

La preterición: su origen y evolución en el Derecho Romano

RAFAEL LINARES NOCI

1. DERECHO ROMANO CLÁSICO

A. INSTITUIR O DESHEREDAR

a. El deber de instituir

En Derecho testamentario romano, al menos en la época que nos ocupa, se concedió tal importancia a la presencia de la institución de heredero en la figura del testamento, que sin ella la propia existencia de éste resultaba de todo punto impensable. Esta función de piedra angular de toda la construcción testamentaria, atribuida al citado instituto, encuentra su origen, para unos, en el hecho de que durante algún tiempo fué el único contenido del testamento; para otros, en la exigibilidad del mismo por la ley de las XII Tablas⁽¹⁾. Sea cual fuere la razón de ello, lo cierto es que, escritos de autores clásicos e incluso posteriores, ponen de relieve la importancia que la *heredis institutio* tuvo para la vida del testamento en esa época⁽²⁾.

b. Desheredar: un deber alternativo

Junto con la figura anterior y en un momento aún sin precisar surge una

nueva, la *exhereditio* que añadió un perfil más al contenido del testamento y que fué, aunque sólo en parte, reverso y complemento de la institución de heredero. Con su aparición en la vida testamentaria se hace ineludible dar solución a la siguiente pregunta: ¿quiénes se podían ver afectados por esa desheredación? La respuesta es, al menos en principio, tan simple como esta: sólo pueden ser desheredados aquellos que previamente tengan la condición de herederos. Con la misma el tema se centra en determinar qué sujetos ostentaban la mencionada condición y por qué. Según los textos que nos han llegado, la tenían con arreglo a las leyes decenvirales, los herederos suyos; de tal manera que en caso de sucesión *ab intestato*, a estos correspondía la herencia, y en su defecto al agnado más próximo o a los gentiles si éste faltaba, aún cuando la ley al referirse a ellos no utilizaba el término de heres sino la expresión más genérica *familiam habentis*⁽³⁾. Se consideraban como herederos suyos o de propio derecho todos aquellos descendientes, tanto de sangre como adoptivos, colocados de manera inmediata bajo la potestad del difunto, así como la mujer bajo su poder, la nuera que se encontraba bajo el poder del hijo sometido a su

(1). De la primera opinión participa B. BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*. Trad. M. FAIREN, Barcelona, 1960, pág. 187, de la segunda M. KASER, *Derecho Romano Privado*. Trad. 5ª ed. alemán. J. SANTA CRUZ TELJEIRO, Madrid, 1968, pág. 315.

(2). GAYO Inst. 2,229; ULPIANO Reglas XXIV, 15; JUSTINIANO Inst. 2, 20, 34.

(3). ULPIANO Reglas XVI, 1.

(4). GAYO Insts. 2, 123; 2, 156; 3, 1^a 5; ULPiano Reglas XXII 14-15 y XXII, 20-21; HERNANDEZ-TEJERO, Algunas observaciones sobre la rigidez del Derecho romano arcaico (Centenario de la ley del Notariado, sección 1^a, estudios históricos). Vol. II, Madrid, 1965, pág. 107 y ss. sostiene, refiriéndose a la condición de sui heredes, que en un principio la misma no recaía ni sobre las mujeres ni sobre los descendientes de ulterior grado.

(5). De la primera opinión es partidario B. BIONDI op. cit., pág. 219. La segunda es sostenida por E. PETIT, Tratado elemental de Derecho romano. Trad. 9^a ed. francesa, J. Fernández González, México D.F. 1980, págs 520 y ss. y criticada por SCHULZ, Derecho Romano Clásico. Trad. ed. inglesa J. SANTA CRUZ TEJERO, Barcelona 1960, págs. 256 y ss. La tercera es mantenida por M. KASER op. cit. pág. 299. La última lo es por VOICI, Diritto ereditario romano, Vol. II págs. 646 y ss. (citado por GARCIA-BERNARDO LANDETA, Preterición formal y material y nulidad de la institución A.D.C.T. XXII, Fas. II, pág. 314.

(6). VOICI, op. cit. Vol II págs 632 a 740, citado por GARCIA-BERNARDO LANDETA op. cit. pág. 314.

(7). ULPiano Reglas XXVI, 1; GAYO Inst. 3, 17.

potestad y los descendientes del hijo sometido a su potestad y los descendientes póstumos que hubiesen estado bajo la potestad del difunto de no haber acaecido su fallecimiento. Respecto de todos ellos, el paterfamilias testador, tenía el deber de instituirlos herederos o desheredarlos pues de no hacerlo el testamento se vería afectado (4).

a'. Su límite personal

Con la intención de explicar por qué solo estos eran calificados de herederos se han vertido numerosas teorías:

- Las que sostiene que era algo innato en los sui.

- Las que entienden que la razón residía en que estos eran, en cierto modo copropietarios de los bienes hereditarios.

- Las que parecen verla en el hecho de asegurar así la continuidad de la familia en su vertiente sagrada y jurídica.

- Las que la veían simplemente como derivada de un concesión legal (5).

Pero todas ellas dejan sin aclarar el fundamento jurídico que obliga a los testadores, a instituir o desheredar a los herederos citados. El mismo no puede verse tampoco en teorías que, por ser de tipo económico más que jurídico, defienden su necesidad en base a una posible rentabilidad, de los bienes heredados, suficiente, para mantener a una familia, al permitir que uno sólo de los sui fuese heredero a la vez que privaba a los demás, de esa participación hereditaria, mediante la *xhereditatio*.

