás bienes vacantes, o partes de que no dispuso el testador¹³². Sin embargo, se reconoce el derecho de acrecer de los herederos, “si el testador instituyese a muchos, juntándolos, o en toda la herencia, o en alguna parte de ella, como por exemplo, en el tercio o en el quinto, diremos, habría entre ellos derecho de acrecer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador quando les llama juntos a una cosa¹³³”.

4. Las sustituciones

“En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en grado siguiente, que se llaman substitutos, y su institución, substitución, que es, *Institución en segundo o ulterior grado*¹³⁴. Las *Partidas* recogían seis tipos de sustituciones¹³⁵:

- *Vulgar*. La que hace cualquier testador al instituido por heredero para el caso en que no llegue a serlo¹³⁶. “La vulgar, llamada así –escribe Sala– porque la puede hacer cualquiera del Pueblo, y a quien quisiere,..., se hace regularmente por palabras negativas, baxo esta fórmula: *Pedro sea heredero, si no fuere séalo Juan*. Y por quanto el no serlo puede suceder por no poder o no querer..., suelen explicarlo los Intérpretes diciendo, que el caso general de esta substitución comprehende los particulares de impotencia y de noluntad¹³⁷. También puede entenderse esta substitución de forma tácita si el testador nombrase dos herederos,

¹²⁸ *Dig.*, lib. 50, tít. XVII, fr. 7.

¹²⁹ *Partida VI*, tít. III, ley 14.

¹³⁰ *Ordenamiento de Alcalá*, tít. XIX, ley única.

¹³¹ *Nov. R.*, lib. X, tít. XVIII, ley 1 (*N.R.*, lib. V, tít. IV, ley 1).

¹³² *Ilustración*, t. I, págs. 153- 154.

¹³³ *Idem.*, pág. 154.

¹³⁴ *Idem.*, págs.159-160.

¹³⁵ *Partida VI*, tít. V, ley 1.

¹³⁶ *Partida VI*, tít. V, ley 2.

¹³⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 160.

dijese que lo fuese el que quedase vivo de ellos, “en cuyo caso por impotencia o por nolutad del uno, lo sería el otro de toda la herencia..., manifestando con ello, que baxo del caso de la impotencia se comprehende el de la nolutad”¹³⁸.

Si fueran nombrados varios herederos y sustituidos vulgarmente entre sí, y uno dejara de serlo, le sucederán los demás a prorrata de lo que cada uno de ellos tenía designado en la sustitución, y si en ella no hubiere señalamiento de partes, en la misma proporción en que fueron sustituidos, porque se presume que la voluntad del testador fue igualarlos o desigualarlos en la sustitución del mismo modo que en la institución¹³⁹. La sustitución vulgar cesa cuando el heredero admitió la herencia o manifestó su conformidad y consentimiento acerca de su admisión¹⁴⁰.

- *Pupilar*. La que hace el padre al hijo que tiene en su poder, para el caso en que sea heredero y muera antes de llegar a la pubertad¹⁴¹. Las *Partidas* establecían que la sustitución también podía establecerla cualquier ascendiente con respecto a sus descendientes¹⁴², sin embargo, las *Leyes de Toro* alteraron el sistema¹⁴³, pues establecían que el hijo casado y velado no se encontraba ya en la potestad de su padre, “por cuyo motivo no pueden estarlos sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, a no ser que este fuese casado y no velado”¹⁴⁴.

La fórmula expresa de este tipo de sustituciones es “*Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro*”, aunque también puede hacerse de forma tácita por el testador: “*Sean herederos mi hijo menor de 14 años, y Pedro y Juan, mis amigos; y qualquiera que sea mi heredero, lo sea también de mi hijo*”¹⁴⁵.

La sustitución vulgar de forma expresa comprende tácitamente la pupilar, “y por consiguiente, que si un padre instituye heredero a un hijo suyo menor de 14 años si es varón, o de 12 si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea Pedro, lo será también en el caso de que habiendo sido el hijo, murió en la referido edad”¹⁴⁶. Sin embargo, existe una excepción, cuando el testador nombra por herederos a dos hijos suyos, el uno mayor de catorce años y el otro menor, y los sustituye vulgarmente, pues entonces, aunque este último muera dentro de la edad pupilar, si hubiere ya admitido la herencia, no entrará a sustituirle el otro, porque en este caso no se conservaría entre ellos igualdad; lo mismo sucedería si en vez del hijo mayor fuera instituido un extraño¹⁴⁷.

