

cuanto entienden que cuando se trate de causas de desheredación fundadas en los hechos de indignidad de los núms. 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del art. 756, que pueden convertirse en tales por voluntad del testador, según el 852 y siguientes, haya de ser preciso, para que se pueda tener por remitida la ofensa originaria de la causa de desheredación, que esta remisión se haga necesariamente en *documento público*, como previene el art. 757, fundándose en que se trata de hechos de indignidad, aunque se hayan utilizado como causas de desheredación.

Precisamente, por esto, opinamos lo contrario. Desde que el testador quiso convertir los hechos de indignidad en causa de desheredación, los dió esta naturaleza legal, como por su voluntad podía hacerlo, según la ley se lo permite, y los sometió por completo á las reglas de la *desheredación*, y entre ellas á las del art. 856, respecto de la reconciliación como causa privativa de la eficacia de aquélla, sin que parezca lícito llevarlas de nuevo á las doctrinas de la *indignidad*, obrando indebidamente contra la voluntad expresa del testador y lo que parece pensamiento indudable de la ley, más sistemático, y menos arbitrario que la opinión contraria, atendida la doble naturaleza legal que unos mismos hechos pueden tener, según que se apliquen á la materia de incapacidad para suceder por indignidad ó á la de desheredación, cuando esta segunda fase corresponde determinarla á la libre voluntad del testador.

B. PRETERICIÓN.

32. Es esta, también, una doctrina *complementaria* de la de *legítimas* y paralela de la *desheredación*.

Á partir del derecho á la legítima que tienen ciertas personas en la sucesión de otras, como sus herederos forzosos, por ministerio de la ley y en determinada porción de bienes *que constituye su legítima*, el artículo 813 establece el principio capital en esta materia, de que «el testador no podrá *privar* á los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados por la ley».

Sólo en ellos cabe esa privación, que ha de ser *expresa*, cuando se realiza mediante la *desheredación*, en los términos que se dejan explicados (1); pero si resulta hecha tácitamente esta privación de su legítima, por no mencionarlos, ni para instituirlos ni para desheredarlos, entonces es cuando sobreviene el supuesto de la *preterición*, que fué en el Derecho romano y antiguo español causa *genérica* de insubsistencia del testamento en que tal omisión se comete, y después, por lo menos, de las disposiciones que contradigan, por antitéticas, pero sólo *por omisión*, el derecho del legitimario.

La base de la doctrina es, antes y después del Código, que los here-

(1) En el núm. 23 de este capítulo.

deros forzosos han de ser nominalmente instituidos ó expresamente desheredados.

33. La desheredación, como expresa, es siempre *voluntaria*; la preterición puede serlo, pero se presume *involuntaria* la omisión en que consiste, en cuanto olvida ó no atiende el testador en su testamento á la satisfacción del derecho á la legítima del heredero forzoso preterido, prescindiendo absoluta y totalmente de él y no mencionándole en ninguna de sus disposiciones testamentarias, ó no instituyéndole en parte alguna de la herencia, ni por título de heredero, ni por el de legatario aunque le mencionara ó nombrara sin dejarle más ó menos bienes. Si le dejara algunos, por pocos que sean é insuficientes para cubrir su legítima, ya no sería caso de *preterición*, sino de *complemento* de aquélla. El primer supuesto ó de preterición se regula por el art. 814, y produce acción de nulidad de la institución de heredero; y el segundo, ó de complemento de legítima, por el 815 y sólo origina la acción *ad supplementum*, para completar la *legítima*.

34. Integran, pues, el concepto legal de la preterición *cuatro* circunstancias: que haya omisión; que ésta sea *total*; que se refiera á un heredero forzoso; y que los herederos forzosos preteridos sobrevivan al testador.