La explicación, que en este punto nos interesa, no puede venir de teorías como las anteriores, sino de aquellas otras que tienen presente en su elaboración reglas de carácter fundamentalmente jurídico. A estas últimas pertenece la de VOICI quien sostiene (6) que la

institutio tenía una función reconocitiva del derecho a suceder que por ley le correspondía al *sui* y no una función constituida pues de lo contrario, no sería necesaria la *xhereditatio* del *sui*, en caso de instituir a un *extranei*, si recibiera como éste la cualidad de heredero en el testamento. La *xhereditatio* suponía, por contra, un poder de revocación de esa cualidad reconocida por la ley, de tal manera que el derecho a suceder del *extranei* surgía en cuanto el derecho a suceder del *sui* fuese revocado. Según esto la necesidad de instituir o desheredar se exigía jurídicamente para modelar la voluntad legal y dar así entrada, en la sucesión, a la voluntad del testador. Es decir, éste sólo podía corregir lo establecido en la ley (cualidad de herederos de todos los *sui*), enfrentándose, a lo dispuesto por la misma, de forma clara y directa.

b'. La explicación jurídica

La teoría del citado autor resulta completa, respecto del tema al que nos venimos refiriendo, si se entiende que la ley no concedía ni a los agnados ni a los gentiles la condición de herederos. Respecto de los últimos el problema había desaparecido en época clásica al no admitirse ya los derechos gentilicios, pero no ocurría lo mismo con los derechos de los agnados que continuaban en vigor (7). Por ello es preciso un estudio más detallado, de las afirmaciones de VOICI, en el sentido de buscar la razón que, parte del testador, hacía innecesaria, respecto de los agnados, su institución o desheredación, si se tiene en cuenta que éstos, a falta de *sui*, podían también suceder ab intestato. A nuestro entender existe una perspectiva desde la que se puede apreciar un adecuado engarce, conforme al *ius civile*, de la cuestión que nos ocupa (necesidad de instituir o desheredar a los *sui* y no a los agnados) con el resto de las normas que regulaban la sucesión en Derecho Romano. Desde este nuevo punto de vista hay que señalar que la *institutio* no va a servir para reconocer una cualidad ya

atribuía por la ley, sino para conferir en su caso una nueva, la de heredero testamentario, que no tenía por que recaer necesariamente en suus. La *exhereditio* se exigía, y en este punto seguimos a VOZI, para revocar la condición de herederos atribuida por la ley a los suus⁽⁸⁾, ahora bien que dicha obligación recayera únicamente respecto de ellos sin extenderse a los agnados, no encuentra fundamento suficiente, en el hecho de la simple atribución legal, sino que precisa poner de relieve otras circunstancias que dándose en los sui y no en los agnados, determinen con mayor claridad por qué el deber de desheredar afectaba a aquéllos y no a éstos. La diferencia entre sui y agnados no podía residir en el hecho de ser sucesores *ab intestato* pues ambos podían ser, sino en el de que los primeros adquirían la herencia, tanto por vía testada como intestada, de manera automática, con independencia e incluso contra su voluntad, circunstancia que no concurría en los segundos, de los que, al pertenecer a la categoría de los herederos extraños, se requería su aceptación o renuncia de la herencia⁽⁹⁾. Con este planteamiento se puede dar la siguiente explicación del tema que ahora tratamos:

- Los herederos suyos debían, en caso de no ser instituidos, ser desheredados, es decir privados de su calidad de herederos, porque de lo contrario desde la muerte del testador y pese a existir herederos testamentarios, concurrirían a la herencia al tener atribuida una condición que, fallecido el causante, actuaba *ipso iure*; de tal manera que de no privarlos de ella el testador, se produciría no sólo una infracción del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest* sino que además al dar entrada la ley de manera imperativa a un sujeto que calificado de heredero no estaba instituido como tal en el testamento, si este se mantenía habría también una violación de la voluntad testamentaria, y en consecuencia de la libertad de testar recogida en la

fórmula *uti lingua nuncupassit*.

- Para los agnados, por contra, la no exigibilidad de su desheredación podía obedecer a una doble consideración.

La primera derivada del lugar ocupado por estos en la sucesión intestada que no era otro que el de sucesores sólo a falta de *sui heredes*⁽¹⁰⁾. De tal manera que si estos existían la sucesión *ab intestato* iba a ellos y si había testamento sería a éstos y no a aquéllos a quienes se debía desheredar.

La segunda consideración relevante cuando faltaban los herederos suyos, se debe hacer teniendo presente el requisito, vigente para los extraños, de la aceptación de la herencia. Requisito que introducía el concepto de delación, como atribución de un derecho de suceder de ejercicio facultativo, que no aparecía en el caso de la sucesión de los herederos suyos. Este nuevo concepto permitía que el testador pudiera, a falta de herederos suyos, no instituir a los agnados sin necesidad de recurrir a la *exhereditio* pues le bastaba con colocar, como barrera de la delación intestada, la testamentaria en favor de extraños, para impedir de esa manera que aquéllos llegaran a ser titulares del derecho a heredar, que la ley ofrecía sólo a falta de testamento y por lo tanto herederos. Posibilidad que no era aplicable a los herederos suyos pues su adquisición hereditaria, testada o intestada, tenía un carácter imperativo que no admitía poner en juego la idea de delación aplicable a los extranei.

Es posible pensar que la perspectiva, que hemos aportado, resulta incompleta al no aludir a los esclavos instituidos con concesión de libertad que al igual que los herederos suyos, adquirían la herencia aún en contra de su voluntad. Sin embargo, si esta últi-

(8) HERNANDEZ-TEJERO *op. cit.* págs. 107 y ss. afirma que al menos en el Derecho romano antiguo cada *suius heres* en particular no tenía un verdadero derecho a la sucesión paterna, sino que más bien era el padre el que tenía el deber de conservar la herencia entre los sui, atribuyéndosela por lo menos a uno de ellos.

