

La preterición en el derecho histórico español

RAFAEL LINARES NOCI
Universidad de Córdoba

A. HISPANO-ROMANOS Y VISIGODOS: DOS PUEBLOS ASENTADOS SOBRE UN MISMO TERRITORIO

a. Alusión a su diversidad normativa

El asentamiento de los visigodos en la España romana dio lugar al reconocimiento oficial, durante los siglos V a VII, de dos legislaciones; una aplicable a aquellos, contenida en el Código de Eurico (o Statuta Legum publicado en el 475), otra a los hispano-romanos, recogida en el Breviario de Alarico del 506 (1). Esta afirmación en nuestro único propósito de dar luz sobre la existencia o no de preterición en dicha época, nos lleva a estudiar por separado lo que en particular nos interesa de cada una de ellas.

El contenido del Código de Eurico pone claramente de manifiesto que la práctica del testamento romano tenía lugar entre los visigodos, aunque en tal estado de deterioro que resultaba asimilable no sólo a la *mortis causa donatio* sino a cualquier acto de última voluntad (2), lo que unido a la idea de que en el mismo se acogía al sistema germánico de la reserva hereditaria (3)

hace que en él resulte de difícil encaje la figura de la preterición con relevancia jurídica.

El Breviario de Alarico, reflejo del ordenamiento romano, admitía, junto a la libertad de testar, la existencia de herederos a los que aseguraba la cuarta parte (*quarta legitimae partis*) de lo que le correspondía si lo fueran *ab intestato* (4). Esto suponía que sobre el testador recayera el deber de cubrir dicha cuota legítima, pero sin necesidad de ajustarse para ello a un título concreto de atribución, es decir que la misma podía ser dejada de cualquier modo (5); planteamiento que resulta coherente si se piensa que el Breviario de Alarico nunca llegó a sentir la influencia de la legislación justiniana que imponía el deber de instituir herederos a los legitimarios e indicaba taxativamente cuales eran las causas de desheredación de los mismos. De esta manera los hispano-romanos se encontraban con una amplísima libertad de testar, determinada de un lado por no estar obligados a instituir herederos a los legitimario y de otro por no tener prefijadas unas causas de desheredación cuyo único límite se encontraba en la libre apreciación de los jueces (6). Así las cosas, la preterición testamentaria sólo puede entenderse con referencia al incumplimiento por el testador de este doble deber: el de atribuir (por

(1) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c., págs. 32 y ss.; LACOSTE, La mejora, Trad. de la ed. francesa por García Guijarro L., pág. 38.

(2) GINOT LLOBATERAS, La antigua cláusula codicilar y la compilación de Derecho civil especial de Cataluña. Centenario de la Ley del Notariado, secc. 2.ª, Vol. I, Madrid 1962, págs. 604 y ss.; ALONSO Y LAMBAN, Las formas testamentarias en la Alta Edad Media en Aragón. R.D.N., T. V y VI, págs. 52 y ss.

(3) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, op. cit., págs. 32 y ss. En contra de esta opinión parece estar A. D'ORS en su estudio palingenésico del Código de Eurico, citado por LALINDE ABADIA. La sucesión filial en el Derecho visigodo. A.H.D.E. T. 32, 1962, pág. 118, cuando afirma que el contenido del Código de Eurico se puede calificar de derecho romano vulgar.

(4) LACOSTE, op. cit., págs. 9, 21, 34 y ss.; FRANCISCO DE CÁRDENAS, Estudios sobre los orígenes del Derecho español, R.G.L.J. T. IX, págs. 342, 343; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, loc. ult. cit., págs. 32 y ss.

(*) FRANCISCO DE CÁRDENAS, op. cit., T. IX, págs. 342 y 343.

(*) LACOSTE, op. cit., pág. 49.

(*) ALONSO Y LAMBAN, op. cit., T. V y VI, págs. 52 y ss.; ARVIZU Y GALARRAGA, Disposiciones *mortis causa* en el Derecho español de la Alta Edad Media. Pamplona, 1977, págs. 24 y ss.; SAMPER POLO, La disposición *mortis causa* en el Derecho Romano vulgar. A.H.D.E. T. 38, págs. 217 y ss.; LALINDE ABADIA, Iniciación histórica al Derecho español, pág. 721; J. DE CHURRUCA, S.J., Las fuentes de la definición de Codicilio en S. Isidoro de Sevilla, A.H.D.E., T. 34, 1964, págs. 14, 15 y 22.

(*) LACOSTE, op. cit., pág. 41.

(*) Según LACOSTE, op. cit., págs. 1 y 2 que remite a: Lex Visigothorum sive Liber iudiciorum, lib. IV, tit. V, l. 1. Ed. K. ZEUMER, Hannoverae et Lipsiae, 1902: Monumenta Germaniae historica. Legum, sectio I, T. I.

(*) Para más datos sobre la misma ver ALONSO Y LAMBAN, Las formas testamentarias en la A.E.M. en Aragón, R.D.N., T. V-VI; GARCÍA BERNARDO LANDETA, loc. ult. cit., págs. 32 y ss.

(*) LACOSTE, op. cit., págs. 4 y ss.; LALINDE ABADIA, Derecho hispano-romano, págs. 493 y ss.; IDEM, Iniciación histórica al Derecho español, págs. 724 y ss. y 745; GARCÍA BERNARDO LANDETA, op. cit., págs. 32 y ss.; FRANCISCO DE CÁRDENAS, op. cit., T. IX, págs. 342 y 343; A. OTERO, La mejora, A.H.D.E., T. 33, 1963, pág. 13, mantiene la última afirmación referida a la labor de CHINDASVINTO a la realizada por JUSTINIANO en su Novela CXV.

(*) LACOSTE, op. cit., págs. 10 y 11, 34 y 35, y 75; ALONSO Y LAMBAN, op. cit., pág. 61; GARCÍA BERNARDO LANDETA, loc. ult. cit., págs. 32-33. Para más datos sobre la reforma de ERVIGIO ver entre otros: LACOSTE, op. cit., págs. 63 y ss.;

cualquier título) la cuarta legítima a los herederos legítimos y el de desheredarlos. Pero probablemente la existencia de aquella figura fuese más teórica que real si tenemos presente que el testamento resultaba, como hemos dicho, asimilable a cualquier acto de última voluntad y que además eran de uso frecuente los codicilos romanos (*). Las disposiciones del Código de Eurico se ven alteradas posteriormente por dos leyes visigodas íntimamente conectadas entre sí, la "*Si mulier a marito*" y la "*Maritus si uxori*", que establecieron con carácter general el principio de la reserva legal en favor de los hijos (*).

b. Un acercamiento jurídico

CHINDASVINTO que dicta para su pueblo la *Lex Visigothorum* incluye en ella disposiciones aplicables también a los hispano-romanos, aún cuando para estos siguiera oficialmente en vigor el Breviario de Alarico. Dentro de esas normas referidas a ambos pueblos se encuentra la *Dum inlicita*, ley que afecta a la regulación de las sucesiones por causa de muerte. Con ella se derogan todas las disposiciones anteriores que permitían a los ascendientes padres o abuelos, así como a la mujer respecto de su dote, ceder su patrimonio a extraños despojando del mismo sin motivo a sus hijos y legítimos descendientes, a la vez que se establece para aquellos la prohibición de mejorar a sus hijos o descendientes en cuantía superior a la décima parte de sus bienes, o disponer igualmente en cuantía superior al quinto de los mismos. Además se señala para los padres la prohibición de desheredar a sus hijos o descendientes por faltas ligeras (*). Con independencia de si la *Dum inlicita* derogaba una ley romana o visigoda (10) hay que afirmar que ella establece en nuestra patria una legítima anti-individualista a favor de los descendientes que supuso, complementada por el instituto de la mejora, el asentamiento de un sistema intermedio entre el de la libertad de disposición testamentaria romana y el de sucesión forzosa de los germanos, aunque para

algún autor la única novedad introducida por la mencionada ley fue la derogación del principio de libertad de desheredar junto al establecimiento de unas causas concretas para ello (11).