La sustitución pupilar también se aplica por el padre cuando el hijo ha sido desheredado, pues la desheredación no supone la extinción de la patria potestad.

¹³⁸ Idem.

¹³⁹ *Partida VI*, tít. V, ley 3.

¹⁴⁰ *Partida VI*, tít. V, ley 4.

¹⁴¹ *Partida VI*, tít. V, ley 5.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ *Ley XLVII de Toro (Nov. R., lib. X, tít. V, ley 3 = N. R., lib. V, tít. I, leyes 8 y 9)*.

¹⁴⁴ *Ilustración*, t. I, pág. 159.

¹⁴⁵ Idem., conforme a lo ordenado en *Partida VI*, tít. V, ley 5.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ *Partida VI*, tít. V, ley 5.

Aunque las *Partidas* ordenaban en este supuesto que se nombrase otro heredero¹⁴⁸, a partir del *Ordenamiento de Alcalá* no esto último no era necesario¹⁴⁹.

Como efecto de la sustitución pupilar, el sustituto sucederá en los bienes al instituido heredero, cualquiera que sea su procedencia, ya sean adquiridos por el pupilo mismo, ya procedentes de su padre, ya de otra persona, sin que pueda tomar los unos y dejar los otros, como si el instituido “le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento”¹⁵⁰, con total exclusión de la madre del pupilo¹⁵¹. Como excepción a esta regla el sustituto pupilar dado por el arrogador al arrogado heredarán tan sólo los bienes que este tuviere de aquel o que hubiere recibido por contemplación suya¹⁵².

Para terminar con el tema de la sustitución pupilar, Sala expone que la causa de su aparición se debe a que “no pudiendo testar los que están en la edad pupilar por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres en cuya potestad están”¹⁵³, por eso cuando cesa la patria potestad, así como el hijo alcanza la pubertad, la sustitución cesa¹⁵⁴. Antes de la promulgación del *Ordenamiento de Alcalá*, la renuncia del hijo a la herencia paterna era uno de los supuestos de cese de la sustitución pupilar, sin embargo, a partir de 1348, debe observarse lo establecido en el testamento, permaneciendo entonces la sustitución¹⁵⁵.

- *Ejemplar*. Aquella en que el padre, la madre, los abuelos y otros ascendientes hacen a los descendientes que hubieren perdido el juicio, para el caso en que mueran en este estado sin testamento legítimo¹⁵⁶. “Se llama así, - escribe Sala- por haberse introducido a exemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razón que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar también *quasi pupilar*”¹⁵⁷. Las diferencias entre ambos tipos de sustituciones son¹⁵⁸:

a) La sustitución pupilar la realiza sólo el padre sobre el hijo que tenga sobre su potestad, mientras que la sustitución ejemplar pueden realizarla tanto el padre, tenga o no patria potestad, como la madre; “y es la razón, porque la exemplar no es efecto de dicha patria potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres a sus hijos, cuya circunstancias no puede negarse a las madres”¹⁵⁹.

¹⁴⁸ *Partida* VI, tít. V, ley 6.

¹⁴⁹ *Nov. R.*, lib. X, tít. XVIII, ley 1 (*N.R.*, lib. V, tít. IV, ley 1).

¹⁵⁰ *Ilustración*, t. I, pág. 160, apoyándose Sala en lo establecido en *Partida* VI, tít. V, ley 7.

¹⁵¹ *Partida* VI, tít. V, ley 12.

¹⁵² *Partida* VI, tít. V, ley 9.

¹⁵³ *Ilustración*, t. I, pág. 161.

¹⁵⁴ *Partida* VI, tít. V, ley 10.

¹⁵⁵ La norma establecida en *Partida* VI, tít. V, ley 10 fue corregida por *Nov. R.*, lib. X, tít. XVIII, ley 1 (*N.R.*, lib. V, tít. IV, ley 1).

¹⁵⁶ *Partida* VI, tít. V, ley 11.

¹⁵⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 161.

¹⁵⁸ *Partida* VI, tít. V, ley 11.

¹⁵⁹ *Idem.*, págs. 161-162.

b) En la sustitución pupilar puede el padre nombrar sustituto a quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar a los hijos del demente, si tuviese, y en su defecto a alguno de sus hermanos.

c) La sustitución pupilar se da y acaba por razón de la edad de aquél a quien se da, y la ejemplar por la de recobrar el juicio.