(9) ULPIANO Reglas XXII, 24; GAYO 2, 157-161 y 162; JUSTINIANO Inst. 2, 19, 2; 3, 4, 5; E. PETIT *op. cit.* págs. 550 y ss. y SCHULZ *op. cit.* págs. 268 y ss.: Consideran que si bien el pretor concedió a los *heres sui* un *ius abstinendi* respecto de la herencia (GAYO 2, 157; 2, 158), su condición de herederos conforme al *ius civile* no se veía, sin embargo afectada, aún cuando se valiera del mismo.

(10) GAYO 3, 9; JUSTINIANO Inst. 3, 2.

(11). A favor de que en época clásica existía ya ese deber se encuentran: RUBEN DE COUDER Compendio de lecciones escritas de derecho romano. Trad. 5ª ed. francesa A. Lope Orriols. Madrid, 1894, págs. 271; GAETANO SCHERILLO Corso di diritto romano. Il testamento (parte seconda) Milano, 1967, págs. 62 y ss.; E. PETIT op. cit. págs. 520 y ss.; M. KASER op. cit. págs. 320 y ss. entre otros. En contra está SCHULZ op. cit. págs. 256 y ss. DI LELLA Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria. Nápoles, 1972, págs. 148 y ss. (citado por VALLET DE GOYTISOLO Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer T.I: Las legítimas Vol. II. Madrid, 1974, págs. 902 y ss.) sostiene que dicho deber de instituir o desheredar tuvo su origen no en el *ius civile* sino en la práctica centumviral.

(12). ULPIANO Reglas XXI; XXII, 14; XXII, 20; GAYO Inst. 2, 116; 2, 123; 2, 127; 2, 128.

(13). GAYO Inst. 2, 132.

(14). A la necesidad de instituir o desheredar expresamente para evitar una corrección de la voluntad testamentaria por falta de claridad en la misma responde la teoría de DI LELLA (citado por VALLET DE GOYTISOLO op. cit. pág. 646; y la de M. ORTOLAN Explicación histórica de las Instituciones del emperador JUSTINIANO. Tra. 3ª ed. F. PEREZ DE ANAYA T.I. Madrid, 1847, págs. 758 y ss. como medio de evitar una omisión errónea se muestra la teoría de DOMINGUEZ RODRIGO El concepto de preterición en el artículo 814 del Código civil vigente. R.G.L.J. 1983 nº 6, págs. 577 y ss. Por ser el paterfamilias el único con poder de instituir o desheredar responde a la teoría de VOICI (citado por GARCIA-BERNARDOLANDETA op. cit. págs. 313 y ss.).

(15). GAYO Inst. 2, 123; JUSTINIANO Inst. 2, XIII.

(16). En el sentido expuesto se pronuncia M. ORTOLAN op. cit. pág. 759, GARCIA-BERNARDO

ma afirmación es cierta, también lo es que, el esclavo como tal, en ningún caso podía ser heredero *ab intestato*, lo que hace impensable una posible desheredación del mismo.

B. LA PRAETERITIO

a. Determinación de su significado

El principio civil "*sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi*", se refería a ese deber de instituir o desheredar que el paterfamilias testador tenía respecto de los *heredes sui* (11). Al mismo y a la necesidad de guardar cierto formalismo en su aplicación aluden los juristas clásicos (12). En efecto, la institución de heredero requería una forma solemne, al igual que la desheredación que debía ser nominativa si era de hijos varones mientras que bastaba una expresión genérica para el resto de los *heredes sui*. Además la regla civil enunciada y los requisitos de forma en su aplicación se extendía a los póstumos, que podían ser *heredes sui*, con la particularidad de que todos los varones debían desheredarse individualmente y las mujeres así o en forma global si se les dejaba, en este último caso, un legado para poner de relieve que no fueron olvidadas (13).

Ese alternativo deber testamentario de instituir o desheredar tiene distinto significado según el punto de vista desde el que se contemple. Se puede entender como un límite a la libertad de testar si se considera que previamente la misma era ilimitada o como un medio de acceso a ella si por el contrario se parte de su inexistencia anterior; aunque existen otros planteamientos que afirman que ese deber respondía a una concreta necesidad práctica, la de evitar que las disposiciones testamentarias pudieran ser revisadas por el tribunal de los centumvros, cuya intervención quedaba enervada si el paterfamilias testador instituía o desheredaba expresamente a los *heredes sui*, pero no si se conformaba con

guardar silencio respecto de ellos en el testamento. Otras perspectivas entienden que de ese manera, alguno de los herederos suyos pudiera verse privado de la herencia, sin quererlo el testador, por la omisión errónea del mismo, o ven en el paterfamilias el único titular de un poder que en el caso de hacer testamento debía manifestarse, respecto de los *sui*, en sentido recognoscitivo (instituto) o destructivo (exheredatio) si se quería evitar la caída del mismo (14).

Respondiera el deber estudiado a una o varias de las razones expuestas, la verdad es que su incumplimiento por el testador daba lugar a la preterición (15); lo que muestra la interdependencia entre el deber señalado y la figura que surge de incumplirlo. Ante esto se puede afirmar que la preterición surgía del incumplimiento, por parte del testador, del deber de instituir o desheredar, tanto en su aspecto formal como en el personal y cualquiera que fuese la medida de éste; es decir bastaba que el deber faltase simplemente respecto de uno sólo de los herederos suyos, para que apareciera la preterición, con independencia del número de aquéllos que hubieran sido instituidos o desheredados. Esta, por tanto, se podía concebir como resultado de haberse incumplido, total o parcialmente por el testador, el imperativo de instituir o desheredar, lo que ocurría no sólo cuando era omitido, no nombrado, alguno de los *heredes sui*, sino también cuando mencionado en el testamento no era ni instituido heredero ni desheredado, aún cuando se le atribuyeran bienes por otro título, pues aquél concretamente y no otro era el deber que el testador venía obligado a cumplir (16). En definitiva preterir, al menos en materia testamentaria, no podía identificarse sólo con omisión en el testamento de alguno o de todos los herederos suyos, esta era una forma de incurrir en preterición que no agotaba su contenido pues la misma se identificaba con incumplimiento del deber de instituir herederos o desheredar a los *sui*, en el

que podía incurrir el causante sin dejarlos de mencionar en el testamento.