c. Unidad legislativa: consecuencias para la preterición

Fue RESCESVINTO quien acometió realmente la total unidad legislativa al derogar el Breviario de Alarico a la vez que hacía general para todos los súbditos la *Lex Visigothorum*; labor unificadora que no sirvió para la introducción de modificaciones relevantes pues mantuvo, a falta de descendientes, la libertad de disposición *mortis causa del de cuius*, junto a la reserva legal de los cuatro quintos y a la cuota de mejora de un décimo de estos (elevada posteriormente por ERVIGIO a un tercio) si aquellos existían (12). Llegados a este punto de fusión legislativa cabe plantearse en qué situación quedó la figura que nos ocupa. Con ánimo de dar luz sobre la misma podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿La existencia de herederos forzosos (hijos y descendientes legítimos) suponía la de la preterición? Si es lógico pensar que la prolongada convivencia del pueblo visigodo con el hispano-romano acabará por suponer una influencia normativa de éste, aspecto concreto que ahora nos interesa, sobre las instituciones de aquél, no lo parece tanto entender que la misma llevase a su total anulación. Este aserto de carácter general nos permitirá otros referidos particularmente al problema del que tratamos, en los que hay que tener presente, no sólo la existencia de una cuota reservada por la ley a los herederos forzosos, sino la de aquella otra de la que el causante puede disponer sólo en favor de los mismos. De la otra porción, es decir, del quinto del total de la masa hereditaria no nos ocuparemos porque sobre ella los herederos forzosos no tenían derecho alguno, ni el testador respecto de la misma deber que cumplir y por lo tanto queda excluida claramente de la preterición.

a'. Una cuota de atribución y cuantía acotada a la ley

En aras de una mayor claridad hemos de indicar que utilizaremos la terminología de reserva legal en sentido absolutamente restringido, es decir sin incluir en la misma, aún cuando sólo sea conceptualmente, aquella porción de la que el causante podía disponer sólo en favor de sus herederos forzosos. Para dar con la solución (existencia o no de preterición) tal y como lo hemos planteado hay que tener presente que si bien es cierto que los visigodos, como dijimos anteriormente, conocieron el testamento, esto no implica en forma alguna que lo llegaron a asimilar hasta el punto de anular con el mismo la sucesión forzosa (impuesta por la ley) que para ellos como pueblo germánico sería la habitual (13). Además desde que la *Dum illicita* estableciera unas causas concretas de desheredación que debían ser probadas (14), se consiguió un reforzamiento del régimen sucesorio legal sobre el testamentario, pues a partir de este momento no podía aludirse aquél, como ocurría antes, mediante una desheredación fundada en cualquier causa. Estas afirmaciones unidas a las que mantienen (15) que durante la época visigótica y hasta el reinado de ALFONSO X el Sabio nuestro sistema legitimario discurrió por cauces germánicos, lo que induce a pensar en una desconsideración de la voluntad del testador al disponer la ley forzosamente por él, permiten sostener que la única vía de acceso que aquella tenía para llegar a la cuota que configuraba la reserva legal era la desheredación; es decir que el causante no solo no estaba obligado a instituir o simplemente a atribuir por cualquier título esa reserva a los herederos forzosos, sino que tenía prohibido disponer de la misma, pues sobre ella la ley ejercía un imperio absoluto en el que sólo se podía incidir a través de un medio indirecto, la desheredación fundada en alguna de las causas indicadas por la ley, de lo contrario esta regulaba totalmente el destino de la mencionada reserva legal. Entendidas así las cosas no resulta posible admitir

la preterición referida a dicha reserva entre otras razones por las siguientes:

1.ª El testador no solo tenía el deber de instituir o el de atribuir por cualquier título la misma a sus herederos forzosos, sino ni tan siquiera la posibilidad, el derecho a hacerlo, pues respecto de ella la única que disponía era la ley.

2.ª La desheredación no era para el testador un deber ni simple ni alternativo a otro, sino únicamente una facultad que podía, si se daban los presupuestos necesarios, utilizar o no.

3.ª Que no se puede hablar de preterición para el testador, referida a la reserva legal, como omisión por parte de este del cumplimiento de un deber cuando sobre él y respecto de aquella no existía ninguno.

4.ª Que como consecuencia de lo dicho anteriormente, la desheredación injusta sería un simple mal uso de una facultad, si se quiere de un derecho colocado bajo ciertas condiciones en manos del testador, pero nunca el incumplimiento de un deber testamentario.

b'. La mejora, una cuota con alternativa de disposición

Respecto de la mejora hay que indicar que la misma suponía una porción, dentro de la reserva legal, con la que el testador contaba para repartir a su total arbitrio entre los herederos forzosos, lo que presentaba con la reserva legal tal y como la hemos entendido una fundamental diferencia, la de permitir que de forma directa la voluntad del testador, pudiese disponer de ella, si bien con la particularidad de que siempre debía hacerlo en favor de alguno de los reservatarios, lo que implicaba para el causante un deber que sólo podía eludir mediante la desheredación de todos ellos. Es ese caso por tanto la desheredación, se entiende fundada en alguna de las causas establecidas, se

LALINDE ABADIA, Iniciación histórica al Derecho español, pág. 726; A. OTERO, loc. ult. cit., T. 33, 1963, págs. 51 y ss. Estos autores sostienen que la mejora no sólo con ERVIGIO sino desde CHINDASVINTO recafa sobre los cuatro quintos de la reserva legal en favor de los herederos forzosos. Por contra VALLET DE GOYTISOLO, Panorama del Derecho de sucesiones, I. Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 710, entiende que aquella recafa sobre todos los bienes del causante.

(13) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c., págs. 26 y ss., señala respecto del derecho germánico que en época primitiva todo el patrimonio familiar estaba reservado por la ley a favor de la comunidad, lo que suponía que ningún miembro de ésta podía disponer de él por testamento; LACOSTE, loc. ult. cit., págs. 18 y ss., se refiere a la utilización marginal que los visigodos hicieron del testamento, predominando en ellos la sucesión legítima. En igual sentido se pronuncia A. OTERO, La mejora, págs. 24 y ss.

(14) A. OTERO, op. cit., pág. 45.

(15) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Preterición formal y material y nulidad de la institución. A.D.C. T. XXII, Fas. II, págs. 327 y ss.

(16) GINOT LLOBATERAS, op. cit., págs. 604 y ss.; SAMPER POLO, op. cit., T. 39, págs. 217 y ss.; LALINDE ABADIA, loc. ult. cit., pág. 713.

(17) LACOSTE, op. cit., pág. 87; A. OTERO, op. cit., pág. 74.

(18) LACOSTE, op. cit., págs. 94 y ss. después de indicar autores que mantienen esa afirmación, sostiene que la misma sólo es verdad en parte pues también existían fueros municipales en los que se siguió el sistema del *Liber judiciorum*, es decir, en los que se admitía la mejora; A. OTERO, op. cit., pág. 74, afirma que si bien es cierto que el *Liber judiciorum*, en la época postgótica siguió vigente con carácter general junto a un derecho especial complementario, no lo es menos que muchas de sus instituciones como la mejora aunque formalmente en vigor dejaron de aplicarse.

(19) Postura que también parece mantener G. DE VALDEAVELLANO, La cuota de libre disposición. A.H.D.E. T. IX, Madrid, 1932, págs. 132 y ss.

(20) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c., pág. 34; VALLET DE GOYTISOLO, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. T. I. Las legítimas, Vol. 1, pág. 194; IDEM, Panorama del derecho sucesorio. I. Fundamentos, Madrid, 1982, págs. 523 y ss.; IDEM, Apuntes de derecho sucesorio. A.D.C. 1951. T. IV, Fas. 2, págs. 432 y ss.; LACOSTE, loc. ult. cit., págs. 129 y ss. parece mostrarse contrario a admitir la influencia de las Partidas en la posterior elaboración del derecho sucesorio.

había convertido en un deber de cumplimiento alternativo para el *de cuius* que no quería llevar a cabo aquel otro de dejar la porción de mejora, si disponía de ésta, a uno al menos de sus herederos forzosos. Ahora bien ¿quiere esto decir que el incumplimiento de ambos debía entenderse como preterición de aquéllos? Ante la cuestión planteada es posible hacer las siguientes puntualizaciones:

1.^a Que desaparecida la necesidad de instituir en el testamento como herederos a los que lo son forzosos (16), lo único relevante era la atribución patrimonial en favor de los mismos, que en ningún caso podía faltar totalmente, salvo el de desheredación justificada, al disponer la ley exclusiva e imperativamente de la cuota de reserva legal (entendida en sentido restringido) en favor de ellos.

2.^a Que el deber del causante, si disponía de la cuota de mejora, era el de hacerlo, con entera libertad, a favor de uno o más de sus herederos forzosos, es decir que estos individualmente considerados no tenían en todo caso derecho a ser mejorados sino únicamente la expectativa de poderlo ser.

3.^a Que en consecuencia si el testador disponía en favor de extraños de la porción de mejora, no se puede entender que aquellos individualmente fueron preteridos, porque el deber de aquél lo era respecto de todos ellos entendidos como una unidad, si bien en su cumplimiento podía elegir a uno sólo.