1.ª *Que haya omisión*; es decir, falta de mención del heredero forzoso preterido, sea uno ó sean varios «sea que vivan al otorgarse el testamento ó sea que nazcan después de muerto el testador». Se observa en esta parte del texto del art. 814 la falta de expresión de una hipótesis, cual es la de aquellos herederos forzosos en línea recta, á que el mismo se refiere en este párrafo primero, que hubieren nacido *después* de otorgado el testamento y *antes* de morir el testador, que evidentemente están comprendidos, lo mismo que los que vivan al otorgarse el testamento ó nazcan después de muerto el testador, ya se atienda al concepto jurídico de la *postumidad*, aplicable el derecho no sólo al que nace después de muerto el padre en condiciones legales de filiación respecto de éste, sino también á la prole que sobreviene antes de la muerte del padre ó ascendiente y después de otorgado su testamento, en el que fué preterida ó no mencionada, por no existir todavía entonces; puesto que, según el art. 29, el *concebido* se tiene por *nacido* para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que exige el art. 30 (1).

Esta solución no ofrece duda, cualquiera que sea la deficiencia en la expresión de esa tercera hipótesis, en que incurre la letra del párrafo primero del art. 814, y menos cuando en el último del mismo se dice que: «si los herederos forzosos preteridos *mueren antes que el testador*—sin

(1) Explicados ambos artículos en los núms. 17 y 18, cap. 6.º, t. II, 2.ª edic.

distinguir más, y, por tanto, comprendiendo lo mismo los nacidos antes que después de otorgado el testamento, siempre que murieran antes que el testador—la institución surtirá efecto.» Luego, por la inversa, se deduce que, cuando no mueran antes que el testador, sean los que fueren los preteridos en el testamento, nacidos antes ó después de otorgado éste, la preterición surtirá el efecto de anular la institución. Por eso no hay *preterición*, cuando el padre ó ascendiente instituyen herederos á los hijos y descendientes que existan al otorgar el testamento y á todos los que puedan nacer con posterioridad, que si llegan á nacer después en condiciones legales se reputan instituidos, no por ministerio de ley, sino por la institución del testamento, probada que sea su filiación ó descendencia.

Se entiende, que existe omisión, que produzca preterición del heredero forzoso, no sólo cuando no se menciona para nada su nombre, ni se reconoce su existencia, sino cuando, á pesar de nombrarle ó de declarar que existe, no se le instituye, ó no se ordena alguna disposición á su favor, por cualquier título, bastante á cubrir sus derechos á la legítima (1).

(1) Á casos semejantes de herederos forzosos preteridos nacidos después de otorgado el testamento y antes de morir el testador, se refieren dos resoluciones: una, de la Sección correspondiente de la Dirección de Gracia y Justicia del suprimido Ministerio de Ultramar, de 30 de Octubre de 1896, y otra de la Dirección general de los Registros de 20 de Mayo de 1898, las cuales, por inspirarse en un criterio de estricta aplicación de las leyes respectivas del Registro, no puede decirse que resolvieran directamente la cuestión, ni hicieran declaraciones explícitas, aunque sí virtuales, de esta doctrina. La primera, se limitó á confirmar la negativa del Registrador á inscribir la partición que voluntariamente habían hecho los instituidos en el testamento con los nacidos después de otorgado éste y antes de morir el testador, fundándose en que éstos no podían apoyarse en el testamento, porque no les mencionaba y necesitaban acreditar su cualidad de herederos *abintestato* por declaración judicial, y los instituidos en el testamento tampoco, por ser nula su institución á virtud de la preterición cometida de los otros, concluyendo por establecer que «para los fines de la inscripción queda indirectamente fijado el contenido del art. 814 del Código civil, en el sentido de que la preterición de algún heredero forzoso en línea recta anulará siempre la institución de heredero, dando carácter absoluto á este ordenamiento, y teniendo, por tanto, como meros casos citados, sin pretensión de ser los únicos, aquellos que el texto legal consigna», en cuya declaración es de observar que se añade al texto del art. 814, que parece transcribirse, la palabra *siempre*, que no figura en el mismo.