b. Diversidad de efectos

Establecido el significado de la preterición para el *ius civile* quedan por estudiar los efectos, derivados de la misma, distintos según que heredero suyo se viera afectado. Diversidad de efectos elaborada sobre las bases de masculinidad e inmediatez en el sometimiento a la potestad del *pater familias* difunto, conectadas de la siguiente manera. Si el preterido era un hijo varón, bajo la patria potestad del causante, el testamento caía en su integridad, se consideraba nulo, dando lugar a la apertura de la sucesión *ad intestato* para todos los *heredes sui*. Existían no obstante dos opiniones distintas, en el caso concreto de que el preterido falleciera antes que el testador, que reflejaban ideas diferentes respecto del momento a partir del cual se producía la nulidad testamentaria:

- Una afirmaba que el testamento era inválido incluso en ese supuesto, pues su nulidad era originaria.

- Otra, ante el mismo, entendía que el testamento era válido al no verse afectado por nulidad *ab initio* sino sobrevenida en caso de supervivencia del hijo preterido sobre el testador (17).

La preterición de los restantes *sui* no producía, según el derecho civil, la nulidad del testamento, éste se mantenía pero aquéllos, en virtud del *ius adcrescendi*, concurría a la herencia con los instituidos, aunque en diferente proporción según estos fuesen herederos suyos o extraños. En el primer caso heredaban una parte igual a la mitad de la herencia conjuntamente (18). Si el deber, de instituir o desheredar, se incumplía respecto de un póstumo, el testamento, al igual que de producirse su aborto, permanecía inalterado al ser su nacimiento el que invalidaba el mismo dejándolo como

ruptum (19).

c. Correcciones del *praetor*: su alcance

La preterición, configurada con arreglo a las normas del *ius civile*, se vio afectada por el *ius honorarium* que sin destruir el núcleo quirritario de la misma, intenta adaptarla a las nuevas realidades jurídico-sociales. Con esa finalidad el *praetor* modificaba la sucesión *ab intestato* al establecer que el primer llamamiento, derivado de la misma, correspondía a los *liberi*, categoría en la que están incluidos no sólo los *heredes sui* del derecho civil sino todos los descendientes del *de cuius*, emancipados y no sometidos a potestad alguna. Respecto de todos ellos el *praetor* establece la obligación de instituirlos o en su caso desheredarlos, a los varones expresamente a las mujeres *inter ceteros*, si bien los efectos eran distintos según que el deber se incumpliese respecto de un hijo sometido a potestad o de cualquier otro *liberi* con independencia de su sexo.

En el primer supuesto el *praetor* concedía la *bonorum possessio ab intestato* a todos los *liberi*, pues consideraba, siguiendo el *ius civile*, que el testamento caía en su integridad, en el segundo ofrecía a los *liberi* no instituidos ni desheredados la *bonorum possessio contra tabulas* (20). Esta reportaba mayores ventajas a quienes se atribuían, ya que no sólo apartaba de toda la herencia a los extraños instituidos sino que además al mantenerse las desheredaciones su cuota acrecía a la de aquellos, que recibían en consecuencia más que por el simple *ius adcrescendi* del derecho civil; situación de favor corregida en parte por el emperador ANTONINO quien dispuso que las mujeres herederas no podían recibir por la posesión de los bienes más de lo que conseguirían por el derecho de acrecer (21). Para los casos de *praeteritio*, derivada de la agnación o cuasi-agnación de un *sui*, el *ius civile* consideraba al romperse el tes-

LANDETA op. cit. T. XXII, págs. 315 y ss. y EVALIÑO Instituciones de Derecho Privado Romano. Valencia, 1977, págs. 269 y ss.

(17). GAYO Inst. 2, 124; JUSTINIANO Inst. 2, XIII. Consideraba el testamento nulo desde un principio.

(18). GAYO Ints. 2, 124; ULPIANO Reglas XXII, 16.

(19). GAYO Inst. 2, 131; ULPIANO Reglas XXII, 18; JUSTINIANO Inst. 2, XIII, 1. Para más detalles sobre los póstumos ver: M. ORTONLAN op. cit. págs. 763 y ss.; BONFANTE Instituciones de Derecho Romano. Trad. 8ª ed. italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid, 1965, 642 y ss.; E. PETIT Loc. ult. cit. págs. 534 y ss.; A. D'ORS Derecho Privado Romano 2ª ed. revisada. Pamplona, 1973 págs. 274 y ss. entre otros.

(20). GAYO Inst. 2, 135; ULPIANO Reglas XXII, 23; JUSTINIANO Inst. 2, XIII, 3.

(21). GAYO Inst. 2, 125; 2, 126.

(22). GAYO Inst. 2, 119; 2, 120; 2, 147; 2, 149; 2, 149a; ULPIANO Reglas XXIII, 6; B. BIONDI loc. ult. cit. pág. 49 y ss.

(23). SCHULZ op. cit. págs. 262 y ss.; GARCIA-BERNARDO LANDETA. La legítima en el C.C. Oviedo, 1964, pág. 11; M. ORTOLAN loc. ult. cit. págs. 831 y ss.

