

LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR DE EDAD
THE DISINHERITANCE OF THE CHILD UNDER LEGAL AGE

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 384-465



Manuel Ángel
GÓMEZ
VALENZUELA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de marzo de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: Este trabajo pretende dar respuesta al eterno interrogante de la desheredación del menor de edad. Para ello, nos aproximaremos al instituto de la desheredación, su fundamento y su evolución jurisprudencial. También trataremos la capacidad y la responsabilidad del menor de edad y del menor emancipado. Posteriormente, concretaremos el estudio de la desheredación del menor al albur de las concretas causas desheredativas, pues cada una de las causas previstas en el art. 853 CC están dotadas de su propia idiosincrasia, siendo harto complicado, sino imposible, tratar el tema de este trabajo al margen de los avatares que se pueden dar según los hechos imputados. Finalmente, y antes de someter el presente estudio a una recapitulación reflexiva, estudiaremos los problemas que plantea la reconciliación entre el ascendiente y el menor de edad desheredado, pues la reconciliación, como medio que permite dejar sin efecto la desheredación, presenta sus vicisitudes propias cuando el legitimario es un menor de edad.

PALABRAS CLAVE: Legítima; desheredación; menor de edad; menor emancipado; alimentos, maltrato de obra; injurias; maltrato psicológico; reconciliación.

ABSTRACT: *This work aims to answer the eternal question of the disinheritance of the child under legal age. To this end, we will approach the institute of disinheritance, its foundation and its jurisprudential evolution. We will also address the capacity and responsibility of the child under legal age and the emancipated minor. Subsequently, we will carry out the study of the disinheritance of the child under legal age, subject to the whim of the specific disinherited causes, since each of the causes provided for in art. 853 Spanish Civil Code are endowed with their own idiosyncrasy, being very complicated, if not impossible, to deal with the subject of this work apart from the vicissitudes that can occur according to the imputed facts. Finally, and before submitting this study to a reflective recapitulation, we will study the problems posed by reconciliation between the ascendant and the disinherited minor, since reconciliation, as a means that allows disinheritance to be rendered ineffective, presents its own vicissitudes when the heir is a child under legal age.*

KEY WORDS: *Legitimate; disinheritance; child under legal age; emancipated minor; food, mistreatment of work; insults; psychological abuse; reconciliation.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CONCEPTO DE DESHEREDACIÓN.- III. LA DESHEREDACIÓN COMO SANCIÓN FAMILIAR.- IV. TRANSICIÓN HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA LEGISLATIVA PRIMITIVA A LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD OBJETIVA DE LA LEY.- I. El Tribunal Supremo como último bastión del sistema legitimario: Olvido del carácter relativo de la regla odiosa sunt restringenda.- 2. La STS 3 junio 2014 como punto de inflexión: ¿Interpretación sociológica o teleológica?- V. NOTAS GENERALES DE LA CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL.- I. El menor de edad como sujeto con cierta capacidad de obrar.- 2. La responsabilidad civil del menor de edad.- A) La responsabilidad objetiva de los padres por los daños ilícitos causados por los menores de edad.- B) A pesar de la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres ¿El menor es irresponsable civilmente?- 3. Breve referencia al menor emancipado.- VI. APROXIMACIÓN A LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR DE EDAD: LA IMPUTABILIDAD DEL DESHEREDADO.- I. La imputabilidad del desheredado a debate.- 2. Estado de la cuestión de la desheredación del menor de edad en la doctrina científica.- VII. CAUSAS POTENCIALMENTE DESHEREDATIVAS DEL DESCENDIENTE MENOR DE EDAD.- I. La negativa a prestar alimentos como una causa residual de desheredación del menor de edad.- A) Análisis del supuesto del descendiente menor de edad que no ayudó al causante enfermo o necesidad.- B) ¿Es posible desheredar a un menor de edad por negarse a contribuir, equitativamente, al levantamiento de las cargas familiares?- C) El supuesto del menor emancipado.- 2. Las injurias graves y el maltrato de obra como manifestaciones de violencia filoparentales.- A) El elemento objetivo del maltrato de obra y las injurias.- B) Problemas que plantea el elemento subjetivo de las injurias y el maltrato de obra en el desheredado menor de edad.- C) Análisis de la relevancia, en el ámbito de la desheredación del menor de edad, de una sentencia penal condenatoria.- 3. El maltrato psicológico como la causa más conflictiva de desheredación del menor de edad.- A) Breve caracterización del maltrato psicológico como causa de desheredación.- B) El testador que no ha sido un progenitor ejemplar.- C) El mobbing familiar: el talón de Aquiles de la desheredación del menor de edad por maltrato psicológico.- VIII. PROBLEMAS QUE PLANTEA UNA EVENTUAL RECONCILIACIÓN ENTRE EL ASCENDIENTE Y EL DESHEREDACIÓN MENOR DE EDAD.- IX. BREVES CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente estudio tiene por objeto analizar la desheredación del legitimario menor de edad. En muchos trabajos que versan sobre la desheredación, ora a escala general, ora atendiendo a algunas de sus causas, el análisis se cimenta sobre los presupuestos objetivos y formales de la desheredación, teniendo un tratamiento residual los elementos subjetivos del pariente desheredado y, más concretamente, la desheredación del menor de edad.

Puede pensarse que los supuestos de desheredación de un descendiente menor de edad son excepcionales, a la vista de que la mayoría de las sentencias

• Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz. Graduado en Derecho por la UNED con Premio Extraordinario; Máster en Derecho de Familia y Sistemas Hereditarios y Máster en Derecho Penal; Adscrito al Grupo de Investigación Hombre, Libertad, Derecho, Familia y Propiedad de la UCA (SEJ327); Ganador dos veces del Premio José Corrales (2019 y 2020), organizado por la Asociación Española de Abogados de Familia y del accésit del Premio de menores Pilar Bernal organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba (2019). Correo electrónico: manuelangel.gomez@uca.es.

que han recaído sobre la desheredación versan sobre situaciones fácticas en las que el legitimario ha alcanzado la mayoría de edad, gravitando el debate litigioso en torno a si ha concurrido, objetivamente, la causa *desheredationis*.

No obstante, el modelo familiar, con la proliferación de las crisis familiares en la que uno de los progenitores ostenta sobre el hijo menor de edad un régimen de visitas, han aumentado exponencialmente con las últimas reformas legislativas, provocando esta nueva coyuntura episodios en los que el hijo menor de edad se aleja, progresivamente, del progenitor que no ostenta la custodia. A lo que debe añadirse los casos, cada vez más numerosos, de violencia filoparental, en los que el descendiente menor de edad veja, humilla e incluso maltrata físicamente a algunos de sus ascendientes. Sin duda, el incremento de consumo tóxico, el abandono de las obligaciones académicas o el abuso de las tecnologías con acceso a todo tipo de contenidos violentos son factores que explican, sociológicamente, la inusitada agresividad con la que actúa algunos menores de edad.

Esta nueva coyuntura social supone un acicate para el análisis de las posibles respuestas jurídicas a episodios donde el menor de edad, lejos de comportarse como un hijo o nieto ejemplar, omite, deliberadamente, el deber de respeto que le incumbe con su ascendencia. Y qué duda cabe que una de las posibles respuestas que permite reprender y sancionar a aquellos hijos y nietos ingratos es la desheredación, como medida que posibilita privar de la legítima.

Ante las pocas aportaciones doctrinales sobre el particular, el estudio de la desheredación del menor de edad se torna especialmente complejo, a lo que debe añadirse las heterogéneas causas de desheredación de hijos y descendientes, cada una con su propia idiosincrasia y cánones hermenéuticos. Por ello, el método sobre el cual pivotará este estudio será el inductivo experimental, es decir, a través del análisis de las concretas causas de desheredación de hijos y descendientes se podrá llegar a una conclusión que permita dar respuesta al interrogante que ha motivado la elaboración de este trabajo: ¿Puede ser un menor de edad desheredado?

Para ello, trataremos algunas nociones generales de la desheredación, como su concepto, su fundamento y sus criterios hermenéuticos. Posteriormente, analizaremos el estado de la cuestión sobre la capacidad de obrar del menor, su responsabilidad y, no menos importante, la capacidad y responsabilidad del menor de edad emancipado, a veces tan olvidada. Y, finalmente, volcaremos nuestros esfuerzos en estudiar las concretas causas desheredativas que prevé el art. 853 CC desde la perspectiva del menor de edad, exponiendo, a su vez, la problemática que plantea la reconciliación o el perdón. Tras seguir secuencialmente este guión estaremos en condiciones de dar una respuesta, a modo de conclusión, a la posibilidad de que el menor de edad sea desheredado.

II. CONCEPTO DE DESHEREDACIÓN.

Unos de los fundamentos del fenómeno hereditario español, junto al principio de la libre voluntad del causante, es el sistema legitimario¹, el cual podrá ser exceptuado en algunos supuestos, según señala el art. 813 del Código Civil (CC), que dispone que “el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley”. Una de las excepciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico a la intangibilidad de la legítima² es la desheredación³, que consiste, en líneas generales, en privar de la legítima al legitimario según la voluntad del causante recogida en testamento. Sin embargo, el principio del *favor testamenti* en sede de desheredación deberá conjugarse con las causas establecidas en la Ley para desheredar, lo que denomina algunos autores “causas desheredativas”, pues el testador no siempre es libre de privar a los herederos forzosos de la porción de bienes en qué consiste la legítima, a la vista del art. 848 CC, que dispone que “la desheredación sólo podrá tener lugar por algunas de las causas que expresamente señala la ley”. Es decir, ha de cohonestarse la autarquía civil del testador con los hechos que determina la Ley como justa causa de desheredación.

En la empresa de dar un concepto de desheredación, podemos ver que el Código Civil de manera acertada no la define, ni tiene porque definirla, pues el legislador no tiene como fin definir las instituciones, sino regularlas. La doctrina y la jurisprudencia, con mayor o menor acierto, han ensayado su propio concepto de desheredación. Autores clásicos, como Sánchez Román, no sin previamente afirmar que el Código Civil da por supuesto el concepto de desheredación al compás del elemento gramatical⁴, la definía como “quitar ó privar de la herencia á que se tenía

- 1 Puede verse en este sentido, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBUDILLA, F.A.: *Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 9; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 24.
- 2 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1942, pp. 441 y 442, citaba, junto a la desheredación, las mejoras, no como excepción al inflexible sistema de legítimas, sino como correctivo mediante el cual el testador puede graduar las cuotas de los legitimarios, sin dejar estos de serlo.
- 3 Así lo expone LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 320, cuando dice que la desheredación constituye una excepción al sistema de legítimas “porque aquélla va a permitir al testador poder privar de la legítima a los herederos forzosos, cuando éstos incurran en algunas de las causas taxativa y expresamente reglamentadas en la Ley”.
- 4 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, Madrid, 1910, p. 1105. Resulta interesante el punto de vista de VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Comentarios a los arts. 806 a 857 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XI* (dir. M. ALBALADEJO GARCÍA), Edersa, Madrid, 1982, p. 518, quien decía que el término desheredar no casa en el Código Civil con su sentido etimológico, a la vista de que, *a priori*, y atendiendo al término, podría inducir a pensar que el mismo solo supone privar de la condición de heredero al legitimario, pero ha de tenerse en cuenta que, por mor del art. 815 CC, la legítima no tiene que ser atribuida forzosamente a título de herencia, ya que puede ser atribuida a través de legado. Teniendo en cuenta este argumento, debemos criticar la terminología del Código Civil en relación a los legitimarios, a los que denomina “herederos forzosos” (art. 806 CC), pues los legitimarios, como apuntó Vallet de Goytisoló, no tienen porque recibir la legítima a título de herencia, a lo que debe añadirse, siguiendo a PUIG BRUTAU, J.: *Fundamento de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III, Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1964, pp. 13-15, que la Ley,

derecho por ministerio de la ley, y, por consiguiente, lo contrario á instituir á los herederos de dicha clase, conforme á la misma”⁵. Años después, Castán Tobeñas proporcionó un sobrio concepto, diciendo que la desheredación es “aquella disposición testamentaria por la que se priva de su legítima a un heredero forzoso, en virtud de una justa causa de las que taxativamente señala la ley”⁶. Esta última definición es tributaria del art. 848 CC, y parte de la idea de que la desheredación, como manifestación del principio *favor testamenti*, ha de articularse a través del testamento y fundamentarse en algunas de las causas establecidas en los arts. 852 a 855 CC. Autores más modernos, como O’Callaghan, conciben la desheredación de manera análoga, al decir que es una “disposición testamentaria por la que el causante priva al legitimario de su carácter de tal y de su porción legitimaria en virtud de una de las causas establecidas taxativamente por la Ley”⁷. Más precisa si cabe es la definición de Represa Polo, quién, en su reciente monografía sobre la desheredación, la conceptuó como “la privación de la legítima realizada por el testador siempre y cuando concurren las causas expresadas por la ley y que pueden ser distintas según quién sea la persona del desheredado”⁸.

En el seno de la jurisprudencia también podemos encontrar definiciones de la desheredación, pudiéndose citar la STS 23 enero 1959⁹, que dispone que la desheredación es “aquella disposición testamentaria por la que se priva a un heredero forzoso de su derecho a la legítima, en virtud de una justa causa

igual que los contratos, debe interpretarse y calificarse según su contenido y efectos, con independencia de la denominación del legislador, lo que implica, respecto a la denominación de herederos forzosos, que estos no son, necesariamente “herederos”, pues de ser así “el legitimario siempre sería heredero en virtud de la ley, por encima de toda disposición contraria o de toda omisión por parte del testador”. Autores más modernos, como LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017, p. 164, critica también esta terminología, pero con otro argumento, añadiendo que los herederos forzosos no están, como parece sugerir el Código Civil, desde luego obligados, o forzados a suceder al causante y recibir, inexorablemente, su porción legitimaria, sino que pueden tanto repudiar la herencia (arts. 988 y ss CC), como renunciar al legado (art. 888 CC). Por ende, en este trabajo optaremos por el término legitimario, en vez de heredero forzosos, por económica gramatical y por precisión conceptual.

- 5 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, cit., p. 1105.
- 6 CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, cit., p. 442. Similar definición ofrecen DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, cit., p. 186, que dicen que la desheredación es “una disposición testamentaria por virtud de la cual se priva a un heredero forzoso o legitimario de su derecho a la legítima en virtud de algunas de las causas prevenidas en la ley”. Este concepto dista respecto al que ofrece Castán Tobeñas en el sentido de que suprime el adverbio “taxativamente” en relación a las causas, no obstante, a renglón seguido precisan que la interpretación de las mismas “ha de hacerse con criterio restrictivo”.
- 7 O’CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 232.
- 8 REPRESA POLO, M^a. P.: *La desheredación en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2016, p. 22. Ciertamente, las causas de desheredación, atendiendo al Código Civil, son distintas según el legitimario, al contrario que las causas de indignidad que son comunes (art. 756 CC), o la regulación del Derecho foral catalán, que no distingue las causas de desheredación según los legitimarios (art. 451-17 CCCat). Similar definición late en el trabajo de TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “La desheredación”, en *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones (Tomo II)*, Aranzadi, junio 2011 (versión digital), p. 1, que manifiestan que “desheredar es la privación de la legítima a quien tiene derecho a ella, cuando incurre en algunas de las causas taxativamente prevista por la ley (art. 848 CC), expresada en el testamento en función de quien sea legitimario”.
- 9 STS 23 enero 1959 (RJ 1959, 125).

determinada por la ley”, o la STS 15 junio 1990¹⁰, que la conceptúa como “una declaración de voluntad testamentaria, solemne (artículo 849 CC), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a la legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (artículo 853 CC) de la que sean responsables”.

Con las definiciones sacadas a colación, podemos aproximarnos a la idea de que la desheredación permite privar o excepcionar la legítima al legitimario, que solo podrá configurarse como desheredación justa la que se base en las causas establecidas en la Ley y que tiene un carácter solemne, al socaire de que el causante, a diferencia de la indignidad¹¹, solo la podrá articular a través del testamento. Curiosamente, pese a predicarse el carácter solemne de la desheredación, la forma *ad solemnitatem* no es aplicable a la reconciliación¹², que permite dejar sin efecto la desheredación ya hecha sin necesidad de que la misma conste en documento público o privado, a diferencia de lo que acontece con la rehabilitación del indigno, pues el art. 756 CC contempla, para aquellos casos en los que los hechos que sustentan la indignidad se produjesen después de que el causante otorgara testamento, que la misma se remita en documento público.

A la vista de que las definiciones de desheredación expuestas no prevén la reconciliación, que no dejar de ser una manifestación más del principio *favor testamenti*, en tanto en cuanto la legítima se sigue sometiendo a la voluntad del causante pese a que concurra una causa desheredativa, consideramos extrapolable, *mutatis mutandi*, el concepto de indignidad que ensayó Albaladejo adaptándolo a las particularidades de la desheredación. Así, si el citado autor definía la indignidad como la “tacha con que la ley marca a las personas que han cometido determinados actos especialmente reprobables, en virtud de la que su autor queda inhabilitado para suceder al causante que las padeció, a menos que éste lo rehabilite”¹³, consideramos que una definición completa de la desheredación podría ser la siguiente: tacha con la que el causante marca, vía testamento, a los legitimarios que han cometido actos especialmente reprobables, tipificados por la

10 STS 15 junio 1990 (RJ 1990, 4760).

11 En este sentido, puede verse la STS 7 marzo 1980 (RJ 1980, 1558), que dice que una de las diferencias entre la indignidad y la desheredación, es que aquella opera *ope legis*, por ministerio de la Ley, mientras que la desheredación precisa de la voluntad del testador. En este sentido, resulta curioso que, atendiendo a dicho mecanismo, el legislador se remita, a los efectos de tipificar las causas desheredativas, a algunos apartados del art. 756 CC, que regula las causas de indignidad. Esta técnica legislativa fue criticada en su día por ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 389 y 390, quien, pese a parafrasear el refrán “lo que abunda no daña”, dijo que “el hacer causas de desheredación a las que son de indignidad para suceder, es inútil, ya que para que el indigno no pueda suceder no hay que desheredarlo, puesto que no puede suceder precisamente porque es indigno de suceder”.

12 La STS 22 octubre de 1972, citada por LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 212, aprecia una reconciliación que se limitó a una entrevista entre padre e hijo que concluyó con un abrazo entre ambos.

13 ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 82

Ley, en virtud de la cual su autor queda privado de recibir su legítima, a menos que medie la reconciliación entre el causante y el legitimario¹⁴ o el perdón de aquel¹⁵.

III. LA DESHEREDACIÓN COMO SANCIÓN FAMILIAR.

A pesar de que el Código Civil no suele concebir las instituciones como una sanción, la generalidad de la doctrina ha concebido la desheredación como tal¹⁶ y, más concretamente, como una sanción voluntaria, en tanto en cuanto emana de la voluntad del causante, que es libre de desheredar a través del testamento. A la vista de las perniciosas consecuencias que ha traído consigo el tratamiento artificioso¹⁷ de la desheredación como una sanción, como a continuación veremos, quizás lo más oportuno sea concebirla aquí, simple y llanamente, como una norma excepcional, categoría admitida, *ad exemplum*, por el art. 4.2 CC, que prohíbe la aplicación analógica de las leyes penales, excepcionales y la de ámbito temporal. Pero, ante la tesitura de que los efectos sean los mismos, no es ociosos que nos planteemos lo siguiente: ¿Puede configurarse la desheredación, hoy día, como una norma excepcional con los efectos que ello trae consigo? Si tenemos en cuenta que el sistema legitimario, o las reglas de la sucesión forzosa o legitimaria, es un

14 Preferimos utilizar la expresión testador y legitimario, en vez de ofensor y ofendido, porque, debiendo desplegar la reconciliación su eficacia si la hace la figura del testador, a veces puede ocurrir que el ofendido y el testador no sean, directamente, la misma persona, como el caso previsto en el art. 854.3^o CC, que permite a los hijos desheredar a sus padres y ascendientes cuando uno de los progenitores o ascendientes haya atentado contra la vida del otro progenitor. Lo mismo ocurre en Cataluña, donde la letra b) y c) del art. 451-17 CCCat tipifica como causas de desheredación la denegación de alimentos o el maltrato grave no solo respecto a la figura del testador, sino también cuando el agraviado es el "cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes". Por ello, cuando el art. 451-19 CCCat regula la reconciliación y el perdón, no dice que debe producirse entre el ofensor y el ofendido, sino entre el causante y el legitimario.

15 En otro trabajo (GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, p. 397), expusimos por primera vez la definición referenciada, con la siguiente variación: donde decíamos "porción legitimaria" ahora decimos, sencillamente, "legítima". Aunque el art. 806 CC define la legítima como una "porción de bienes", ni el legislador, ni menos aún, el testador, están obligados a fijar o señalar determinados bienes que han de ser reservados, como parece sugerir el art. 806 CC, máxime si el causante no ha ordenado las reglas de la partición de la herencia en el testamento. Por ello, y como quiera que la legítima, siguiendo a LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 164, se identifica con una parte o una cuota aplicable a los bienes hereditarios, y no necesariamente con una porción de bienes, consideramos que la sustitución del término "porción legitimaria" por el de "legítima" rinde más tributo a la privación que supone la desheredación.

16 LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBUDILLA, F.A.: *Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981*, cit., p. 9.

17 Decimos artificioso porque ha sido una categoría dada por la doctrina y la jurisprudencia, no por el legislador, el cual, lejos de reformar las normas atinentes al sistema de legítimas y la desheredación, como su reverso, al compás de la evolución que ha experimentado la sociedad (al contrario que los legisladores autonómicos, más vanguardistas con las instituciones del Derecho de sucesiones), ha permanecido, en lo sustancial, anquilosado en la regulación decimonónica, lesionando permanentemente la dignidad del testador y el principio de seguridad jurídica, como veremos en este trabajo.

principio de nuestro Derecho de sucesiones¹⁸, cabría responder afirmativamente¹⁹, en tanto en cuanto toda norma que conlleve la no aplicación de un principio debe concebirse como excepcional²⁰. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la legítima, al menos como está configurada en la actualidad, está cayendo por su propio peso, siendo numerosas las voces que abogan por su por una profunda reforma, que va, desde la disminución de las cuotas legitimarias²¹, hasta su conversión en una suerte de “legítima asistencial”, que podrán percibir a cargo el caudal hereditario los parientes del causante en línea recta, siempre que se hallen en una situación de necesidad no imputable a estos y no hayan incurrido en una causa de desheredación, no faltando tampoco autores, como O’CALLAGHAN, que proponen su supresión²².

Desde nuestro punto de vista, y con independencia de concebir o no la desheredación como una norma excepcional, el concepto que rendiría más tributo a su naturaleza jurídica no sería, lacónicamente, el de sanción, sino el de *sanción familiar*, a fin de que en la empresa de aplicar e interpretar sus normas no solo se tenga que en cuenta la *regla odiosa sunt restringenda*, propia de las normas sancionadoras, sino también los deberes éticos²³ y jurídicos propios del

-
- 18 Vid. nota 1. No faltaban autores clásicos, como Costa (cit. por SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, VI. 2, *Derecho de Sucesión*, cit., pp. 732 y 733), que en su día justificaron el sistema de legítimas en la posible actitud disoluta y manirrota del padre de familia, diciendo, expresamente, que la Ley debe fiarse del joven –legitimario- y desconfiar del viejo –causante-: “Se dice que la legítima es una institución de desconfianza; cierto, pero institución de desconfianza al revés (...) la legítima podría tener razón de ser tratándose de un padre que ha sido vicioso, desnaturalizado, pervertido, derrochador, pródigo; pero cuando en la sociedad se ofrece un caso de este género, ¡qué sarcasmo, señores!, la legítima se acuerda de cortar las alas a su libre albedrío en el preciso momento en que en ellas no le queda ya ninguna pluma. ¡Pueden enorgullecerse de tan exquisita previsión los sutiles inventores de las legítimas! (...) la legítima es como el cazador que dispara contra la mata cuando de ella ha saltado la liebre”.
- 19 La STS 30 junio 1975 (RJ 1975, 3408), dijo que la desheredación es excepcional, mientras que el derecho a la legítima es la regla general.
- 20 O’CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 40.
- 21 GONZÁLEZ PORRAS, J.M^a: “Reflexiones sobre la legítima”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones* (coords. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M.P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Madrid, 2014, p. 987, opta por flexibilizar la legítima, pero, en base a la solidaridad familiar y el efecto distributivo de la riqueza y la igualdad entre los hijos, recomienda su mantenimiento.
- 22 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, *Actualidad Civil*, núm. 5, julio 2015, p. 4
- 23 Cuando mencionamos los deberes éticos del Derecho de familia, el lector no debe llegar a la conclusión que el incumplimiento de los mismos no lleva aparejada ninguna consecuencia jurídica, todo lo contrario. Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 19 y 20, los deberes éticos parten del planteamiento que los vínculos que origina dicho deberes no son artificiales, sino de origen natural, lo que no impide a que la libertad del individuo, en el contexto de las relaciones familiares, no tenga limitaciones, pues, sin perjuicio de poder agotarse en su cumplimiento, la conducta contraria a dichos deberes pueden estar provistas de una sanción; a lo que añadimos nosotros que, si bien esta sanción puede ser que no esté contemplada en las normas que regula las instituciones familiares, sí pueden estarlo en otros ámbitos, como en la desheredación (O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 23, dice, en este sentido, que dado que las normas del Derecho de familia proceden de la ética, no abundan en este ámbito normas jurídicas sancionadoras, lo que no significa, insistimos, que, en base a los incumplimientos familiares, puedan concurrir en otros ámbitos, como en el Derecho de sucesiones). En este sentido, es ilustrativa la SAP Huesca 20 julio 1993 (AC 1993, 1575), que estudió un caso en el que un padre demandó a su hijo, pidiendo, entre otras cosas, que pagara una cantidad en base al art. 155.2º CC, que consagra el deber de los hijos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento

Derecho de familia²⁴. Decimos esto partiendo de la idea del negocio jurídico de Derecho de familia, que, según Lacruz Berdejo²⁵, no es estructuralmente distinto a los restantes, sino que, como todo negocio, crea derechos²⁶ y deberes. En este escenario, se alza la desheredación como facultad coercitiva del causante²⁷, el cual puede sancionar, con la privación de la legítima, aquellas conductas caracterizadas por un olvido absoluto de los deberes y obligaciones elementales del negocio jurídico que emana de las relaciones filiales y matrimoniales²⁸.