B. LIBER JUDICIORUM Y FUEROS FRENTE AL DERECHO MUSULMÁN.

La desaparición del poder público visigodo junto a la expansión musulmana en la península no dio, sin embargo, lugar a una desaparición de la *Lex Visigothorum* (o *Liber judiciorum*) que mantuvo su vigencia al lado del

Derecho musulmán (17). Si bien aquél resultaba ahora completado con el derecho especial contenido en los Fueros municipales, en muchos de los cuales se llegó a acoger un sistema riguroso de sucesión forzosa e igualitario entre los hijos, herederos legítimos de los padres premuertos, en el que no se daba entrada a la voluntad del causante a través de la institución de la mejora, punto este, no obstante, controvertido (18).

Si dejamos a un lado el estudio del Derecho musulmán, se mantenga o no la supervivencia, en aquellos fueros postgóticos, de la mejora, lo cierto es que si se acepta que esa época estuvo regida al igual que la anterior por un sistema de sucesión forzosa (19), de reserva legal en favor de los hijos, poco podemos variar la opinión que, respecto de la existencia de preterición, vertimos al referirnos a ella, como no sea la de considerarla aún más inimaginable, de entender que el sistema adoptado en aquella época fue el de sucesión forzosa absoluta sin posibilidad por tanto de mejorar.

C. UN CÓDIGO FUERTEMENTE ROMANIZADO.

a. Su concepto de preterición: teórico o práctico.

El Código de las Siete Partidas, publicado en 1256, reflejo del derecho romano-justiniano supuso un importante contrapunto, en principio sólo teórico y posteriormente con reflejo práctico, al Derecho fuertemente germanizado que por entonces se aplicaba en nuestra patria (20).

Innovaciones de aquél con respecto a éste que alcanzaban, como no, a la parcela del derecho sucesorio de la que intentaremos entresacar, dada la brevedad de este estudio histórico, las más relevantes para este trabajo.

a'. Dos deberes generales: instituir y desheredar.

Por influencia claramente romana se establece, como regla general, que la institución de heredero constituye el fundamento y la raíz de todo testamento⁽²¹⁾. Exigencia a la que se suma, en caso de ser el testador padre, el deber de instituir, al menos en su cuota legitimaria, a su hijo como heredero⁽²²⁾. De tal forma que la atribución para cubrir esa cuota, fuera o no de cosa cierta, si se hacía testamento, único instrumento por otro lado en el que se podía hacer válidamente la mencionada institución⁽²³⁾, debía de realizarse a título de heredero⁽²⁴⁾. Junto al deber reseñado y como medio de excluirlo se colocaba la desheredación, figura que se encontraba sujeta para conseguir plenamente su finalidad no sólo al cumplimiento de ciertas formalidades⁽²⁵⁾ sino también, y esto es quizás lo más importante, a un concreto y determinado por la norma⁽²⁶⁾ número de razones en las que, de manera exclusiva, encontraba jurídicamente su fundamento.

Así pues, el testador con hijos venía obligado al cumplimiento de un deber que en principio resultaba simple, el de atribuirles su cuota legítima a título de herederos, pero que eventualmente podía resultar complejo si uno o más de ellos incurría en alguna de las causas de desheredación previstas por la ley, en cuyo caso se encontraba ante esta opción: la de instituirlos herederos o la de desheredarlos, es decir ante un deber cuyo cumplimiento ahora no era en absoluto inexcusable al establecerse otro alternativo que permitía liberarle del primero⁽²⁷⁾; afirmaciones de carácter general que, como más adelante veremos, deberán ser matizadas en algunos casos concretos.

b'. El legado como excepción

Lo dicho hasta el momento se completa con el concepto que de preterición dan las Partidas⁽²⁸⁾: "Preteritio, en latín, tanto quiere dezir en romance como

paffamiento, que es fecho calladamente, no faziendo el testador mención en el testamento, de los que avian de heredar lo fuyo por derecho". De lo transcrito se puede entender que la preterición de los hijos del testador, pese a lo afirmado anteriormente, se evitaría simplemente con nombrarlos de cualquier forma en el testamento. Postura que si bien carece de sentido cuando de una simple mención se trata⁽²⁹⁾, lo alcanza si, a pesar del deber que sobre el testador recaía de desheredarlos si había justa causa o de dejarles, en caso contrario, su legítima como herederos⁽³⁰⁾, ésto lo hacía a título de legado, supuesto en el que únicamente se concedía a aquellos la facultad de quebrantar el testamento⁽³¹⁾, que mientras tanto conservaba plenamente su validez. En otras palabras, la terminología acogida por las Partidas no solo distinta⁽³²⁾ "non vale, nin es nada", sino además excluyente "non se quebrantaria", para referirse al testamento en que el hijo no era nombrado ni para ser instituido ni para ser desheredado, de la utilizada⁽³³⁾ "podría quebrantar el testamento" para aludir a aquél en el que recibía la legítima a título de legado, indujo a pensar a algún autor que esta último caso sería un supuesto de desheredación tácita y no de preterición⁽³⁴⁾. De admitirse lo expuesto se podría afirmar que no una simple mención pero si un simple legado en favor de hijo sin necesidad de cumplir con el deber, caso de ser el único, de instituirlo heredero⁽³⁵⁾ excluiría la preterición y con ella sus radicales efectos jurídicos. Con mayor razón, la institución del hijo en cuantía inferior a la legítima tampoco quedaría dentro de esa figura, al establecerse para ese caso la acción de suplemento y no el *ius dicendi nullum* o la querrela de inoficioso testamento⁽³⁶⁾.

c'. Los confusos perfiles de la desheredación.

La obtención de una imagen aún más detallada de los perfiles de la preterición nos obliga a detenernos algo más en el estudio de otra figura, la desheredación.

(21) Part. 6.ª. Tít. III. proe.

(22) Ley v. Tít. VIII. Part. 6.ª; Ley XVII. Tít. I. Part. 6.ª, indica la cuantía de la legítima según el número de hijos; a cómo se debe de realizar la institución aluden las Leyes V, X, XI y XIII. Tít. III. Part. 6.ª; VALLET DE GOYTISOLO, loc. ult. cit., págs. 503 y ss. recoge la controversia existente entre los autores, cuando el testador atribuía la legítima utilizando palabras comunes y no propias o civiles.

(23) Ley VII. Tít. III. Part. 6.ª; JORDAN DE ASSO, Instituciones de Derecho civil de Castilla. Valladolid, 1975, pág. 115, entiende que del texto de la citada ley se puede desprender que la institución de heredero no puede hacerse en codicilo, a no ser que tome su valor de alguna cláusula, que se exprese en el testamento.

(24) VALLET DE GOYTISOLO, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. T. I. Las legítimas, Vol. 1, pág. 571.

(25) Ley III. Tít. VII. Part. 6.ª.

(26) Leyes IV, V, VI y VII. Tít. VII. Part. 6.ª.

(27) En ese sentido puede entenderse la Ley VIII. Tít. VII. Part. 6.ª.

(28) Ley X. Tít. VII. Part. 6.ª.

(29) En favor de esta tesis GREGORIO LÓPEZ, citado por VALLET DE GOYTISOLO, loc. ult. cit., T. I, Vol. 1, págs. 587 y ss.

(30) Ley X. Tít. VII y Ley V. Tít. VIII. Part. 6.ª.

(31) Ley V. Tít. VIII. Part. 6.ª.

(32) Ley I. Tít. VIII. Part. 6.ª.

(33) Ley V. Tít. VIII. Part. 6.ª.

(34) En este sentido se pronuncia VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., T. I, Vol. 1, págs. 587 y ss., quien además recoge las posturas defendidas por GREGORIO LÓPEZ y VÁZQUEZ DE MENCHACA.

(35) Ley VI. Tít. III. Part. 6.ª; Existía además según indica VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., T. I, Vol. 1, págs. 587 y ss., una cierta polémica respecto de si el hijo instituido en cosa ajena debía entenderse preterido y de si el hijo a quien el padre entregó en vida la legítima podía anular el testamento por preterición.

(36) Ley V. Tít. VIII. Part. 6.ª.

(37) Leyes I y VIII. Tít. VII. Part. 6.ª.

(38) Ley III. Tít. VII. Part. 6.ª; VÁZQUEZ DE MENCHACA, citado por VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., T. I, Vol. 1, págs. 629 y ss., se ocupó en este punto de precisar las formas de desheredación "nominatim".