(24). JUSTINIANO Inst. 2, XVIII, 6 Dig. 5, 2, 6 p.1.; 5, 2, 8 p. 6, 8; 5, 2, 25. SCHULZ op. cit. págs. 263 y ss.; SOHM Derecho Privado Romano. Trad. W. Roces, México D.F. 1975, pág. 342.

(25). SCHULZ. loc. ult. cit. págs. 264 y ss.; M. ORTOLAN op. cit. págs. 832 y ss.; M. KASER loc. ult. cit. págs. 323 y ss.; E. PETIT op. cit. págs. 537 y ss.

(26). GARCIA-BERNARDO LANDETA preterición formal y material y nulidad de la institución. A.D.C. T.XXXII, Fas. II, págs. 317 y ss.; el mismo La legítima en el C. c. Oviedo, 1964 págs. 10 y ss.; F. GINOT LLOBATERAS La antigua cláusula codicilar y la compilación de derecho civil especial de Cataluña. Centenario de la Ley del Notariado sección 2ª, Vol. I, Madrid, 1962, págs. 600 y ss.; En contra SAMPER POLO La disposición *mortis causa* en el Derecho Romano vulgar. A.H.D.E. 38, 1968, págs. 201 y ss y DOMÍNGUEZ RODRIGO op. cit. págs. 581 y ss.

(27). A los efectos de la preterición se refiere: JUSTINIANO Inst. 2, XIII, 1, 2, 3, 4; Dig. 28, 2, 30; 28, 2, 32; 28, 3, 1; A los efectos de la inoficiosidad se refieren: JUSTINIANO Dig. 5, 2, 8, p. 14, 16; 5, 2, 28; E. PETIT op. cit. págs. 537 y ss.; J. IGLESIAS Derecho Romano 6ª edit. Barcelona, 1972, págs. 677 y ss.

tamento inicialmente válido, tras la aparición del nuevo heredero no instituido ni desheredado, que se debía abrir la sucesión **ab intestato**, solución con la que se enfrentó el pretor, cuando en aquél constaba el sello de siete testigos, al conceder, a los herederos testamentarios la posibilidad de obtener una **bonorum possessio secundum tabulas** que si bien en principio cedía ante los herederos civiles **ab intestato** paulatinamente y a partir de un rescripto del emperador citado se fué haciendo inatacable (22).

C. PRETERICIÓN Y OFICIOSIDAD TESTAMENTARIA

Antes de abordar el estudio de la preterición en Derecho justiniano, debemos aludir al concepto de oficiosidad, referido a los testamentos, fundamentalmente desde que la aparición, a fines de la República (23), de la **querela inofficiosi testamenti** lo convierte en un nuevo deber, exigible jurídicamente al testador, muy próximo al de instituir o desheredar. Acercamiento dado más por razón de las personas sobre las que recae que por su contenido, al referirse la oficiosidad a un deber impuesto por el afecto familiar, cuyo cumplimiento dependía de la atribución, a los parientes con derecho a herencia, que se fijó en la cuarta parte de la misma, con independencia del título utilizado para ello (24). Además aparece, entre los deberes señalados, otra importante diferencia y aunque mientras el testador eludía incurrir en preterición instituyendo herederos o desheredando a todos los **sui o liberi**, sin estar sujeto a límite alguno, para evitar la inoficiosidad precisaba atribuir, por cualquier título, la cuarta parte de la herencia a los herederos con derecho a recibir la sucesión intestada del causante o recurrir a su desheredación, pero en este último caso la eficacia de la misma y por lo tanto la existencia o no de inoficiosidad testamentaria, dependía de que por el tribu-

nal de los **centumvirii**, ante el que se entablaba la querrela de inoficioso testamento, se apreciara una justa causa para ello (25).

De lo dicho se puede apreciar la existencia de un término, el de desheredación, colocado entre ambos deberes a raíz del cual cabe pensar que, al exigirse la misma con justa causa para evitar la inoficiosidad, se haría ineficaz la **exhereditatio**, para eludir la preterición, no fundamentada igualmente en un motivo justificado, de tal manera que en ambos casos se produciría, a consecuencia de faltar dicho motivo, la caída del testamento y la consecuente apertura de la sucesión **ab intestato** (26). Por ello, si se quieren evitar confusiones, se ha de matizar el sentido del concepto de desheredación, referido a la **praeteritio** del utilizado para la inoficiosidad. Respecto del primer significado hay que señalar que era el de privar de la cualidad de heredero independientemente de que por otro título se atribuyera o no al desheredado, para evitar la inoficiosidad, bienes en cuantía suficiente para cubrir su **portio debita**, respecto del segundo su sentido era más amplio pues aludía a no atribuir, bajo forma alguna, la **pars debita**, es decir no sólo a título de heredero sino bajo ningún otro concepto con lo que aparecía la inoficiosidad se esa privación no iba acompañada de justa causa. Se producía por lo tanto un solapamiento de ambas ideas de desheredación cuando se privaba formalmente de la condición de heredero y además no recibía el desheredado, sin justo motivo para ello, su porción debida. En ese caso, al proyectarse la desheredación en su doble vertiente de privación de una cualidad legal y de una atribución patrimonial, la **praeteritio** se eludía pero el efecto, al que la inoficiosidad podía dar lugar resultaba o prácticamente igual al que se hubiera derivado de la preterición o mucho más radical si esta no fué la de un **heres sui varón** (27).