Dado que el objeto de este trabajo es la aptitud del menor de edad para ser desheredado, debe puntualizarse aquí los deberes atinentes a las relaciones familiares, pues, al contemplar el art. 807 CC como herederos forzosos a los hijos

de las cargas familiares mientras viva con los progenitores. La Audiencia Provincial desestimó el recurso del padre arguyendo, entre otras cosas, lo siguiente, en relación al art. 155 CC (cursiva propia): “Si dicha norma se entiende referida también a los hijos mayores de edad que continúan en situación de convivencia con la familia, nos encontramos en una norma que, como el respeto a los padres, a que se refiere el núm. 1.º, establece unos principios de conducta no susceptibles de exigencia judicial directa, como la que se pretende en autos, sino que, como valoración de esa conducta, sus efectos negativos, en caso de incumplimiento, se derivan por la aplicación de distintos institutos jurídicos en que puede tenerse en cuenta: *desheredaciones*, calificación de los gastos de alimentación como colacionables y la aplicación o inaplicación de las obligaciones alimenticias, etc.” *Maiorem abundantiam*, no faltan estudios, como el realizado por DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 ter, julio 2016, pp. 219-259, que sostienen que ciertos incumplimientos pueden dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, como la infidelidad conyugal que, amén de poder configurarse como una causa de desheredación –el art. 855.1º CC exige que la infidelidad, así como el resto de incumplimientos de los deberes conyugales, sea grave y reiterado-, puede originar, según los citados autores, una suerte de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC), con independencia de que la misma sea reiterada o concurra el dolo, teniendo potencialidad de ser resarcida una infidelidad que, a pesar de no ser reiterada, se presente como grave, siempre que medie culpa o negligencia.

- 24 Esta tesis permitiría, a la espera de que el legislador se encomiende al deber de reformar la desheredación conforme a los tiempos actuales, abogar, no solo por una teoría de la voluntad objetiva de la ley en sede de interpretación, sino por una jurisprudencia de intereses, debiéndose interpretar la norma según los intereses que se plantean y dándole un sentido adecuado al interés de más relevancia (se yuxtapondría no solo el sistema legitimario, sino también otros conceptos como la dignidad del testador, el *favor testamenti* o los deberes dimanantes del negocio jurídico de Derecho de familia). Como se verá en este trabajo, y antes de la consagración del maltrato psicológico como causa de desheredación, los Tribunales han optado, más que por la teoría de la voluntad del legislador, por la teoría legislativa primitiva, pasando los Jueces y Tribunales a ser unos “gobernados” por la dicción literal de las causas de desheredativas, como si de unos convidados de piedra se tratasen.
- 25 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, cit., p. 23.
- 26 Decimos “derechos” en el sentido laxo del término, en tanto en cuanto la noción derecho subjetivo responde a la idea del poder otorgado a una persona para la satisfacción de sus propios intereses. Por ello, quizás en el Derecho de familia sea más oportuno utilizar la expresión “potestades”, en el sentido de que el ordenamiento jurídico concede, en base a las relaciones familiares, un poder a una sujeto, no, necesariamente para la satisfacción de sus propios intereses, sino para atender los intereses de otras personas (LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 106 y 107). Otros autores, como O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, cit., p. 24, comparten el mismo planteamiento, si bien empleando el término “función”.
- 27 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 232
- 28 Una de las autoras que más ha enfatizado, en los últimos años, en la relación que existe entre la desheredación y el Derecho de familia, es ROMERO COLOMA, A.M³: “El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2014, *Parte Estudios* (versión digital), p. 1, que decía, respecto a la desheredación, su “su enorme repercusión en el marco del Derecho de Familia, porque de lo que se trata, en definitiva, es de castigar o sancionar conductas en las que los hijos (y demás descendientes) pueden incurrir y que, en el seno familiar, son atentatorias de la dignidad no ya sólo de la persona en cuanto tal, sino en cuanto miembro de la comunidad familiar, considerada tanto en conjunto como individualmente”.

y descendientes, los padres y ascendientes y, en todo caso, al viudo o a la viuda, es obvio que quedan extramuros de la legítima los parientes colaterales como los hermanos. *Prima facie*, el legislador muestra coherencia a la hora de reputar como legitimarios a los parientes en línea recta en primer grado, ya que para ambos existen deberes tipificados *ad hoc* en el ordenamiento jurídico, previendo, en consecuencia, que su incumplimiento puede dar lugar a la desheredación²⁹, pero ¿qué ocurre con las relaciones entre los abuelos y los nietos? El Código Civil, salvo en la obligaciones de alimentos entre parientes, donde podrán ser alimentantes y alimentistas, respectivamente, los ascendientes y descendientes en segundo grado³⁰, no dice nada. Cuando regula la patria potestad en el art. 154

29 Cfr. arts. 154 y 155 CC en relación a los arts. 853 y 854 CC, respecto a las relaciones filiales, o los arts. 66, 67 y 68 CC en relación al art. 855 CC, en cuanto a los cónyuges. Debe hacerse notar, no obstante, que, a pesar de que el maltrato de obra y las injurias estén tipificadas como causa de desheredación de hijos y descendientes, no sucede lo mismo cuando los legitimarios son los padres. El art. 854 CC prevé, como causas de desheredación, además de la negativa a dar alimentos a los hijos, “haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170” o “haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiese habido entre ellos reconciliación”. En este último caso, castiga el atentado contra la vida del otro progenitor, pero no contra el hijo, lo que haría que nos remitiéramos a la causa relativa a la pérdida de la patria potestad prevista en el art. 854.1ª CC. La redacción, sin duda, es desafortunada, pues dice que el progenitor debe haber perdido la patria potestad, la cual, por imperativo del art. 170 CC, requerirá sentencia. Consideramos que, en cualquier caso, la redacción del precepto debería ser otra, como “haber incurrido el progenitor en las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad” (causas que el art. 170 CC no concreta, diciendo, simple y llanamente, que la sentencia debe fundarse en “el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma”). Puede ser que este olvido del legislador, respecto al maltrato de obra o las injurias proferidas por los padres contra los hijos, se debiese a la antigua redacción del art. 154 CC, que permitía a aquellos “corregir razonable y moderadamente a los hijos”. La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, mal llamada “Ley del cachete”, derogó la facultad de corrección paterna, de modo que los padres, actualmente, y atendiendo a la literalidad del art. 154 CC, además de respetar la integridad física y mental de los hijos, deberán recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su función, pero no podrán corregirlos unilateralmente. Dado el estado de la cuestión, lo más sensato, por razones de coherencia del sistema, es que, de *lege ferenda*, se tipifique, además de las injurias, el maltrato y, cómo no, el abandono como causas de desheredación de padres y ascendientes. Podría pensarse que la causa contemplada en el art. 854.1ª puede contemplar los supuestos de maltrato, pero no es así, dado que la redacción del precepto, en relación al art. 170 CC, exigiría, amén el incumplimiento de los deberes filiales, sentencia fundada, sin perjuicio de que no todo maltrato conllevaría, inexorablemente, la sanción de la pérdida de la patria potestad, máxime si deparamos en las penas previstas en el art. 153 Código Penal (CP) para los supuestos en los que un progenitor cause un menoscabo psíquico o lesione a un hijo menor de edad, en cuyo caso no será castigado con la pérdida de la patria potestad, sino con la “inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad”, que es distinto (cfr. art. 46 CP que distingue entre la inhabilitación y pérdida de la patria potestad).

30 Vid. arts. 143 y 144 CC. A veces no es necesario que los padres hayan fallecido para que los abuelos sean los alimentantes del nieto, pues sucede en ocasiones que el progenitor no tiene suficientes medios para atender al deber de alimentos inherente a la patria potestad. Ocurrió así en la STS 2 diciembre 1983 (RJ 1983, 6816) y, más recientemente, en la STS 2 marzo 2016 (RJ 2016, 638), donde los abuelos, como en el caso anterior, fueron condenados a satisfacer a la nieta una pensión de alimentos por la insolvencia del padre. Este caso fue interesante porque se discutió sobre si los gastos extraordinarios consistentes en las clases de música y apoyo se integraban en la pensión de alimentos cuando los abuelos eran los obligados, descartando el Alto Tribunal dicha posibilidad, debido al distinto régimen que existe, respecto a los alimentos, cuando estos emanan de la patria potestad o de la obligación de alimentos entre parientes. En otro trabajo, GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “La obligación de alimentos de los abuelos respecto a los nietos”, *Revista Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 7, junio 2019, p. 10, decíamos lo siguiente respecto a dicha diferenciación: “Conviene recordar que el deber de alimentos no tiene autonomía propia cuando el alimentista es un hijo bajo patria potestad, ya que los alimentos quedan inmersos en las funciones tuitivas, lo que implica, a efectos prácticos, que el concepto de alimentos comprendido en el artículo 154 CC abarca la más amplia extensión que ampara nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, también la educación y la formación integral del menor se incardina en la patria potestad, cubriendo dicho deber no solo la educación básica, sino todo lo necesario para su formación física, intelectual y moral, ya se concéptue como un gasto ordinario o extraordinario”. De lo dicho se colige la diferente extensión y finalidad de los alimentos, pues mientras los reconocidos en el artículo 110 y 154 CC, derivados de la relación paterno filial, tienen como objetivo, amén de procurar las necesidades básicas, el desarrollo de la personalidad del menor, los

CC resulta paladino, atendiendo a una lectura del precepto *ad pedem litterae*, que las facultades y los deberes del binomio que conforma la relación filial atañen a la relación que liga a los progenitores con los hijos. Los únicos preceptos que contemplan la figura de los abuelos respecto a los nietos son los arts. 90, 94, 103, 160 y 161 CC, en el sentido de contemplar un régimen de visitas, salvo el art. 103 CC que regula el supuesto de que los abuelos asuman la tutela. Este régimen de visitas fue incorporado en nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, destacando su Exposición de Motivos que el ámbito familiar no se circunscribe a las relaciones paternofiliales, pues los abuelos desempeñan un papel crucial para el menor. Sin embargo, la reforma, que en su día calificamos como una suerte de “brindis al sol”³¹, dejó pasar la oportunidad de contemplar, *ex profeso*, el deber de respeto que incumbe a los nietos respecto a los abuelos, pues si aquellos pueden ser legitimarios, por el mal llamado derecho de representación –art. 857 CC-, sería lógico que, como quiera que la legítima se fundamenta en la solidaridad familiar, esta solidaridad no solo deba predicarse respecto a los abuelos, que forzosamente, y en defecto de descendientes de primer grado, le tendrán que dejar una parte de la herencia a los nietos, sino también a estos, que, como mínimo, deberán respetar a sus ascendientes.

Piénsese en un supuesto en el que, fallecido el progenitor, o siendo este desheredado o declarado indigno respecto a la herencia de su ascendiente, y configurándose como legitimario el hijo (nieto del causante), este rehúsa, voluntaria e injustificadamente, relacionarse con su abuelo. Este lo deshereda por el art. 853.2º CC e, incoado el pleito donde se vindica la nulidad de la disposición testamentaria, la defensa del nieto alega que este no tenía ningún deber de respetar al testador, en el sentido de mantener un contacto con el ascendiente, pues el legislador tan solo consagra dicho deber en las relaciones filiales –art. 155.1º CC- y no necesariamente en las relaciones entre el abuelo y el nieto. Evidentemente, el sentido común y el fundamento del sistema legitimario impone la aplicación analógica del art. 155.1º CC. No obstante, y ante el riesgo de que salga al telón en un futuro esta polémica, quizás debería tipificarse de *lege ferenda* este deber, pues si el nieto puede ser legitimario y recibir la legítima del abuelo, limitando la libertad de testar de este ¡Que menos que tenga el deber de respetarlo!

previstos en el artículo 142 C se erige como un medio de protección de las necesidades más básicas y elementales del alimentista, de contenido más limitado respecto al que corresponde los padres”.

31 GÓMEZ VALENZUELA, M.Á.: “Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos: A propósito de la nueva doctrina jurisprudencial”, *Revista Abogados de Familia*, marzo 2020, p. 25.

IV. TRANSICIÓN HERMENÉUTICA: DE LA TEORÍA LEGISLATIVA PRIMITIVA A LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD OBJETIVA DE LA LEY.

Viendo el rótulo que preside este apartado, puede parecer una hipérbole la afirmación consistente en que, sede de interpretación de la desheredación, los Juzgados y Tribunales han abrazado la teoría legislativa primitiva, convirtiendo a los intérpretes de las causas desheredativas en una suerte de convidados de piedra. No obstante, analizando las sentencias que se dictaron antes de que el Tribunal Supremo consagrara el maltrato psicológico como causa de desheredación, la afirmación no resulta descabellada, como veremos a continuación.

I. El Tribunal Supremo como último bastión del sistema legitimario: Olvido del carácter relativo de la regla odiosa *sunt restringenda*.

Ya adelantamos que la jurisprudencia, parapetándose en la naturaleza sancionadora de la desheredación y la regla *odiosa sunt restringenda*³², ha gravitado en torno a la protección del sistema legitimario o, en palabras de Lasarte, la “defensa a ultranza del desheredado”³³, al socaire de que, como quiera que la desheredación es una sanción, sus normas no podrán interpretarse extensivamente ni, menos aún, aplicarse de manera analógica.

Este planteamiento lo recoge la STS 11 febrero 1946³⁴ que, aunque referida a las causas de indignidad, su razonamiento es plenamente extrapolable a las causas de desheredación: “Sin pretensiones de identificar en absoluto las causas de incapacidad con las de indignidad para suceder “ex” testamento o abintestato, hay en ellas un marcado nexo que las preside en cuanto unas y otras tienden a impedir que el heredero entre en la posesión de la herencia, y como es norma general la capacidad y la dignidad e idoneidad “ab initio” para suceder, la excepción a esta norma, que en definitiva se traduce en una sanción o pena civil, se ha de interpretar restrictivamente”. Años más tarde, la STS 30 septiembre 1975³⁵, en un

32 Así lo dijo la STS 6 diciembre 1952 (RJ 1952, 2430), en un pleito donde se discutió si, ante la premorancia del hijo, cabía el derecho de representación de los nietos respecto al tercio de libre disposición, diciendo la sentencia, no sin antes condenar la expresión utilizada por el legislador del derecho de representación, que “en nuestro derecho constituido no se da acceso al derecho de representación en la porción libre de la que ha dispuesto el testador en favor de un hijo que le ha premuerto y ha dejado descendencia”. En la misma senda, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 24, quien estima que llamar “derecho de representación” al fenómeno consistente en que los parientes del heredero le sucedan en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar representa una “perturbación lingüística en el mundo del Derecho”.

33 LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea”, en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. LASARTE ÁLVAREZ), Tecnos, Madrid, 2007, p. 364.

34 STS 11 febrero 1946 (RJ 121, 1946).

35 STS 30 septiembre 1975 (RJ 1975, 3408). También puede verse la STS 7 marzo 1980, ya citada en este trabajo, que, además de exponer la diferencia entre desheredación e indignidad, dijo que la observancia de los requisitos formales en cuanto a la desheredación deben ser objeto de “interpretación estricta”. En este supuesto el Alto Tribunal acertó, toda vez que los herederos vindicaban una causa desheredativa de

pleito donde se discutió el testamento que contenía una desheredación, confirmó la sentencia recurrida porque, además de que la causa desheredativa no fue probada por los herederos, las mismas debían “interpretarse restrictivamente por aplicación del principio general de derechos «odiosa sunt restringenda» y porque de otra forma se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido en favor de los hijos por los arts. 806, 807, núm. 1 y 808 de la Ley Civil Sustantiva”.

La STS 28 junio 1993³⁶ analizó otro supuesto de desheredación, en el que la hija fue desheredada porque en el proceso de divorcio de los padres confesó que una empleada de su padre era su amante y atendiendo a que la relación afectiva entre la hija y su progenitor fue inexistente, no mostrando aquella ningún interés ni aun cuando su ascendiente transitó en su última enfermedad. Respecto a los primeros hechos en que se basó la desheredación, el Tribunal manifestó, con acierto, que la hija tenía obligación de decir la verdad en el juicio del divorcio y que no se apreció el elemento subjetivo de las injurias, capital para que un legitimario pueda ser desheredado, tal y como veremos en este trabajo; sin embargo, la sentencia, no contenta con exponer que no concurría *animus injuriandi*, insistió en que “ha de imponerse una interpretación restrictiva de la institución, que no sólo proclama el art. 848 del texto legal, sino también la abundante jurisprudencia, orientada en la defensa de sucesión legitimaria; no admitiéndose: ni la analogía, ni la interpretación extintiva, ni siquiera la argumentación de «minoris ad maiorem»”. Respecto a la situación de abandono que vivió el padre durante su ancianidad, el Tribunal Supremo también desestimó dichos hechos como una justa causa de desheredación, diciendo que se trataban de hechos que “de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva sólo están sometidos al Tribunal de la conciencia”³⁷.

La STS 4 noviembre 1997³⁸, paradigmática por su defectuoso planteamiento, enjuició un supuesto en que unos hijos habían interpuesto una demanda de juicio ordinario para vindicar la nulidad de una cláusula del testamento de su padre en la que los había desheredado, designando heredera del haber hereditario

un causante que murió intestado, siendo imposible, en estos casos, que opere la desheredación (art. 849 CC).

36 STS 28 junio 1993 (RJ 1993, 4792).

37 En el seno de las Audiencias Provinciales la mayoría de las sentencias siguieron los mismos cánones hermenéuticos, como la SAP Granada 23 mayo 1997 (AC 1997, 1212), la SAP Asturias 10 julio 1997 (AC 1997, 1528), o la SAP Jaén 1 diciembre 1995 (AC 1995, 2368), cuyo fundamento de derecho quinto decía lo siguiente: “Las motivaciones personales o las circunstancias por las que el testador vivió en soledad en los últimos años de su vida alojado en una residencia cuyos gastos sufragaba el mismo, no cabe asimilar al concepto de alimentos, ni equiparar la negación de éstos a la falta de cariño, de calor humano, de atenciones al padre o de desconsideración a las necesidades de la edad pues, como señalaba la Sentencia del TS de 28 junio 1993, que parece escrito para el caso de autos, «la falta de relación afectiva y de comunicación entre los hijos y el padre, el abandono sentimental sufrido por éste, la ausencia de interés demostrado por los hijos en relación con los problemas del padre, son circunstancias y hechos, que de ser ciertos o no justificados, corresponde al campo de la moral que escapa de la valoración y la apreciación jurídica y que en definitiva sólo están sometidas al tribunal de conciencia”.

38 STS 14 noviembre 1997 (RJ 1997, 7930).

a su hermana, tía carnal de los demandantes. Los hechos que justificaron la desheredación fueron, en palabras del fundamento de derecho cuarto de la citada sentencia, que los hijos no convivieron con su padre cuando este alcanzó la ancianidad, no mantuvieron ningún contacto con él y, por si ello fuera poco, ni siquiera acudieron a su entierro ¡todo un paradigma del cumplimiento de los deberes filiales! No obstante, el Tribunal Supremo desestimó que dichos hechos pudiesen representar una causa justa de desheredación, aduciendo que “la jurisprudencia que interpreta este precepto³⁹, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previsto en la ley”.

Valga la jurisprudencia expuesta para percatarnos como, más que defender la regla *odiosa sunt restringenda*, lo que ha venido haciendo el Tribunal Supremo, hasta comienzos del nuevo milenio, es defender fielmente el sistema legitimario⁴⁰ según las directrices marcadas por el legislador patrio, desconociendo que los principios rectores de la familia y el propio modelo familiar han evolucionado desde la codificación, debiendo tener su reflejo en un instituto, como la desheredación, cuyas causas están arraigadas al cumplimiento, o mejor dicho, incumplimiento de los deberes familiares. Así, si observamos el común denominador de los supuestos de hecho de las dos últimas sentencias citadas, podemos ver que ambos casos tuvieron como antecedente fáctico una crisis matrimonial y el quebrantamiento de los lazos comunes que ligaba a los hijos con uno de los progenitores, precisamente, el que les desheredaba. Desde nuestra óptica, teniendo como fundamento la legítima la solidaridad familiar⁴¹, constituye un auténtico despropósito que, al

39 Se refería al art. 853 CC.

40 Véase la definición de desheredación ensayada por la SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013, 2219), para percatarnos cómo en algunas resoluciones late una férrea defensa del sistema legitimario: “acto por el cual el testador, en virtud de una justa causa, priva a un heredero forzoso de su derecho a la legítima, es decir, “arrebatarle” la parte que la ley le reserva en la herencia”.

41 Otros autores, como ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018, p. 12, o DE BARRÓN CARRASCO, M. C.: “Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes”, en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. RAMOS PRIETO y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 96, hablan de “solidaridad intergeneracional”, pero, siguiendo VAQUER ALOY, A.: “Acerca del fundamento de la legítima”, *InDret*, octubre 2017, p. 18, y “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. A. VAQUER ALOY, M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, E. BOSCH CAPDEVILLA), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2018, p. 79, es menester emplear el término solidaridad familiar, dado que, respecto a las causas de desheredación previstas para los cónyuges, la solidaridad intergeneracional brilla por su ausencia, ya que estos pertenecen a una misma generación. No obstante, el citado autor, pese a dicha matización, sigue empleando el término “solidaridad intergeneracional”. DE PERALTA ORTEGA, J.C.: “Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación”, en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. LASARTE ÁLVAREZ), cit., p. 388, no se refiere, *ex profeso*, a la solidaridad familiar como fundamento de la legítima, pero así se infiere del siguiente fragmento: “El fundamento de esta institución se funda según la mejor doctrina en el hecho evidente de que la designación de herederos forzosos no parece que pueda imponerse al causante en todo caso y bajo cualquier circunstancia, sino sólo en situaciones de normalidad familiar, pues si la inexistencia de afecto familiar se ha hecho evidente de forma particularmente grave, a través de hechos o actos que garantizan la ruptura de la unidad familiar que constituye el presupuesto del sistema legitimario, resulta natural que la ley haya de llegar a la conclusión que quien, en principio es considerado “heredero forzoso” deje de serlo y sea privado de la cuota legitimaria que, en otro caso, podría haberle correspondido”.

amparo del artificioso tratamiento de la desheredación como una sanción civil y la aplicación de la regla *odiosa sunt restringenda*, se haya dado cobertura, y se siga dando, a auténticas manifestaciones de maltrato, pues el abandono del progenitor, por causa no imputable a este, merece tal calificativo, máxime si tenemos en cuenta las especiales circunstancias en las que se hallaban los causantes de los casos que desembocó en el Tribunal Supremo, en una edad que permite englobarlos en la ancianidad.

Por todo ello, si se quiere seguir caracterizando la desheredación como una sanción, lo más oportuno sea especificar que se trata de una *sanción familiar*, como así hemos propugnado en este trabajo, pues el calificativo familiar, o si se quiere, la solidaridad familiar, no debe predicarse solo respecto al causante, que parece, siguiendo los razonamiento de las citadas sentencias, que es el único sujeto obligado a rendir tributo a dicha solidaridad, sino también respecto a los legitimarios, pues, en caso contrario, existiría el riesgo, como así ha sucedido, de interpretar exclusivamente el instituto de la desheredación desde la perspectiva de estos, cuando debe predicarse, justamente, que las causas desheredativas sean interpretadas al albur del cumplimiento e incumplimiento de los deberes familiares que atañen tanto al testador como a los herederos, so riesgo de caer en una suerte de reduccionismo injustificado y en una solidaridad familiar selectiva.