En el caso de que después de haber recobrado el juicio lo volviese a perder, la doctrina española se planteó si la sustitución ejemplar queda restablecida o, por el contrario, fue derogada definitivamente. Siguiendo a Covarrubias y a Gregorio López, Sala afirma que sí el intervalo de lucidez es corto, la sustitución permanece, mientras que sí es largo, entonces deberá decidirlo el juez. Finalmente, este tipo de sustitución puede aplicarse no sólo a los dementes, sino también a todo aquél que tiene un impedimento que no le permite testar, como pródigos, mudos y sordos¹⁶⁰.

- *Compendiosa*. Comprende los distintos casos de la sustitución con una sola fórmula: “hago mi heredero a fulano mi hijo, y cuando muera que sea tal hombre”¹⁶¹. Sí el heredero no fuere el hijo, debe omitirse su expresión¹⁶².

- *Brevilocua o recíproca*. Se sustituyen entre sí los herederos que habían sido instituidos¹⁶³, “como si teniendo dos hijos pupilos les estableciese herederos, diciendo: *Hago herederos a mis dos hijos, y les establezco por sustitutos al uno del otro*”¹⁶⁴, comprendiendo cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Gregorio López, en glosa a *Partidas*, afirma que también pueden incluirse herederos extraños, pero no comprendería entonces la sustitución pupilar¹⁶⁵.

- *Fideicomisaria*. Cuando el testador instituye a una persona encargándola que entregue a otra la herencia¹⁶⁶. El heredero establecido de esta manera debe pasar la herencia a otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, la llamada “cuarta trebelianica”. Aunque las *Partidas* establecían que al heredero así instituido podía apremiársele por vía judicial a aceptar la herencia, tal disposición, como acertadamente señala Sala, fue derogada por la ya citada del *Ordenamiento de Alcalá*¹⁶⁷.

5. La aceptación de la herencia

5.1. El derecho a deliberar

“Como no sea justo que se precise a los herederos a que admitan a ciegas las herencias que se les dexan, sin examinar si les son útiles o dañosas, como

¹⁶⁰ Idem., pág. 162.

¹⁶¹ *Partida VI*, tít. V, ley 12.

¹⁶² *Ilustración*, t. I, pág. 163.

¹⁶³ *Partida VI*, tít. V, ley 13.

¹⁶⁴ *Ilustración*, t. I, pág. 163.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ *Partida VI*, tít. V, ley 14.

¹⁶⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 163.

pueden serlo, por importar más sus cargas que los bienes, a las que queda obligado por la admisión de la herencia, se les concedió el derecho de deliberar..., que no es otra cosa, que: *Facultad para tomar acuerdo por sí, o ayudado de sus amigos, de sí le conviene admitir o desechar la herencia*¹⁶⁸. Este derecho no solamente pertenece a los herederos testamentarios, sino que también pueden utilizarlo los *ab intestato*¹⁶⁹.

La legislación permitía a los herederos que pudiesen pedir plazo para hacer uso de este derecho o bien al rey o al juez del lugar donde es la mayor parte de la herencia del causante “debiéndolo hacer antes que se otorguen por herederos de palabra o de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes a la herencia para instruirles mejor de los que les conviene”¹⁷⁰. El rey les concedía un plazo de un año, mientras que el juez nueve meses, que se podrán reducir a cien días. Muerto el heredero antes de cumplirse el plazo, el que le sucediere tendrá para deliberar el término que falte, pero si hubiere expirado todo el plazo, sólo en el caso de que el difunto fuese descendiente de aquél a cuya sucesión testamentaria o legítima fue llamado, será cuando el heredero pueda adquirir la herencia¹⁷¹.

Mientras dura el plazo para deliberar, no puede el heredero vender ni enajenar ninguno de los bienes de la herencia, a no ser con mandamiento del juez y con justa causa, como si la enajenación fuese necesaria para el entierro del difunto o para evitar el deterioro de sus bienes¹⁷².

Si el heredero no aceptase finalmente la herencia, debe restituir los bienes que haya tomado de ella al que sea declarado heredero, y en caso de no hacerlo así, pagará su estimación según el juramento del heredero regulado por el juez¹⁷³.