(39) Ley X. Tít. VII. Part. 6.ª; Leyes I, VII y IV. Tít. VIII. Part. 6.ª; en la última de las leyes citadas se indica el plazo para ejercitar la querrela.

(40) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Preterición formal y material y nulidad de la institución, págs. 327 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., T. I, Vol. 1, págs. 587 y ss. y T. I, Vol. 2, págs. 906 y ss.; IDEM., Panorama del derecho de sucesiones. I. Fundamentos, págs. 474 y ss.; DOMÍNGUEZ RODRIGO, El concepto de preterición en el artículo 814 del C.c. vigente. R.G.L.J. 1983, n.º 6, págs. 585 y ss.

(41) Ley X. Tít. VII. Part. 6.ª, en la que se establece que el padre debe indicar en su testamento la razón por la que deshereda a su hijo, pues de lo contrario, al igual que ocurría en caso de preterición, el testamento no valdría; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, loc. cit., págs. 327 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. T. I. Las legítimas Vol. 1, págs. 587 y ss. Postura que adoptó GREGORIO LÓPEZ, citado por GARCÍA BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c., pág. 97, al equiparar desheredación injusta y preterición.

(42) VALLET DE GOYTISOLO, loc. cit., T. I, Vol. 2, págs. 906 y ss. Por contra LLAMAS Y

Llegados a este punto se puede afirmar que la distinción entre ambos institutos aparece diáfana cuando de desheredación justa, es decir basada en una o más de las razones previstas por la ley, se trata, al entenderse que el testador que así la hiciera, siempre que la causa fuera probada, conseguía que el legitimario perdiera su derecho a heredarle (37); de tal manera que una desheredación conforme a lo expuesto evitaba caer en preterición siempre que, como es lógico, se cumplieran también los requisitos formales exigidos por la norma (38). Pero esa claridad empieza a desvanecerse cuando del lado de la desheredación nos acercamos a aquellas que no se ajustaban a las exigencias legales. Porque si bien es cierto que las Partidas (39) señalaban efectos bien distintos para la preterición y para la desheredación "a tuerto e sin razón" al establecer para la primera la absoluta falta de validez del testamento, que por ende no se puede quebrantar pues no vale ni es nada, y para la segunda la *querrela inofficiosi testamenti* como medio, dado al legitimario, para hacerse con la herencia pero sin que su ejercicio implicara necesariamente la caída de todo el testamento, pues debían mantenerse las mandas en él escritas y las libertades concedidas a los siervos, lo que inclinó a los autores (40) a pensar que no existía una equiparación entre preterición y desheredación injusta, no ocurrió lo mismo con la desheredación sin mención de causa (41), a la que dada la identidad de efectos, sí se llegó a equiparar con aquella.

b. Coordinadas de aquel concepto

De lo expuesto se puede entender que para las Partidas la preterición se movía entre la siguientes coordenadas:

1.ª Si no existía causa legal que justificara la desheredación del legitimario el testador para eludir la preterición podía instituirlo heredero, aunque fuera sólo en parte de su legítima, o sea cumplir con el deber que le marcaba la ley, atribuírsela mediante un legado o

bien desheredarlo "a tuerto e sin razón" es decir alegando una causa inexistente o distinta de las previstas por aquella, en cuyo caso no se apreciaba, como en el de desheredación sin causa, una equiparación entre esa figura y la preterición, quedando en los dos últimos supuestos expedita la vía de la *querrela inofficiosi testamenti*, pero no el *ius dicendi nullum* propio de la preterición (42).

2.ª Si existía esa razón prevista por la norma justificadora de la desheredación, el testador evitaba la preterición con la institución del legitimario, igualmente en toda o sólo en parte de su legítima, con su desheredación justa, o, aunque ahora resulta lógicamente más improbable, con su atribución como legatario o con una desheredación injusta (43).

D. UN ORDENAMIENTO PARA LA PRELACIÓN Y PARA LA PROMULGACIÓN.

El Ordenamiento de Alcalá de 1348 estableció, en una España salpicada de Fueros de contenido muy dispar, además de una prelación normativa (44) la vigencia, con algunas modificaciones, de un Código que elaborado casi un siglo antes conseguía así un importante refrendo para su aplicación práctica (45). Si atendemos a la jerarquía de normas aludida y a la realidad jurídica de aquel momento constatamos que aparte del citado Ordenamiento, dedicado fundamentalmente a corregir de manera particular el contenido jurídico de otros Cuerpos legales más que a dar uno nuevo, en España destacaba, gracias a la hábil política de unidad legislativa emprendida por ALFONSO "el Sabio", la aplicación de dos compilaciones jurídicas (46): el Fuero Juzgo y el Fuero Real.

El primero correspondía a la segunda versión (47) en romance que del *Liber iudiciorum* realizó el mencionado mo-

marca, en la que se observan algunas divergencias con el texto latino original para adaptarlo a las nuevas circunstancias histórico-jurídicas; el segundo una variante de aquél, ofrecía mayor acogida al derecho consuetudinario municipal⁽⁴⁸⁾.

a. Dos Fueros contradictorios con la existencia de la preterición

La breve reseña histórica del apartado anterior nos lleva, en primer lugar, a concretar nuestro estudio sobre la preterición, a raíz del tan citado Ordenamiento, con referencia a los Fueros que hemos destacado, aún a sabiendas de marginar con ello a otros de carácter municipal vigentes también por aquél entonces, pero cuyo estudio nos arrastraría a unas profundidades históricas que en este trabajo no pretendemos alcanzar. Hechas las observaciones precedentes la primera cuestión, para dar luz sobre la existencia o no de la preterición, se centra en determinar si en nuestra patria los mencionado Fueros (Juzgo y Real) seguían el sistema sucesorio germano basado en las reservas o por el contrario acogían el romano de libertad de testar. Las afirmaciones de BENITO GUTIÉRREZ⁽⁴⁹⁾ de no ver reflejado, ni en el Fuero Juzgo ni en el Real, el principio de la sucesión *mortis causa* del Derecho romano, de OTERO⁽⁵⁰⁾ al observar la falta de referencia a la legítima, que se daba tanto en el Fuero Real como en los demás de su época, con lo anacrónico que en consecuencia resultaba especular con esta institución en un ordenamiento que sólo admitía la idea de reservas y las de CASTÁN⁽⁵¹⁾ al indicar, de un lado, que durante la Reconquista la mayor parte de los Fueros mostraban, con más vigor que las fuentes visigóticas, el influjo de los principios germánicos y de otro, que el Fuero Real no recogía el principio romano de la necesidad de la institución, junto al hecho admitido por los autores⁽⁵²⁾ de que el Derecho romano-justinianeo introducido en España fundamentalmente con las Partidas, mo-

mento a partir del cual ya dejó sentir su influencia en las elaboraciones doctrinales, recibió con la ley 1.ª, título 28 del Ordenamiento de Alcalá el refrendo necesario para su aplicación práctica⁽⁵³⁾, permite pensar que en esa época aquella figura elaborada por el derecho sucesorio romano sería conocida solo, gracias a la importancia que a este se le concedió en las Partidas, en el terreno de la teoría pero no así como instituto de la realidad sucesoria de entonces. Además, si se observa, los autores⁽⁵⁴⁾ que antes o después se han pronunciado respecto de la supresión por el Ordenamiento de Alcalá de la necesidad de la institución de heredero como requisito *sine qua non* de la validez de un testamento, lo han hecho conectando esa regla con los principios romanos que, recogidos en aquél Código, se vieron afectados por la misma sin aludir para nada, aún siendo de preferente aplicación, a las normas de los Fueros Juzgo y Real, lo que parece confirmar la escasa por no decir nula recepción que en éstos se dio de la *successio* de los romanos y en consecuencia del instituto de la preterición que ellos conocían.

b. Admisión del testamento acéfalo: sus consecuencias

Bajo este epígrafe vamos a ocuparnos de la incidencia que una ley⁽⁵⁵⁾ del tan citado Ordenamiento tuvo sobre la regulación contenida en las Partidas del instituto que nos ocupa. La mencionada ley a diferencia de estas⁽⁵⁶⁾, admitía la validez de los testamento aún sin institución de heredero. Importante modificación que planteó principalmente dos interrogantes:

1.ª ¿Había sido derogado el deber, recogido en aquél Código, de dejar a los hijos su legítima a título de herencia?

2.ª ¿Se entendía por ello derogado igualmente el principio romano alusivo a la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada?

MOLINA, Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres leyes de Toro. 2.ª ed. Madrid, 1852. Editado por BANCHS EDITOR. Barcelona, 1974, pág. 219 sostiene: "para que la desheredación se tenga por preterición se ha de hacer sin expresar el nombre del desheredado".