Ha de insistirse en que la regla *odiosa sunt restringenda*, en sede de desheredación, adquiere un cariz relativo, pues lo que puede ser "odioso" para el legitimario podrá serlo para el testador que deshereda en el caso de que, ante un clamoroso incumplimiento de los deberes familiares, este vea que la desheredación no podrá ser declarada justa porque los Tribunales optan por una defensa a ultranza del familiar que no le respetó o desatendió en vida. Véase el caso que estudió la STS 4 noviembre 1997, donde estimó las pretensiones de los hijos declarando injusta la desheredación de un padre al que habían abandonado en vida. Si en este caso el Alto Tribunal siguió la regla *odiosa sunt restringenda* de las causas desheredativas por ser estas perjudiciales a los legitimarios, podemos ver aquí la relatividad de dicha regla si invertimos el enfoque al compás del concepto de solidaridad familiar: Lo que podría ser potencialmente lesivo para los legitimarios lo será también para el testador, que contemplaría como, a pesar de ser acreedor de un daño fruto de una actitud egoísta e insolidaria, aquellos serán premiados con la legítima, desatendiéndose la idea básica del negocio jurídico familiar, fuente tanto de derechos como de deberes recíprocos⁴², el principio *favor testamenti* o la dignidad personal. En definitiva, no se puede desvestir a un santo para vestir a otro, pues

42 Aunque en algunas relaciones familiares no exista una total simetría respecto a la relación obligacional que liga a determinados parientes, como sucede con los padres y los hijos cuando estos son menores de edad, donde las obligaciones de aquellos son más importantes que las que asisten a su prole, tanto cuantitativa como cualitativamente, ello no es óbice para descartar que los hijos, aun menores de edad, tengan también deberes respecto a sus progenitores (vid. 155 CC).

lo que *a priori* podría ser desfavorable u “odioso” para los legitimarios, podrá serlo para el testador si no se interpreta la legítima conforme a su fundamento, que no es otro que la solidaridad familiar⁴³.

Por ello, cuando decíamos al principio de este apartado que los Juzgados y Tribunales han secundado la teoría legislativa primitiva o, en otras palabras, han sido “gobernados de la Ley” en los litigios de desheredación, no entendemos que se trate de una exageración lingüística⁴⁴, porque, so pretexto de la regla *odiosa sunt restringenda* y la defensa férrea del sistema legitimario, se han inhibido en interpretar las causas desheredativas conforme al fundamento de la legítima, cuyo reverso es la desheredación, como si de la otra cara de una misma moneda se tratase, y, en concreto, han razonado al margen de la solidaridad familiar y la respuesta que cabe dar al incumplimiento de los deberes familiares.

2. La STS 3 junio 2014 como punto de inflexión: ¿interpretación sociológica o teleológica?

Como hemos visto, la jurisprudencia ha ido encaminada a defender fielmente el sistema legitimario, afirmando que conductas tales como el abandono o la ausencia de relación afectiva, son hechos que se incardinan en el campo de la moral e intrascendentes en la ordenación de la sucesión del causante y, sobre todo, en el presunto derecho del legitimario a recibir la legítima.

Quizás pudiera pensarse que la STS 26 junio 1995⁴⁵ fue el primer atisbo de cambio en materia de desheredación. Dicho caso fue particular, porque estimó justa la desheredación de una madre a un hijo que vio como su nuera la expulsó de su domicilio, pasando la causante los últimos días de su vida ocupando otra vivienda que estaba en ruinas y sin otras atenciones que las que le proporcionaba su sobrina, gravitando la defensa del legitimario en que él, personalmente, no fue quién expulsó a su madre. El Tribunal desestima dicha excepción, diciendo que no era necesario, para apreciar el maltrato de obra (art. 853.2ª CC), que el hijo fuera quien empleara la fuerza física, bastando que, conociendo tal circunstancia, no adopte ninguna medida para repeler el acto. A nuestro modo de ver, pese al acierto de la sentencia, esta no supuso un cambio jurisprudencial en materia de

43 En autores clásicos como PUIG BRUTAU, J.: *Fundamento de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III, Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de la herencia*, cit., p. 212, late este idea: “Si la legítima se funda en los deberes de asistencia y afecto del causante hacia el legitimario (*officium pietatis*), la desheredación significa la dispensa que la ley confiere al testador de seguir vinculado por tal deber, ante la concurrencia de una causa grave y legalmente reconocida”.

44 Más si valoramos las palabras de SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, cit., p. 1106, a principios del siglo XIX, que decía, en relación a las causas desheredativas, amén de que son las enumeradas taxativamente en los arts. 853, 854 y 855 CC, lo siguiente: “Sin que sea este punto que pueda remitirse á ningún género de apreciación de los Tribunales ni materia lícita de contienda litigiosa la racionalidad, justicia, analogía ó mayor gravedad de la causa, comparada con las de la ley”.

45 STS 26 junio 1995 (RJ 1995, 5117).

desheredación, y ello por dos razones: una, porque dos años después se dictó la STS 4 noviembre 1997, ya citada, en el que el Alto Tribunal siguió diciendo que las causas de desheredación debían ser objeto de interpretación restrictiva, siendo irrelevante el abandono de unos hijos hacia su padre; otra, porque lo único que hizo la sentencia fue condenar el maltrato de obra por omisión, al igual que ocurre con la responsabilidad extracontractual⁴⁶ o numerosos tipos delictivos, siendo de sobra conocido que un maltrato no solo se puede infringir a otro por acción, sino también por omisión, máxime si el responsable estaba en unas circunstancias donde repeler la agresión o compulsión física.

No obstante, las situaciones de abandono, antes de que el Tribunal Supremo consagrara el maltrato psicológico como causa de desheredación, han sido objeto de un tratamiento asimétrico según quien fuesen los legitimarios, siendo más beligerantes con los cónyuges que con los hijos, con quienes han mostrado una extraordinaria benignidad. Ejemplo de este trato diferencial es la STS 25 septiembre 2009⁴⁷, que trató un supuesto de desheredación entre cónyuges por la vía del art. 855.1ª CC –“haber incumplido grave y reiteradamente los deberes conyugales”-. En la *litis*, la demandante abandonó a su marido en Venezuela, a pesar de seguir el vínculo matrimonial, teniendo que afrontar en soledad el testador un cáncer maligno que precisó dos intervenciones quirúrgicas, para, posteriormente, regresar a España donde murió en compañía de sus hijos. Dichos hechos fueron interpretados en sede casacional como un incumplimiento del deber de ayuda y socorro mutuo, cristalizados, respectivamente, en los arts. 67 y 68 CC⁴⁸.

Si comparamos esta última sentencia con las SSTs 28 junio 1993 y 4 diciembre 1997 la pregunta es obligada: ¿Hubiese prosperado dicho relato como causa de desheredación de haber sido los hijos, y no el cónyuge, los desheredados? Huelga decir que probablemente no, máxime si la causa de desheredación fuese el maltrato de obra, ya que el Tribunal Supremo, apelando al manido argumento de que las causas de desheredación deben tener un enfoque interpretativo restrictivo, habría aducido que el abandono se trata de unos hechos incardinados en la moral, intrascendente en la sucesión del causante y, sobre todo, en el derecho del heredero forzoso a recibir su legítima, a pesar de que tales conductas, cuando no son imputables al causante, representan un atentado al deber de respeto que debe presidir las relaciones filiales (art. 155.1ª CC).

46 Vid. art. 1902 CC.

47 STS 25 septiembre 2009 (RJ 6442, 2003).

48 Similar exégesis adoptó la SAP Valladolid 22 mayo 2012 (JUR 2012, 230225), declarando la validez de desheredación entre cónyuges ante un caso de abandono; sin embargo, el precepto que invocó el testador fue el art. 855. 3ª CC -la negación por el cónyuge legitimario de alimentos al otro cónyuge-, diciendo la Audiencia Provincial lo siguiente en su fundamento de derecho segundo *in fine*: “No resulta lógico ni comprensible su comportamiento de prolongada y total pasividad, desatención y abandono para con su esposo, (no hizo uso de los servicios sociales, ni colaboró en la localización de los hijos, no acompañó ni visitó a su marido al hospital) en la última época que convivía con él”.

Esta doctrina jurisprudencial construida sobre la base de que la desheredación es una sanción, huérfana del calificativo “familiar”, y que tiene que ser objeto de una interpretación restrictiva, olvidando que lo perjudicial que justificaba dicha interpretación era y es relativo en el binomio del negocio jurídico familiar, y que la desheredación no solamente se tiene que mirar desde la perspectiva de los derechos de los legitimarios, sino también de sus deberes, experimentó un cambio notable a raíz de la STS 3 julio 2014⁴⁹, ratificada por la STS 30 enero 2015⁵⁰ y otras posteriores⁵¹.

Es llamativa la exégesis de la STS 3 julio 2014, pues, aun admitiendo que las causas de desheredación son, exclusivamente, las previstas en el artículo 848 CC y que, por ende, las mismas no podrán ser objeto de interpretación extensiva ni de aplicación analógica, ello no es óbice, en palabras del Alto Tribunal, para que “la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo”⁵². Sigue diciendo que, respecto a los malos tratos o las injurias, y descartada ya la regla *odiosa sunt restringenda*, deben ser objeto de “una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del en que se producen”. Por ello, en palabras de la sentencia, situaciones en las que un hijo abandona a su padre causándole a este una perturbación emocional, deben ser conceptuadas como un maltrato psicológico y una justa causa de desheredación, pues de lo contrario se lesionaría la dignidad de la persona, el *favor testamenti* o la doctrina de la conservación de los actos jurídicos.

Algunos autores han resaltado la interpretación sociológica de la STS 3 julio 2014⁵³, en el sentido de que, aunque no exista un consenso en torno a la reforma que cabría emprender del sistema legitimario, hay una corriente mayoritaria de autores, entre los que se encuentran Magistrados del Tribunal Supremo, que

49 STS 3 junio 2014 (RJ 2014, 3900).

50 STS 30 enero 2015 (RJ 639, 2015).

51 Sin perjuicio de que son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales, en sede casacional ha vuelto a ratificar dicha exégesis la STS 13 mayo 2019 (RJ 2019, 2212).

52 A nuestro modo de ver, el argumento empleado por la sentencia respecto a la interpretación según sus resultados supone un autentico laberinto, pues, por un lado, dice que las causas desheredativas no podrán ser objeto de una interpretación extensiva y, por otro, que no ha de imponerse un criterio restrictivo ¿En qué quedamos? Según ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, pp. 316 y 317, lo que dice el Tribunal Supremo es que ha de predicarse una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social y, a su vez, una interpretación rígida y restrictiva “a la hora de enjuiciar si los concretos hechos sometidos a su consideración encajan o no en algunas de dichas conductas”. En nuestra opción, si se siguiera imponiendo una interpretación “rígida o restrictiva” a la hora de ver si la concreta causa encaja en los hechos probados, como, a juicio de la citada autora debe interpretarse la STS 3 junio 2014, estaríamos como antes de la citada sentencia, pues el maltrato psicológico no encaja en la literalidad del art. 853.2º CC. Sin duda alguna, esta problemática la ha causado el Tribunal Supremo por una redacción confusa y enrevesada, avisando que la desheredación no es un “café para todos”, a fin de evitar que proliferen desheredaciones que queden extramuros del maltrato psicológico.

53 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2015, *Parte Estudios* (versión digital), p. 3.

abogan por una reforma que aumente la libertad de testar⁵⁴. Ciertamente, las líneas maestras de la regulación de la legítima y la desheredación obedecen, sustancialmente, a la primigenia redacción decimonónica del Código Civil. Sin embargo, los principios rectores del modelo familiar decimonónico, en los que se sigue asentando la actual regulación de la desheredación, han evolucionado, como muestra la generalización del divorcio, la movilidad del individuo inherente a la globalización, el concepto de libertad personal, la inserción de la mujer en el mundo laboral o los distintos roles desempeñados, motivos todos ellos que demandan reinterpretar las causas desheredativas al son de los tiempos actuales.

Sin embargo, lo que en 2014 era un abandono de los hijos que provocó una perturbación emocional al testador, lo era también en 1993, cuando el Tribunal Supremo dijo que estos hechos obedecían al campo de la moral y al Tribunal de la conciencia. En ambos casos, y a pesar de gravitar las controversias en fechas que distan décadas entre sí, hubo un maltrato psicológico, como ahora lo cataloga la jurisprudencia, por ello, cabe reflexionar en torno a la siguiente cuestión ¿El maltrato psicológico que padeció el causante en 1993 fue distinto respectó al de 2014? Probablemente, no. Lo que si fue distinto es el enfoque que le dio el Tribunal Supremo. A nuestro modo de ver, frente a la interpretación sociológica del art. 853.2ª CC, que no negamos, lo que realmente preponderó, aunque no se manifestara expresamente en la sentencia, fue la interpretación teleológica de la desheredación, relegada enterrada hasta 2014, toda vez que el Alto Tribunal atendió a la reglamentación de la legítima y la desheredación, como su reverso, según su espíritu y finalidad, pues si aquella se asienta en la solidaridad familiar, clama al cielo que cuando quiebra esta solidaridad de mano de los legitimarios, el testador estará exento de rendir tributo a tal noble concepto, no pudiendo desconocerse que la desheredación, como institución mixta, debe rendir tributo a la observancia de los deberes familiares básicos y elementales, y que mejor modo de rendir tributo a la existencia de dichas obligaciones permitiendo desheredar a aquellos familiares ingratos que se escondieron en vida para aparecer al fallecimiento del causante⁵⁵.

54 Así lo expone PARRA LUCÁN, Mª. A.: “Las legítimas e la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil”, en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (dirs. F. CAPILLA RONCERO, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, F.J. ARANGUREN URRIZA), Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 194 y 194, donde apunta el consenso existente en la necesidad de reducción de las legítimas con la consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante; sin embargo, el consenso no es unánime en cuando a la concreta reforma que cabría abordar.

55 VAQUER ALOY, A.: “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, cit., p. 81, comparte el mismo criterio, diciendo que “aunque la desheredación pueda concebirse como una sanción –a su vez de interpretación restrictiva–, ello no signifi [que] que la interpretación o valoración de la concreta causa previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo. No hay, pues, obstáculo legal ni hermenéutico a que las causas de desheredación existentes puedan ser aplicadas en clave más teleológica, de modo que respondan, con mayor efectividad, a la solidaridad intergeneracional”.

V. NOTAS GENERALES DE LA CAPACIDAD Y RESPONSABILIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL.

Dado el objeto de este trabajo, y vertidas a un modo preludeo unas nociones introductorias e imprescindibles para la comprensión del instituto de la desheredación, es menester que en las sucesivas líneas tratemos, a escala general, la capacidad y responsabilidad civil del menor en el Derecho civil, incluyendo la del menor emancipado, a veces tan olvidado, para luego concretar más el enfoque desde la perspectiva de la desheredación, exponiendo, *grosso modo*, el estado de la cuestión y los aspectos problemáticos.

I. El menor de edad como sujeto con cierta capacidad de obrar.

Sin temor al equívoco, el debate en torno a la capacidad de obrar del menor es uno de los más apasionantes y prolijos que puede haber en el Derecho Privado, trascendiendo incluso al Derecho Público⁵⁶ si tenemos en cuenta que, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, se constitucionalizó la mayoría de edad en el art. 12 de la Constitución (CE)⁵⁷. No obstante, y dadas las humildes pretensiones de este trabajo, nos centraremos a continuación en la evolución que ha experimentado la figura del menor en los que respecta a su capacidad de obrar, no pretendiendo abordar un estudio *in extenso*, sino más bien conciso que refleje el estado de la cuestión.

Entendida la capacidad de obrar, siguiendo a DE CASTRO, como la cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia jurídica de sus actos⁵⁸, se ha dicho que esta capacidad puede estar afectada por la aptitud natural del individuo, citando la doctrina clásica como supuestos de esta falta de aptitud tanto la incapacitación

56 Aunque en la doctrina española ha abundado estudios respecto a la capacidad del menor desde la perspectiva del Derecho Civil, no ha sido tan prolija la producción científica en el ámbito constitucional, a pesar de que el ámbito de la capacidad del menor, como afirmó recientemente PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero 2021, pp. 44 y 47, la capacidad del menor tiene una dimensión constitucional que debe ser interpretada "desde un enfoque de derechos humanos". En este sentido, ha apuntado GONZÁLEZ PORRAS, J.M.: "La menor de edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 254, que la minoría de edad no puede suponer una exclusión automática de los derechos contenidos en la Constitución, pues podría vulnerarse el art. 14 CE que proscribía la discriminación por razón de nacimiento o cualquier otra circunstancia de orden personal o social, a lo que añadimos nosotros que no solo podría configurarse como discriminatoria una actuación o un precepto que excluya la titularidad de los derechos, sino también su ejercicio.

57 LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores", en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coords. M^a. P. POU DE LA FLOR, R.A. LEONSEGUI GUILLOT, F. YAÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009, pp. 9 y 10, estimó acertada la inclusión en el art. 11 CE, diciendo que "ubicada, no obstante, la mayoría de edad en los Códigos Civiles, la vocación de generalidad de la misma comienza a perder su significado propio desde el momento en que la aparición de nuevas ramas del Derecho y sus consiguientes textos legislativos optan por señalar barreras cronológicas de capacitación no coincidentes con la mayoría de edad general establecida en el Código Civil".

58 DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Tomo II, Madrid, 1952, pp. 49 y 50. Esta cualidad, siguiendo a GARCÍA AMIGO, M.: *Derecho civil de España*, I, *Parte general*, Madrid, 1997, p. 276, se refiere a la aptitud para el ejercicio de los derechos y los deberes, teniendo relevancia en la eficacia jurídica de sus actos.

como la minoría de edad. Según Lasarte, la consideración del menor como un incapaz para la vida civil se debía a la redacción, por aquel entonces, del art. 1263 CC, según el cual “no pueden prestar consentimiento (...) los menores de edad no emancipados”⁵⁹.

Sin embargo, DE CASTRO, con su habitual magisterio, criticó duramente dicha dogmática, describiendo el estado de la cuestión sobre la incapacidad del menor en la vida civil y la realidad práctica, pues los menores, decía, cuando tienen cierta autonomía, se desenvolvía y desenvuelven en la vida cotidiana con asiduidad, perfeccionando numerosos actos y negocios jurídicos que, sin capacidad de obrar, no podrían perfeccionar. Más recientemente, puso de manifiesto Jordano Fraga que “en la realidad del tráfico vemos que cierto tipo de transacciones elementales se perfeccionan se realizan por menores de edad (compra de chucherías y material escolar, transporte urbano) y nadie duda de su capacidad para entender su alcance y manifestar una voluntad libre y vinculante. A medida que la edad aumenta hasta aproximarse a los límites de la mayor edad, la gama de contratos realizados por el menor y su complejidad y cuantía económica aumenta”⁶⁰. Por ello, según el citado autor, la capacidad de obrar de los menores debe ser, por definición, de ámbito limitado, variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad⁶¹. En definitiva, pese a lo que parecía sugerir el art. 1263 CC, el menor no está privado de la capacidad de obrar. Esta tendencia, de reconocer al menor cierta capacidad de obrar para según en qué ámbito se desenvuelva y de su aptitud concreta, fue calificada en su día por

59 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la persona, Principios de Derecho civil I*, cit., p. 189.

60 El Alto Tribunal también ha reconocido, con menor o mayor acierto, la capacidad de obrar del menor, por ejemplo, en el fundamento de derecho tercero de la STS 10 junio 1991 (RJ 1991, 4434): “Resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria”. Aquí el Tribunal Supremo parte de la tesis de que los actos realizados por los menores son ratificados tácitamente por sus progenitores. Debe matizarse, pues no todo acto o contrato que realiza un menor precisa de la ratificación, expresa o tácita, de sus representantes legales, máxime si aquel actual en un ámbito propio a sus condiciones madurez y de conformidad con los usos sociales; es decir, aunque los padres se opongan, no podrán conseguir la invalidez de un contrato celebrado por el menor que se incardina en su esfera de actuación ¿Podrían los padres devolver las chucherías que ha comprado el menor arguyendo que no han ratificado el contrato de compra y venta y por tanto este es inválido? Evidentemente no.

61 JORDANO FRAGA, F.: “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 1984, p. 892. En la doctrina latinoamericana se sigue esta tendencia, pudiendo citarse, entre otros, a PELLEGRINI, M^a V.: “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad”, *Revista de Derecho de familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 42, abril 2009, p. 85, empleando el concepto de “autonomía progresiva”, que se podría definir, siguiendo las aportaciones de PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Autonomía progresivas y capacidad para testar de las personas menores de edad”, cit., p. 46, como aquel sistema que reconoce a los menores de edad, sujetos de derechos, no solo la titularidad, sino la posibilidad de ejercerlos por sí mismos, conforme a su grado de madurez, su posibilidad de discernimiento y a la vez la concreta naturaleza del acto en que se concreta el derecho.

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN como peligrosa, por arbitraria e injusta, pues, en contra del principio de seguridad jurídica, deja la apreciación de la capacidad de obrar a un juicio subjetivo⁶².

En nuestra opinión, es menester la inseguridad jurídica que entender que el menor es un sujeto privado de capacidad de obrar, pues ello implicaría afirmar, erróneamente, que el menor, amén de no tener capacidad de obrar plena⁶³, no tiene autonomía para los actos relativos a sus condiciones de madurez, además de que poco se compadecería dicha afirmación con la práctica forense, al socaire de que el menor, en la vida diaria, presta válidamente su voluntad para numerosos actos⁶⁴. Dicho de otra manera, y siguiendo a DE CASTRO, uno de los pioneros en lo que a capacidad de obrar del menor se refiere⁶⁵, “la limitación de la capacidad de obrar del menor habrá de estar en cada caso justificada jurídicamente, y en este sentido puede decirse que es excepcional”⁶⁶. Más recientemente, NIETO ALONSO

62 DIEZ-PICAZO, L Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 252. Citar Derecho Romano.

63 Obsérvese que decimos capacidad de obrar plena y no absoluta porque, como dice O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 192, la mayoría de edad no implica un poder omnimodo para todos los actos de la vía civil, tal y como subraya el art. 322 CC, que dispone que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, pudiendo remitirnos, *ad exemplum*, al art. 175.1, que fija la capacidad de adoptar en veinticinco años.

64 La tensión entre la capacidad del menor graduable y el principio de seguridad jurídica no es exclusiva de España, tal y como destaca PÉREZ GALLARDO, L. B.: “Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad”, cit., p. 46, que dice, acertadamente, que, frente al coste elevado en el orden administrativo y judicial que implicaría seguir la teoría de la autonomía progresiva del menor, es menester asumir el riesgo, ante la posibilidad de que se olvide la individualización de los niños y los adolescentes.

65 Así lo describió GOMÁ SALCEDO, J.E.: *Instituciones de Derecho Civil común y foral, Tomo I, Parte General y Derecho Reales*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 213, mencionando que, frente a la tesis de la doctrina clásica representada por autores como Clemente de Diego, Sánchez Román, Castán o Espín, quienes afirmaban rotundamente que el menor no tenía capacidad de obrar, se alzó De Castro que “recupera la tesis de que el menor no está privado de la capacidad de obrar, aunque ésta se halla limitada”.

66 DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Tomo II, cit., pp. 174-176. El citado autor, resume sus argumentos en torno a la capacidad de obrar del menor diciendo lo siguiente: “La condición del menor puede concebirse de dos modos: 1º. Con capacidad de obrar limitada, en virtud de las disposiciones dictadas para su protección; 2º. Afectado de una incapacidad de obrar absoluta, a excepción de los casos expresamente señalados por la ley. Nuestro Derecho, conforme a la dirección de casi todas las legislaciones modernas, adopta la primera concepción. Convencen de ello las siguientes consideraciones: 1º. Que tal era la doctrina del antiguo Derecho español, y que al no haber indicación alguna de que se quisiera abandonar al redactarse el Código civil hay que presumir que se ha mantenido. 2º. Ninguna disposición del Código civil permite inferir una incapacidad absoluta del menor. 3º. La teoría de la incapacidad absoluta resulta falta de lógica, aplicada a nuestro sistema jurídico. ¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos? 4º. En fin, y ello parece decisivo, la doctrina tradicional permite explicar con sencillez, y con más justos resultados prácticos, los preceptos de nuestras leyes”. Merece la pena mencionar, además, la RDGRN 3 marzo 1989 (RJ 1989, 2380), que dice lo siguiente: “En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. artículo 162.1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida

ha sostenido, respecto a la capacidad de obrar del menor, que cualquier juicio habrá de realizarse, por una parte, interpretando las normas que repercutan en el menor conforme a la realidad social del tiempo en el que tienen que ser aplicadas, y, por otra, resolver la disyuntiva a tenor de la madurez concreta del menor, sin olvidar como criterio hermenéutico su interés superior⁶⁷. A lo que añadiríamos nosotros, siguiendo a PÉREZ GALLARDO, la propia naturaleza del acto jurídico en que se concreta el ejercicio del derecho⁶⁸, pues no es lo mismo comprar un inmueble o un vehículo que comprar golosinas en una barraca.

Al margen de cuestiones doctrinales sobre la capacidad de obrar del menor de edad, una panorámica del Derecho positivo conduce a afirmar, inexorablemente, que este está dotado de capacidad para el ejercicio de los derechos que ostenta. Así, y remitiéndonos al Código Civil, podemos ver que los menores podrán, entre otras cosas, optar a la nacionalidad española asistidos por un representante legal (art. 20 CC) aceptar donaciones (art. 625 CC), tomar posesión de los bienes (art. 443 CC), contraer matrimonio si están emancipados (art. 46.1º CC), consentir su adopción (art. 177.1 CC), ejercitar los derechos de la personalidad (art. 162.1º CC), administrar los bienes, especialmente los que procedan de su trabajo e industria (art. 164. 3º CC), otorgar testamento a partir de los catorce años (art. 663.1º CC), salvo el ológrafo que precisa la mayoría de edad (art. 688 CC), o prestar el consentimiento para perfeccionar aquellos contratos que puedan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios

conclusión (vid. artículos 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad". Más recientemente se pronunció, en similares términos, la RDGRN 14 mayo 2010 (RJ 2010, 3631), comentada por BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: "La dificultad de los supuestos límite", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2010 (versión digital).