La segunda es todavía más radical y opuesta, toda vez que llega á declarar que «el Código, en el art. 814, sólo habla de herederos forzosos vivos al hacerse el testamento, ó nacidos después de muerto el testador, por lo que ni en el sentido que á la palabra *preterición* da el artículo, ni en el gramatical, podía entenderse aplicable el precepto á los nacidos después de hecho el testamento y antes de morir el testador, y que, en todo caso, puesto que el art. 814 quedaba cumplido por haber dado al hijo que no se instituyó, el derecho que podía pretender en la herencia, procedía la inscripción», es decir, *todo lo contrario*, en la segunda resolución, de lo que se resolvió en la primera.

Aunque sea lícito opinar con tal libertad, y al fin dichas resoluciones carezcan de fuerza legal de jurisprudencia, como la tienen moral para Registradores é interesados, es poco plausible y edificante tal variedad de criterios, en punto tan fundamental, por parte, sino del mismo Centro directivo, de dos tan similares y de idénticas funciones

2.^a *Que la omisión sea total.*—Aunque el art. 814 no consigna de modo expreso esta circunstancia de que la preterición ó falta de mención é institución ó disposición testamentaria á su favor, sea total, completa y absoluta, así se deduce de no hacer distinción ó salvedad alguna empleándola en términos generales; pero sirve á confirmarlo de un modo indudable el siguiente art. 815, al decir que «el heredero forzoso á quien el testador haya dejado, *por cualquier título*, menos de la legítima que le corresponda, podrá pedir el *complemento* de la misma», lo cual ya no son el caso ni los efectos de la preterición, que anula la institución, sino simplemente los del suplemento necesario para cubrir su legítima.

3.^a *Que la omisión se refiera á alguno, varios ó á todos los herederos forzosos.*—El art. 814 se refiere á la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta y á la del viudo ó viuda, por igual concepto de tal; dando á esta palabra, *preterición*, sin deducirla, como de conocida significación gramatical y jurídica.

Si bien, gramaticalmente, *preterir* equivale á omitir, á hacer caso omiso de una cosa ó pasarla en silencio, hay que observar que el *concepto legal* de la preterición en el Derecho anterior, según dejamos dicho (1), es el hecho de callar ó pasar en silencio, *sin instituir ni desheredar*, aunque se le mencione, ó no mencionar en su testamento el padre á su *hijo* ó el ascendiente á su *descendiente legítimo*. El mismo es en el Código *genéricamente*, en cuanto á lo de la omisión ó no mención, ni para instituir, ni para desheredar del preterido; pero varía en la *extensión*, respecto de él, puesto que, por las razones allí consignadas, la ley de Partida se refería sólo á la preterición de *hijos ó descendientes legítimos*, y el art. 814 extiende la aplicación de la preterición, y, por tanto, su concepto, á la de alguno ó de todos los *herederos forzosos en línea recta* y á la del *cónyuge* superstite, viudo ó viuda, y por lo cual ha de completarse su concepto legal hoy, desde este punto de vista de personas á quienes se aplica, según parece, atendida aquella general denominación, que emplea, de *herederos forzosos*, al hecho de omitir ó pasar en silencio, *sin instituir ni desheredar* á todos los que lo son y menciona, bajo tres números, el art. 807, ó sean los hijos y descendientes legítimos, respecto de los padres y ascendientes legítimos, á falta de éstos, los padres y ascendientes legítimos, respecto de sus hijos y descendientes legítimos, y el viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre ó madre de éstos, en la forma y medida que establecen los arts. 834, 835, 836, 837, 840, 841, 842 y 846.

Los comentaristas discrepan en este punto de la extensión que deba

en la interpretación de los mismos textos legales, además de ser mucho más ortodoxa, jurídicamente, la doctrina que se sienta en la primera que en la segunda.

(1) Núm. 11 de este capítulo.

darse, para explicar la preterición, á las palabras «herederos forzosos», del art. 814.