(43) A pesar de habernos referido fundamentalmente a la preterición de hijos y descendientes por sus padres o ascendientes, no se debe olvidar que aquéllos, si hacían testamento también podían incurrir (Ley 1 fundamentalmente. Tit. VIII. Part. 6.ª) respecto de éstos en preterición. Además VALLET DE GOYTISOLO, loc. ult. cit., T. I., Vol. 1, págs. 618 y ss., entiende que se recoge un supuesto de preterición de hermanos en la ley XII, apart. 4.ª y 5.ª. Tit. VII. Part. 6.ª. Por el contrario SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho civil. T. V, Vol. 2.ª, Madrid, 1910, pág. 1.099, mantiene que la preterición de las Partidas no es extensible a todo heredero forzoso sino únicamente a los supuestos concretos que la ley reglamentaba (1.10, T. 7, P. VI) es decir hijos y descendientes respecto de padres y ascendientes.

(44) Ley 1.ª, Tit. XXVIII.

(45) L. MOUTO Y OCAMPO, E.J.E., T. 6 voz Códigos y Leyes antiguas de España, pág. 963, señala como, JOVELLANOS consideró, en contra del parecer más generalizado, que las Partidas tuvieron fuerza legal inmediatamente después de su publicación.

(46) LACOSTE, op. cit., págs. 124 y ss.

(47) La primera en opinión de LARDIZABAL Y URIBE que sigue LACOSTE, op. cit., pág. 112, se llevó a cabo inmediatamente después de la reconquista de Córdoba por FERNANDO III "el Santo".

(48) Más información en LACOSTE, op. cit., págs. 124 y ss.

(49) Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, 3.ª ed. Madrid, 1971, págs. 231 y ss.

(50) La mejora. A.H.D.E., T. 33, 1963, págs. 87 y ss.

(51) La dogmática de la herencia y su crisis actual. Madrid, 1960, pág. 31 y ss.

(52) LACOSTE, op. cit., págs. 130, 138 y 148; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., T. V, Vol. 2.º, pág. 1.097; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, loc. ult. cit., pág. 34; LAFUENTE, Historia General de España. Barcelona, 1930, págs 15 y ss.

(53) En este sentido JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, Comentario a las Leyes de Toro, R.G.L.J., T. 12, pág. 169.

(54) VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de Derecho sucesorio. A.D.C. 1951, T. IV, Fas. 4; págs. 1.360 y ss. y 1.388 y ss.; IDEM, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer, T. I, Las legítimas, Vol. 1, págs. 571 y ss.; IDEM, Estudios de derecho sucesorio. Madrid, 1980, Vol. I, págs. 82 y ss.; IDEM, Panorama del derecho de sucesiones. I. Fundamentos, págs. 455 y ss.

(55) Ley 1.ª y única del Título XIX.

(56) Tit. III. Part. 6.ª, proe.

(57) Una información más detallada sobre las distintas teorías en: VALLET DE GOYTISOLO. Apuntes de derecho sucesorio. A.D.C., 1951, T. IV, Fas. 2 (nota 62), págs. 437 y ss. y T. IV. Fas. 4, págs. 1366 y ss.; IDEM., Panorama del derecho de sucesiones I Fundamentos, págs. 455 y ss.; IDEM, Estudios de derecho sucesorio. vol. I, págs. 91 y ss.; IDEM, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. T. I, Las legítimas. Vol. I, págs. 571 y ss.; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c., págs. 34 y ss.; GINOT LLOBATERAS, La antigua cláusula codicilar y la compilación de Derecho civil especial de Cataluña. Centenario de la Ley de Notariado, Secc. 2.ª, Estudios de Derecho notarial. Vol. 1, Madrid, 1962, págs. 609 y ss.

Las teorías que para dar respuesta a la primera cuestión se elaboraron iban desde las que, a partir de ese momento, admitían como válido cualquier título para dejar la legítima, hasta las que, con opinión absolutamente contraria, afirmaban que aquella, a pesar de la citada ley, sólo debía atribuirse a título de heredero, pasando por las menos radicales defensoras de posturas intermedias (57). En contestación a la segunda se vertieron igualmente un gran número de opiniones, si bien finalmente se acabó por imponer la tesis de quienes defendían una derogación total del mencionado principio (58).

Por nuestro lado consideramos que nos existía ninguna razón definitiva (59) para entender derogada por el Ordenamiento de Alcalá la exigencia, impuesta a los padres en las Partidas (60), de dejar la legítima a sus hijos a título de heredero. Esto nos permite en principio afirmar que la preterición tras el citado Ordenamiento tendría, al no alterarse ese deber ni el de desheredar en su caso, la misma configuración que la expuesta al estudiar el citado Código y por lo tanto el mismo ámbito de aplicación; si bien los efectos que ahora empezaban a propugnarse por haber incurrido en aquella no eran los de total invalidez del testamento sino únicamente de la institución de heredero (61).

No obstante, algunas reflexiones nos permiten apreciar que en determinados supuestos, incluso admitiendo la pervivencia de los deberes mencionados, la idea de preterición se podía entender modificada. Estos son los siguientes:

1.º Testamento en el que se distribuía la legítima a título de legado entre todos los legitimarios sin llevar a cabo institución de heredero.

Aquí sería de aplicación la norma general prevista para los testamento carentes de institución, en virtud de la cual se mantenían las mandas y demás disposiciones testamentarias y pasaban a ser herederos los que lo serían *ab*

intestato. Solución que hacía innecesaria la entrada en juego de las normas reguladoras de preterición y en consecuencia de la propia institución.

2.º Testamento en el que se instituía heredero a un extraño pero se otorgaba la legítima, a los que tenían derecho a recibirla, a título de legado.

Este supuesto, al que claramente no se puede aplicar la solución anterior, da lugar a una curiosa situación si se admite que la preterición, tras el Ordenamiento de Alcalá, únicamente producía la nulidad de la institución de heredero. En efecto, si se recuerda, las Partidas (62), para una situación prácticamente igual, establecían la posibilidad para los legitimarios, si no recibían el legado o si lo hacían formular la correspondiente protesta, de quebrantar el testamento, pero en ningún momento declaraban, como ocurría de existir preterición, que este no valía ni era nada. Diferencia de efectos que llevó, como ya vimos, a algún autor a sostener (63) que ese supuesto sería de desheredación tácita y no de preterición.

Sin embargo, el planteamiento anterior quebraría si se entiende, y de ahí hemos partido, que desde el citado Ordenamiento preterición o desheredación tácita tendrían los mismos efectos, lo que al destruir la base misma de aquella distinción permite pensar, si se considera que la legítima se debía a título de heredero aún después de la publicación de aquél, que el expuesto sería ahora un caso de preterición. Consecuencia que derivada de un Ordenamiento como el de 1348, cuya pretensión, entre otras, era atemperar el excesivo rigor formalista del derecho sucesorio romano acogido en las Partidas, no deja de ser paradójica al considerar como preterición un supuesto que para estas no lo era. Es decir, curiosamente, admitir un efecto menos radical para testamento, sin alteración de los deberes de instituir o desheredar, podía provocar una ampliación en el ámbito de aplicación de aquella figura.

E. LAS LEYES DE TORO: ALUSIÓN Y EQUIPARACIÓN

Las Leyes de Toro promulgadas en 1505 por el rey D. FERNANDO, muerta ya la católica reina Doña ISABEL, daban respuesta a las quejas que tres años antes, en las Cortes de Toledo, se habían elevado a los citados monarcas sobre la confusión que originaba en el reino la diversidad legislativa existente y disparidad de criterios empleados para dar solución a pleitos que resultaban idénticos. Con aquellas, por lo tanto, se persiguió uniformar y aclarar el derecho entonces vigente y a esa finalidad general parece obedecer, por lo que aquí nos interesa, una de sus leyes ⁽⁶⁴⁾ cuando con los mismos términos alude a los efectos de la preterición y de la desheredación.

a. El silencio, refuerzo de teorías anteriores

Antes de entrar a conocer y analizar el contenido de la mencionada ley, hemos de detenernos en aclarar, o al menos intentararlo, lo no contenido en el citado cuerpo legal. Nos vamos a ocupar naturalmente de la preterición, figura de la que no se da perfil alguno, como si de una institución perfectamente asimilada y conocida se tratara. En efecto, las Leyes de Toro se limitan a indicar las consecuencias jurídicas que la preterición acarrearía para las disposiciones testamentarias de quien incurrió en ella, pero sin ofrecer, como lo hicieron las Partidas, una definición o al menos una indicación de cuales eran los presupuestos de su existencia. Pues bien, la poca atención, nombrarla o a lo sumo indicar sus efectos, que se dedica a la figura que nos ocupa en unas Leyes como las de Toro, que pretendían poner fin a la disparidad de opiniones reinantes, fruto de los preceptos contradictorios existentes y conseguir a la postre una unificación de los criterios a aplicar en los pleitos, es la que nos permite afianzar, con las razones que

ahora expondremos, posturas anteriormente defendidas.