- 67 NIETO ALONSO, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre 2016, p. 5. Dice la autora que, frente a una capacidad de obrar estática, debe predicarse una capacidad de obrar "esencialmente dinámica". Estamos de acuerdo, a pesar de que esta tesis merme, por evidentes razones, el principio de seguridad jurídica, ya que habrá que estar "tiro a tiro" al discernimiento del menor para apreciar si tenía capacidad de obrar.
- 68 PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", cit., p. 44. Analizando los trabajos citados de Nieto Alonso y Pérez Gallardo, podemos percatarnos la sincronía que late en la evolución de la capacidad de obrar del menor y las personas con discapacidad. Se dice esto porque aquella autora (NIETO ALONSO, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", cit., p. 5) dijo, respecto al menor de edad, que no había que establecer una norma rígida, sino flexible, adaptable a la edad, remitiéndose, *per relationem*, a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, citado, *ex profeso*, el siguiente pasaje del fundamento de derecho tercero de la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901): "Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta". Compárese dicha palabras con las empleadas por PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Autonomía progresivas y capacidad para testar de las personas menores de edad", cit., p. 44, que dijo, relación a la capacidad del menor, que "se busca un traje a la medida en el que la edad no es el único criterio a tomar en cuenta por el legislador".

de la vida corriente de acuerdo a su edad y los usos sociales (art. 1263.1° CC)⁶⁹. Además de lo dicho, si hay un precepto del que se puede deducir, sin ambages, que el menor está dotado de capacidad de obrar, ese es el art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM), que dispone que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”⁷⁰.

Dejando al margen el Derecho común, tenemos que bucear entre los Derecho forales para percatarnos del tratamiento que se le dispensa al menor, que, como ocurre con la mayoría de las normas autonómicas, rinde más tributo a la realidad de las cosas. Así, en la Sección primera, Capítulo primero, Título primero, Libro primero del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (CDFA), podemos ver que el legislador aragonés, a pesar de estipular que la mayoría de edad se alcanza cuando la persona ha cumplido dieciocho años o ha contraído matrimonio (art. 4.1 CDFA), reconoce que la representación legal del menor finaliza a los catorce años, complementándose su capacidad con la asistencia (art. 5 CDFA), pudiendo el menor, que tenga suficiente juicio, y antes de los catorce años, ejercer los derechos de la personalidad, otorgar actos y contratos de la vida corriente y lleve a cabo otros actos que pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia, debiendo interpretarse las limitaciones a la capacidad de obrar de forma restrictiva (art. 7 CDFA). Una vez que cumpla catorce años, podrá celebrar toda clase de actos y contratos, precisando, en determinados casos, de la asistencia. Como podemos ver, la regulación aragonesa es coherente con la postura doctrinal y jurisprudencial que reconoce al menor capacidad de obrar, tal y como reconoce expresamente la Exposición de Motivos CDFA⁷¹.

69 Como dijimos más arriba, en la antigua redacción del art. 1263 CC se basaron numerosos autores para negar, lapidariamente, la capacidad de obrar al menor de edad. La dicción legal decía, simple y llanamente, que no podían prestar el consentimiento “los menores no emancipados”. La redacción sufrió una modificación a raíz de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, volviendo a consagrar la incapacidad general del menor para el acto más expresivo del ejercicio de la autonomía privada, el contrato, pero matizando que el menor podrá contratar según determine la Ley y, en todo caso, en relación “a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”. Según LASARTE ALVAREZ, C.: *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2019, p. 17, la razón de ser del primer párrafo del art. 1263.1° CC obedece a la protección que dispensa el ordenamiento jurídico a los menores, declarando inválidos (por anulabilidad) los contratos que perfeccionen los menores, salvo la excepción antedicha.

70 Previamente, la Exposición de Motivos LOPJM reconocía que los menores tienen una capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos: “Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una *capacidad progresiva* para ejercerlos”.

71 Nos remitimos al apartado 4 de la Exposición de Motivos: La minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo. Con la finalidad de favorecer

Lo mismo ocurre con el Derecho catalán, que, a pesar de no ser tan vanguardista en este punto como el aragonés, reconoce, en el art. 211-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña (CCCat), relativo a la persona y a la familia, la capacidad de obrar del menor, diciendo que este, según su edad y capacidad natural, podrá realizar los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo determinadas excepciones, los relativos a bienes o servicios propios de su edad según los usos sociales y los demás actos que la ley le permita.

Pueden compararse las normas autonómicas citadas con los arts. 162 CC o 1263 CC, que, tratando al menor como un sujeto imberbe, consagra la representación paterna o la incapacidad contractual como la regla general y el reconocimiento de la capacidad como excepción⁷².

2. La responsabilidad civil del menor de edad.

A) La responsabilidad objetiva de los padres por los daños ilícitos causados por los menores de edad.

El art. 1902 CC, pósito de la responsabilidad extracontractual, dice que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar⁷³ el daño causado”. Posteriormente, en el art. 1903 CC, el legislador dice que la obligación extracontractual no concurrirá solo por actos y omisiones propios, sino también “por los de aquellas personas de quienes se debe responder”, diciendo a renglón seguido que los padres y los tutores serán responsables de los daños causados por los hijos o menores que se encuentren bajo su guarda o autoridad. El último párrafo del art. 1903 CC, tras tratar de la responsabilidad de los padres, los tutores o los centros de enseñanza, dice que la

este desarrollo y esta formación, los menores están sujetos a la autoridad familiar, la tutela o la curatela, que, como todas las instituciones y normas dirigidas a los menores, están presididas siempre por el criterio del interés del menor (...) la representación por el padre o la madre se extingue en edad temprana, a los catorce años, que fue durante siglos en Aragón el límite de la minoría de edad. De manera general expresa el artículo 5 que al cumplir los catorce años termina la representación legal, de manera que la capacidad de los menores se completa en adelante con la asistencia que en cada caso proceda. Es decir, a partir de los catorce años, el menor aragonés actúa siempre por sí (sin representante), con la asistencia de las personas llamadas a prestarla para la plena validez de sus actos. Esta regla, como en general todas las relativas a la mayoría y minoría de edad, se aplica en todas las ramas del ordenamiento, pues es el Derecho civil el que determina de manera central la capacidad de obrar de las personas y los medios de suplir o completar la falta de capacidad para determinados actos. De ahí también la trascendencia del principio enunciado en el artículo 7, según el cual las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva: *la capacidad es la regla y sus limitaciones, la excepción*”.

72 Así también lo considera NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, cit., p. 11.

73 Aquí, en el vocablo “reparar”, podemos ver que la precisión técnica del art. 1902 CC brilla por su ausencia, al contrario que el art. 110 CP, que diferencia entre el resarcimiento, la reparación y la indemnización de los perjuicios materiales o morales. Es evidente que no todo daño será susceptible de reparación (piénsese en el dolor), sino de indemnización (cfr. arts. 112 y 113 CP), por ello, quizás, de *lege ferenda*, la dicción del art. 1902 CC deba estar redactada del siguiente modo: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, estará obligado a responder de los daños causados.

misma “cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Pese a lo que pudiese parecer por el art. 1903 CC *in fine*, la responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos menores de edad, lejos de requerir culpa o negligencia de aquellos, se ha configurado como una responsabilidad cuasiobjetiva⁷⁴ que parte de una presunción de culpa cuya prueba en contrario viene caracterizada por una extrema severidad o, en palabras de la jurisprudencia, es precisa “una rigurosa prueba de la diligencia empleada”⁷⁵, que, convierte la responsabilidad de los padres y tutores, de facto, en una responsabilidad con un marcado matiz objetivo⁷⁶. La doctrina jurisprudencial se puede resumir en que la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos realizados por los hijos *in potestate* se justifica por la transgresión del deber de vigilancia que los primeros ostentan, de suerte que el legislador, según la jurisprudencia, establece una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de un cariz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que quepa oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión del deber de vigilancia, sin relación con el grado de discernimiento del constituido en potestad⁷⁷.

El fundamento que late en esta corriente jurisprudencial es de justicia material, pues ante la tesitura de que la víctima sea quien asuma las consecuencias patrimoniales de la lesión sufrida por un menor, que puede estar en un estado de insolvencia, los padres deberán asumir esta responsabilidad, bajo la ficción⁷⁸ de

74 Así lo manifiesta LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución”, cit., p. 47, que, en relación al art. 1903 CC, dice que “a pesar del tenor literal del precepto legal, en estos casos se ha pasado de un sistema de responsabilidad civil subjetiva a otro de responsabilidad cuasiobjetiva”.

75 SSTS 24 marzo 1953 (RJ 1953, 913), 25 marzo 1954 (RJ 1954, 1001), 3 octubre 1961 (RJ 1961, 3276), 11 marzo 1971 (RJ 1971), 10 mayo 1972 (RJ 1972, 2305), 14 abril 1977 (RJ 1977, 1654).

76 SSTS 1 junio 1980 (RJ 1980, 2409), 17 junio 1980 (RJ 1980, 2409), 10 marzo 1983 (RJ 1983, 1469).

77 En palabras de las SSTS 22 enero 1991 (RJ 1991, 304) o 7 enero 1992 (RJ 1992, 149): “El artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos “in potestate”, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer de criterios de riesgo en no menor proporción de los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (el menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia”.

78 Decimos ficción porque, como dice LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 185, es imposible ejercer una vigilancia constante de estos menores a quienes además debe reconocérseles cierta libertad de actuación, según dice tanto apartado segundo de la Exposición de Motivos como el art. 2.2 LOPJM. El Derecho Civil no está exento de ficciones, como ocurre con la presunción de conmorienencia del art. 33 CC, pues, como manifiesta O’CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general*, cit., p. 182, “más que una presunción aparece como una ficción, porque la muerte simultánea de varias personas es casi imposible”.

que concurre una culpa *in vigilando* o *in educando*⁷⁹. Esta doctrina jurisprudencial, según algunos autores, debe ser replanteada y revisada, pues convierte a los guardadores en una “especie de compañía de seguros” que deben responder siempre atendiendo a criterios objetivos de acaecimiento del daño⁸⁰.

B) A pesar de la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres ¿el menor es irresponsable civilmente?

Para contestar a este interrogante, es obligado parangonar los arts. 1902 y 1903 CC con el art. 61 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), que dice que “cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden”. Como quiera que los menores de edad podrán responder penalmente a partir de los catorce años (art. 1.1 LORPM), estos, a su vez, responderán civilmente cuando el hecho delictivo ocasione algún daño que sea preciso reparar, resarcir o indemnizar, responsabilidad que será solidaria con las personas mencionadas en el art. 61 LORPM.

Como se puede ver, no hay ningún precepto del Código Civil que consagre, expresamente, la responsabilidad civil del menor; motivo por el que, suponemos, autoras como López Peláez, han esgrimido que “queda excluida en el ámbito civil la responsabilidad personal del propio menor con relación a los daños que pueda causar, atribuyéndole las consecuencias dañosas de sus actos bien al centro escolar, durante el tiempo en que está bajo su control o vigilancia, bien a sus padres (o tutores), el resto del tiempo”⁸¹.

Aquí, solo podemos criticar este planteamiento de tratar al menor de edad, en el ámbito de la responsabilidad civil, como un sujeto imberbe, pues sí, como hemos dicho, este tiene el discernimiento suficiente para actuar en determinados actos de la vida civil, motivo por el cual se le reconoce cierta capacidad de obrar; también podrá responder, en determinados casos, de los daños que ocasione a un tercero. La piedra angular de esta toma de postura reside, siguiendo a LASARTE,

79 Así se colige de la STS 29 diciembre 1962 (RJ 1962, 5141), que dice que, de exonerarse de responsabilidad a los padres por el argumento de que estos estaban trabajando cuando se cometió el hecho ilícito, o estaban ausentes por circunstancias familiares o sociales, se llegaría a la total irresponsabilidad por los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose el criterio de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños, que incluso le pueden privar de la capacidad laboral plena.

80 LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 320.

81 LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución”, cit., p. 44.

más que en el concepto de *imputabilidad*, en la idea de *ser imputable*, que equivale a la capacidad de entender y querer o tener conciencia de la propia actuación⁸².

Hay que tener en cuenta que, si el sistema de responsabilidad civil extracontractual se asienta en el criterio de culpa o negligencia (art. 1902 CC), y uno de los elementos previos a la culpa o negligencia es la imputabilidad, podemos afirmar que una conducta negligente es aquella en la que el sujeto, que es subjetivamente imputable, infringe la norma que protege el derecho lesionado o, si se quiere, el principio *alterum non laedere*⁸³. Para que el menor y, cualquier persona, sea imputable es preciso que concurra el elemento intelectual y volitivo, o, dicho de otra manera, que tenga capacidad de representarse anticipadamente tanto el acto u omisión dañosa como su resultado y pueda dirigir su voluntad conforme a la propia comprensión de las cosas⁸⁴. Aquí, se podría argüir que, durante el periodo de la infancia, esto es, y aproximadamente, desde el nacimiento hasta los doce años, el menor actúa por reglas egocéntricas e individuales y, por ende, no tendrá la aptitud suficiente para gobernar sus actos y prever sus consecuencias. No obstante, como dice LÓPEZ SÁNCHEZ, hay “grandes menores” o menores *majoritatis proximi*, que presentan el discernimiento suficiente para responder por sus propios actos⁸⁵.

En este punto, se podría proponer, como sostienen algunos autores, que la doctrina jurisprudencial, e, incluso, los preceptos legales de la responsabilidad civil de los padres por acciones u omisiones de los menores de edad, debe ser revisada, pues, junto al interés de protección de la víctima, concurre la conquista progresiva de un espacio de libertad y autonomía de los menores que hace que estos escapen del control paterno⁸⁶. Sin embargo, la pregunta que nos debemos hacer es la siguiente ¿La jurisprudencia excluye la responsabilidad civil de todo menor? Aunque son pocas las sentencias que hayan dictado un fallo condenatorio contra un menor de edad, podemos afirmar que, conforme al art. 1902 CC, el menor puede responder civilmente de los daños ilícitos causados, aunque, junto a esta responsabilidad del menor concurra la responsabilidad cuasiobjetiva de los padres para atender a los intereses de la víctima.

82 Respecto a la diferencia entre imputabilidad y ser imputable, puede verse LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, cit., p. 320

83 O'CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 662.

84 GÓMEZ CALLE, E.: *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992, p. 24.

85 LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, cit., p. 185

86 LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución”, cit., p. 58, va más allá, y parece proponer un cambio legislativo, al decir que debería estudiarse “la introducción en dicho Código de una regla legal que permita a los Tribunales, establecer (...) la responsabilidad del propio menor de edad por los daños que pueda causar, siempre que tenga una mínima capacidad de entender y de querer, y a partir al menos de los 14 años, sin perjuicio o al lado de la responsabilidad de sus padres o guardadores, que seguirán siendo responsables por su falta de cuidado”. Resulta curiosa dicha afirmación cuando a fecha de la publicación del citado trabajo (2009), ya habían recaído sentencias, incluso del Tribunal Supremo, condenando a menores de edad.

A título de ejemplo, podemos citar la STS 10 abril 1988⁸⁷, que estudió un caso en el que un menor de once años falleció en una piscina municipal, accionando los padres contra el Ayuntamiento de Alborea, como arrendador, el arrendatario de la piscina, el vigilante de la piscina que, a la sazón, tenía diecisiete años de edad, y el padre de este. La citada sentencia absolvió al vigilante menor de edad, pero no por una supuesta inimputabilidad inexistente, sino, sencillamente, porque en dicho supuesto no concurrió ningún género de culpa o negligencia. Es decir, el Alto Tribunal reconoce, implícitamente, que los menores de edad pueden ser condenados por responsabilidad extracontractual⁸⁸. La STS 22 enero 1991⁸⁹ fue más directa en lo que a responsabilidad de un menor de edad se refiere, condenando a un menor de quince años y a la madre de este porque aquel, que iba en motocicleta, colisionó con otra al invadir una vía principal, resultando lesionado otro menor de edad. Lo llamativo de dicha sentencia es que confirmó la condena directa del menor y la responsabilidad subsidiaria de la madre dictada por el Tribunal *ad quem*, a pesar de que en primera instancia la condena fue solidaria. Semejante *litis* analizó la STS 12 abril 1994⁹⁰, en otro accidente de circulación causado por un menor de quince años que conducía un vehículo a motor sin permiso de circulación, resultando lesionado en el aparato locomotor un tercero. La sentencia confirma la condena del menor; toda vez que era imputable y concurría culpa o negligencia en su conducta, acompañándole en el fallo los padres, que fueron condenados solidariamente⁹¹.

Lo que se quiere poner de relieve con la jurisprudencia expuesta es que, una cosa es que los damnificados por un hecho ilícito causado por un menor de edad demanden automáticamente a los padres, toda vez que el criterio de imputación de la responsabilidad se asienta en un componente cuasiobjetivo, y otra es que el menor sea inimputable civilmente. Es decir, aunque los padres deban responder por los daños que ocasione los menores sujetos a su cargo, ello no será óbice para afirmar la total responsabilidad del menor, pues si se demuestra que este tenía el suficiente discernimiento y, en concreto, la capacidad intelectual y volitiva

87 STS abril 1988 (RJ 1988, 3116).

88 Así se colige del fundamento de derecho segundo: "Al único que no se le puede inculpar responsabilidad alguna es al vigilante de la piscina (ni por tanto a su padre) pues, pese a carecer de título de socorrista y ser su variada misión la de vigilar a los bañistas, limpiar las piscinas, cuidar de los motores, etc., por un parco sueldo, hizo cuanto pudo por intentar salvar la vida del niño ahogado, al producirse el trágico accidente. La sentencia recurrida tan sólo se limita a examinar como cuestión fundamental si el citado vigilante incurrió en cualquier clase de culpa o negligencia, llegando a la acertada conclusión negativa. Pero respecto de los restantes demandados el Ayuntamiento y el arrendatario ni someramente analiza la responsabilidad de éstos, cuando lo cierto es que está probado en autos que tanto uno como otro incumplieron la obligación que les imponía la repetida Orden Ministerial de 31 de mayo de 1960".

89 STS 22 enero 1991 (RJ 1991, 304).

90 STS 12 abril 1994 (RJ 1994, 2795).

91 También puede verse la SAP Zaragoza 8 abril 1995 (AC 1995, 638), en otro caso en el que un menor de diecisiete años conducía un vehículo del abuelo sin licencia, probando un accidente. El Tribunal condenó al menor, a su abuelo, como propietario del vehículo, a la madre que ostentaba la guarda, y, curiosamente, a su cónyuge, y, finalmente, al Consorcio de Compensación de Seguros.

de su acción u omisión, podrá ser declarado responsable siempre que, por mor del art. 1902 CC, concorra culpa y negligencia. Se insiste, en estos casos, se podrá condenar al menor junto a los padres, de manera, a nuestro juicio, solidaria y no subsidiaria, a fin de amparar los intereses de la víctima.

3. Breve referencia al menor emancipado.

En numerosos foros, cuando se trata la responsabilidad civil del menor u otras cuestiones como la extinción de la obligación de alimentos cuando el hijo es el alimentista, es común establecer la dualidad entre el mayor y el menor de edad, cayendo en el olvido el menor de edad emancipado. Ciertamente, al contrario de los que ocurría otrora, la emancipación es una figura residual y a veces relegada al baúl de los recuerdos por su escasa operatividad. Cuando se promulgó el Código Civil, la mayoría de edad estaba situada en veintitrés años, pudiendo emanciparse quienes habían cumplido los dieciocho. De modo que los menores emancipados podían adelantar la extinción de la patria potestad cinco años. Sin embargo, teniendo en cuenta que, actualmente, los arts. 12 CE y 315 CC fijan la mayoría de edad en dieciocho años y que la emancipación, por algunas de las causas previstas en los arts. 314 y siguientes CC, puede conseguirse a partir de los dieciséis años, es evidente que adelantar dos años la mayoría de edad no supone un acicate para los padres ni para los hijos.

En este epígrafe no vamos a entrar a analizar el régimen jurídico de la emancipación, sin embargo, es preciso dedicar unas breves líneas a la capacidad del emancipado y al régimen de su responsabilidad.

En cuanto a su capacidad, hemos dicho que el menor de edad tiene una capacidad de obrar restringida, al socaire de que este, si presenta el discernimiento suficiente, podrá actuar en numerosos actos y negocios de la vida civil. Lo mismo ocurre con el menor emancipado, si bien en este caso el menor, amén de no estar sujeto a ningún tipo de representación propia de la patria potestad o tutela (arts. 169.2° y 276.4° CC), tendrá limitada la capacidad de obrar para determinados actos jurídicos de especial trascendencia, precisando el complemento de capacidad de sus padres o de un curador nombrado al efecto (art. 286.1° y 2° CC). Ergo, y parafraseando el art. 323 CC, el menor emancipado podrá regir su persona y bienes como si fuera mayor de edad, pero para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantil o industriales u objetos de extraordinario valor, precisará el consentimiento de sus padres y, en su defecto, el de un curador. Salvo que el menor estuviese casado, en cuyo caso el complemento de capacidad, para los mismos actos citados, lo prestará el cónyuge si es mayor de edad (art. 324 CC).

En lo que respecta a su responsabilidad, resultará paladino que cuando un menor de edad ha obtenido la emancipación, este será responsable de sus actos, máxime si tomamos la descripción que aporta LASARTE sobre la emancipación, que dice que “equivale a independizar o independizarse, pese a no haber llegado aún a la mayoría de edad, de la patria potestad o tutela a la que en principio está sujeto el menor de edad”⁹². Por tanto, como el principal efecto de la emancipación es la extinción de la patria potestad o tutela, los padres o tutores no estarán obligados a responder civilmente por el menor de edad emancipado, toda vez que, siguiendo la dicción del art. 1903 CC, este ya no estará bajo ninguna guarda o autoridad, sin que se pueda argüir, en un momento dado, la responsabilidad, ni siquiera supletoria, del curador o de los padres que, para determinados actos, prestan el complemento de capacidad⁹³.

VI. APROXIMACIÓN A LA DESHEREDACIÓN DEL MENOR DE EDAD: LA IMPUTABILIDAD DEL DESHEREDADO.

Conforme a lo que se ha dicho en este trabajo, el menor que tenga suficiente discernimiento, amén de poseer una capacidad de obrar restringida, podrá ser responsable civilmente. Ahora toca que analicemos si para la desheredación es suficiente que el legitimario protagonice una causa *desheredationis*, sin más, o es preciso que tenga las suficientes facultades para que se le pueda reprochar la causa que se le imputa. Por tanto, en las próximas líneas nos sumergiremos en la imputabilidad del desheredado.

I. La imputabilidad del desheredado a debate.

Si la desheredación se visualiza como una disposición testamentaria por la que el causante priva a los legitimarios de su legítima en virtud de las causas que prevé la Ley, es evidente que será un requisito *sine qua non* para que opere la desheredación que en la herencia concorra un legitimario. El Código Civil no dice nada sobre el legitimario, solamente dispone que se le podrá desheredar si protagoniza algunas de las causas previstas en los arts. 852, 853, 854 y 855 CC. Se podría argüir en sede de desheredación que, dado que el Código Civil no prevé un catálogo de causas de exclusión de la imputabilidad, al contrario de lo que sucede con el art. 20 CP, el análisis de la institución en la ladera fáctica debería hacerse desde un prisma eminentemente objetivo, al margen del discernimiento o la imputabilidad del desheredado. Esta tesis, jalonada al compás de un reduccionismo absoluto, podría llevarnos al absurdo de estimar como justa la desheredación de

92 LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores”, cit., p. 11.

93 Precisamente, en muchos procesos donde se ventila la responsabilidad de los padres por hechos propios del menor, aquellos alegan que el hijo estaba emancipado de hecho, a fin de quedar exonerados de responsabilidad, como el supuesto que estudió la STS 22 enero 1991 (RJ 1991, 304).

un recién nacido o un demente por el solo hecho de que concurra la causa de desheredación articulada en el testamento.