Desde luego está fuera de toda duda una limitación que á las mismas ha de ponerse, cual es, que en cada caso ha de referirse la preterición á los que lo sean en el mismo, por razón del orden de preferencia legal que señala el art. 807, y dentro de él á los que estén *actualmente*, por su proximidad de grado, en condición efectiva de tales herederos forzosos del testador que les ha preterido, pues no puede entenderse dicho artículo, que los menciona bajo esa denominación genérica, *extensivo á todos* los que pudieran, pero que no han llegado á serlo, según el 807, sino sólo á *los que lo sean* del testador, en aquel caso concreto y singular de la preterición de que se trata.

Pero, aun dentro de este evidente criterio, ya que otro sería desatentado é improcedente á todas luces, la discrepancia de los escritores se refiere á si los hijos y padres naturales están ó no comprendidos en la frase «herederos forzosos en línea recta», del art. 814, á los efectos de la preterición. Alguno (1), impugnando la de otro (2), alegan que el Código no habla de *parientes* ni de nada que autorice á referirse sólo á la *familia legítima*, que sólo habla de *herederos forzosos*, prescindiendo de su clase de parentesco, y á ser evidente que el padre y el hijo lo son en línea recta, pues la palabra *línea* no es patrimonio de los ascendientes y descendientes legítimos, aunque se limita en los naturales á padres é hijos, aplicada á los *herederos forzosos* tiene una significación tan clara que no cabe duda alguna y que así lo prueba la contraposición de esos herederos en línea recta—descendente ó ascendente—al cónyuge, y á ser extraño que el legislador, al tratar de la preterición, se olvidase del hijo y del padre natural, sin que quepa pretender que la sentencia de 16 de Enero de 1895 (3) pueda servir de apoyo á la opinión contraria, puesto que, según deduce el comentarista, el Tribunal Supremo consideró aplicable el art. 814 á los hijos naturales, aunque no fuese él, sino el 815, el pertinente al caso que la motivó, que el fallo habría sido idéntico, salvo la cuota, si se hubiese tratado de ascendientes legítimos, pues lo que hace referencia á que el hijo natural no podría aspirar, rigiendo el Código, sino á la tercera parte del haber hereditario, se escribe atendiendo al precepto del art. 815.

Otro escritor (4) admitiendo que los hijos naturales reconocidos están, por naturaleza, en línea recta descendente respecto á sus padres y ascendientes, entiende que la frase «herederos forzosos en línea recta», del 814, se limita á los ascendientes y descendientes *legítimos*, y lo infiere así de

(1) Manresa, ob. cit., t. VI, págs. 307 y 319.

(2) M. Scævola, ob. cit., t. XIV, págs. 361 á 363.

(3) Inserta en el núm. 20 de este capítulo.

(4) Scævola, tomo y página citados.

la sección, titulada, «Del parentesco en la sucesión legítima», arts. 915 á 923, y especialmente del 91 y del 918, y del capítulo «Del orden de suceder, según la diversidad de líneas», dentro del cual se habla de la línea recta descendente y ascendente con relación sólo á los hijos *legítimos*,—y sus descendientes, añadiremos nosotros, aunque el comentarista lo omite, art. 931, y nietos y á los padres y abuelos, y en sección aparte,—«De los hijos naturales reconocidos», y cuando de éstos se trata no habla de línea, concepto que se aplica sólo al parentesco legítimo, cuyas consideraciones le hacen creer que el hijo natural parece excluido del precepto del párrafo primero del art. 814.