La ausencia, en unas Leyes que como las de Toro tenían la finalidad antes aludida, de una definición del instituto referido e incluso de un intento induce a pensar, sin que ello provoque estridencias, que el derecho patrio, posterior a la caída de la monarquía visigoda y anterior a las Partidas, desconoció el instituto de preterición. Necesaria consecuencia si se mantiene, como ya hicimos en su momento, por un lado, que los visigodos no llegaron a aceptar la idea romana de la *hereditas* y por otro, que el Derecho romano justiniano, incluidas las Novelas, y con él, lógicamente su concepto de preterición, se recibió en España a través del Código alfonsino de las Siete Partidas. De tal manera que si bien cabe admitir, al menos en teoría, la afirmación de que la preterición, en el estadio histórico señalado, se conoció en España incluso antes de la aparición del citado Código, resulta más dudoso hacerlo de que la misma coincidiese conceptualmente con la de perfiles romano-justinianos recogida en este cuando, como hemos dicho, resulta admitido que este Derecho y desde luego las Novelas, era prácticamente desconocido en nuestra patria antes de la aparición de aquéllas ⁽⁶⁵⁾. En otras palabras, que de afirmarse la existencia de la preterición antes del renombrado Código, esta sería lógicamente distinta a la incluida por aquél, lo que indudablemente provocaría confusiones y controversias en torno a cual de aquellos conceptos debía de atenderse para solucionar los conflictos que sobre el tema surgieran, y curiosamente ni en el Ordenamiento de Alcalá ni en las Leyes de Toro se alude a ese conflicto entre aquella supuesta figura de preterición y la que acogieron las Partidas, y no se argumente en contra la posibilidad de una falta de controversia entre los mismos en base a la prelación normativa introducida por el citado Ordenamiento, porque ello resultaría excepcional como lo demuestra la aparición de las Leyes de 1505, y porque,

⁽⁶⁴⁾ VALLET DE GOYTISOLO, Estudios de derecho sucesorio. Vol. I, págs. 82 y ss.; IDEM, Panorama del derecho de sucesiones. I Fundamentos, págs. 100 y ss. Más adelante, págs. 456 y ss. señala que de admitirse la compatibilidad entre ambos tipos de sucesiones el testador no incurría en preterición si pese a haber incumplido sus deberes para con los legitimarios no hubiera dispuesto testamentariamente de toda su herencia.

⁽⁶⁵⁾ Postura defendida entre otros por el doctor LUIS DE MOLINA y MARCO SOLON DE PAZ, citados por V. DE GOYTISOLO, Panorama del derecho de sucesiones. I Fundamentos, págs. 456 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de derecho sucesorio. A.D.C. 1951, T. IV, Fas. 2, pág. 479 (nota 182); CASTILLO DE SOTOMAYOR, DIEGO DE CALATAYUD y JUAN DE ROJAS, citados por GARCÍA-BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c., pág. 34; IDEM, Preterición formal y material y nulidad de la institución, pág. 329, señala que la necesidad de instituir heredero al legitimario se puso en entredicho en los siglos XVII y XVIII pero no al promulgarse el Ordenamiento de Alcalá.

⁽⁶⁶⁾ Ley V. Tít. VIII. Part. 6.^a.

⁽⁶⁷⁾ VALLET DE GOYTISOLO, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. T. I, Las legítimas. Vol. 2, págs. 908 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit., T. V, Vol. 2.^o, pág. 1.099 afirma tajantemente que desde el O. de Alcalá la nulidad afectaba sólo a la institución de heredero; Por contra GREGORIO LÓPEZ Y MATIENZO citado por GARCÍA-BERNARDO LANDETA, La legítima en el C.c. pág. 34, consideraban el testamento nulo por preterición.

⁽⁶⁸⁾ Ley V. Tít. VIII. Part. 6.^a.

⁽⁶⁹⁾ Ver nota 15.

⁽⁷⁰⁾ Ley XXIV de Toro.

(65) CASTÁN TOBEÑAS, La dogmática de la herencia y su crisis actual, pág. 32; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, op. cit., pág. 34; VALLET DE GOYTISOLO, Panorama del derecho de sucesiones. I Fundamentos, pág. 526; J. FRANCISCO PACHECO, Comentario a las Leyes de Toro, R.G.L.J., T. 12, pág. 181.

(66) Sobre la pervivencia de ese deber incluso posteriormente ver D.M. ORTIZ DE ZUÑIGA, Biblioteca de Escribanos, T. I, Madrid, 1841, págs. 278 y ss. y 300. Igual la opinión de GARCÍA GOYENA y J. ESCRICHE, al sostener que es dudoso que la solemnidad interna de instituir herederos o desheredar a los herederos suyos llevase el efecto de nulidad incluso para las propias Partidas, pero no debe tenerlo ya (lo que parece confirmar la existencia de esa solemnidad interna) por la ley I (tít. 18, lib. 10 Nov. Recop. que es la del Ordenamiento) ya por la 8, tít. 6, lib. 10 (que es la 24 de Toro), recogida por V. DE GOYTISOLO, Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer, T. I, Las legítimas, Vol. 2, pág. 911.

(67) Ley XXIV.

(68) DE LA CÁMARA, El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos, R.D.N., 1955, T. VII, págs. 55 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., T. I, Vol. 2, pág. 908; ALBALADEJO, Para una interpretación del artículo 814, 1.º del C.c., R.D.P., 1967, págs. 1.034 y ss.; GARCÍA GOYENA, Concordancias motivos y comentarios del C.c. español. Zaragoza, 1974, pág. 349.

(69) DE LLAMAS Y MOLINA, op. cit., págs. 215 y ss. en especial los n.º 24 y ss.

(70) NOLASCO DE LLANO, Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro ANTONIO GÓMEZ a las ochenta y tres Leyes de Toro. Madrid, MDCLXXXV, Editada en Valladolid, 1981, págs. 104 y ss.

aún dentro de la excepción, lo más clarificador hubiera sido aludir al distinto significado que el término preterición podía tener en nuestro derecho patrio.

Todo lo cual permite pensar no solo que el único concepto de preterición conocido por entonces en nuestra patria fue el del Código de ALFONSO "el Sabio", sino que además el mismo no sufrió alteraciones por el Ordenamiento de 1348 pues de lo contrario las Leyes de Toro, dada la finalidad que las promovió, hubieran al menos intentado aclarar cuales eran los límites en que, cuando se publicaron, se movía la preterición. Es decir que esta, en las citadas Leyes de 1505, se situaba, en líneas generales, entre el deber de instituir herederos a los que lo eran forzosos (66) o el de desheredarlos si existía justa causa para ello.

b. Los efectos de preterición como punto controvertido

Pero si pocas habían sido las Leyes de Toro al referirse a la preterición no mucho más extensas lo fueron al hacerlo de sus efectos (67) que además se equiparaban, en una referencia conjunta, a los de la desheredación. Regulación al unísono que llevó a los jurisconsultos a entender, con algunas excepciones, que de esa manera quedaban aquellos definitivamente atenuados al no provocar ya, como se podía entender antes, la nulidad de todo el testamento, sino sólo la de la institución de heredero quedando vigente el resto de las disposiciones en él contenidas (68). Por otra que, como hemos apuntado, no era compartida por todos, ni éstos defendían las mismas teorías contrarias a aquélla, de tal manera que mientras unos la rechazaban de frente y en su integridad (69) cuando afirmaban que la preterición de los herederos forzosos seguía provocando la nulidad íntegra del testamento de que se tratará sin dejar en pie ninguna de sus disposiciones, otros (70), por el contrario, lo hacían solo parcialmente al sostener que esa radical consecuencia no se producía en todos los casos; lo que indudablemente

haría dudar a los testadores sobre el alcance de su última voluntad, a lo que había que añadir, para mayor confusión las opiniones de si, a la vista de la citada ley, la institución de heredero hecha en favor de alguno de los forzosos conteniendo la mejora debía, caso de que existiera preterición, suponer la pérdida de esta por la caída de la institución que la sostenía, o por el contrario subsistir en favor del mejorado (71).

b. La utilidad de dos cláusulas: aparente realidad

Indudablemente la disparidad de teorías respecto de cuales eran los efectos de la preterición, a la que se sumaba la falta de un carácter unívoco en las mismas, fruto del casuismo sobre el que generalmente se constituía fue, si no el único, uno de los más importantes motivos que coadyuvaron a que en los testamentos se incluyera normalmente, para garantizar en lo posible la voluntad del *de cuius* en ellos transcrita, la cláusula codicilar, la *omni meliorem modo quod possit* o ambas, hasta el punto de llegar a entenderse puestas de forma tácita, sobre todo cuando el testamento había sido otorgado en favor de los hijos (72). De esta manera se creía superar (73) en la práctica las incertidumbres que aquél *maremagnum* de opiniones vertidas sobre el tema había creado en torno al exacto alcance de aquellos efectos (74).