Desafortunadamente, este planteamiento lo han acogido, recientemente, algunas sentencias, como la SAP Jaén 5 abril 2017⁹⁴. En este supuesto, un padre desheredó a una hija por el art. 853.2ª CC, ya que esta profirió al padre en vida insultos tales como “inútil”, “ojalá te mueras ya y me des la herencia”, “eres un cerdo”, etc. Además, la hija, estando enfermo el padre, no se interesó por su salud, ni menos aún lo cuidó ni lo visitó cuando estuvo ingresado. La hija, al interponer la demanda, planteó como argumento de descargo a lo vertido en el testamento, entre otros, que su situación psicológica estaba mermada “al estar diagnosticada de trastorno adaptivo con síntomas mixtos de ansiedad-depresión” que motivaron episodios de autolisis. El Tribunal, acogiendo el criterio del Juzgado *a quo*, tachó justa la desheredación, toda vez que, a su juicio, quedaron acreditados los hechos objetivos del art. 853.2ª CC. Sin embargo, las alegaciones en torno a la salud mental de la desheredada las resuelve con el lacónico argumento consistente en que, este hecho, es irrelevante, porque, en primer lugar, “no consta declarada incapacidad” y, lo más sorprendente, que la desheredación no está sujeta a eximentes. Resulta llamativa esta motivación a la vista de que por la misma *ratio* se podría desheredar, *ad exemplum*, a un recién nacido que en vida del testador no lo vio ni cuidó durante su última enfermedad. Con esta crítica no estamos mostrando un desacuerdo con el fallo de la sentencia, toda vez que la desheredada, aún teniendo mermada su salud mental, era posible que tuviese el discernimiento suficiente para comprender el alcance de sus actos -extremo en el que no entra la SAP Jaén 5 abril 2017-, pero, lo que está fuera de duda, es la motivación censurable de que el estado mental de la legitimaria es irrelevante en el ámbito de la desheredación por el simple hecho de que el Código Civil no recoge un catálogo de eximentes o aquella no estaba incapacitada, máxime cuando, respecto a la incapacitación, el hecho de que una persona haya sido incapacitada no debe llevar a pensar, como si de una presunción *iure et de iure* se tratase, que esta tenía facultades para gobernarse a sí misma, más si deparamos en que, a día de hoy, los procesos de incapacitación siguen suponiendo un estigma para la familia del incapacitado⁹⁵.

Esta exégesis no casa con otras resoluciones. La STS 9 julio 1974 declaró, *obiter dicta*, que para que sea eficaz y justa la desheredación de un hijo es preciso

94 SAP Jaén 5 abril 2017 (JUR 2017, 169005).

95 Así lo deja entrever DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996, p. 146, cuando dice, en relación a los contratos, que si no hay sentencia de incapacitación “el actor tendrá que probar la incidencia de su enfermedad o anomalía en relación con tales factores y en relación también con el tipo contractual debatido”. Si aplicamos esta teoría a la desheredación de quien tiene mermada sus facultades mentales y no está incapacitado judicialmente, cabría decir lo mismo, habría que valorar, en el caso concreto, si tenía el suficiente discernimiento, y, a la inversa, si el desheredado está incapacitado judicialmente su imputabilidad a los efectos de la desheredación tendrá que ser objeto de una probanza plena, sin la que la sentencia de incapacitación pueda erigirse en una suerte de “Espada de Damocles” de su defensa.

que la causa de desheredación “sea imputable al desheredado”, y, asimismo, la STS 15 junio 1990, al conceptualizar la desheredación, resaltó, a nuestro entender, el elemento de la imputabilidad, al definir la desheredación como “una declaración de voluntad testamentaria, solemne (...) en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (...) de la que sean responsables”. Más expresiva, respecto a la necesaria concurrencia de la imputabilidad del desheredado, es la SAP Santa Cruz de Tenerife 14 diciembre 2015⁹⁶, en un supuesto de desheredación por maltrato psicológico de una hija que presentaba una incapacidad mental del 90%. La resolución confirmó la SJPI Santa Cruz de la Palma 28 abril 2015⁹⁷ que estimó injusta la desheredación en base a un argumento que suscribimos y que ratificó la Audiencia Provincial, diciendo, en relación a la limitada capacidad mental de la legitimaria, que “difícilmente se le puede imputar a esta hija del testador una conducta dolosa e intencional que sea integrante de algunas de las causas de desheredación, ni de una negativa a de prestar alimentos a su padre, ni de un maltrato de obra, ni de haber proferido en su contra injurias graves, pues resulta civilmente inimputable de esas conducta”⁹⁸.

La doctrina registral ha recalcado el carácter imprescindible de la imputabilidad del desheredado, pudiéndose citar las más recientes RDGRN 23 mayo 2012⁹⁹, 25 mayo 2017¹⁰⁰ y 6 marzo 2019¹⁰¹, que dicen, al alimón, que, a pesar de que el Código Civil guarde silencio en cuanto a la capacidad para ser desheredado, y que, *a priori*, basta con que el testador formalice en testamento la desheredación con la causa *desheredationis*, “no cabe duda (...) que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa”. Mismo criterio mantiene la doctrina científica y, en concreto, CABEZUELO ARENAS, a quien seguimos especialmente en este punto, la cual manifiesta que “la desheredación no puede cimentarse tan sólo en la objetiva materialización de unos comportamiento”, sino que requiere “que en el desheredado concurren

96 SAP Santa Cruz de Tenerife 14 diciembre 2015 (AC 2016, 383).

97 SJPI Santa Cruz de la Palma 28 abril 2015 (JUR 2017, 41950).

98 Se puede citar, además, la SAP Guadalajara 14 noviembre 1994 (AC 1994, 1994), que dice: “La doctrina ha venido enseñando, en materia de apreciación de materia litigiosa que ésta debe enjuiciarse, con criterio razonable, teniendo en cuenta las circunstancias subjetivas del infractor o infractores, grado de intencionalidad, grado de discernimiento, atenuantes y excusas de la situación concreta, las «objetivas» del hecho y en definitiva si todas ellas configuran una causa «justa e imputable a los legitimarios”. Y la SAP Madrid 17 enero 2014 (AC 2014, 118), que da por supuesto el requisito de la imputabilidad: “La desheredación habrá de hacerse constar en testamento, expresando en él la persona a quién se deshereda y causa en que se funde, *debiendo ser lógicamente imputable al desheredado* y habrá de ser grave y acreditar cumplidamente su realidad y certeza en juicio por el heredero o herederos del testador cuando la otra parte la niegue o contradiga” (cursiva propia).

99 RDGRN 23 mayo 2012 (RJ 2012, 7939).

100 RDGRN 25 mayo 2017 (RJ 2017, 2650).

101 RDGRN 6 marzo 2019 (RJ 2019, 1422).

unas ciertas condiciones de madurez que le permitan apreciar la trascendencia de sus actos y responsabilizarse de los mismos"¹⁰².

Por lo tanto, para valorar la justicia de la desheredación, no solo es necesario que concurra objetivamente la causa *desheredationis*, que el testador exprese en testamento su voluntad de desheredar y que consigne, expresamente, la causa, sino que debe ser exigible que el legitimario tenga unas mínimas condiciones intelectivas para que sus actos puedan ser objeto de reproche a los efectos de privarle de la legítima. Dicho de otro modo, el desheredado debe tener la aptitud y madurez suficiente para conocer el alcance de los deberes propios del negocio jurídico familiar y, además, comprender que su conducta, activa u omisiva, tiene potencialidad para atentar contra los postulados más elementales del fundamento del sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar.

2. Estado de la cuestión de la desheredación del menor de edad en la doctrina científica.

La doctrina no ha tratado con profundidad la desheredación del menor de edad, quizás por tratarse de supuestos residuales en la práctica forense. Bajo la omnímoda autoridad paterna que inspiró la publicación del Código Civil, los supuestos de violencia filoparentales eran excepcionales. A ello podría haber coadyuvado las facultades que se les atribuía a los padres de enmendar la conducta de sus hijos menores mediante la corrección paterna. Pero derogada esta facultad del art. 154 CC y aumentada la autonomía de los hijos menores de edad, hasta el punto de que se les reconoce capacidad de obrar, los episodios donde aquellos son protagonistas de reiterados incumplimientos de los deberes filiales han crecido exponencialmente.

En esta nueva coyuntura, consideramos que todo trabajo que trate con rigor y profundidad la desheredación debe tratar, inexorablemente, los supuestos en los que los legitimarios, mal llamados herederos forzosos, no hayan alcanzado la mayoría de edad.

No hay un consenso, en el seno de la doctrina, sobre la desheredación del menor de edad. Evidentemente, a esta división ha coadyuvado la ausencia de un precepto legal que fije la edad para ser desheredado. Antes de la publicación del Código Civil, que guarda silencio, la Ley 2 del Título VII de Las Partidas decía lo siguiente: "Otro si dezimos que todos aquellos que descienden por la liña derecha, pueden ser desheredados de aquel mismo de quien descienden si fizieren por que, e fueren de edad de diez año e medio a lo menos". Como se puede ver, se

¹⁰² CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 31.

fijó en diez años y medio la capacidad para ser desheredado. Este precepto era tributario de la edad mínima fijada en el Derecho Romano para actuar con dolo.

Algunos autores, como VALLET DE GOYTISOLO, han sistematizado la división doctrinal en este punto. Así, dice el citado autor, que unos propugnaban que la edad mínima para ser desheredado debía coincidir con la capacidad penal del menor. Otros, alejándose de este criterio, propugnaban que fuera coincidente con la capacidad para actuar con dolo. Y, finalmente, está la corriente que se inclina por dejar el juicio de la imputabilidad al libre arbitrio de los Tribunales, existiendo una variante de esta última tendencia que, sin negar que la desheredación del menor debe estar al albur del arbitrio judicial, el canon hermenéutico debe variar según que la causa de desheredación sea, a su vez, un delito penal o un acto civilmente culposo o doloso¹⁰³.

Dado que, desde que el citado autor ofrecería el esquema expuesto de la desheredación del menor de edad, las publicaciones científicas sobre la desheredación no han cesado, será conveniente que ofrezcamos al lector una sistematización actualizada contrastándolo con nuestro punto de vista.

Hay recientes trabajos que afirman, apodócticamente, que el menor de edad no puede ser objeto de una desheredación. MANZANO FERNÁNDEZ así lo sostiene cuando, al tratar una eventual desheredación de los nietos, dice que “las causas de desheredación del padre, serán claramente inaplicables a los nietos, quienes incluso pueden ser menores, careciendo de la capacidad legal exigible para ser desheredados”¹⁰⁴. La autora afirma que los nietos no pueden ser desheredados porque, directamente, estos no son legitimarios, pero, además, arguye que el menor de edad no tiene capacidad para ser objeto de la sanción familiar que implica la desheredación. Parece ser que, siguiendo el mismo planteamiento vertido por la autora, aún cuando el legitimario sea un hijo, si este es menor de edad, la desheredación no podrá tener éxito. En la misma línea puede verse ALGABA ROS que, en relación al maltrato de obra y el abandono emocional como causa de desheredación, dice que “un menor de edad no podría nunca ser sujeto de esta causa pues durante su minoría de edad la patria potestad como función-deber a cargo de los progenitores impediría que operase pues únicamente el menor podría sufrir el abandono”, añadiendo que “únicamente un mayor de edad con capacidad de discernimiento y de voluntad podría incurrir en esta causa”¹⁰⁵.

103 VALLET DE GOYTISOLO, J.: “El apartamiento y la desheredación”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1968, p. 17. Similar sistematización ofrece ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1997, p. 601.

104 MANZANO FERNÁNDEZ, M^a M.: “La exclusión del hijo en la herencia del testador (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, p. 1870.

105 ALGABA ROS, S.: “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, *InDret*, Barcelona, abril 2015, p. 19.

Como no podía ser de otro modo, estamos en total oposición con este planteamiento. Hemos visto en páginas anteriores que el menor tiene capacidad de obrar, que, aun restringida, le permitiría actuar en multitud de actos jurídicos. Precisamente, el ordenamiento le reconoce, si se quiere, implícitamente, cierta autonomía, al socaire de que el menor, próximo a la adolescencia, tiene cierto discernimiento que el legislador, absteniéndose de usar la técnica del avestruz, debe reconocer. Por ello, si el menor tiene capacidad para dar su consentimiento en múltiples aspectos de su vida cotidiana, sería absurdo negar que este tenga capacidad para, en determinados supuestos, responder de sus actos. Con esto no queremos suscribir el sugerente argumento consistente en que si el menor puede otorgar testamento a partir de los catorce años también podrá ser desheredado, sino exponer una crítica constructiva a aquellos planteamientos que liberan al menor de toda responsabilidad, pues ni aún invocando las normas tuitivas de protección del menor o, a veces corrompido principio del interés superior del menor, podría acogerse esta tesis, máxime si ponemos en alza las palabras de REBOLLEDO VARELA que dijo, respecto a esta problemática, que “cuando el hijo ha premuerto y el nieto maltrata de obra o de palabra o abandona a sus abuelos (...) la desheredación se presenta como un instrumento no de protección de dichos menores sino de alcanzar una libertad de testar que permita favorecer a otros parientes no legitimario, o simplemente sancionar en el ámbito privado-patrimonial a quien observa una conducta jurídicamente reprochable”¹⁰⁶. A *mayor abundantiam*, tampoco podemos acoger el punto de vista de ALGABA ROS, consistente en que solo puede ser objeto de un abandono el menor al estar sujeto a la patria potestad. Parece que dicha afirmación se basa en un concepto legalista y excluyente del vocablo “abandono”, en el sentido de que el abandono podría dar lugar a que un progenitor sea privado de la patria potestad, a la declaración de desamparo o a la consumación de los ilícitos penales de abandono familiar tipificados en los arts. 226 y 227 CP, de modo que parece, siguiendo el razonamiento de la citada autora, que dado que el ordenamiento jurídico no penaliza el abandono que tiene como sujeto activo al menor en el ámbito familiar o penal debe concluirse que el progenitor, como titular de la patria potestad, no puede ser abandonado por su hijo.

A nuestro modo de ver, sería atentar contra la realidad negar que un progenitor, tenga o no la titularidad de la patria potestad, puede sentirse o ser, efectivamente, abandonado por un hijo. El hecho de que el hijo sea menor no es, en absoluto, óbice alguno para que un progenitor padezca una situación de abandono cuando, por ejemplo, no se cumple el régimen de visitas. En estos supuestos negar que a veces hay una situación de abandono que quizás no sea imputable al progenitor

106 REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores” en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro* (dir. Á.L. REBOLLEDO VALERA), Dykinson, Madrid, 2010, p. 397.

que no ostenta la guarda y custodia sería negar la existencia de muchas situaciones dramáticas que se dan en la ladera fáctica. Por ello, podríamos entender que se sostenga que un menor de edad no puede ser desheredado por maltrato psicológico, pero no que no pueda serlo por el frágil y estéril argumento de que el ascendiente nunca podrá ser abandonado por un menor de edad, más si deparamos en que hay casos en los que un menor, voluntaria e injustificadamente, niega cualquier tipo de relación con uno de los progenitores o, directamente, con ambos¹⁰⁷.

Luego, hay otros autores que identifican la capacidad para poder ser desheredado con los catorce años, pero en base a distinto fundamento. Por ejemplo, dijo Díaz Alabart que si el legislador permitía a un menor de catorce años otorgar testamento, distribuyendo sus bienes *mortis causas* y designando sucesores, porque no decir, según la citada autora, que también tendrá suficiente inteligencia para responder de las ofensas a sus parientes¹⁰⁸. A su vez, FALCÓN Y OZCOIDI Y RAMOS BASCUÑANA hacen coincidir la capacidad para ser desheredado con la capacidad penal, actualmente fijada en catorce años, diciendo que las causas de desheredación de hijos y descendientes son tributarias de la concepción que gravita en que, para incurrir en ellas, es preciso tener el discernimiento propio de la minoría de edad penal, sin que pueda el testador desplegar “una severidad superior al magistrado público”¹⁰⁹.

107 Se puede citar, por ejemplo, el AAP Navarra 13 noviembre 1998 (AC 1998, 2378), que analiza una demanda de ejecución de la madre instando una suspensión del régimen de visitas que tenía el padre, en base a un presunto incumplimiento por este. La resolución desestimó la petición de la madre, pues toda vez que no quedó acreditado el incumplimiento alegado, el auto revela como la ausencia de relación se debía que la hija rehusaba injustificadamente mantener relación con el progenitor paterno: “Ciertamente constituye una dificultad u obstáculo en el normal desarrollo del régimen de visitas, la voluntad renuente de un menor de edad, a acompañar a su progenitor y a tal efecto en el caso de autos se recoge cierta negativa de la menor Alba a acudir con su padre; ahora bien en el caso concreto de autos, es parecer de la Sala, que dicha negativa exteriorizada no puede constituir un obstáculo al normal y deseable desarrollo del derecho de visitas, cuando de un lado los progenitores al firmar el convenio regulador de separación, no obstante la edad de Alba, dos años y medio aproximadamente, salvo las salidas de Pamplona, previeron que la hija pasaría todo el fin de semana (alterno) con su padre, sin limitación alguna, pues bien si con aquella edad no hubo limitación, menos debe haberla cuando la misma va haciéndose mayor; máxime cuando ninguna prueba psicológica patentiza o pone de manifiesto, que aquella negativa está sustentada en alguna circunstancia o causa excepcional, que no puede ser solventada con la colaboración de los progenitores, intentando que dicha negativa (hasta ahora sin causa justificada) desaparezca en aras de la correcta evolución de la menor”. Es decir, situaciones objetivas de abandono se pueden producir a instancias del progenitor no custodio, del progenitor custodio o del propio menor.

108 DÍAZ ALABART, S.: “Comentario al art. 648 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo VII, Volumen I* (coord. M. GARCÍA ALBALADEJO), 1978, Edersa, Madrid, p. 428, dijo, en cuanto a la revocación de las donaciones por ingratitud, lo siguiente: “La edad mínima para ser responsable criminalmente son los dieciséis años, y donatario ingrato es posible serlo antes de edad, puesto que para la ingratitud lo único que se exige es realizar una conducta socialmente censurable de cierta importancia contra su donante, teniendo capacidad para discernir si lo realizado es correcto o no; y esa capacidad de discernimiento es evidente que para el Derecho Civil la persona la alcanza antes de los dieciséis años, puesto que si no, no se comprendería cómo es posible que una persona de catorce años la autorice nuestro Ordenamiento a otorgar testamento (acto éste de no poca trascendencia)”. Como se puede ver, la autora hace referencia a la revocación de las donaciones por causa de ingratitud, pero teniendo en cuenta, según ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 599, que el fundamento de la revocación es el mismo que el de la desheredación, la citada postura puede ser extrapolable a este trabajo,

109 FALCÓN Y OZCOIDI, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral, Tomo III*, Barcelona, 1897, p. 664. También puede verse RAMOS BASCUÑANA, R.: *De las sucesiones. Tratado teórico y práctico según el Código*

No podemos suscribir en su plenitud este criterio. Este planteamiento quizás podría ser digno de loa para las injurias y el maltrato de obra, toda vez que estas manifestaciones de violencia filoparental son condenables penalmente aun siendo el legitimario menor de edad, más cuando el Código Penal presupone la capacidad del mayor de catorce años para responder penalmente por estos hechos. Sin embargo, no debemos olvidar las siguientes matizaciones. La negativa injustificada a prestar alimentos o el maltrato psicológico son otras causas de desheredación que dudosamente tendrán relevancia penal cuando el legitimario es menor de edad. Respecto a la negativa a prestar alimentos, el lector podrá pensar que esta causa carece de potencialidad desheredativa cuando el legitimario es menor de edad, pero no siempre tiene porque suceder así, tal y como veremos en este estudio. En segundo lugar, para valorar si el maltrato psicológico es una justa causa de desheredación habrá que indagar en los avatares familiares, someter el litigio donde se discuta la causa desheredativa a un proceso con plena probanza, a fin de indagar en la influencia que pudo ejercer un progenitor, generalmente el custodio, sobre el menor. Los menores pueden ser fácilmente manipulables y es factible que un menor de catorce años rompa amarras a favor del progenitor que ostenta la custodia en detrimento del otro, que puede caer en la desconsideración y en el olvido. Usar aquí el silogismo consistente en que, si el menor puede responder penalmente, e incluso ser internado, también podrá formarse un juicio sobre las complejas relaciones familiares, supondría caer en un peligroso reduccionismo. Por último, respecto a los supuestos de maltrato de obra e injurias no podemos descartar la instrucción paterna que ha recibido el menor de edad, pues si este ha sido educado en un entorno de violencia o los padres, por acción u omisión, han coadyuvado a que el menor se crie con ciertos contenidos violentos, obstaculizando que este aprehenda conceptos como la solidaridad familiar, fundamento del sistema legitimario, difícilmente se le podrá reprochar que, en un caso anecdótico y extremo, el legitimario protagonice un episodio de maltrato o injurias¹¹⁰.

Finalmente, tenemos a O'CALLAGHAN, que acierta cuando arguye que el error es tratar el problema de la desheredación del menor de forma unitaria, pues las causas de desheredación son diversas¹¹¹. Esta idea late en las últimas posturas doctrinales, las cuales gravita en torno al postulado de que se deberá analizar las circunstancias del caso concreto, pudiendo declararse justa la desheredación

civil, Tomo II, Madrid, 1898, p. 237.

110 Es ilustrativa la descripción que realiza de esta problemática MORENO MARTÍNEZ, J.A.: "Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección", en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. MORENO MARTÍNEZ), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 755 y 756, que dice que, en ocasiones, los padres estimulan la agresividad de los hijos, tanto por omisión, al no impartir una disciplina suficiente permitiendo incluso la visualización por el menor de programas o videojuegos violentos, como por acción, por un exceso de autoridad que llega incluso a la aflicción física.

111 O'CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 233.

de un menor si este, amén de comprender su conducta, la realizó libremente¹¹². Parte de la doctrina adopta una postura ecléctica, acogiendo la idea de dotar a la desheredación del menor de edad de un tratamiento diferenciado según sus causas, diferenciando al compás de la relevancia penal o no de la causa desheredativa. Así, si la desheredación se fundamenta en una causa que, a su vez, constituye un ilícito penal, será suficiente que el legitimario tenga la capacidad penal, fijada en catorce años, mientras que si los hechos constituyen un acto civilmente doloso o culposo, quedará al albur del arbitrio judicial valorar el discernimiento del menor¹¹³.

En nuestra opinión, todas las causas desheredativas que estén relacionadas con un menor de edad deben quedar, en cuanto al juicio de su imputabilidad, al albur del arbitrio judicial¹¹⁴, dependiendo los cánones hermenéuticos según la causa desheredativa que se le reproche, y con independencia de que alguna de ellas tenga o no connotación penal¹¹⁵, pues, como veremos en el siguiente apartado, la sentencia condenatoria no es una prueba concluyente de que, en un supuesto, concurra una desheredación justa. En este sentido, propugnamos que se valore, caso por caso o “tiro a tiro”, la capacidad de discernimiento del menor respecto a los hechos que se le imputaron en el testamento y, especialmente, si este tenía la suficiente capacidad para motivarse por principios tan loables como la solidaridad familiar. También debemos tener en cuenta que sería un error interpretar la desheredación del menor desde la perspectiva de su protección o del tan manido principio del interés superior del menor, sino más bien al compás del discernimiento y, sobre todo, del fundamento del sistema legitimario, pues en caso contrario, esto es, si se abogara por una defensa a ultranza del legitimario menor de edad enarbolando las normas tuitivas que le protegen, la dignidad y la libertad del testador podrían quedar reducidas a su mínima expresión, con la agravante de los posibles padecimientos que en vida tuvo que soportar por parte de un descendientes menor de edad que, tras la muerte del causante, reclama la legítima a la que no rindió tributo respetando a su ascendiente.

112 CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación* (art. 853.2 CC), cit., p. 34.

113 PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil español, Tomo VI*, Aranzadi, Pamplona, 1972, p. 691; LACRUZ BERDEJO, J.L y AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, Tomo V*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 410.

114 Misma postura mantiene ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, cit., pp. 601 y 602. El citado autor se apoya en un texto del *Codex* que decía lo siguiente: “Porque nos parece que es bastante cruel considerar ingrato al que no tiene discernimiento”.

115 Parece que esta es el criterio mayoritario según VALLET DE GOYTISOLO, J.: “El apartamiento y la desheredación”, cit., p. 17: “Y, finalmente, ha predominado el criterio de distinguir según el hecho que sea causa de desheredación constituya delito penal o bien sólo un acto civilmente culposo o doloso, bien sea matizado con un flexible arbitrio judicial”.

VII. CAUSAS POTENCIALMENTE DESHEREDATIVAS DEL DESCENDIENTE MENOR DE EDAD.

Habida cuenta de que, en el anterior apartado, propugnamos que la desheredación del menor de edad deberá ser analizada según sus facultades intelectivas y volitivas y, no menos importante, según la causa *desheredationis* que se le impute, creemos que para ofrecer una visión global y profunda del tema que estamos tratando debemos diferenciar las causas desheredativas, pues según los hechos imputados serán aplicables unos cánones hermenéuticos u otros, pues no es lo mismo una negativa a prestar alimentos (art. 853.1ª CC), que un maltrato de obra o un abandono capaz de fundamentar un maltrato psicológico (art. 853.2ª CC).

I. La negativa a prestar alimentos como una causa residual de desheredación del menor de edad.

Los autores que han tratado, someramente, la desheredación del menor de edad, ha circunscrito su análisis a las injurias y al maltrato de obra, y, más recientemente, al maltrato psicológico una vez que fue reconocida por la jurisprudencia como una causa que permitía privar de la legítima a los descendientes. Si deparamos en el art. 853.1ª CC vemos que, además de las citadas causas, se podrá desheredar a los hijos y descendientes por “haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o descendiente que le deshereda”. El legislador, en el ámbito de la desheredación, no describe que debe entenderse por alimentos, al contrario de lo que ocurre con el art. 756.7º CC, que prevé como causa de indignidad no prestar “las atenciones debidas”, diciendo a renglón seguido que se entenderá por atenciones debidas “las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.