Aunque este escritor parece vacilar y aun rectificarse en los párrafos siguientes, reconociendo que es inexplicable que el cónyuge preterido tenga una acción, y por esto parece lógico que el hijo natural ha de tener también alguna, cuando lo sea, concluye por precisar algo más su criterio, distinguiendo el caso de que el instituido ó instituidos sean herederos forzosos, «en perjuicio, dice, del hijo natural—sin duda alude al preterido—del en que sean voluntarios»; y cita en su apoyo, con relación á esta última hipótesis la sentencia de 16 de Enero de 1895, antes mencionada, la cual cree ha resuelto incidental é indirectamente la cuestión, puesto que al decir aquélla en uno de sus considerandos, que «el hijo natural no puede aspirar más que á una tercera parte del haber hereditario», resulta limitado á esto su derecho, y entiende que es clarísimo que no procede la destrucción del derecho de los herederos instituidos, sino en lo que perjudica á dicha porción, y que, por tanto, el hijo natural, á semejanza del cónyuge viudo, conserva el derecho que le concede la ley, pero sin que su preterición determine la nulidad de la institución.

Se funda para ello, en el carácter restrictivo de los derechos del hijo natural y en otras consideraciones, que no suscribimos: como la de ser sus derechos una gracia que el legislador le otorga, arrebatada á la familia legítima en la lucha jurídica con la natural, que, por tanto, debe limitarse á lo establecido por aquél, sin poderla ampliar en modo alguno, observando además que el Código asigna al hijo natural una porción hereditaria variable, según los herederos con quienes concurra, por lo cual aquél tiene sólo derecho á sacar libre aquella porción, debiendo respetar en lo demás la voluntad del testador; y que, cuando sean descendientes ó ascendientes los herederos forzosos legítimos, la porción hereditaria del hijo natural ha de salir de la parte de *libre disposición*, no siendo siquiera presumible que la omisión de un hijo natural rompa la institución hereditaria, hecha en favor de un hijo ó padre legítimos, así como en el caso de luchar contra herederos voluntarios, aun pudiera caber duda, porque de proclamarse la nulidad de la institución hereditaria vendría la sucesión intestada y, en su consecuencia, la percepción de toda la herencia por el hijo natural; pero en el caso de concurrir con herederos forzosos, aunque se

abra la sucesión intestada, nunca adquiere más que en la testada, á tenor del art. 942, preceptivo de que «en el caso de quedar descendientes ó ascendientes legítimos, los naturales y legitimados *sólo* percibirán de la herencia la porción que se les concede en los arts. 840 y 841»; y concluye opinando que, en concurrencia de ascendientes ó descendientes legítimos con hijos naturales, el derecho de éstos en la sucesión testada y en la intestada es igual, y es inútil destruir la primera para entrar en la segunda, mediante la nulidad de la institución, como efecto de la preterición, porque los resultados económico-hereditarios de una y otra, respecto al hijo natural, son en absoluto idénticos.

Puestas frente á frente ambas ilustradas opiniones y las razones en que se fundan, con toda fidelidad, sin desconocer la fuerza de ellas, y que en la segunda se ha apurado la exégesis y la investigación del problema en el orden doctrinal quizá más que en la primera, de cuyo sentido *racional* no estamos distantes, hay, para nosotros, el escrúpulo con que ha de procederse en toda interpretación legal, huyendo de sustituir el texto de la ley por un criterio *constituyente* más preferible en principios y doctrinas, atendido el valor gramatical y técnico de la dicción legal, dados los términos indudables de ella, según el párrafo primero del art. 814 y el significado inexcusable de la frase «herederos forzosos en línea recta», que emplea con pleno conocimiento de causa, puesto que sólo algunos renglones separa el art. 814 del 807, en donde se dice quiénes son *herederos forzosos*, y el figurar entre ellos el padre y el hijo natural. Pero subsiste el poderoso argumento que se deduce en favor de la fidelidad de la interpretación estricta, de no hacerse en el art. 814 otra distinción contrapuesta á la de herederos forzosos en línea recta, que la de la preterición del cónyuge ni establecer más diferencia de efectos de la preterición que la que á esa única distinción se refiere, siendo mucho más ajena aún al texto de dicho artículo la aducida por el segundo de los escritores citados entre los casos de que el hijo natural preterido lo sea en testamento en que se instituyeron herederos voluntarios ó forzosos que tuviesen la cualidad de hijos, descendientes ó ascendientes legítimos, cualquiera que sea el mayor ó menor valor doctrinal innegable que se atribuya á la circunstancia de ser porción limitada la de legítima del hijo natural que deba sacarse, cuando concorra con descendientes legítimos, del tercio de libre disposición, que en nada afecta á la legítima de aquéllos, ni la identidad de interés económico hereditario del natural en la sucesión intestada ó testada concurriendo con legítimos; porque, reconociendo que éstas pueden ser razones de peso, que aconsejaran llevar una *distinción más* al art. 814, respecto de los *efectos* de la preterición de los hijos naturales, diferenciándolos de los que produce de anular la institución, la de los hijos y descendientes ó ascendientes legítimos, lo evidente es que, hoy por hoy, tal como el Código se halla redactado, la distinción no existe,