2. DERECHO ROMANO JUSTINIANO

A. LA ANTIGUA PRAETERITIO: SU RECEPCIÓN

Se puede afirmar que el Derecho justiniano acogió, al menos en principio, el viejo concepto civil de preterición⁽²⁸⁾, si bien ahora las parciales reformas ocurridas en torno al mismo dificultaban apreciar con exactitud su contenido y alcance. Aquéllas afectaban a la **heredis institutio** de la que paulatinamente, los requisitos impuestos por el **ius civile** de forma y solemnidad, fueron relegados, por la cada vez mayor importancia de la **voluntas testantis**, a los límites precisos para evitar la confusión con figuras próximas⁽²⁹⁾. La preeminencia de la voluntad testamentaria sobre la pura forma se puso claramente de relieve con los codicilos; institutos, para encauzar la voluntad **mortis causa**, sometidos en un primer momento a confirmación testamentaria de la que acabaron por prescindir, a raíz de lo cual se abrió un camino de aproximación a los testamentos hasta llegar a su completa equipación al admitirse en ellos la institución de heredero. Esta prácticamente total similitud unida a la vigencia de la cláusula codiciliar, por la que se conseguía que un testamento afectado de nulidad fuera válido como codicilio, hizo en opinión de algún autor⁽³⁰⁾ que la **heredis institutio** dejara de tener importancia para la existencia de aquél y con ella las reglas referentes a la **exhereditatio** ya que al no ser obligatorio, para la validez del codicilio, ni incurrir en preterición y en consecuencia, al igual que se conseguía con la introducción de una cláusula codicilar en el testamento, no resultaba sancionado.

Sin embargo se debe admitir que aún con una posible aplicación práctica limitada, se mantenían vigentes las normas que regulaban la **exhereditatio** y los efectos derivados de la **praeteritio**; respecto de la primera continuaba la

distinción entre formas nominativas e **inter ceteros** según sobre quién recayese, los segundos aún se movían entre la nulidad del testamento o el **ius adreascendi** de los **bonorum possessio** de éstos o de los equiparados a ellos por el **Praetor**⁽³¹⁾.

B. LA SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA COMO FINALIDAD

Las primeras disposiciones, dadas por JUSTINIANO en materia testamentaria, se limitaban a simplificar la particularizada normativa anterior mediante la supresión de alguna de sus reglas sin llegar a introducir realmente novedad alguna. Con esta idea se fijó de un lado como única forma válida de instituir o desheredar en todos los casos la nominativa, con lo que desapareció la **inter ceteros**, de otro se establecía que la preterición de cualquier heredero suyo, lo que implicaba la desaparición del **ius adreascendi**, determinarían la invalidez del testamento pero, si el efecto no tenía esa condición, aquél se mantenía aunque, al igual que antes, quedaba abierto el acceso a la **bonorum possessio contra tabulas**⁽³²⁾.

C. UNA NUEVA FIGURA DE PRETERICIÓN

a. Delimitación del concepto

a'. Un único deber y una sólo excepción

Es en sus Novelas donde JUSTINIANO se decide a acometer una verdadera reforma en la sucesión testada que afectará sino directa si al menos indirectamente, al modificarse el deber de instituir o desheredar, a la idea de preterición anteriormente aceptada. Establece el citado emperador, sobre los ascendientes de uno y otro sexo, la prohibición absoluta de preterir o desheredar en su testamento al hijo, hija o ulteriores descendientes, aún

(28). JUSTINIANO Dig. 28, 2, 30.

(29). B. BIONDI op. cit. págs. 219 y ss.; SAMPER POLO op. cit. pág. 191.

(30). SAMPER POLO loc. ult. citi. págs. 118 y ss.

(31). E. PETIT op. cit. págs. 523 y ss. a sensu contrario.

(32). JUSTINIANO Inst. 2, 13, 5; Cod. lib. VI, tit. XVIII, ley 4; Dig. 28, 2, 7.; 28, 2, 12.; 28, 2, 30.; 28, 2, 32.; 28, 3, 3.; 28, 3, 17.; 37, 4, 1 y 3. MAX KASER loc. ult. cit. pág. 322; ARIAS RAMOS Derecho Romano Vol. II. Madrid, 1972, págs. 843 y ss.; FUENTESECA Derecho Privado Romano. Madrid 1978, pág. 546; E. PETIT op. cit. págs. 523 y ss.

(³³). JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III Y IV.

(³⁴). JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III, parr. 14. y Cap. IV, parr. 7.

(³⁵). Fundamentalmente Nov. CXV.

(³⁶). JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III.

(³⁷). JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III, parr. 14 y Cap. IV, parr. 7: A. D'ORS op. cit. págs. 286 y ss.; GARCIA-BERNARDOLANDETA Preterición formal y material y nulidad de la institución A.D.C. T. XXII, Fas. II, 1969, págs. 319 y ss.

cuando estos hubieran recibido de aquellos por donación, legado o fideicomiso o de cualquier otra manera la porción de la herencia que le correspondía con arreglo a la ley, lo que consideraba igualmente justo para los ascendientes cuando se tratase del testamento de los hijos (³³). En definitiva se estaba imponiendo, sobre el testador (ascendiente o descendiente), el deber, en principio ineludible, de instituir respectivamente en el mismo como herederos a sus descendientes o ascendientes (legitimarios). Este sólo podía evitarse si éstos habían incurrido en alguna de las causas de ingratitud previstas por la ley y aquél así lo reflejaba en su testamento (³⁴).

Con lo dicho fácil es percatarse al menos de dos cosas:

1ª. Que el concepto de preterición nacido del anterior deber de instituir o desheredar se alteró sustancialmente con los nuevos preceptos.

2ª. Que el ámbito personal de su aplicación también se vio afectado por la nueva regulación.