EN UNA RECOPIACIÓN SIN INNOVACIONES

No sólo una lectura de la Novísima Recopilación sino, además, la consideración que de precedente inmediato (75) de la preterición recogida en el Código civil se otorga a una exclusivamente de sus leyes, que se limita a su vez a transcribir otra de las de Toro (76) son, junto a lo expuesto al hablar de estas, en principio argumentos que permiten afirmar que la mencionada Recopilación, aún promulgada más de doscientos años después de la que siguió a las

citadas Leyes de 1505, no recogía ni introducía modificación sustancial alguna en el instituto de la preterición vigente hasta entonces, que en consecuencia seguía determinado por el deber de instituir herederos a los que los eran forzosos ó en su caso, si les afectaba alguna de las causas de desheredación previstas por la ley, desheredarlos (77).

a. La preterición: su continuidad histórica

No obstante lo afirmado resulta oportuno, por lo clarificador que pueda ser, llevar a cabo un análisis retrospectivo, aunque sucinto, de la figura de la preterición desde su concepción por las Partidas hasta la Recopilación últimamente citada. Si recordamos, ya en el famoso Código de ALFONSO X "el Sabio" se propiciaba, a pesar del concepto que recogía, la poca claridad en la determinación de los contornos de la preterición, que construida fundamentalmente sobre el deber de instituir a los herederos forzosos o en su caso, desheredarlos justamente permitía a la vez mantener excepciones, patentes a través de los efectos, a ese deber o deberes fundamentales. Más adelante el Ordenamiento de Alcalá (78) y sobre todo sus intérpretes oscurecieron la ya poca claridad existente en torno a la figura de la preterición al entender unos, que con el mismo había quedado suprimido el deber de instituir herederos a los forzosos en su cuota legítimaria, mientras otros, defendían la pervivencia del mismo (79). Así, las distintas tesis mantenidas hacían no que el instituto de la preterición apareciera con perfiles poco claros, sino, lo que era más grave y perturbador para la seguridad jurídica, que quedara escindido en dos figuras completamente distintas: una construida sobre las bases de la de las Partidas, la otra sobre el deber de atribuir la legítima por cualquier título y el de la desheredación justa. Inconvenientes a los que había que añadir los distintos efectos que, también desde el citado Ordenamiento, propugnaban los autores en caso de preterición.

La publicación de las Leyes de Toro (80) llevó a la doctrina a ocuparse más de opinar sobre los efectos en caso de preterición que de determinar cuales eran sus presupuestos de existencia; discusión en torno al tema que parecía inclinarse favorablemente de lado de los que defendían una moderación de los mismos, al entender que no afectarían a la validez del testamento como un todo sino sólo a la institución de heredero en él contenida (81). Postura que si bien no llegó nunca a ser unánime se vio consolidada al reproducir la Novísima Recopilación (82) aquella ley de Toro que había sido su más destacado argumento.

b. Atemperación e identificación de efectos; consecuencias para la preterición

Todo lo expuesto hasta ahora nos lleva a hacernos la siguiente pregunta:

¿Entre las teorías mencionadas había conseguido alguna aportar nitidez y firmeza a la idea de preterición acogida en las Partidas?, de ser esta lógicamente, como es nuestra postura, la que se entendía vigente al menos en sus líneas principales, ¿o por el contrario seguía inmersa en la penumbra de aquellas coordenadas que señalábamos al estudiarla en aquél Código?

Es la atemperación de efectos admitida para la preterición desde las Leyes de Toro, posteriormente reforzada en la Novísima Recopilación (83) y su consiguiente asimilación a los de la desheredación injusta, al considerar que únicamente se produciría la caída de la institución de heredero pero no del resto de disposiciones testamentarias, la doctrina que más favorablemente influyó para dar precisión a aquél originario concepto de preterición. Si se recuerda, los autores (84) admitían una equiparación entre ambas figuras cuando sus efectos resultaban idénticos pero la rechazaban en caso contrario, de tal manera que los perfiles en principio rectilíneos de la preterición se en-

(71) Partidarios de esta segunda opinión son: BENITO GUTIÉRREZ, Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, 3.ª ed., T. III, Madrid, 1874, págs. 538 y ss.; NOLASCO DE LLANO, op. cit., págs. 106 y ss.; También parecen compartirla: VALLET DE GOYTISOLO, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer T. I, Las legítimas, Vol. 2, pág. 908; ALBALADEJO, loc. ult. cit., págs. 1.034 y ss. Partidarios de la primera se muestran: PALACIOS RUBIO, citado por BENITO GUTIÉRREZ, op. cit., pág. 539; ANGULO, citado por VALLET DE GOYTISOLO, Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos, págs. 492.

(72) VALLET DE GOYTISOLO, loc. ult. cit., I Fundamentos, págs. 475 y ss.; IDEM, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer, T. I, Las legítimas, Vol. 2, págs. 912 y ss.; NOLASCO DE LLANO, op. cit., págs. 26 y ss.

(73) GINOT LLOBATERAS, op. cit., págs. 619 y ss. al poner de relieve las distintas subdivisiones que los autores ofrecían sobre ese tema, da pie para pensar que la superación del problema fue más teórica que real.

(74) Más detalles sobre el contenido y la eficacia de las cláusulas citadas en: VALLET DE GOYTISOLO, op. cit., T. I, Las legítimas, Vol. 2, págs. 912 y ss.; NOLASCO DE LLANO, op. cit., págs. 26 y ss.; GINOT LLOBATERAS, op. cit., págs. 619 y ss.

(75) MUCIUS SCAEVOLA, Código civil, T. XIV, (Arts. 806 a 857), 4.ª ed., Madrid, 1944, págs. 404 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al código civil español, T. VI, Vol. I (Arts. 744 a 839), Madrid, 1973, págs. 644 y ss.

(76) Ley 8.ª, Tit. VI, lib. X. Nov. Recop. (que es la 24 de Toro).

(77) En este sentido ORTIZ DE ZÚÑIGA, Biblioteca de Escribanos, T. I, Madrid, 1841, págs. 277 y ss.; IDEM., op. cit., págs. 278 y ss., señala cual es el orden de preferencia

vigente entre los herederos forzosos y más adelante, págs. 283 y ss. recoge la forma y las causas de desheredación.

(75) Ley 1.ª y única, Tít. XIX.

(76) Ver nota (87).

(80) En particular la ley 24.

(81) Ver nota (88).

(82) Ley VIII, tít. VI, lib. X.

(83) Ley 24 de las de Toro (Ley VIII, tít. VI, lib. X, de la Nov. Recop.).

(84) Ver notas (40) y (41).

(85) M. ALONSO MARTÍNEZ, El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales. Edit. Plus Ultra. Madrid, 1947, págs. 1 y ss.

(86) El texto articulado del proyecto de Código civil de 1821 contenía un total de 476 artículos repartidos en un Título preliminar y una "Parte primera" dividida en dos libros que se ocupaban "De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general" el primero y "De los derecho y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas" el segundo; El proyecto de CAMBRONERO de menor embergadura que el anterior tenía un solo libro dividido en tres títulos referentes a la tutela y curatela, la ausencia y a las personas morales.

(87) El libro cuarto y último del proyecto de Código civil con el título general "De las sucesiones hereditarias" comprendía los artículos 2.201 a 2.458 ambos inclusive.

(88) Arts. 2.262, 2.263 y 2.264 (proy. 1.836).

(89) Arts. 2.320, 2.322 y 2.323 (proy. 1.836).