ni deja de ser algo arbitrario traducir como *sinónimas* la preterición de heredero forzoso, que es simple *omisión* del texto legal y falta de institución ó disposición en su favor, por la idea de que se le cause ó no *perjuicio* con dicha preterición y el que sea idéntico el interés económico, por razón de la porción á percibir, según la ley, en la sucesión testada que en la intestada.

La razón de la omisión de esos otros herederos forzosos, que no menciona el art. 814, para los efectos de su preterición, puede ser otra: la de que su cuota legitimaria es más limitada y ha de pagarse del tercio de libre disposición; lo que hace innecesario acudir al recurso de anular la institución de heredero de descendientes ó ascendientes legítimos, hecha en el testamento en que se cometió esta preterición de hijos ó padres naturales ó hijos legitimados por concesión Real.

4.^a *Que los herederos forzosos preteridos sobrevivan al testador.*—Esta última circunstancia de las cuatro que integran el concepto legal de la *preterición*, es indudable en doctrina, porque sin esa supervivencia, la sucesión sería imposible y la preterición indiferente, y lo es también en el texto del art. 814, por la declaración expresa de su párrafo tercero, en cuanto dice: «Si los herederos forzosos preteridos mueren *antes* que el testador, la institución—la hecha en el testamento en que fueron preteridos—, *surtirá efecto*», ó lo que es lo mismo, la preterición será ineficaz y no producirá efecto alguno (1).

(1) En la Memoria anual del Tribunal Supremo, correspondiente á 1908, se lee: «Es el primero, de dos casos á que se refiere, el consignado en el art. 814, á tenor del que la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta anula la institución de heredero, pues con motivo de haber testado un padre, no sólo haciendo preterición absoluta de su hija, sino manifestando que no tenía herederos forzosos, para nombrar heredera á tercera persona, se suscitó la cuestión principal de si dicha hija podía entenderse preterida, toda vez que por escritura pública anterior éste había aceptado, como pago de legítima, determinada cantidad, renunciando á toda reclamación ulterior, pues la heredera testamentaria pretendía hacer valer la institución, apoyándose sustancialmente para ello en el precepto del art. 815 y en que el hecho del anticipo de la legítima excluía en absoluto el supuesto de la preterición. La Sala de casación entendió, sin embargo, que había habido verdadera preterición y que procedía la anulación de la institución de heredero, por fundamentos derivados de la interpretación recta de los arts. 814, 815 y 816 y de lo que significa y ha significado siempre una preterición de esta naturaleza.»