Como dijimos con anterioridad, la idea de preterición se configuraba con el incumplimiento de un deber que resultaba, alternativo, instituir o desheredar. Era el no cumplir con esa obligación, de la manera que fuese, en alguna de sus dos facetas lo que daba lugar a la **praeteritio**; esta debía por tanto su existencia a la posibilidad hecha efectiva por el testador de no atender al mencionado deber con respecto a determinados sujetos. Pero la nueva regulación (³⁵) introducida por JUSTINIANO alteró aquel deber del causante y en consecuencia la idea de preterición construida sobre el mismo. A raíz de ella el testador se encontraba, al menos en principio, únicamente obligado a instituir, al ser de la desheredación un deber alternativo a este sólo si el legitimario había incurrido en alguna de las causas de ingratitud

taxativamente señaladas por la ley.

Así el de cuius se podía encontrar ante situaciones distintas según que sus sucesores forzosos (legitimarios) hubieran incurrido o no en alguna de las causas que permitían su desheredación; de tal manera que:

- Si no se había producido causa alguna de ingratitud, el testador estaba sometido a un deber que tenía, como proyección única de cumplimiento, la institución de herederos de aquellos.

- Si alguno de estos incurrió en causa de ingratitud contra él, se encontraba ante un deber que, ahora al igual que antes, resultaba, respecto del ingrato, de cumplimiento alternativo entre la institución y la desheredación basada en aquella causa.

No se nos oculta sin embargo que el testador podía desheredar sin causa, pero en tal supuesto la desheredación no sólo no suponía el cumplimiento de un deber alternativo que evitaba la preterición, sino que implicaba la infracción de una prohibición absoluta (³⁶) que como tal no producía efecto alguno, por lo que el deber de instituir continuaba pesando sobre el testador al no entenderse cumplido (³⁷). De lo expuesto se puede afirmar que al igual que antes la preterición surgía de la no realización de un deber, pero con la diferencia de que el mismo pasaba a ser de contenido singular, es decir no existía otro alternativo, salvo que el legitimario hubiera incurrido en causa de ingratitud, en cuyo caso aparecía la desheredación como figura a la que podía acudir el testador para no llevar a cabo la institutio sin que ello se considerara como incumplimiento de deber alguno y por lo tanto preterición. En otros términos, esta podía darse:

1ª. Por no llevar a cabo un único deber, el de instituir herederos a los legitimarios.

2º. Por no realizar un deber que permitía la institución o la desheredación con justa causa de ellos como opciones de cumplimiento ⁽³⁸⁾.

b'. Identidad de sujetos con deber o con derecho

Pero con la nueva regulación no sólo se vió alterado el anterior concepto de preterición, sino también al ámbito personal al que este se extendía. Ahora tenían la condición de herederos forzosos (legitimarios), y por lo tanto debían ser instituidos para no incurrir en preterición:

- Los descendientes respecto de sus ascendientes.
- Los ascendientes respecto de sus descendientes.

De tal manera que de ser el causante el ascendiente éste, con independencia de su sexo, lo que incluía el testamento de la mujer, debía instituir herederos (salvo existencia de causa justa) a sus descendientes colocados en orden útil para sucederle *ab intestato*, es decir a sus legitimarios, si no quería incurrir en preterición. Igual deber recaía sobre los descendientes respecto de sus ascendientes si aquéllos resultaban ahora los causantes de la sucesión ⁽³⁹⁾.

c'. La portio legitima: su independencia

El testador debía atender además a un deber de carácter cuantitativo, representado por la porción de bienes hereditarios que por imperativo de la ley le correspondía a los descendientes o en su caso a los ascendientes, que da entrada a la siguiente pregunta: ¿Este deber añadido afectaba o no al concepto de preterición al que hemos hecho referencia?

A nuestro entender la propia concepción de que la *heredis institutio* se tenía en Derecho Romano justinianeo,

unida a las medidas correctoras previstas por el mismo para cubrir la **portio legitima** de descendientes o ascendientes, dan pie para sostener que la figura de la *praeteritio* en nada se veía afectada por el deber que representaba la mencionada *legitima*; afirmación que puede verse proyectada en los siguientes supuestos:

1º. Institución de heredero (del legitimario/os) con o sin atribución de cuota.

Esta forma de instituir regularmente resultaba la más usual en el Derecho Romano, con ella el heredero si era único, sucedía al de cuius en todo aquello que el testador no hubiera dispuesto en favor de otra persona o en cuotas iguales o según la atribución si eran varios ⁽⁴⁰⁾. Cabía no obstante la posibilidad de que el causante hubiera distribuido por diversos títulos todo su patrimonio y el instituido heredero no recibiera bien alguno de la herencia sólo con el *nomen heredis*. Aún en ese caso extremo el instituido no se podía entender preterido pues se le permitía como heredero el ejercicio de la acción de suplemento de la *legitima*, al considerarse que su institución tenía un contenido económico representado por la acción de reducción de donaciones o legados ⁽⁴¹⁾.

2º. Institución de heredero *ex recerta*.

Aquí se distingue:

- Que el instituido (único legitimario) no concorra con otros ni instituidos como él ni en forma regular.

El Derecho justinianeo consideraba como principio general que el instituido en cosa cierta era legatario y no heredero. No obstante en el supuesto concreto que nos ocupa quebraba la regla mencionada y el instituido adquiría como heredero testamentario el total de la masa hereditaria ⁽⁴²⁾. Al ser esta la solución su **portio legitima**

⁽³⁸⁾. JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III y IV.

⁽³⁹⁾. JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III pr. y Cap. IV pr.; E. PETIT loc. cit. págs. 543 y ss. En el sentido de considerar que la reforma introducida por la Novela CXV de JUSTINIANO no afectó para nada a la anterior regulación del derecho a la *legitima* de los hermanos o hermanas del causante se pronuncian entre otros: IGLESIAS, loc. cit. pág. 650; GARCIA-BERNARDO LANDETA La *legitima* en el Código civil. Oviedo, 1964 pág. 23; BONFANTE op. cit. pág. 649.