A fin de valorar si el menor de edad puede ser desheredado por el art. 853.1ª CC, lo mejor será distinguir dos supuestos, el del menor de edad sujeto a la patria potestad y el del menor emancipado.

A) Análisis del supuesto del descendiente menor de edad que no ayudó al causante enfermo o necesitado.

A pesar de la indeterminación del art. 853.1ª CC sobre el concepto de alimentos, la doctrina¹¹⁶ y la mayoría de los Juzgados y Tribunales opinan que debe circunscribirse a los alimentos comprendidos en el art. 142 CC, esto es, “todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista”. Cuando el hijo es menor de edad, dudosamente podrá erigirse como alimentante, por superlativa que sea la situación de necesidad de los padres, tanto

116 ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus casusas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, cit., p. 266.

es así, que, en procesos donde se ventila una crisis matrimonial, los Tribunales suelen condenar al pago de una pensión de alimentos al progenitor no custodio, aunque este no tenga recursos para abonarla, suspendiéndose dicha obligación en los muy excepcionales casos en el que el que este se encuentra en una situación de absoluta mendicidad. Por lo tanto, tanto la regulación del Código Civil como el sentido común coadyuvan a afirmar que el hijo, mientras esté sujeto a la patria potestad, no podrá tener la carga de alimentar a sus ascendientes, máxime cuando este, generalmente de escasos recursos, está en un periodo de instrucción y formación para poder llegar algún día a la independencia económica.

Pero es obligado que analicemos aquellos casos en los que el progenitor, con recursos económicos suficientes, padece de una enfermedad o no tiene suficientes condiciones de movilidad y precisa la ayuda material del hijo, que puede ser menor de edad. La doctrina no es unánime en este punto; así, tenemos a BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS que sugiere que lo relevante, a los efectos de la prestación de alimentos, es una situación de necesidad económica, quedando extramuros de la obligación de alimentos la asistencia personal y emocional, aun en supuestos de enfermedad¹¹⁷; otros entienden que, ante estos escenarios, existe un deber de velar por aquellos padres y ascendientes cuando la vejez o la enfermedad no les permita cuidarse autónomamente, aun teniendo recursos económicos, incardinándose en la obligación de alimentos la asistencia en sentido amplio, sin circunscribirse a la médica¹¹⁸. Partiendo de esta última tesis, se podría desheredar por la vía del art. 853.1ª CC a un hijo menor de edad que, pese a no ser alimentante respecto a su ascendencia, por su escasa, o inexistente, capacidad económica, no ayuda a sus ascendientes que precise de ciertas ayudas instrumentales o materiales para su subsistencia. Pero esta conclusión dista de la que será nuestra propuesta, como veremos a continuación.

La exégesis de las Audiencias Provinciales es vacilante cuando han analizado la desheredación del legitimario mayor de edad y el concepto de alimentos. Algunas, se inclinan por interpretar que el deber de alimentos, a los efectos del artículo 853.1ª CC, solo alcanza el aspecto estrictamente económico, a fin de evitar el desamparo¹¹⁹, como veremos a continuación, a colación de casos en los que se ha

117 BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, pp. 30 y 31.

118 MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. M.: "Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado", *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2015, p. 2. La postura de O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, cit., p. 263, es ambigua, pues si bien dice que la obligación de alimentos entre parientes es de contenido patrimonial, pudiendo consistir su cumplimiento en la entrega de una cantidad de dinero, luego dice que su finalidad es de protección de la vida de una persona y su fundamento es familiar, "lo que permiten considerarla de naturaleza no patrimonial".

119 Ya adelantamos que aquí, cuando hablamos de desamparo, no consideramos extrapolable para las personas de la tercera edad la definición del art. 172.1 CC, que abarca, respecto a los menores de edad, la asistencia moral y material.

discutido, la mayoría de las veces, la desheredación de un hijo o nieto mayor de edad.

La SAP Castellón 21 julio 2009¹²⁰ analizó la impugnación de una desheredación de un abuelo a su nieta, tachando el Tribunal la desheredación de injusta, la cual se hizo por la vía del artículo 853.1ª CC, porque, aunque quedó acreditado que la nieta fue reclamada para atender a su abuelo, dicha reclamación fue para ayudarle en los cuidados que precisaba, lo visitara, le tomara la medicación y, en resumidas cuentas, que le hiciera compañía. Para la sentencia, dichos hechos no se pueden incardinar en el artículo 853.1º CC, porque el abuelo subsistía con su pensión, con la que sufragaba los costes de una persona de compañía, la cual estaba pendiente de las atenciones primarias¹²¹. Similar razonamiento secundó la SAP Ourense 4 abril 2008¹²², que declaró nula la desheredación que afectaba a los hijos, ya que quedó acreditado que el testador no tenía ninguna situación de necesidad económica, subsistiendo con una pensión y su parte de los bienes gananciales. A juicio de la Audiencia Provincial, no es lo mismo la asistencia moral y afectiva, que según nuestro prisma podría dar lugar a la desheredación por maltrato psicológico, que la económica, que justificaría la prestación de alimentos, precisando la citada sentencia que “esta última es la que puede dar lugar al nacimiento de la causa de desheredación, más no la primera y en tal sentido no se acredita que el causante fuera merecedor de alimentos ni tampoco que las demandantes estuvieran incurso en la obligación de prestarlos”.

La SAP León 13 abril 2005¹²³ enjuicia otro caso de desheredación al amparo del artículo 853.1ª CC, en un caso en el que testador atribuyó toda su herencia a su cónyuge de segundas nupcias, desheredando a los hijos fruto de su anterior matrimonio. Quedó acreditado que el padre sufrió una hemorragia cerebral, pero, a pesar de ello, quedó recuperado, hasta tal punto de poder usar un vehículo adaptado y realizar viajes y excursiones con total independencia; además, percibía una pensión de gran invalidez, y había adquirido años antes a su fallecimiento un nuevo vehículo y una vivienda con garaje y bodega anexa. A pesar de ello, deshereda a sus hijos por el distanciamiento que había entre

120 SAP Castellón 21 julio 2009 (AC 2009, 1898).

121 El fundamento de derecho segundo dice lo siguiente: “Por muy censurable que pueda parecer este proceder ello no supone que la actora haya negado alimentos a su abuelo, ya que ella no fue requerida para prestarlos por la necesidad existente sino para ayudar en los cuidados que precisaba su abuelo que le obligaban a tener una persona que le acompañase al médico, le atendiera cuando estaba hospitalizado, le controlara las tomas de la medicación, le calentara la comida, y en general le hiciera compañía. Esto fue lo que dijo la persona que fue contratada por sus hijos y que compareció al juicio relatando que había estado haciendo esas tareas. Como indica el recurrente, el artículo 142 del Código Civil establece que se entiende por alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y en el caso del abuelo de la actora, no se ha constatado la carencia de dichos alimentos, sino la de los cuidados y atenciones propias de un familiar tan cercano, lo que evidentemente y según se concluyó en la instancia excede de lo que es la causa de desheredación y entra en el ámbito del enjuiciamiento moral ajeno a lo que aquí debe decidirse”.

122 SAP Ourense 4 abril 2008 (JUR 2008, 206881).

123 SAP León 12 abril 2005 (JUR 2005, 106351)

ellos desde la crisis matrimonial, los cuales no fueron a visitarle durante su última enfermedad. Probablemente, la tesis de la Audiencia Provincial de estimar injusta la desheredación sea acertada, en la medida en que solo se citó como causa el artículo 853.1ª CC, no estando comprendido el afecto y el cariño en el término “alimentos”¹²⁴; sin embargo, es probable que por la vía del maltrato psicológico conforme a la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo dicha desheredación hubiese prosperado: nunca lo sabremos¹²⁵.

La postura contraria, favorable a la interpretación extensiva del concepto de alimentos, es secundada por la SAP Madrid 19 septiembre 2013¹²⁶, en la que el testador invocó el artículo 853.1ª CC por la situación de abandono y falta de afecto que padeció por parte de los legitimarios; el Tribunal la estima, diciendo que “por alimentos no cabe entender únicamente la ayuda material imprescindible para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación que contempla el artículo 142 del Código Civil, sino también todo lo que es indispensable para ello, como se precisa en el citado artículo y ha sido interpretado por la jurisprudencia como la exigencia de una actitud activa de atenciones, incluyendo las afectivas”.

Otras resoluciones optan por una vía intermedia, en el entendido de que, sin llegar a afirmar que la falta de afecto o cariño se encuentra en el concepto de alimentos, tienen en cuenta la ausencia de asistencia y atención personal a los padres enfermos, que no tienen la suficiente dependencia para la realización de las actividades básicas, lo que implicaría un incumplimiento de los deberes asistenciales que quedan comprendidos en el artículo 853.1ª CC. Ejemplo de esta tesis es la SAP Albacete 4 marzo 2016¹²⁷ que afirma que “aunque la obligación de alimentos no comprenda dar cariño, compañía o interés personal, sí que abarca en casos de que el necesitado no pueda cubrirlas por sí mismo, el soporte o cobertura de las necesidades materiales (económicas o de dedicación), precisas

124 En similar sentido las SSAP Madrid 6 abril 2005 (JUR 2005,106746) y 15 noviembre 2007 (JUR 2008,84904), y SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013/2219).

125 Este razonamiento sigue la SAP Albacete 1 febrero 2017 (JUR 2017,67928), en la que enjuició un caso en el que los causantes desheredaron a sus hijas, sin embargo los coherederos interpusieron una demanda para la declaración de indignidad contra las nietas, hijas de la desheredadas, al entender que concurría la causa prevista en el artículo 756.7º CC (“tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”), ya que no mantuvieron contacto alguno con los abuelos, que eran personas dependientes, desde 2004 como consecuencia de una discusión que había tenido su madre de ellos. La Audiencia desestima la causa de indignidad, pues, señalando, en su fundamento de derecho segundo, que dichos hechos podrían ser una causa de desheredación por maltrato psicológico ex artículo 853.2 CC, luego dice que el concepto de alimentos no puede ser objeto de una interpretación extensiva, no incardinándose en el artículo 142 CC conceptos tales como el contacto, el afecto o el cariño (así se infiere del fundamento de derecho tercero). Igual senda sigue la SAP Guipúzcoa 19 diciembre 2016 (AC 2017,274), en la que, a pesar de quedar acreditado que existió un abandono emocional de los hijos hacia el testador que comprendía el maltrato psicológico, el Tribunal acabó por declarar injusta la desheredación, pues el testador había invocado la negativa a la prestación de alimentos como causa de desheredación y no los malos tratos sufridos.

126 SAP Madrid 19 septiembre 2013 (JUR 2014,3342).

127 SAP Albacete 4 marzo 2016 (JUR 2016,75517)

para procurar la movilidad mínima del causante, su aseo, alimento y atención médica; bien se lleve a cabo dicha cobertura personalmente por el propio obligado o descendiente (aún de modo alterno si han de compatibilizarse necesidades propias del alimentista también) o bien por tercero por encargo del obligado o incluso mediante una asignación económica si ello fuera suficiente”¹²⁸. En definitiva, la sentencia interpreta el término “alimentar” como comprensivo de las obligaciones coadyuvantes, mediales o instrumentales para que la persona pueda tener satisfechas sus necesidades¹²⁹.

Las citadas sentencias se referían a desheredaciones en los que los legitimarios habían adquirido la mayoría de edad al tiempo de protagonizar los hechos. Respecto a los casos en los que el desheredado era un menor de edad, tenemos, entre las pocas resoluciones que se han dictado, la SAP Ciudad Real I diciembre 2016¹³⁰. El Tribunal estudió un litigio en el que la testadora, tras sufrir un ictus, le diagnosticaron cáncer y su hija de diecisiete años, lejos de ayudarla, se inhibió en el deber de respeto filial, recibiendo la madre los cuidados de la abuela materna. Dijo la Audiencia Provincial, en lo que atañe a la negativa a prestar alimentos, que no concurría la causa desheredativa, puesto que “la menor entonces, luego joven, carecía y carece de ingresos propios para negar o no negar alimentos, vestido o asistencia médica”, añadiendo que no se puede “equiparar dicha negativa de alimentos, a las necesidades espirituales; es decir atención personal o cariño”.

Nuestro planteamiento es que la falta de cariño o de afecto, la desidia o la inhibición del hijo menor de edad en la tarea cuidar o ayudar al progenitor desvalido, más que una negativa a prestar alimentos, representa un maltrato psicológico digno de provocar en el testador una perturbación emocional. Reconducir por la vía del art. 853.1ª CC supuestos como el que desembocó en la SAP Ciudad Real I

128 Véase también la SAP Badajoz 23 enero 2003 (JUR 2003,128167), que ante un supuesto en el que la causante padeció numerosas enfermedades, estimó justa la desheredación, ante la falta de atención médica de las desheredadas, explicando que los alimentos también comprende la asistencia y cuidados en casos de grave enfermedad.

129 Dicha sentencia acaba admitiendo la causa de desheredación en su fundamento de derecho tercero, diciendo lo siguiente: “En el caso presente, no nos encontramos ante una mera falta de cariño e interés por parte de la demandante, sino ante algo más: la prueba testifical indica cómo la causante, madre de ésta, se encontraba durante los últimos tiempos de su vida en situación de necesidad, si no económica (que también, pues a pesar de su pensión precisaba gastos en medicinas, andadores, taxi para asistencia sanitaria y demás gastos domésticos, incluida una tercera persona durante algunas horas al menos, y vigilancia por sus más allegados para la mínima movilidad, aseo, etc.) sí al menos personal al precisar de terceras personas para éstas actividades materiales de sustento, vestido y alimento, pues no podía por sí sola vestirse, levantarse de la cama ni cambiarse los pañales de los que finalmente precisaba, lo que a pesar de ser conocido por la Sra. Socorro (que en una localidad pequeña y tan próxima familiarmente aunque sin relación directa, conocía aunque fuera a través de terceros entre los que se encontraba alguna tía y prima) no la motivó a colaborar en dicho sustento material y físico, más allá del meramente personal o sentimental, lo que le permite jurídicamente al causante excluir en testamento su condición de heredero o coheredero, por lo que debe estimarse el recurso, al no advertir el Juzgado dichas omisiones, que por ser materiales, físicas y necesarias para el sustento y para materializar los alimentos debidos, suponen una verdadera omisión de alimentos que, como se dijo, van más allá de una mera negación de cariño y asistencia psicológica o sentimental”.

130 SAP Ciudad Real I diciembre 2016 (JUR 2017, 1529).

diciembre 2016, podría ser loable antes del año 2014, pero una vez que el Tribunal Supremo consagró el maltrato psicológico como una causa de desheredación, ex art. 853.2ª CC, estos casos encajarían mejor en dicho precepto¹³¹. Como dijimos en otro trabajo, mantener la tesis contraria no resistiría la siguiente cuestión: ¿Prosperaría una demanda de juicio verbal, ejercitada conforme al artículo 250.1.8º LEC, en reclamación de alimentos, alegando el presunto alimentista que se encuentra en un geriátrico la falta de cariño o afecto? Dudosamente¹³². Sin embargo, el análisis de la desheredación del menor de edad por el art. 853.1ª CC no desemboca aquí, como veremos en los siguientes apartados.

B) ¿Es posible desheredar a un menor de edad por negarse a contribuir, equitativamente, al levantamiento de las cargas de la familia?

Como dijimos en anteriores apartados, el negocio jurídico de Derecho de familia es fuente de derechos y deberes que tiene como sustrato fáctico las relaciones conyugales y de filiación. En los profanos a veces late la idea de que los hijos, siendo menores de edad, solo son acreedores de derechos que deberán cumplir, inexorablemente, los progenitores; sin embargo, para los hijos menores de edad, el Código Civil también contempla deberes. En este sentido, el art. 155 CC dice, además de que los hijos deben “obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre” (art. 155.1º CC), que deberán “contribuir equitativamente, según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella” (art. 155.2º CC).

En muchos casos, los padres no exigen a sus hijos el deber cristalizado en el art. 155.2º CC, ya que el deber paterno de velar por los hijos menores (art. 154.1º CC) llega hasta la abnegación de los propios progenitores que supera el cuadro legal del contenido previsto en el art. 154.1º CC, llegando incluso a la exageración de asistencia y protección dispensada a los hijos, otorgándole, incluso después de cumplir la mayoría de edad, excesivas oportunidades¹³³. Pero puede ocurrir que los padres exijan a los hijos que convivan en la vivienda familiar que colaboren o ayuden al sostenimiento de las cargas de la familia.

131 CABEZUELO ARENAS, A.L. y CASTILLA BAREA, M.: “La obligación de alimentos como obligación familiar básica”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 200, afirma que la concepción amplia de alimentos se justificaba porque era la única vía que permitía la desheredación ante el distanciamiento y falta de afecto que constituye hoy el maltrato psicológico, aun teniendo los padres recursos económicos

132 GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.: “El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación”, cit. p. 409.

133 Opina LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de familia, Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 348 y 349, que los deberes paternos, especialmente el previsto en el art. 154.1º CC, no debe reproducir, necesariamente, el status propio de los progenitores, ni tampoco que los hijos solo tengan derecho a los bienes y servicios con que, durante su minoría de edad, contaron sus padres, sino que el deber de asistencia de estos se ponderará según las circunstancias familiares del momento.

Dicho esto, nos debemos plantear la cuestión que jalona este apartado, esto es, si los hijos menores de edad que se nieguen a dicho deber pueden ser objeto de una desheredación articulada por el art. 853.1ª CC. Antes de entrar en el meollo de este interrogante, conviene destacar que, curiosamente, el fundamento del deber de los hijos de contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia es el mismo que el de la legítima: la solidaridad familiar¹³⁴. El art. 155.2º CC supedita dicho deber a que los hijos convivan con los padres, pero no dice si el deber se extiende a aquellos casos en los que, extinguida la patria potestad por la mayoría de edad, los hijos siguen conviviendo en la vivienda familiar. A nuestro modo de ver, este deber es exigible a todo hijo que conviva con sus padres, pues sería absurdo e inverosímil que se le exonerara de dicho deber a los hijos que, aún dependiendo de los padres por no haber alcanzado la independencia económica, sean mayores de edad y convivan con los progenitores, mientras que no existiera exoneración posible, leyendo el art. 155.2º CC *ad pedem litterae*, respecto a los hijos menores de edad¹³⁵. En cuanto a que se debe entender por “cargas de la familia”, entendemos, de acuerdo con las posturas doctrinales más recientes, que dicho concepto se tiene que hilvanar con los arts. 90, 91, 103.3, 1318, 1319 y 1438 CC¹³⁶. En esta senda, cuando el art. 1318 CC dice que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio concreta luego, en el art. 1319 CC e implícitamente, que dichas cargas se tiene que identificar con las necesidades de la familia¹³⁷, con la particularidad de que, cuando dicho deber incumba a los hijos sujetos a la patria potestad, ha de exigirse su cumplimiento siempre, y, a los efectos de determinar su cuantía¹³⁸, equitativamente, es decir, según sus posibilidades, pues no es lo mismo un recién nacido que un menor de dieciséis años que, incluso, tiene determinados bienes¹³⁹; a lo que debe añadirse, a los efectos de determinar la cuantificación, las necesidades básicas y esenciales de la familia, debiendo quedar excluidos los gastos suntuarios.

134 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168”, en AA.VV.: *Comentarios a la reformas de Derecho de Familia, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1058, y más recientemente, DIEZ GARCÍA, H.: “Artículo 155”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, Tomo II* (R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1585.

135 Así lo dice, *obiter dicta*, la SAP Huesca 20 julio 1993

136 GETE-ALONSO, Mª C. y SOLÉ RESINA, J.: *Actualización del derecho de filiación. Repasando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 229; LINACERO DE LA FUENTE, Mª: *Tratado de derecho de familia. Efectos sustantivos. Procedimientos Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 236. ROCA Y TRIAS, E.: “Comentario al artículo 90 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentario al Código Civil, Vol. I* (dirs. C. PAZ-ARÉS, L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, P. SALVADOR CORDECH), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 385, establece una diferenciación de matiz, diciendo que el concepto de cargas del matrimonio presupone el matrimonio y la convivencia, aunque subraya que podrá subsistir cuando hay separación”, mientras que las cargas de la familia respecto a los hijos no es una consecuencia del matrimonio, sino de la patria potestad.

137 DIEZ GARCÍA, H.: “Artículo 155”, cit., p. 1586.

138 Decimos cuantía porque la exigencia de dicho deber es exigible en todo caso, sea cual sea el patrimonio de la familia, tal y como sostiene DIEZ GARCÍA, H.: “Artículo 155”, cit., p. 1586, que dice que “este deber de contribución no se supedita en mi opinión a la exigencia de que las cargas resulten necesarias”.

139 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168”, cit., p. 1060.

Podría pensarse que el deber del art. 155.2º CC no es económico, sino que abarca una serie de tareas del hijo menor de edad encaminadas a satisfacer las necesidades domésticas, como ayudar a cocinar, sacar la basura, coadyuvar al ornamento de las dependencias de la vivienda, etc. En nuestra opinión, dicho deber abarca tanto las contribuciones materiales como económicas. Las primeras serán exigibles respecto a los hijos menores que no tenga bienes ni recursos económicos, pues en caso contrario la conclusión sería que este no tendría que cumplir dicho deber, mientras que las segundas, las puramente económicas, se exigirán a los hijos que, por las circunstancias que sean, tengan ingresos o algún bien capaz de generar frutos. Ciertamente, la confusión puede proceder de la actual redacción del art. 9 ter LOPJM, cuyo rótulo es “Deberes relativos al ámbito familiar”, que dispone que los menores “deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo”. Como se puede ver, se omite la contribución a las cargas de la familia, no obstante, una lectura del art. 165 CC permite sostener que el deber del art. 155.2º CC tiene también un matiz económico, ya que, teniendo los padres la administración de los bienes del menor, con alguna excepción (art. 164 CC), podrán destinar los mismos “al levantamiento de las cargas familiares”, sin que exista aquí la rendición de cuentas.

Entrando de lleno en si el incumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de las cargas de la familia puede constituir una causa de desheredación de los hijos menores de edad, se podría afirmar que el legislador excluyó, deliberadamente, estos casos de la desheredación, pues no tipifica, *ex profeso*, el incumplimiento de los deberes de los hijos como una causa *desheredationis*, al contrario de lo que ocurre con el art. 855.1ª CC, que tipifica como causa de desheredación entre cónyuges el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales. Aquí, el legislador pudo pensar que consagrar la negativa a contribuir al sostenimiento de la familia traería más problemas que beneficios, toda vez que la mayoría de los desheredados serían menores de edad, máxime si deparamos en que cuando se publicó el Código Civil la salida de la vivienda familiar se producía a edades tempranas y el precepto, de tener la misma redacción que la causa de desheredación entre cónyuges citada, se aplicaría, más que a hijos mayores de edad que puedan vivir con los padres, a los menores. Pero, valorando que el deber del art. 155.2º CC tiene el mismo fundamento que el sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar, creemos que en algunos casos se podría sostener la desheredación del hijo contumaz que presenta una actitud egoísta ante sus padres, inhibiéndose en sus deberes para solo vindicar sus derechos.

Hay que tener en cuenta que, aún siendo el hijo menor de edad y sujeto a la patria potestad, este puede adquirir bienes, tanto a título lucrativo u oneroso,

como procedente de su trabajo e industria. En aquellos casos en que los bienes del menor estén sujetos a la administración paterna no habrá problemas, toda vez que los padres podrán destinar dichos bienes y sus frutos al levantamiento de las cargas de la familia. Sin embargo, como quiera que hay determinados bienes del menor que quedan excluidos de la administración paterna, ex art. 164 CC, es posible que, impedidos los padres de destinar los bienes de su hijo al sostenimiento de la familia, aquellos vean como este utiliza los mismos a cualquier fin particular movidos por deseos egoístas y desatendiendo la solidaridad familiar. Evidentemente, es una situación injusta e intolerable que, curiosamente, no exonera a los padres de sus deberes tuitivos, al socaire de que estos se extinguen cuando su descendencia llega a mayoría de edad y alcanzan la independencia.

Son contadas las ocasiones en la que los padres han acudido a los Juzgados y Tribunales demandando al hijo para que este cumpla el deber de sostener, equitativamente, a las cargas familiares. Un caso paradigmático fue el que desembocó en la SAP Huesca 20 julio 1993, ya citada en este trabajo, en el que un padre demandó a su hijo vindicando que este pagara una cantidad en base al deber del demandado de contribuir al levantamiento de las cargas familiares. El Tribunal desestimó la demanda, diciendo lo siguiente, en relación al art. 155.2º CC (cursiva propia):

“Si dicha norma se entiende referida también a los hijos mayores de edad que continúan en situación de convivencia con la familia, nos encontramos en una norma que, como el respeto a los padres, a que se refiere el núm. 1.º, establece unos principios de conducta no susceptibles de exigencia judicial directa, como la que se pretende en autos, sino que, como valoración de esa conducta, sus efectos negativos, en caso de incumplimiento, se derivan por la aplicación de distintos institutos jurídicos en que puede tenerse en cuenta: *desheredaciones*, calificación de los gastos de alimentación como colacionables y la aplicación o inaplicación de las obligaciones alimenticias, etc.”.