(90) Arts. 2.326 ap. 1.ª; art. 2.328 (proy. 1.836).

contraban quebrados por entrantes o salientes que procedentes del concepto de desheredación se abrían paso en aquél por su identidad o diversidad de efectos. En otras palabras, era la diversidad de consecuencias jurídicas la que justificaba el acceso al concepto de preterición de supuestos (desheredación sin causa) que no debían considerarse, conforme a los deberes que constituían sus pilares básicos, instituir o desheredar con justa causa, dentro del mismo, o por el contrario extraña de éste otros (atribución de la legítima a título de legado) que de acuerdo con esos mismos deberes debían quedar dentro del citado concepto. Pues bien, al admitirse por gran número de autores la identidad de consecuencias jurídicas entre ambas figuras se destruye el fundamento mismo de aquel trasbace de supuesto de uno a otro lado del concepto aludido, con lo que se conseguía mayor precisión en él, al poderse entender ahora todo incumplimiento del deber legal de instituir, salvo el de hacerlo parcialmente, o de desheredar con justa causa, dentro del mismo, sin que tuviera sentido, a raíz de la equiparación de efectos aludida, entrar en distinciones que resultaría más teóricas que reales.

G. LOS PREÁMBULOS DE LA CODIFICACIÓN.

a. Dos proyectos sin interés, un proyecto sin claridad.

La falta de unidad legislativa con la consiguiente confusión que ello creaba a la hora del planteamiento y posterior resolución de los pleitos por los tribunales, el desfase histórico-jurídico que se producía entre la realidad social del siglo XIX y las normas por las que había de regirse, vigentes algunas desde el siglo XIII, junto al buen resultado que la elaboración y promulgación de un Código Civil había dado en otros países, eran entre los otros los principales argumentos que avalaban la conveniencia de llevar a cabo en nuestra patria la codificación del derecho civil (85).

Las excelencias afirmadas de la codificación tuvieron su primer reflejo en el proyecto de Código civil de 1821 presentado por la comisión Especial de las Cortes nombradas en el año anterior, sin que en el mismo se llegara, al igual que ocurrió posteriormente en el proyecto presentado por CAMBRONERO (86), a regular la materia sucesoria, de la que sí se ocupó ya el libro cuarto del proyecto de 1836 (87), del que trataremos de puntualizar lo de más relieve en lo concerniente a la figura de la preterición. En él se da importancia, tanto al ocuparse de los descendientes legítimos o legitimados como de los ascendientes, a la disponibilidad o no del testador sobre ciertas cuotas hereditarias, sin indicar el título en virtud del cual debían recibir aquellos la calificación de indisponible (88), lo que sin duda constituía un grave obstáculo para perfilar el instituto de la preterición al no concretarse si estaba vigente o no el deber de instituirlos herederos, aunque al igual que antes se permitía su desheredación si se realizaba en base a uno de los motivos previstos por la ley (89). Pero si con lo dicho ya resultaba complejo precisar los límites de la preterición, la tarea se hacía mucho más ardua conforme se avanzaba en el articulado. Concretamente el proyecto consideraba inválido el testamento si después de realizado se producía el nacimiento de un hijo legítimo o su legitimación por matrimonio o Real gracia, supuestos que acogían, aunque sin decirlo expresamente, la omisión testamentaria de hijos póstumos o cuasi-póstumos, lo que provocaría sin dejar efecto la institución de heredero pero no las mejoras, legados y demás disposiciones particulares (90). De otro lado se establecía la nulidad de cualquier disposición particular afectada, entre otros vicios, por error de hecho o de derecho sobre personas o cosas, en donde solo muy forzosamente se pueden entender comprendidas diversas posibilidades de preterición, porque no sería esta sino el vicio que efectaba miedo, fuerza o error, a la disposición particular el que provoca su nulidad siempre que además fuera notoria, o se

probare la existencia de la causa que lo producía y se reclamara dentro del año siguiente a la publicación del testamento ⁽⁹¹⁾. Más adelante se disponía que la voluntad particular del testador, cuando este transmitía al sucesor testamentario más de lo permitido por la ley, se entendería válida solo en lo que no fuera excesiva, regulación que constituye una especie de cajón de sastre en donde se podía incluir todos aquellos casos en que el testador no respetaba parcial o totalmente (ejem. Omitiendo a quienes tenían derecho a percibir una porción legítima o cuota hereditaria) el destino que la ley marcaba para la cuota indisponible ⁽⁹²⁾. Finalmente se expresaba que la desheredación resultaba nula si eran falsas las causas en que se fundaba ⁽⁹³⁾, pero nada se decía respecto de la suerte del desheredado, ni de las repercusiones que ello podría tener sobre las demás disposiciones testamentarias.

b. Los proyectos de mayor influencia en la idea de preterición del Código Civil

El proyecto de 1851 introducía importantes novedades en la configuración del instituto de la preterición a la par que conseguía darle mayor claridad y fijeza. Fundamental novedad se introducía al disponer que si el testador por cualquier título dejaba al heredero forzoso menos de la legítima éste sólo podría pedir el complemento de la misma ⁽⁹⁴⁾, solución que llevó a los autores ⁽⁹⁵⁾ a considerar que con ello había desaparecido el requisito formal de instituir herederos a los legitimarios del testador; en cuanto a la desheredación sólo se consideraba justa, al igual que antes, la fundada en alguna de las causas expresamente señaladas en la ley ⁽⁹⁶⁾. Planteamiento recogido posteriormente en el proyecto de 1882 que se limitó a introducir, en la redacción de algunos preceptos ⁽⁹⁷⁾, retoques puramente gramaticales. La coincidencia entre ambos proyectos se repetía cuando al ocuparse de la regulación de los efectos que habrían de derivarse en caso

de preterición declaraban que serían los de anulación de la institución de herederos, pero no así de las mandas y mejoras, que se mantendrían en cuanto no fueran inoficiosas a la vez que se afirmaba la validez de la institución si los herederos forzosos preteridos morían antes que el testador ⁽⁹⁸⁾. Consecuencias jurídicas que resultaban prácticamente calçadas por los citados proyectos cuando de una desheredación "injusta" se trataba, es decir en los casos de desheredación llevada a cabo sin expresión de causa, por cuya certeza no se llegaba a probar o no era una de las indicadas por la ley ⁽⁹⁹⁾, con lo que se hacía así coincidir los efectos de la preterición con los de cualquier desheredación no ajustada a las exigencias legales. La línea expuesta suponía por tanto que desde entonces la preterición se movería entre el deber de dejar por cualquier título la legítima a los herederos que lo fueran forzosos o en su caso proceder a la correspondientes desheredación si existía justa causa para ello, lo que quitaba importancia práctica a las discusiones sobre los supuestos dudosos de calificar como la preterición o desheredación no justa, pues en cualquier caso los efectos serían los mismos. Sin embargo, el Código Civil que como regla general siguió el camino marcado por los proyectos de 1851 y 1882, se apartó curiosamente al ocuparse de los efectos de una y otra figura, pues si para el caso de incurrir en preterición mantuvo el criterio de los proyectos, al regular la desheredación estableció que la hecha sin expresión de causa, por causa no probada (si fuera contradicha) o en base a una no señalada en los cuatro siguientes artículos, daría lugar, al igual que la preterición a la anulación de la institución de heredero pero solo, y aquí se apartaba de la citada figura, en lo que la misma perjudicase al desheredado, sin verse afectada la validez de legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo no perjudicial para la legítima ⁽¹⁰⁰⁾, con lo que se contribuía a crear también una separación práctica entre los institutos señalados ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹¹⁾ Art. 2.329 y art. 2.331 (proy. 1.836).

⁽⁹²⁾ Art. 2.332 (proy. 1.836).

⁽⁹³⁾ Art. 2.324 (proy. 1.836).

⁽⁹⁴⁾ Art. 645 (proy. 1.851).

⁽⁹⁵⁾ VALLET DE GOYTISOLO, Panorama del Derecho de sucesiones. I Fundamentos, pág. 458.

⁽⁹⁶⁾ Arts. 666, 671, 672 y 674 (proy. 1.851).

⁽⁹⁷⁾ Ver arts. 800, 834, 838, 839 y 840 (proy. 1.882).

⁽⁹⁸⁾ Art. 644 (proy. 1.851); GARCÍA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852), Zaragoza, 1974, al comentar este artículo declaraba "el artículo hace sencillo y claro lo que hasta ahora ha sido embrollado y dudoso", pág. 349. Y art. 799 (proy. 1.882).

⁽⁹⁹⁾ Art. 669 (proy. 1.851) y art. 837 (proy. 1.882).

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 851 del C.c. de 1889.

⁽¹⁰¹⁾ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Preterición formal y material y nulidad de la institución, pág. 332; VALLET DE GOYTISOLO, Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer. T. I. Las legítimas, Vol. 1, pág. 597.