Con efecto, en el sistema de las *legítimas*, de la facultad más ó menos restringida de testar, vienen aquéllas á significar, en la relación del testador con los herederos legítimos, una á manera de copropiedad, de la que sólo por justa desheredación pueden éstos ser desposeídos, y como desde el Derecho romano se ha dicho y establecido como principio axiomático que la voluntad del testador es ley en la materia, cuando esta voluntad no aparezca ajustada, de una parte, á las disposiciones que regulan los derechos de los herederos forzosos en la sucesión testamentaria de una persona, y de otra, á los impulsos de la misma naturaleza en que aquéllas se fundan, resaltando esta infracción en la omisión absoluta en el testamento de cualquiera de dichos herederos, le ha pare-

35. Á partir del concepto léxico, jurídico y legal de la preterición que

cido, sin duda, al legislador que esta voluntad no era expresión fiel de los sentimientos del testador y que no debía ser respetada en todo aquello que pudiese afectar á los derechos de la persona preterida, abriendo, por lo tanto, para éste y demás coherederos que hubiese, la sucesión legítima, ya que tal preterición no consentía abrigar un convencimiento acabado de lo que hubiera sido la voluntad del testador contando con aquélla, ni era prudente dejar esto al arbitrio de los Tribunales, en cada caso, pues la preterición que se debía á ignorancia del testador, cuando por cualquier evento no ha tenido conocimiento del nacimiento de un hijo ó ha estado en la persuasión de su fallecimiento, ó á olvido, acaso por debilidad de sus facultades intelectuales, justifica completamente el supuesto de dicha desconfianza en la firmeza de su voluntad, y la dificultad de saber lo que ésta hubiera sido sin tal accidente, y aquella otra que fuese consciente y deliberada, como implica á su vez una violación de derechos, tanto más marcada cuanto mayor es la libertad relativa que tenga el testador para disponer de sus bienes, bien merece la sanción de la nulidad preceptuada, en cuanto á la institución de heredero, que es la que directamente afecta á la persona preterida. Claro es que semejante sanción, especialmente en este último caso, no es absolutamente necesaria, puesto que el legislador ha podido disponer para tal caso una solución distinta, que quizá en algún caso concreto pudiera resultar más equitativa; como, por ejemplo, si el heredero nombrado con preterición del legitimario era un extraño; que éste se reputara legatario de la parte de libre disposición; que respecto de los coherederos legitimarios se mantiene la institución, y en su caso, las mejoras para dar al preterido lo que le correspondiese, cuando menos por razón de su estricta legítima; sin llegar, consiguientemente, en tal caso á la nulidad de la institución hereditaria; pero todo esto que podrá merecer reflexión y estudio el día que se haga la revisión del Código, no es en manera alguna lo estatuido, y lo estatuido, según los precedentes antiguos de nuestra legislación, no deja de estar asentado sobre una base muy racional, aunque no se halle tan conforme con los principios que informan la absoluta libertad en la facultad de testar, que no son los que han imperado hasta ahora en la legislación de Castilla, ni son los que imperan en el Código civil. El art. 814, que preceptúa en tales casos de preterición la nulidad de la institución de heredero, no consiente interpretación alguna favorable á la persona instituida en el sentido antes expuesto, aun cuando parezca, y en algún caso pudiera ser, más ó menos equitativa, porque una nulidad no significa en Derecho sino la suposición de que el hecho ó el acto no se ha realizado, debiendo, por lo tanto, procederse sobre tal base ó supuesto, y consiguientemente, en un testamento donde falte la institución, es obligado llamar á los herederos forzosos en todo caso, como habria que llamar á los de otra clase, cuando el testador no hubiese distribuido todos sus bienes en legados, siendo tanto más obligada esta consecuencia legal cuanto que, en materia de testamentos, sabido es, según tiene declarado la jurisprudencia, con repetición, que no basta que sea conocida la voluntad de quien testa si esta voluntad no aparece en la forma y en las condiciones que la ley ha exigido para que sea válido y eficaz, por lo que constituiría una interpretación arbitraria, dentro del derecho positivo, reputar como legatario á un heredero cuya institución fuese anulada con pretexto de que esto se acomodaba mejor á la voluntad del testador, pues aun cuando así fuese, será esto razón para modificar la ley, pero que no autoriza á una interpretación contraria á sus términos y á los principios que informan la testamentifacción, pues no porque parezca mejor una cosa en el terreno del Derecho constituyente, hay razón para convertir este juicio en regla de interpretación, desvirtuando y anulando por este procedimiento lo que el legislador quiere establecer.