Sin entrar a escrutar el fallo, ya que excede de los fines de este trabajo, lo importante es su fundamentación jurídica, pues admite que, pese a que exista algunas normas del negocio jurídico de Derecho de familia que no vayan revestidas de una sanción directa¹⁴⁰, ello no es óbice para decir que están provistas de consecuencias, citando el Tribunal, expresamente, la desheredación. El problema reside en la causa en la que se ha de incardinar el incumplimiento del hijo menor de edad de contribuir a las cargas familiares.

¹⁴⁰ No ocurre lo mismo con el cónyuge que se niega a sujetar sus bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio, ya que, por mor del art. 1318 CC, el Juez podría dictar las medidas cautelares oportunas para asegurar su cumplimiento y los anticipos necesario. Quizás, de *lege ferenda*, el legislador debería establecer una disposición análoga para reclamar judicialmente dicho deber cuando incumba a los hijos menores y sus bienes estén excluidos de la administración paterna.

En el anterior apartado, dijimos que el abandono o las faltas de cuidados del hijo deberían subsumirse en el maltrato psicológico, toda vez que estos hechos ligan más con dicha causa de construcción jurisprudencial. La otra causa aplicable sería la negativa a prestar alimentos (art. 853.1ª CC), pero la arquitectura doctrinal y jurisprudencial de la negativa a prestar alimentos como causa de desheredación precisa de unos presupuestos muy concretos que, quizás, no concurren en la negativa del hijo menor de edad de contribuir a las cargas de la familia, a la vista de que siempre se ha dicho que se podrá desheredar a un descendiente por el art. 853.1ª CC cuando el testador esté en una situación de necesidad que provoque el advenimiento de la obligación de alimentos¹⁴¹, siendo sumamente difícil, sino imposible, que se erija como alimentante de los padres el hijo menor de edad, que aún pudiendo tener cierta opulencia económica y encontrándose los padres en estado de necesidad, si aquel convive con estos y no está emancipado sigue estando sujeto a la patria potestad.

Desde nuestro punto de vista, si el Tribunal Supremo dijo en 2014 que el maltrato psicológico debía “considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra”, nosotros decimos ahora que la negativa injustificada del hijo menor de edad a contribuir al levantamiento de las cargas de la familia también parte del mismo dinamismo conceptual que subyace en la negativa a prestar alimentos, hasta parten del mismo fundamento¹⁴², pudiendo constituirse como una causa de desheredación, al menos hasta que concluya el letargo del legislador y diga expresamente otra cosa. Para ello sostener esta afirmación partimos que se deben dar las siguientes circunstancias:

En primer lugar, que el menor de edad, sujeto a la patria potestad, tenga el suficiente discernimiento, toda vez que es capital que comprenda o pueda comprender conceptos como la solidaridad familiar. En segundo lugar, se requerirá que el menor, con suficientes bienes, tenga la administración de los mismos, de manera que los padres no puedan destinarlos al sostenimiento de la familia, pues en caso contrario, esto es, si los padres tuviesen la administración, no cabría

141 Ya lo decía MANRESA Y NAVARRO, J. M^o: *Comentarios al Código Civil Español, Tomo VI, 1951*, p. 682, cuando, en relación a la negativa a prestar alimentos como causa de desheredación, dijo que “el que sin motivo legítimo consiente que sus padres o ascendientes carezcan de lo necesario para subsistir, no es digno de tomar parte alguna de sus bienes, sean muchos, por imprevisto cambio de fortuna, o pocos, como será lo más frecuente”. También puede verse, entre otros, REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores”, cit., p. 399; REPRESA POLO, M^o. P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., p. 120; ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, cit., p. 33.

142 Compárese las opiniones doctrinales, ya mencionadas, que encuentran el fundamento del deber del art. 155.2º CC en el principio de solidaridad familiar, con el fundamento de la obligación de alimentos que, como no podía ser de otro modo, reside en el mismo principio, pudiendo citarse, entre la marabunta de sentencias que así lo recalcan, la STS 1 marzo 2001 (RJ 2001, 2562): “La obligación de prestar alimentos, se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento constitucional en el artículo 39-I de la Constitución Española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”.

reprochar a los hijos la negativa a contribuir a las cargas familiares, ya que solo hubiese hecho falta que los padres, que tenían la administración, destinara sus bienes y sus frutos a dicho cometido. Y, en último lugar, y a pesar de que el deber del art. 155.2° CC se pueda exigir siempre, entendemos que para que dicho incumplimiento merezca el reproche de la desheredación los padres, por sus escasos recursos, precisen de la ayuda del hijo siempre que este esté en condiciones de procurarla. Si faltase este último requisito, consideramos suficiente castigo que los padres no le atribuyan al infractor menor de edad el tercio de libre disposición y le priven del tercio de mejora, dejándole, única y exclusivamente, con el tercio de legítima estricta.

C) El supuesto del menor emancipado.

Si hemos dicho que el menor de edad sujeto a la patria potestad puede ser desheredado por negarse a contribuir al levantamiento de las cargas familiares, es evidente que en este apartado la misma conclusión cabe sostener respecto al menor emancipado que convive con los padres, pues aunque el art. 155.2° CC establezca dicho deber para los hijos sujetos a la patria potestad que convivan con los padres, la lógica impone que se extienda el deber de contribuir a las cargas familiares a los hijos emancipados que, por las circunstancias que sean, convivan en la vivienda familiar:

No obstante, en cuanto al menor emancipado no encontramos ningún óbice para que se le pueda desheredar por la negativa a prestar alimentos *stricto sensu*. Como hemos dicho en anteriores apartados de este trabajo, el principal efecto de la emancipación es la extinción de la patria potestad (art. 169.2° CC). Esto tiene como efecto colateral que las relaciones entre los progenitores y los hijos, en cuanto a los alimentos, deje de circunscribirse al régimen de los alimentos inherentes a la patria potestad, de modo que si el menor emancipado precisa alimentos, los tendrá que demandar en base a la obligación de alimentos entre parientes, regulada en el Título VI del Libro I CC. Evidentemente, los alimentos extramuros de la patria potestad que se deben, recíprocamente, los parientes, son los incluidos en el art. 142 CC, esto es, “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”, la “educación e instrucción”, y por último, los gastos de embarazo y parto. De acuerdo con la doctrina, estos alimentos son más limitados que los que abarca la patria potestad, en cuanto a su contenido y, también, respecto a sus presupuestos, ya que el art. 154 CC no somete el deber paterno de alimentar a sus hijos a causas de extinción, ni tampoco a una situación de necesidad del hijo, ni siquiera lo deja al albur de que el progenitor tenga la patria potestad, pues aun habiendo sido privado de

ella subsistirá el deber de alimentar al hijo al basarte el deber de alimentar a su descendencia, más que en la autoridad paterna, en la filiación¹⁴³.

Por lo tanto, estando el hijo emancipado, las relaciones alimenticias se incardinan en el marco legal de la obligación de alimentos entre parientes, lo que en teoría posibilitaría que el hijo y los padres, recíprocamente, puedan erigirse como alimentantes y alimentistas. Parangonando esta afirmación con la ladera fáctica, podrá pensarse que sería inverosímil que un hijo menor de edad, aun estando emancipado, pueda ser alimentante de sus progenitores, toda vez que entre la edad de dieciséis y dieciocho años los menores no suelen tener un suculento patrimonio para atender a las necesidades de otros familiares, a lo que debe añadirse que estos están todavía en edad de formación.

Aunque sean casos excepcionales, no podemos perder de vista que puede haber menores emancipados que tengan cierto patrimonio, ya procedan del trabajo o la industria, o de la adquisición de herencias, legados o donaciones. Piénsese en un menor artista, *youtuber* o futbolista que con dieciséis años firma un importante contrato profesional que le permite acumular grandes sumas de dinero, y que, por exigencias del contrato, tiene que marcharse a vivir a otra ciudad e, incluso, a otro país, dando los padres su consentimiento en pro del futuro del hijo. En estos escenarios, estamos ante una emancipación de hecho (art. 319 CC) y con un menor que, por su labor profesional, ha logrado, holgadamente, su independencia económica. Situémonos ahora en la coyuntura de que, por avatares del destino, el menor procedía de una familia humilde, con una maltrecha economía que, azarosamente, empeoró una vez que el menor logró su independencia.

Si los padres están en una situación de necesidad y el menor emancipado tiene suficientes bienes para cubrir su propia subsistencia y atender a aquellos, no vemos ningún obstáculo para que aquellos puedan reclamarle al menor emancipado, como alimentante, el cumplimiento de la obligación de alimentos, el cual este podrá satisfacer pagando una pensión o trasladando a sus padres a su propio domicilio (art. 149 CC). En este contexto, si el menor, en una manifestación de egoísmo, permite que sus padres vivan en la precariedad, sin atender a sus necesidades más básicas, creemos que es perfectamente viable la desheredación por la negativa injustificada a prestar alimentos, pues de lo contrario estaríamos ante el disparate de ver como un menor emancipado millonario hereda los escasos bienes que tenían sus padres, como una vivienda, cuando aquel permitió que su ascendencia viviera privada de los bienes y servicios más elementales.

143 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 292 y 293; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "Comentarios a los artículos 108 y 141", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia* (coord. M. AMORÓS GUARDIOLA), Tecnos, Madrid, 1984, p. 628.

2. Las injurias graves y el maltrato de obra como manifestaciones de violencia filoparentales.

Aunque haya dicho el Tribunal Supremo, muy recientemente que la negativa a prestar alimentos, en su modalidad delictiva (art. 227 CP), es una manifestación de violencia, en este caso, económica¹⁴⁴, cuando hablamos de violencia filoparental nos referimos a los actos más exacerbados del hijo hacía el progenitor que, incumpliendo el deber de respeto que le incumbe (art. 155.1° CC), golpea, zarandea o insulta al que le vio nacer.

A pesar de que las injurias y el maltrato de obra son causas desheredativas que presentan su propia idiosincrasia, estimamos oportuno tratar aquí ambas causas conjuntamente.

A) El elemento objetivo del maltrato de obra y las injurias.

Dispuestos a describir ambas causas someramente, podemos decir que el fundamento del maltrato de obra como causa *desheredationis* es, siguiendo a BARCELÓ DOMÉNECH, la protección al “respeto que los padres y ascendientes merecen como consecuencia de la relación paterna que les une con los hijos y descendientes”¹⁴⁵. El problema reside en que, como ya dijimos, el legislador consagra el deber de respeto filial en el art. 155.1° CC, pero no dice nada si incumbe a los nietos respecto a sus abuelos. En nuestra opinión, dicho artículo debe aplicarse analógicamente en la relación abuelo y nieto, pues si este puede recibir su legítima y aquel tiene la obligación de dejársela, que menos que el perceptor rinda tributo a la solidaridad que impone el ordenamiento, en determinados casos, a los ascendientes de segundo grado.

El maltrato de obra, puede ser tanto una conducta activa, como omisiva, abarcando, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN, “todas las (...) agresiones de carácter personal o contra la persona del testador, en todos sus grados, incluso el de lesiones, cualquiera que sea su gravedad, lo mismo delitos que faltas”¹⁴⁶. En cuanto a la omisión, recordemos aquel caso que desembocó en la STS 26 junio 1995, en

144 STS 17 marzo 2021 (JUR 2001, 96808): “Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlo, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo”.

145 BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra e injurias graves”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2014, p. 503.

146 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, VI. 2, *Derecho de Sucesión*, cit., pp. 1115 y 1116.

el que el Alto Tribunal estimó justa la desheredación de un hijo que vio impasible como su cónyuge expulsaba a su madre del domicilio, pasando la causante los últimos días de su vida ocupando otra vivienda que estaba en ruinas y sin otras atenciones que las que le proporcionaba su sobrina. El Tribunal dijo en este caso que para apreciar el maltrato de obra no es necesario que el legitimario sea quien empleó la fuerza física, bastando que, conociendo tales hechos, no adopte ninguna medida para repeler el acto. Tampoco se exige, al igual que las injurias, una previa sentencia condenatoria penal para que pueda apreciarse esta causa de desheredación¹⁴⁷, aunque si se ha dictado, la misma podría fundamentar la indignidad, ex art. 852 CC.

Respecto a las injurias, el art. 853.2^a exige que sean graves. Según REPRESA POLO, por injurias debe entenderse descalificar a una persona, insultarla, acusarla de actos deshonorosos, pudiendo justificar una desheredación aquellas expresiones que excedan de lo tolerable y sobrepasen las discusiones propias de la convivencia habitual¹⁴⁸, siendo determinante el nivel social de la familia¹⁴⁹. A pesar de que el art. 853.2^a CC exige que las injurias sea graves, compartimos el punto de vista de REPRESA POLO, que defiende que, pese a que las expresiones imputables al legitimario no sean graves, si se prueba su continuidad y reiteración pueden llegar a constituir una justa causa de desheredación¹⁵⁰.

Si nos situamos en las situaciones que se pueden dar en la práctica forense, pueden existir muchas modalidades de injurias, desde los insultos más graves hasta omitir el saludo o determinados gestos. Si un descendiente omite, continuada e injustificadamente, saludar a su ascendiente, consideramos que este acto puede entrar dentro del concepto de injurias, aunque generalmente estos supuestos constituyan, a su vez, un maltrato psicológico. Ha habido cierto debate en torno a las injurias por escrito, ya que el art. 853.2^a CC prevé, expresamente, las injurias graves de palabra. La exclusión de las injurias escritas, según ROMERO COLOMA, no tiene justificación posible, máxime cuando presentan una mayor facilidad probatoria¹⁵¹. De acuerdo con la doctrina, hay que abordar una interpretación teleológica del art. 853.2^a CC e incluir las injurias por escrito¹⁵². Puede haber

147 SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, cit., p. 1115; REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores", cit., p. 408. En sentido contrario, y con un criterio técnico deficiente, la SAP Cáceres 15 mayo 2005 (JUR 2002, 188901), que dice: "La Jurisprudencia tiene declarado que solo las condenas dictadas por órgano Jurisdiccional penal hacen prueba de la causa de desheredación".

148 REPRESA POLO, M^a. P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., pp. 137 y 138.

149 Así lo afirma, con acierto, la SAP Lugo 14 diciembre 2010 (AC 20/2010): "Debería por ello tenerse en cuenta el ambiente y tono general de la familia, la conducta filial en general, y desde luego el signo cultural en el momento en que se produzca la ofensa".

150 REPRESA POLO, M^a. P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., p. 138.

151 ROMERO COLOMA, A. M^a: *La desheredación*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 41.

152 SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, A.: "La desheredación, alivio de legitimarios ingratos", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 86-87, abril-septiembre, 2013, p. 437.

muchos escenarios, desde un hijo que escribe una columna en un periódico injuriando a un progenitor o, incluso, insultos contenidos en redes sociales como *Twitter*, *Facebook* u otros medios de comunicación telemáticos como *WhatsApp* o SMS. En estos casos, además del canon hermenéutico teleológico, debe imponerse una interpretación sociológica de la norma y, sobre todo, una reforma del art. 853.2ª CC, que comprenda también las injurias por escrito, lo cual se puede hacer incluyéndolas expresamente u omitiendo la voz “palabra” que actualmente adorna la dicción legal. Lo expuesto no es baladí, ya que son numerosos los menores de edad que, reacios a hablar con sus progenitores directamente, se comunican con estos telemáticamente o mediante redes sociales, viendo los progenitores como reciben mediante mensajes escritos toda clase de insultos y vejaciones. En cuanto a lo que hemos denominado como gestos, ocurre lo mismo, pues puede haber un hijo que negándole el saludo al progenitor lo salude sistemáticamente haciendo una peineta o un corte de manga, le escupa o le dedique, repetidas veces, determinados actos obscenos. Desde nuestro prisma, también dichos hechos pueden constituir una causa de desheredación, suscribiendo el punto de vista de RAGEL SÁNCHEZ que mencionaba que estos gestos equivalen a un grave insulto, estimando que el vocablo “palabra” empleado por el art. 853.2ª CC equivale a “modo de expresión”¹⁵³.

Hasta aquí, hemos descrito los hechos objetivos que puede protagonizar un menor de edad contra su ascendencia, ahora el discurso continuará con un presupuesto de capital importancia para que la desheredación prospere: el elemento subjetivo de la causa *desheredationis*.

B) Problemas que plantea el elemento subjetivo de las injurias y el maltrato de obra en el desheredado menor de edad.

Páginas más arriba hemos dicho que el elemento clave de la desheredación del menor de edad es el discernimiento, que quedará al albur del criterio judicial según la concreta causa desheredativa que se le impute, en orden a que los hechos reprochables a los efectos de la desheredación no responde a la misma arquitectura. No obstante, tanto el maltrato de obra como las injurias graves pueden ser tratados conjuntamente.

Tanto el maltrato de obra como las injurias requiere el elemento internacional representado por actuar con el propósito de hacer daño, lo que conllevar a afirmar, que está excluida la imprudencia¹⁵⁴. Generalmente, cuando el menor cumple la

153 RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Comentario a los arts. 848 a 857”, en AA.VV.: Comentarios al Código Civil, Tomo V (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 6289.

154 REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores”, cit., p. 406; VALLET DE GOYTISOLO, J.: “El apartamiento y la desheredación”, cit., p. 42; SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil*, VI. 2, *Derecho de Sucesión*,

edad para responder penalmente de sus actos, este podrá hacerse responsable de las conductas más graves que socavan el deber de respeto filial. Puede ser que un menor de edad, quizás por la inflexible educación de los progenitores, mantenga con estos una relación distante, pero ello no debe justificar un atentado contra la integridad física o el acervo espiritual hacia unas personas a las que, según el art. 155.1º CC, le debe respeto.

No obstante, entendemos que en la práctica forense se pueden dar situaciones conflictivas y excepcionales, por eso propugnamos que la causa desheredativa se interprete al socaire del tono de la familia, la conducta filial en general, el signo cultural de la ofensa¹⁵⁵ y, sobre todo, la conducta antecedente del progenitor hacia el menor y la instrucción que le dispensó. Estos últimos elementos en absoluto se visualizan como un dato baladí, ya que, si el progenitor aplicó la coerción física o la intimidación contra el menor como modo de corregir sus actos, entendemos que un episodio de violencia protagonizado por el propio menor puede ser que no se configure como reprochable a los efectos de la desheredación, al contemplar este como medios afines al Derecho y a la diligencia de un buen padre de familia se tornan en habitual y ordinario en el ámbito familiar. Por esta razón disentimos de ORDÁS ALONSO cuando afirma que si los menores de catorce años tienen la capacidad necesaria para otorgar testamento y para desheredar, también la tendrán para ser conscientes del daño que con su actuación pueden causar a sus padres y ascendientes y sufrir las consecuencias de sus actos¹⁵⁶.

Efectivamente, el menor de catorce años puede otorgar testamento, porque el art. 663.1º CC presupone que el menor a partir de dicha edad pueda disponer de su patrimonio *mortis causa*, pero ello no debe llevar a sostener, apodícticamente, que el menor, aun teniendo capacidad para actuar con dolo, comprenda que una lesión física o una injuria atente contra la solidaridad familiar si este ha sido cultivado constantemente en un entorno de violencia. En definitiva, es harto complicado reprochar una supuesta insolidaridad familiar o un incumplimiento del deber de respeto si el menor, aun teniendo catorce años, no ha conocido, por una deficiente educación de los padres, tales conceptos.

Fuera de estos casos donde la instrucción paterna ha brillado por su ausencia, creemos que el menor de edad, si tiene suficiente discernimiento, sí puede ser desheredado, prescindiendo aquí de hacer coincidir su capacidad con la edad penal, pues puede haber menores de edad que, aun no teniendo catorce años, sean suficientemente maduros para comprender que atentar contra el progenitor

Madrid, 1910, p. 1105, p. 116, decía, respecto a la imprudencia, que "faltaba ele elemento moral de la intención".

155 Así lo dice la SAP Huesca 26 marzo 2013 (AC 2013, 1420).

156 ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus casusas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, cit., p. 296.

constituye uno de los mayores agravios que se pueda cometer contra su ascendencia, y, al contrario, mayores de catorce años que, por las circunstancias sean, no tienen la capacidad suficiente para saber que ciertas expresiones o actos tienen potencialidad lesiva¹⁵⁷.

C) Análisis de la relevancia, en el ámbito de la desheredación del menor de edad, de una sentencia penal condenatoria.

Puede pensarse que, si un menor de edad es condenado penalmente por atentar o injuriar a unos sus progenitores aquel podrá ser desheredado automáticamente, sin que quepa alzar argumentos de defensa en el proceso civil donde se discuta la desheredación. Sin embargo, no necesariamente es así.

La SAP Córdoba 18 mayo 2016¹⁵⁸ lo admite implícitamente, cuando dice, remitiéndose a otras resoluciones, lo siguiente: “En general podemos admitir que cuando el maltrato ha merecido una condena penal, su autor puede estar incurso en la causa de desheredación, atendida la vinculación de los tribunales civiles con la relación de hechos declarados probados en una sentencia penal”. Debe observarse que dice “en general”, pues, efectivamente, puede haber casos, excepcionales, en los que una sentencia condenatoria penal no justifique completamente una desheredación por maltrato de obra o injurias, pues junto a la causa desheredativa y la capacidad y discernimiento del legitimario, pueden concurrir otros factores determinantes para valorar si la desheredación es justa, como la conducta antecedente del progenitor, el contexto familiar, si la agresión ha sido grave o leve o si esta se visualiza como un acontecimiento anecdótico, máxime tratándose de la desheredación de un menor de edad.

No pretendemos, en absoluto, exonerar de responsabilidad los supuestos de violencia filoparental, al contrario, creemos que una de las expresiones más sintomáticas del incumplimiento del deber de respeto filial que motivarían una desheredación del menor de edad son las agresiones o injurias hacia el progenitor. Pero ello no es óbice para reconocer que hay casos excepcionales en los que la agresión protagonizada por el menor de edad está rodeada de ciertos elementos que, aún no habiendo sido relevantes en el proceso penal, sí pueden tener relevancia en el pleito donde se ventile la desheredación, pues el canon hermenéutico que

157 Esta opinión viene confirmada, en la práctica forense, por la SAP Salamanca 19 diciembre 2013 (AC 2013, 2219), que aunque trató el supuesto de una legitimaria con discapacidad psíquica, el siguiente razonamiento es extrapolable a los algunos menores de edad: “Una persona discapacitada mentalmente, con una inteligencia límite, con un determinado retraso mental, con muchas dificultades para relacionarse socialmente y en el seno familiar (algo incontestable según los informes psicosociales aportados), claro que puede injuriar y se le puede presumir un ánimo de vituperar u ofender, pero sus expresiones en cuanto a su conciencia y alcance han de venir relativizadas y no pueden alcanzar “per se” el calificativo de expresiones injuriosas graves, desde un punto de vista material, que es lo exige este último precepto para desheredar (causa “poderosa”) a una heredera forzosa”.

158 SAP Córdoba 18 mayo 2016 (AC 2016, 1121).

debe seguirse en estos procesos debe estar presidido en dilucidar si los hechos imputables al desheredado suponen un atentado hacia la solidaridad familiar y, no menos importante, si el menor poseía las herramientas para guiarse o motivarse por dicho principio, pues si por razón de su escasa madurez, el contexto o la deficiente instrucción o educación paterna no fue posible, no sería reprochable que el menor actuara al margen de dicho postulado.

Los ejemplos que se pueden dar en la ladera fáctica son innumerables, como el progenitor que maltrata de obra repetidas veces a su hijo menor de edad, provocando que este visualice la violencia como algo normal y cotidiano, hasta aquellos casos en los que el progenitor, por su negligencia, ha coadyuvado, e incluso potenciado, que el menor vea programas, videojuegos o contenidos con un acervo notablemente violento.

Si hay una sentencia que ejemplifica lo expuesto esa es la SAP Asturias 1 febrero 2016¹⁵⁹. Aunque en este caso se ventiló una demanda de una madre vindicando la extinción de la pensión de alimentos de un hijo de 19 años en base al art. 152.4º CC, consideramos que la su exégesis es extrapolable, *mutatis mutandi*, a aquellos casos en los que el menor de edad interpone una demanda pidiendo el dictado de una sentencia que declare la desheredación injusta. La madre basó su acción en que el hijo fue condenado por injurias en la jurisdicción de menores, en una sentencia dictada en conformidad, diciendo además que concurría el supuesto del art. 853.2ª CC, ora por las injurias, ora por el maltrato psicológico. La sentencia desestima las pretensiones de la madre, valorando que, aunque esta no haya sido la que provocó directamente los hechos que motivaron la sentencia penal, si coadyuvó a crear el grave conflicto familiar, diciendo que este conflicto provocó una “desestabilización en el menor”, que, aunque no justificara, si minoraba, en palabras de la sentencia, la gravedad de los hechos protagonizados por el demandado. Añadiendo el Tribunal que, en la actualidad, el hijo, cuando dejó de convivir con su madre, recondujo su conducta retomando sus estudios.

Por lo tanto, si en este caso la madre, aunque no provocara el conflicto familiar, si coadyuvó a que se creara, estimamos, con más razón, que en aquellos casos en los que el progenitor es el causante directo del conflicto o, directamente, ha inculcado al menor ciertos patrones de conductas violentos, pasando la solidaridad familiar ante los ojos del menor a convertirse en un concepto opaco, aquel luego no le podrá reprochar a su hijo, privándole de la legítima, ciertas conductas, pues, sencillamente, el testador recogerá lo que sembró.