⁽⁴⁰⁾. ROCA SASTRE Estudios sobre sucesiones. T.I. Madrid, 1981, págs. 42 y ss.

⁽⁴¹⁾. GARCIA-BERNARDO LANDETA. Preterición formal y material y nulidad de la institución págs. 326 y ss.; ROCA SASTRE op. cit. T.I: págs. 48 y ss. afirma que el título de heres en Derecho Romano no dependía de un contenido o atribución patrimonial de tal manera que era posible un heres *sine re*, como ocurría cuando el pasivo hereditario era superior al activo.

⁽⁴²⁾. B. BIONDI loc. cit. págs. 244 y ss.

(43). B. BIONDI op. cit. págs. 244 y ss.

(44). JUSTINIANO Nov. CXV, Cap. V. pr.; GARCIA-BERNARDO LANDETA La legítima en el Código civil págs. 24 y ss. mantiene que unas veces el complemento lo sería a título de heredero y otras como *mortis causa capiens*.

(45). BONFANTE op. cit. págs. 617 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer T.I: Las legítimas 1, págs. 568 y ss.; GARCIA-BERNARDO LANDETA La legítima en el Código civil. págs. 21 y ss.

(46). BONFANTE loc. ult. cit. págs. 609 y ss.

(47). SOHM op. cit. págs. 343; E. PETIT op. cit. págs. 543 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO op. cit. T.I. 2, págs. 904 y ss. recoge la opinión de WINDSCHEID.

(48). BONFANTE op. cit. pág. 649; GARCIA-BERNARDO LANDETA La legítima en el Código civil pág. 22; IDEM Preterición formal y material y nulidad de la institución págs. 325 y ss. Para este autor se trataría del ejercicio de *lius dicendi nullum*; GINOT LLOBATERAS op. cit. págs. 601 y ss. ofrece más datos sobre este tema.

(49). JUSTINIANO Nov. CXV. Cap. III, parr. 14 y Cap. IV, parr. 7; VALLET DE GOYTISOLO op. cit. T.I. 2, págs. 904 y ss. recoge la opinión de WINDSCHEID; E. PETIT op. cit. págs. 543 y ss.; SOHM op. cit. págs. 343; A. D'ORS loc. ult. cit. págs. 286 y ss.; BONFANTE op. cit. pág. 649 se aparta de la generalidad al mantener que la acción a intentar sería de nulidad del testamento.

quedaba perfectamente cubierta, sin necesidad de recurrir a la acción de suplemento, salvo que la existencia de legados, donaciones, etc., pudiera obligar a su ejercicio.

-Que existiendo varios legitimarios todos fuesen instituidos *ex certa*.

En este caso también quedaba sin aplicación la regla general, al entenderse que todos los así designados herederos habrían sido instituidos *sine parte*, única salida posible para agotar el *as hereditario* sin necesidad de recurrir a la sucesión *ab intestato* que aún se consideraba incompatible con la testamentaria (43). Con esta solución se negaba la existencia de *praeteritio* a la vez que se posibilitaba a los instituidos cubrir su legítima sin tener que recurrir necesariamente a la acción de suplemento.

- Que existan legitimarios instituidos en forma regular y *ex certa*.

Ahora la solución que en buena lógica debería ofrecer el Derecho justinianeo sería considerar a los instituidos en cosa cierta como legatarios, puesto que se mantendrían como herederos testamentarios los designados *sine parte*. Postura que curiosamente tampoco se mantenía ahora el entenderse, quizás como una excepción en el supuesto concreto de los legitimarios, que los de éstos instituidos aún en cosa cierta no perdían por ello ni la condición de *heredes* ni el derecho a que se le completase su *portio legitima* (44).

Todo ello conduce a la conclusión de que bastaba hacer la institución en cualquiera de sus modalidades para cludir la *praeteritio* del legitimario que en consecuencia se veía imposibilitado para atacar el testamento en base a la misma (45). Se puede entender por tanto que la figura de la *praeteritio*, en el novísimo Derecho Romano justinianeo, se construyó sobre un pilar

fundamental, la institución de heredero, circunstancialmente completado con el de la *desheredación justa*, pero sin que el *quantum* atribuido al legitimario influyera, como hemos visto, en la existencia de la misma. A pesar de ello no se nos oculta que a veces, debido a la libertad de forma que se imponía cada vez más (46), fuera difícil precisar si un legitimario había sido no instituido heredero por el causante, pero en todo caso la existencia de *preterición* dependía de que la designación hecha no se considerase como institución, pues de admitirse esta como válida la cuestión se desviaba a contemplar si aquella resultó cuantitativamente suficiente o no, en cuyo caso el propio ordenamiento contaba con un instrumento para corregir tal situación, distinto del previsto en caso de *preterición*, la *actio ad supplendam legitiman*.

b. Medios contra la *praeteritio*: sus efectos

Finalmente queda por contemplar, aún como lo anterior de forma resumida, cuales eran los medios que el llamado novísimo Derecho justinianeo arbitrabá para los casos de *preterición* y los efectos que producían. Si bien un gran número de autores se muestran partidarios de admitir una *querella inofficiosi testamenti*, aunque alterada, como instrumento para corregir los supuestos de *preterición* (47), otros por contra son proclives a mantener que lo procedente sería el ejercicio de una auténtica acción de nulidad (48). En cuanto a los efectos que se derivarían de ejercitar con éxito por los legitimarios la acción pertinente, los autores conforme a las Novelas se muestran mayoritariamente partidarios, salvo alguna excepción, de entender que la misma anularía sólo el testamento en lo que concierne a la institución de heredero, dando entrada a los legitimarios a través de la sucesión *ab intestato*, pero el restante contenido de aquél mantendría su total validez (49).