5.2. *El beneficio de inventario*

“Después de establecido el derecho o beneficio de deliberar -expone Sala-, establecieron los Romanos otro llamado del *inventario*, que ambos han sido adoptados por nuestras leyes”¹⁷⁴. El inventario es una escritura en la que se enumeran los bienes del difunto, “el qual es más desembarazado y útil a los herederos, porque hecha esta escritura o inventario, no está obligado el heredero a pagar más deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia”¹⁷⁵. Para que aproveche a los que se acogen a este beneficio, se debe empezar a formar a los treinta días desde que los herederos supieren que lo eran y concluirse a los tres meses, si todos los bienes del difunto se encuentran en un mismo lugar; pero si están en distintos, se concede el término de un año. Si se

¹⁶⁸ Idem., págs. 163-164.

¹⁶⁹ *Partida VI*, tít. VI, ley 1.

¹⁷⁰ *Ilustración*, t. I, pág. 164 y *Partida VI*, tít. VI, ley 1.

¹⁷¹ *Partida VI*, tít. VI, ley 2.

¹⁷² *Partida VI*, tít. VI, ley 3.

¹⁷³ *Partida VI*, tít. VI, ley 4.

¹⁷⁴ *Ilustración*, t. I, pág. 165.

¹⁷⁵ Idem.

dejan pasar dichos términos respectivamente sin concluir el inventario, se entiende que el heredero renuncia a su beneficio y quedan por lo tanto sus bienes obligados a las cargas y deudas hereditarias¹⁷⁶.

El inventario se ha de hacer con intervención de escribano público, siendo citados para su formación todos aquellos que fueron beneficiados por el causante en su testamento, a los que Gregorio López añadía los acreedores del difunto. Si alguno de ellos no acudiese, entonces se realizará el inventario con la presencia de tres testigos “de buena fama” que conociesen al heredero o herederos. Al final de la escritura, el heredero debía de firmar que todos los bienes estaban insertos en el inventario y, si no supiese escribir, entonces el escribano lo haría en su nombre delante de dos testigos¹⁷⁷. Si los legatarios no acudiesen a la confección del inventario y dudasen de que estuviese bien hecho, pueden solicitar judicialmente que jurase el heredero que no encubrió cosa alguna ni hizo engaño en la confección de la escritura; y lo mismo pueden pedir a los testigos que se hallasen presentes en el momento de formalizar la escritura¹⁷⁸.

Mientras dura la formación del inventario, no pueden pedir cosa alguna al heredero aquellos a quienes se deja algo en la herencia. Tampoco debe el heredero pagar las mandas que dejó el testador, hasta que primero haya pagado sus deudas con los bienes que dejó. Una vez pagadas éstas, se debe de retener la cuarta parte de la herencia, la llamada “cuarta falcidia”¹⁷⁹. Aunque las *Partidas* establecían que el heredero pagase los gastos de entierro del difunto con sus propios bienes y que no los incluyese en el inventario¹⁸⁰, las *Leyes de Toro* modificaron esta disposición ordenando que se pagasen estos gastos del quinto de la hacienda del testador, aunque éste hubiera ordenado lo contrario¹⁸¹. Sala interpreta estos dos preceptos de la siguiente forma: “No deben notarse en el inventario los gastos del entierro, a que sólo tenga lugar cuando el testador a nadie dexó el quinto de sus bienes, porque si lo hubiese dexado a alguno, deberían notarse como cargo que habría éste de pagar o tomar sobre sí en la división de la herencia”¹⁸².

Si el heredero realizase maliciosamente el inventario ocultando bienes del difunto, será castigado a pagar el doble de lo encubierto a aquellos que deben recibir algo del testador¹⁸³.

Los pleitos que se sucedieren con ocasión del inventario debían ser resueltos por el juez dentro de un año a más tardar¹⁸⁴.

¹⁷⁶ *Partida VI*, tít. VI, ley 10.

¹⁷⁷ *Partida VI*, tít. VI, ley 5.

¹⁷⁸ *Partida VI*, tít. VI, ley 6.

¹⁷⁹ *Partida VI*, tít. VI, ley 7.

¹⁸⁰ *Partida VI*, tít. VI, ley 8.

¹⁸¹ *Ley XXX de Toro (Nov. R., lib. X, tít. XX, ley 9 = N. R., lib. V, tít. VI, ley 13)*.

¹⁸² *Ilustración*, t. I, pág. 166.

¹⁸³ *Partida VI*, tít. VI, ley 9.