Cierto es que el art. 815, á diferencia del 814, dispone que el heredero forzoso á quien el testador hubiese dejado por cualquier título menos de la legítima que le corres-

dejamos expuesto (1), trátase ahora de determinar sus efectos, según el Código, que podemos referir á dos hipótesis, según que tenga lugar en el testamento ó en la partición; y en el primer caso, la relativa á herederos forzosos en línea recta y la que se refiere á la del viudo ó viuda.

a. Preterición en testamento de herederos forzosos en línea recta.

Según el pár. 1.º del art. 814 son dos: primero, nulidad de la institución; segundo, validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.

1.º La nulidad de la institución produce un supuesto igual al del

ponda, podrá pedir el complemento de la misma, es decir, que entonces no hay nulidad de la institución testamentaria; pero como la ley viene hablando en todo el capítulo respectivo, y especialmente en la sección que trata de las legítimas, de la sucesión testamentaria, y como es lógico relacionar dichos dos artículos, claramente se ve que cada uno de ellos se refieren á distintos casos; el 814, al caso de preterición, de absoluto silencio del heredero forzoso en un testamento; el 815, al de merma y reducción de su derecho, aunque no se haya prescindido de nombrarle, aunque no se le haya preterido al testar; pero tanto uno como otro aluden notoria y evidentemente al testamento, porque del testador, y no de otra persona, y no atribuyendo á éste distinto concepto, es de quien hablan, pues cuando un padre contrata con su hijo, aunque el contrato pueda tener efectos llegado el caso de la sucesión, no obra y funciona como testador, y sólo á éste se refieren los casos de los arts. 814 y 815, siendo natural que así sea, porque la preterición ó no preterición del heredero forzoso donde debe resaltar es en el momento solemne de ejercitarse la facultad de disponer uno de todos sus bienes, para después de su muerte, con toda la trascendencia material, moral y hasta religiosa que en sí encierra tal acto, y combinada la idea de la muerte del que testa con la de la vida y porvenir de los llamados á sucederle; de donde se deduce que al referirse el mencionado art. 815 á cualquier título con que el testador deja á un heredero forzoso parte de bienes que haya de computarse en su legítima, no es fuera del testamento donde debe buscarse este título, sino dentro de él, ya sea en concepto de heredero, donatario ó legatario, porque cualquier otro extraño al testamento no puede servir, por todo lo expuesto, para desvirtuar ó subsanar la preterición que en aquél se haya hecho de un heredero forzoso.

Tales fueron los fundamentos, sustancialmente explicados, que el Tribunal tuvo para resolver el caso de que tratamos, en el sentido al principio mencionado, estimando que no porque con la hija preterida absolutamente en el testamento por su padre hubiese éste celebrado el contrato anterior, por el que aquélla se declaraba satisfecha de su haber legitimario con la cantidad que le fué entregada, podía dejar de apreciarse la preterición con todas sus consecuencias legales.

Al sostener la tesis contraria, la parte que representaba á la heredera testamentaria pretendió distinguir, respecto del contrato susodicho, entre la nulidad que podía implicar la renuncia que en él hizo la hija á toda reclamación ulterior por razón de su legítima y la validez y efectos jurídicos de la cláusula, en la que se la reconocía una cuota legitimaria; mas como esta distinción sólo podía tener trascendencia si se hubiese considerado que no existió la preterición, porque bastaba que un padre se acordara y mencionara á su hijo en cualquier documento extraño al testamento, esta Sala no creyó que había necesidad de ocuparse, en un caso como el actual, del alcance y trascendencia del art. 816, para declarar si era nulo en su totalidad ó en parte el contrato celebrado entre el padre y la hija, atendidas las consecuencias legales de la preterición estimada.

(1) Núm. 11 de este capítulo.