¹⁸⁴ *Partida VI*, tít. VI, ley 10.

5.3. Formas de aceptación de la herencia

El heredero puede manifestar su voluntad de aceptación de la herencia bien de palabra (adición, según los juristas romanos) o bien con hechos, ejecutando algunos actos que lo demuestran fehacientemente (gestión por heredero, como afirmaban los romanos), “como si usase de los bienes como heredero y dueño de ellos, labrando las tierras, o arrendándolas; o usando de los bienes en otra manera semejante”¹⁸⁵. Pero no se entenderá aceptada la herencia cuando se hubiese ocupado de los bienes hereditarios con el objeto de conservarlos y para que no se deteriorasen, o por razones de piedad, si bien en estos casos, para evitar dudas e interpretaciones siniestras, deberá protestar de un modo fehaciente que no quiere ser heredero y exponer los motivos que le mueven a mezclarse en la herencia¹⁸⁶.

Para que el llamado a la herencia, bien porque así lo establece el testamento, bien porque tenga derecho por parentesco, pueda aceptarla, debe ser cierta la muerte del causante, pues si se dudase de la misma, “no puede entrar ni ganar la herencia, ni la puede renunciar aunque quiera. Y la misma prohibición tiene, pendiente la condición, el que estuviere instituido baxo de ella, y el que ignorase la condición del que le estableció, si podía o no hacer testamento..., y qualquiera de admitir la herencia so condición, sea la que fuese, pues la admisión debe hacerse siempre puramente”¹⁸⁷.

Se establecen supuestos especiales de aceptación y adquisición de los bienes hereditarios¹⁸⁸. Si se estableciese por heredero a un hijo mayor de catorce años y menor de veinticinco que está en poder de su padre, con la intención que gane la herencia para su padre, no la ganará para sí, sino para su padre y con otorgamiento de éste, y sería considerado peculio profecticio, es decir que sería un patrimonio del padre gestionado por el hijo. Pero si la madre o cualquier otro instituyera heredero a tal hijo, con intención de que la herencia fuese para él y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia y tenerla sin consentimiento del padre; y si el hijo no estuviera en el lugar, entonces el padre puede entrar en la herencia, considerándose entonces peculio adventicio, teniendo la propiedad el hijo y el usufructo el padre. Si el heredero fuese incapaz intelectualmente o menor de siete años, deberá aceptar la herencia el que le tenga en su guarda o el padre a nombre del hijo, si estuviere en su poder. Si fuese menor de catorce años, podrá aceptarla el mismo en ella, pero con la intervención de su padre o de su tutor.

En cuanto a la no aceptación de la herencia, se puede manifestar la negativa a ser heredero de palabra o por hechos¹⁸⁹, y, en el caso de que sea deseada la herencia de un ascendiente por un descendiente, puede éste entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes a ella no hubiesen sido enajenadas, a no ser que el descendiente fuera menor de 25 años¹⁹⁰.

¹⁸⁵ *Ilustración*, t. I, pág. 167.

¹⁸⁶ *Partida VI*, tít. VI, ley 11.

¹⁸⁷ *Ilustración*, t. I, pág. 167, apoyándose Sala en lo establecido en *Partida VI*, tít. VI, leyes 14 y 15.

¹⁸⁸ *Partida VI*, tít. VI, ley 13.

¹⁸⁹ *Partida VI*, tít. VI, ley 18.

¹⁹⁰ *Partida VI*, tít. VI, ley 20.

6. La desheredación

“Desheredar es: *Excluir de la herencia a aquel, que por derecho le pertenecía*”. De esta forma conceptúa Sala lo que es la desheredación¹⁹¹. Para que uno pueda ser desheredado es preciso que tenga más de diez años y medio y que haya cometido alguna de aquellas faltas que la legislación reconocía como causas justas para excluirle de la herencia. La desheredación debe hacerse nombrando al desheredado, a no ser que el testador tuviera más que un hijo, en cuyo caso valdrá sin nombrarle, y aún habiéndole designado con un epíteto infamante. Ha de hacerse de toda la herencia, puramente y sin condición, y con causa justa. Esta debe ser probada por el testador o por sus herederos, advirtiendo que si aquel hubiera expresado varias, será suficiente la justificación de una sola¹⁹².

Las causas de desheredación de los descendientes estaban dispuestas en las diversas leyes de *Partidas*¹⁹³, a las que se sumaron más tarde otros dos supuestos. Las causas son:

- Acechanzas o preparativos contra la vida del padre; deshonra de palabra y la acusación en que se siga al padre infamia, a no ser que sea delito contra el rey.
- El ser hechicero, encantador o acompañarse con ellos.
- El adulterio del hijo con la mujer del padre.
- El no dar fianzas para sacar al padre encarcelado por deudas.
- El impedirle hacer testamento.
- La hija que se prostituye, pero no si lo hizo después de los veinticinco años y a la vista de no quererla casar el padre.
- No cuidar el hijo a su padre que se encuentra incapaz o imposibilitado.
- No redimir el hijo mayor de dieciocho años o los parientes más próximos al padre que se hallaba cautivo.
- Abandonar el hijo la religión católica.
- Luchar el hijo por dinero contra otro hombre o lidiar por precio con bestias.
- Contraer matrimonio de forma clandestina¹⁹⁴ y hacerlo sin el consentimiento paterno o su suplemento en la edad en que la ley lo exigía¹⁹⁵.

En general se trata de todos aquellos actos que constituyen atentados contra la vida del padre, contra su honra y contra sus bienes, o que manifiestan una

¹⁹¹ *Ilustración*, t. I, pág. 167.

¹⁹² *Partida* VI, tít. VII, leyes 2, 3 y 8.

¹⁹³ *Partida* VI, tít. VII, leyes 4, 5, 6 y 7.

¹⁹⁴ *Ley XLIX de Toro* (*Nov. R.*, lib. X, tít. II, ley 5 = *N. R.*, lib. V, tít. I, ley 1).

¹⁹⁵ *Nov. R.*, lib. X, tít. II, ley 9. Es la pragmática de Carlos III de 13 de marzo de 1776.

marcada ingratitud y falta notable de piedad filial. Lo son también ciertos actos indecorosos e infamantes y el abandono de la religión.

En menor número son las causas de desheredación de los ascendientes, “porque a los padres le son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les están prohibidas a estos para con sus padres”¹⁹⁶. Las *Partidas* señalan ocho causas que se reducen a acusaciones capitales contra los hijos, maquinaciones contra su vida, contra la del otro cónyuge y contra la libre disposición de sus bienes por última voluntad, atentados contra su honor, negativa de alimentos, falta notable de piedad y el abandono de la religión¹⁹⁷.

Si los padres o los hijos no expresan en la desheredación alguna de las causas enumeradas, los testamentos son nulos¹⁹⁸.

Como los hermanos no son herederos forzosos entre sí, no tiene necesidad el testador que deja sus bienes a un extraño de expresar las causas que pueden haberle inducido a ello. Sin embargo, la legislación establecía que se hacía injuria grave cuando era preferida a los hermanos una persona de mala vida o infamada, y entonces se les concede acción para anular el nombramiento de heredero. No obstante, la institución se sostendrá en tres casos: Si aquellos hubieran maquinado la muerte de su hermano; si hubiesen entablado contra él una acusación capital y si le hubiesen causado o procurado causar la pérdida de la mayor parte de sus bienes¹⁹⁹.

7. Preterición

La preterición es la omisión hecha por el testador en su testamento de los descendientes o, en su defecto, de los ascendientes, de instituirles como herederos o de desheredarles. Si el testador no hace mención de ellos y nombra heredero a un extraño, entonces el testamento es nulo²⁰⁰; en cambio, si no se instituye heredero, el testamento es válido, pues ya hemos afirmado en otro apartado que el *Ordenamiento de Alcalá* lo permitía. “Y la razón de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligación de pagar las mandas que dexó el testador, en quanto no le mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio, como le recibiría en el primero, si en su lugar se nombrase heredero a un extraño”²⁰¹.

Cuando uno de los herederos forzosos es preterido puede ejercitar la querrela por testamento inoficioso, cuyas consecuencias hemos referido más arriba.

¹⁹⁶ *Ilustración*, t. I, pág. 170.

¹⁹⁷ *Partida* VI, tít. VII, ley 11.

¹⁹⁸ *Partida* VI, tít. VII, leyes 10 y 11.

¹⁹⁹ *Partida* VI, tít. VII, ley 12.

²⁰⁰ *Partida* VI, tít. VII, ley 10 y tít. VIII, ley 1.

²⁰¹ *Ilustración*, t. I, pág. 171.