159 SAP Asturias 1 febrero 2016 (JUR 2016, 35787).

En cambio, la SAP Madrid 8 octubre 2013¹⁶⁰ desestimó la demanda de un nieto desheredado por la abuela por maltrato de obra e injurias, teniendo aquel, al tiempo de la desheredación, la edad de diecisiete años. El Tribunal manifiesta que quedó acreditado que el nieto mantuvo una actitud de desprecio y humillación respecto a su abuela, llamándole “gorda” y “guarra”, suponiendo dichas expresiones, a juicio de la sentencia, un maltrato real y afectivo, a lo que debe añadirse que, ante los intentos de acercamiento de la abuela, esta recibió el “desprecio y rechazo insultante y humillante” del nieto. En lo que respecta al análisis de la capacidad del menor de edad, dice la sentencia que el nieto actuó con libre determinación, sin que el hecho de que el Código Civil guarde silencio sobre la capacidad para ser desheredado deba suponer que este, para que pueda ser privado de la legítima, tenga que haber alcanzado la mayoría de edad.

A nuestro juicio, estamos de acuerdo con dicho razonamiento, y aún más, quedó acreditado que la madre del menor, quien asumía en solitario la custodia, mantenía una mala relación con la abuela; es posible que la madre tuviese cierta influencia en el comportamiento del menor, pero ello no justifica los insultos tan graves que profirió el desheredado a su ascendiente, máxime cuando se encontraba en una edad próxima a la mayoría de edad. Podemos entender que la influencia de uno de los progenitores induzca al menor a no mantener contacto con el pariente que, a la postre, le deshereda, pero no a tomar una actitud activa en la relación que le liga con el testador para infringirle un maltrato físico o verbal injustificado.

3. El maltrato psicológico como la causa más conflictiva la desheredación del menor de edad.

Sin duda alguna, la causa que más se ha alegado para desheredar a un menor de edad es el maltrato psicológico, representado la *causa desheredationis* que más problemas plantea. Por ello, el guión que vertebrará este apartado será el siguiente: En primer lugar, ofreceremos una descripción del maltrato psicológico como causa de desheredación. En segundo lugar, trataremos la importancia de la conducta antecedente del progenitor en el ámbito de esta causa desheredativa y, por último, analizaremos los problemas que plantea la conducta del progenitor custodio, en aquellos casos donde previamente ha habido una crisis familiar, que vilipendia y desplaza al otro progenitor, potenciado que el hijo menor de edad vea al progenitor no custodio como un ser ajeno.

A) Breve caracterización del maltrato psicológico como causa de desheredación.

Más arriba, al hablar de la evolución que ha tenido el instituto de la desheredación en el seno de la jurisprudencia, citamos como paradigma de este cambio la STS 3

160 SAP Madrid 8 octubre 2013 (JUR 2014,4801).

junio 2014. La resultancia fáctica del recurso que desembocó en el Alto Tribunal partía de unos hijos que, durante los últimos siete años de vida del testador, lo abandonaron, a pesar de padecer una enfermedad, quedando al amparo de su hermana, sin que los desheredados se interesaran por él ni tuvieran contacto alguno. No obstante, a pesar de ser bienintencionado el propósito de la sentencia y el posterior fallo emitido, la misma ha sido fruto de abundante literatura, y ello es así ante la dualidad que establece entre “abandono emocional”, fruto de la libre ruptura del vínculo afectivo o sentimental, y el “maltrato psicológico”, que, en palabras de la STS 30 de enero 2015, se define como una modalidad de maltrato de obra representada por una “acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima”¹⁶¹.

Para el Tribunal Supremo el abandono emocional no es, necesariamente, sinónimo de maltrato psicológico¹⁶². Para que el abandono sea una causa de desheredación deber ir acompañado de un daño al testador, que le produzca a este un verdadero padecimiento y afectación digno de ser reprochado o, en otras palabras, una perturbación a su estado emocional¹⁶³.

No estamos de acuerdo con esta óptica, para nosotros, la falta de relación entre el legitimario y el testador, por causa no imputable a este y prolongada en el tiempo, debe constituir una causa de desheredación¹⁶⁴, como ocurre con el Derecho foral catalán¹⁶⁵, sin necesidad de que dicho distanciamiento deba provocar

161 Más completa es la definición ensayada por la STS] Cataluña 2 febrero 2017 (RJ 2017, 1596): “El maltrato emocional o psicológico se da en aquellas situaciones en las que una persona vinculada a otra, la hace sufrir con descalificaciones, humillaciones, discriminación, ignorando o menoscabando sus sentimientos siendo ejemplos de este tipo de maltrato, el abandono emocional, la descalificación, la violencia verbal, las amenazas, el control excesivo, el chantaje afectivo o la presión moral, el desprestigio o las descalificaciones ante personal del entorno familiar, laboral, etc. del afectado, las burlas y cualquier tipo de castigo que no sea físico, siempre que estos actos tengan la suficiente intensidad para producir un menoscabo en la salud mental de la persona que los padece”.

162 Otras resoluciones de las Audiencias Provinciales han venido a ratificar este planteamiento, como la SAP Córdoba 16 octubre 2017 (JUR 2017, 300272), que, a pesar de estimar como probado la absoluta falta de relación entre la hija y la madre, dice que “el distanciamiento o alejamiento físico o emocional no puede ser considerado como el maltrato psicológico que jurisprudencialmente se ha equiparado al maltrato de obra como causa de desheredación”.

163 GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: “La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, p. 26110. Es llamativo, en este punto, lo que dice la SAP Lugo 22 octubre 2015 (JUR 2015, 257457): “Así, si bien la ruptura emocional pasiva no es causa de desheredación, cuando se producen actos u omisiones que junto a tal ruptura provocan un sufrimiento o perturbación en el causante se estaría rebosando la tenue frontera entre la nula o mala relación y el maltrato psicológico suficiente para integrar la dición legal”.

164 Coincidimos con RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “Comentario a los arts. 848 a 857”, cit., p. 6288, cuando dice que el “olvido” no está prevista como causa de desheredación, pero, bajo nuestro punto de vista, ello no supone obstáculo, a espera de una evolución del sistema legitimario por parte del legislador, para que la jurisprudencia de cobijo, independientemente del perjuicio psicológico, al abandono o la nula relación en el artículo 853.2.º CC, aunque sea tarea de los políticos, y no de los jueces, adaptar la norma a los supuestos que trata de regular.

165 Efectivamente, el artículo 417-17 letra c) CCCat tipifica, como causa independiente de desheredación, “la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario”.

necesariamente “una perturbación emocional”¹⁶⁶, pues si el sistema legitimario se fundamenta en la solidaridad familiar, resulta llamativo que un hijo que rehúse ver, contactar o, en palabras de ROMERO COLOMA, “pasar de su padre”¹⁶⁷, sin causa suficiente que lo ampare, pueda resultar premiado con dos tercios de la herencia, máxime cuando con dicho olvido vulnera, a nuestro juicio, el deber de respeto filial consagrado en el artículo 155.1º CC. Así lo expresa DE BARRÓN ARNICHEs, que, acertadamente, puntualiza que “no tener relación familiar, obviar u olvidar a los mayores puede ser causa legal para desheredar, no porque suponga un maltrato para el causante, o no solo cuando lo suponga, sino simplemente porque tal olvido atenta contra la propia razón de ser de la legítima, esto es, contra la solidaridad intergeneracional que debe precisarse no solo en sentido descendiente sino también a la inversa, de los hijos hacia sus padres”¹⁶⁸.

B) El testador que no ha sido un progenitor ejemplar.

El modelo familiar desde que se promulgó el Código Civil en el año 1889 ha cambiado profundamente. En el siglo XIX la familia estaba sometida a la autoridad del *paterfamilia*, ocupando la mujer una posición residual, las crisis matrimoniales por separación o divorcio eran excepcionales, sino inexistentes, y los hijos, mientras eran menores de edad, habitaba con ambos progenitores en la vivienda familiar. Sin embargo, a raíz de la Constitución y los profundos cambios habidos en el seno del Derecho de familia, la familia, tal y como ha estado concebida, ha cambiado, por ello, los cánones hermenéuticos sobre los que se asienta el sistema legitimario debe hacer frente a nuevos retos y perspectivas que eran inexistente otrora.

Dada cuenta de la breve descripción que se ha vertido sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación de hijos y descendientes, el mismo viene representado por la conducta del hijo que rehúsa ver a su progenitor, relegándolo a un ínfimo plano de sus relaciones sociales para, cuando fallezca, acordarse de este para reclamar su legítima. Si en la desheredación por maltrato psicológico de hijos mayores de edad existen controversias que aumentan, exponencialmente, la inseguridad jurídica, atendiendo a que cada decisión judicial quedará al arbitrio judicial, estos problemas se multiplican cuando los hijos son menores de edad.

El supuesto que se podrían denominar estándar en el siguiente: cónyuges o progenitores que se divorcian o cesan en la convivencia que mantenían y el hijo

166 Así se infiere de lo expresado por LASARTE ÁLVAREZ, C.: “Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea”, cit., p. 368, que dice: “Reclámense las reglas interpretativas que se quiera, lo cierto es que el absoluto abandono asistencial del progenitor, como poco, merece el calificativo de maltrato, pues maltratar en castellano sólo conoce una acepción fundamental: “tratar mal a una persona de palabra u obra”

167 ROMERO COLOMA, A.M³: “El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes”, cit., p. 10

168 DE BARRÓN CARRASCO, M.C.: “Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes”, cit., p. 96.

menor queda bajo la custodia de uno de ellos, rehusando ver al otro progenitor que tenía un régimen de visitas. Ya adelantamos que, para que se pueda desheredar a un menor por esta causa se tienen que dar dos requisitos, además de la situación de abandono u olvido: uno, que la contumacia del menor a ver al progenitor, además de prolongada, debe ser injustificada, o, dicho de otra manera, no se le puede reprochar a un menor de edad que no desee ver al progenitor cuando este no ha cumplido con la diligencia de un buen padre de familia los deberes inherentes a la patria potestad. Otro, que la voluntad del menor, exteriorizada en la negativa a tener cualquier contacto con el progenitor, sea libre y ausente de cualquier vicio. Ahora veremos, con más o menos detenimiento, lo expuesto al compás de los supuestos que se dan en la práctica forense.

En relación a la relevancia de la conducta antecedente del testador, en el maltrato de obra hemos descrito algunas situaciones atinentes a la desheredación del menor de edad. Respecto al maltrato psicológico, también el origen del abandono puede ser relevante, pero en este caso presenta unos matices propios. Existen casos dantescos en los que, por ejemplo, el distanciamiento del hijo obedece a conductas del progenitor que incluso van más allá del Derecho civil, como aquellos casos en que el progenitor comete conductas lascivas contra su hijo o protagoniza episodios de violencia doméstica, en la que no es extraño que el hijo, aun siendo menor, rompa amarras con el agresor y apoye al otro progenitor que se encuentra en un estado de más vulnerabilidad. O aquellos casos en los que el progenitor deudor de una pensión de alimentos, se inhibe voluntariamente en el cumplimiento de dicho deber, dejando a su hijo menor en una situación de vulnerabilidad económica; o el progenitor que, tras salir de la vivienda familiar, rehace su vida teniendo nuevos hijos, dejando al hijo menor de edad fruto de la primera relación en un último plano. A nuestro juicio, todos estos hechos son relevantes a la hora de dilucidar si el maltrato psicológico constituye una justa causa de desheredación, tal y como han reconocido los Tribunales, pudiendo citarse, por ejemplo, la SAP Palencia 20 abril 2001¹⁶⁹ que decía que (cursiva propia) “por maltrato de obra deberá considerarse toda aquella acción u omisión tendente a causar un menoscabo físico o psíquico, en este caso, al progenitor y testador, con el consiguiente menoscabo o sufrimiento en el que lo recibe, *sin justificación inmediata en la propia actitud del testador*”¹⁷⁰.

169 SAP Palencia 20 abril 2001 (AC 2001, 932).

170 En el mismo sentido, la STS 27 junio 2018 (RJ 2018, 3100), que, en su fundamento de derecho segundo, dice que “solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos”. También puede verse la SAP Badajoz 11 septiembre 2014 (RJ 2014, 257300), en la que el testador desheredó a sus tres hijas por maltrato psicológico, alegando los demandados que las desheredadas abandonaron y desatendieron al testador tras la crisis matrimonial y, sobre todo, en los últimos años de su vida, a pesar de que padecía una grande enfermedad de tipo cardiológico. Aun estimado el Tribunal como hecho probado que el abandono existió, declaró injusta la desheredación, pues la ruptura de la relación vino motivada por la crisis matrimonial con la madre de las desheredadas, donde el testador no presentó un comportamiento ejemplar; en palabras de la sentencia, no fue “acorde con los valores de respeto y consideración a los hijos”, llegando incluso a expulsar a unas de sus hijas de la vivienda por

Creemos, alejándonos de la postura del Tribunal Supremo en las sentencias dictadas a finales de la década del pasado siglo, que es capital analizar y estudiar el contexto en el que el comportamiento del testador y desheredado se incardinan, pues aun perteneciendo, *prima facie*, al campo de la moral, debe tener poderosas consecuencias en la sucesión *mortis causa*, máxime cuando el sistema legitimario tiene como fundamento la solidaridad familiar¹⁷¹. En este sentido, aún consagrando el art. 155.1º CC el deber de respeto filial, creemos que si los padres no rinden tributo a sus propios deberes, cabe plantarse si ese deber de respeto de los hijos sigue vigente.

Así, creemos que conductas del testador como incurrir en un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, maltratar a los hijos, abandonarlos, no contribuir a sus alimentos injustificadamente o una desidia y actitud abúlica del ascendiente en ver al menor, podría justificar una negativa del menor de edad a mantener contacto con él.

Este fue el caso que desembocó en la SAP Girona 14 mayo 2015¹⁷² donde una abuela desheredó a unas nietas que, en el momento del otorgamiento del testamento, tenían, respectivamente, diez y siete años. La causa fue la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar. El Tribunal, además de alegar la escasa edad de las nietas, que de por sí podría haber motivado el fallo, por la falta de discernimiento de las menores, adujo que falta de relación era imputable al padre, titular de la patria potestad, que impedía que las hijas se relacionaran con la abuela, y a este, diciendo que “si la abuela hubiera realmente querido tener relación con sus nietas, podía haberlo solicitado del Juez, pues no puede impedirse que los hijos

tener esta una relación extramarital. La SAP Castellón 27 octubre 2004 (RJ 2005, 23114), enjuicia, en resumidas cuentas, otro supuesto en el que un padre longevo se acerca al hijo después de haber renegado de él, ya que, deparando en el fundamento de derecho segundo, vemos que el abandono del hijo, o lo que el testador calificó como maltrato psicológico, estuvo justificado porque nunca existió convivencia entre ellos, inhibiéndose el padre no solo en mantener un mínimo contacto con su hijo, sino también en la alimentación e instrucción de este, hasta que, ya anciano, pretendió un acercamiento con una persona, que, por el modo de guiarse en los deberes filiales, lo visualizaba como un extraño. También es interesante la SAP Soria 6 noviembre 2012 (AC 2013, 410), pues, aunque la sentencia adujera que el maltrato debe ser grave, consideramos que el Tribunal tuvo especialmente en cuenta la conducta precedente de la testadora. Esta se suicidó mediante ahorcamiento, no sin antes desheredar a su hijo por la causa prevista en el artículo 853.2º CC, estimando la Audiencia, como hecho probado, que el hijo no tenía relación con su madre, que coincidiendo en un paseo le volvió la cara, llegándola a escupir, y diciéndole “yo a usted no la conozco de nada”. A priori, podemos decir que dichos hechos se subsumen en el maltrato, como mínimo, psicológico, sin embargo, la sentencia, después de decir que la desheredación debe resolverse “teniendo en cuenta el tono de la familia, la conducta filial en general y el signo de cultura social en el momento en que se produce la ofensa”, califica la desheredación como injusta, pues la testadora, la cual tuvo la custodia del hijo desheredado tras su crisis matrimonial, estimó relevante como se condujo en sus deberes como madre, a la vista de que fue condenada por un delito por malos tratos y otro por incumplimiento de los deberes familiares, al no contribuir al sustento de su hijo. Puede verse, en análogo sentido, la SAP Pontevedra 5 febrero 2015 (JUR 2015, 76784) y la SAP Málaga 21 mayo 2010 (JUR 2013, 139240).

171 BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La desheredación de los hijos y ascendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra”, cit., p. 513, da relevancia a la conducta antecedente de los padres a la hora de analizar el deber de respeto de los hijos, exigiendo “una valoración de las circunstancias del caso, debiendo los Tribunales apartarse de formulaciones vacías de contenido legal y entrar en el examen de los motivos que han desembocado en la situación de falta de comunicación y relación afectiva entre padre e hijo”.

172 SAP Girona 14 mayo 2015 (JUR 2015, 166181).

puedan relacionarse con sus abuelos y familiares allegados'. Igual exégesis adoptó la SAP Cádiz 31 octubre 2018¹⁷³, donde una abuela desheredó a una nieta que no tenía contacto con aquella. Si bien la nieta, cuando se abrió la sucesión, tenía 19 años, la falta de relación se le imputaba desde la minoría de edad. En este caso, la citada Audiencia estimó injusta la desheredación, por dos razones que importan a los efectos de este trabajo: una, que la nieta, en el momento del otorgamiento del testamento, tenía 11 años de edad, no dependiendo de ella iniciar los contactos con su abuela, y, la otra y más importante, la abuela no llevó a cabo ninguna actuación para iniciar o recuperar la relación con su nieta menor de edad tras el fallecimiento de la madre. Por lo tanto, no es reprochable a un menor de edad la falta de relación con un ascendiente si aquel visualiza a este como un completo desconocido, y, precisamente, por la desidia y actitud abúlica del que reprocha y deshereda.

Pero puede salir al telón otro escenario: el menor de edad que se niega a cumplir el régimen de visitas con el progenitor o la guarda y custodia, en caso de ser compartida, porque, simple y llanamente, le responsabiliza de la ruptura o la crisis familiar. Desde nuestra óptica, aunque se hayan dictado resoluciones que justifican el distanciamiento del hijo atendiendo, simplemente, a la crisis matrimonial de sus padres, tomando partido por uno de ellos, generalmente, el que ostenta la custodia¹⁷⁴, ello no justifica la negativa del hijo a ver a un progenitor; pues, como explica Echevarría de Rada, "una cosa es que la familia esté desestructurada como consecuencia de la mala relación entre los progenitores y otra distinta es que se infrinja por los hijos un maltrato psicológico al causante"¹⁷⁵.

No obstante lo dicho, en la desheredación del menor de edad el distanciamiento del hijo hacía uno de los progenitores tiene connotaciones específicas, las cuales veremos a continuación.

C) El mobbing familiar: el talón de Aquiles de la desheredación del menor de edad por maltrato psicológico.

Hay que partir de la regla general de que la escasa sintonía del hijo menor de edad con uno de los progenitores o la mera ruptura entre los progenitores

173 SAP Cádiz 31 octubre 2018 (JUR 2019, 25569).

174 En esta línea tenemos la SAP Palencia 28 de abril 2005 (JUR 2005, 13435) o la SAP Ciudad Real 1 diciembre 2016 (JUR 2017, 1529), que justifican la desheredación a la vista de que el alejamiento de los hijos hacía su padre tiene su origen en la separación de los padres, respaldando los demandantes a la madre.

175 ECHEVARRÍA DE RADA, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, cit., p. 96. En la misma senda, la SAP Barcelona 10 octubre 2019 (JUR 2019, 29624), que dice lo siguiente: En suma, la falta de relación afectiva y comunicación entre el hijo y el padre, el abandono sentimental y asistencia sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés demostrado por el hijo en relación a los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que son imputables al legítimo, y todo ello causado por la disconformidad respecto a las segundas nupcias que contrajo el testador.

no debe justificar que aquel rehúse, sistemáticamente, ver a su progenitor; pues si lo hace deberá asumir las consecuencias, como la privación de la legítima. Sin embargo, hay supuestos de mobbing familiar en donde uno de los progenitores, generalmente, el custodio, que, amén de torpedear la solidaridad familiar, ejercen una influencia negativa sobre el hijo, logrando que este visualice al otro progenitor como un ser repulsivo. Ya adelantamos que la mera ruptura o crisis matrimonial no debe servir a uno de los progenitores como elemento de distorsión de la relación paternofamiliar que liga al hijo con el otro progenitor; ni para imputar a este, en presencia del descendiente, responsabilidades morales de la ruptura, pues, sencillamente, los hijos, siendo menores de edad y aún teniendo discernimiento, están en una etapa de formación de su personalidad en el que la volatilidad y la capacidad de ser influenciados es muy elevada, siendo, curiosamente, los menores los verdaderos perjudicados del conflicto de lealtades existente entre los padres¹⁷⁶.

Sin duda alguna, el mobbing familiar, que, dicho sea de paso, constituye una lacra familiar, es relevante en el ámbito de la desheredación del menor de edad por maltrato psicológico. Lo mejor será analizar esta cuestión desde la casuística, a fin de que el paciente lector perciba el estado de la cuestión, puntualizándose que el mobbing familiar puede darse tanto en la relación entre un hijo y un progenitor, como de un nieto y un abuelo, como tuvimos oportunidad de ver con la SAP Girona 14 mayo 2015, donde el padre se negaba a que sus hijas mantuviesen contacto con la abuela, colocando a la menores entre la espada y la pared, teniendo que decidir si obedecer a su padre, titular de la patria potestad, o en ver a su abuela, que prácticamente era una desconocida.

La SAP Oviedo 15 marzo 2017¹⁷⁷ estudió un caso en el que un padre desheredó a una hija por maltrato psicológico, siendo la hija menor en el momento del otorgamiento del testamento. Los hechos relevantes en la causa eran que la menor desde hace muchos años no veía al padre ni al abuelo paterno, teniendo como antecedente la nula relación un proceso de divorcio que desembocó en una sentencia que atribuyó la guarda y custodia a la madre. La Audiencia declaró injusta la desheredación, diciendo que la menor, por influencia de tercera personas, estaba en la convicción de que su padre era quién había optado por perder la comunicación con ella, subrayando, en relación a la hija, que era "lógico pensar que no tratara de reanudar la comunicación, una vez alcanzada la mayoría de edad, albergando un sentimiento de rechazo hacia la figura paterna, sin que, en consecuencia, pueda apreciarse en ella culpabilidad alguna en el distanciamiento respecto del causante y su familia paterna; no constando además que la demandante siendo mayor de edad hubiera tenido acceso a las sentencias y documentación aportada por la

176 Así lo dijo la SAP Burgos 5 diciembre 2018 (JUR 2019, 38065): "En principio, en los casos de ruptura de relaciones paternas filiales de menores, estos no son culpables sino las víctimas".

177 SAP Oviedo 15 marzo 2017 (JUR 2017,105070).

parte demandada”, concluyendo que, acreditada la existencia del mobbing familiar, los sentimientos negativos que le fueron inyectados a la hija contra su progenitor “no desaparecen por el solo hecho de llegar a los 18 años”¹⁷⁸.

Si hay una resolución paradigmática, esa es la reciente SAP Valladolid 29 mayo 2020¹⁷⁹, donde un padre desheredó a un menor de edad adolescente por la falta de relación continuada. El padre se separó judicialmente de la madre en el año 1999, cuando el hijo desheredado tenía dos años de edad, divorciándose posteriormente en el año 2006. La sentencia estima la pretensión del hijo, en base a que la falta de relación entre el padre y el hijo no fue a consecuencia de una voluntad unilateral e injustificada de este, sino a “la negativa influencia que para el desarrollo de las comunicaciones con el menor originaba el círculo familiar materno”, que propició “una situación fáctica de desatención y desapego afectivo del hijo con su padre”.

Resulta harto complicado ensayar una conclusión general sobre los supuestos expuestos, dada cuenta de que cada asunto tiene sus propias vicisitudes. No obstante, entendemos que, si queda acreditado que uno de los ascendientes ejerce una influencia negativa sobre el otro progenitor, ofreciendo una imagen nefasta del que deshereda, es posible dispensar al menor de edad el distanciamiento o la falta de relación continuada, exceptuándose el maltrato de obra o las injurias graves, pues, pese a que haya habido una suerte de mobbing familiar, ello no justificaría conductas exacerbadas del menor que lleguen al insulto o a la agresión. Todo dependerá de la edad del menor, pues no es lo mismo un menor que aún no ha llegado a la pubertad que otro cuya franja de edad se sitúa entre la adolescencia y la mayoría de edad, a tenor de que estos menores, denominados por CABEZUELO ARENAS “grandes menores”¹⁸⁰, van adquiriendo, progresivamente, cierto discernimiento que le posibilita diferenciar entre bien y el mal, siendo coherente el sistema si, amén de reconocerle ejercicio de sus derechos, también le responsabiliza de sus actos. A lo que debe añadirse el grado de apego o vinculación del menor hacía el ascendiente que ejerce el mobbing familiar, pues puede ser que, a pesar de quedar acreditada la negativa influencia, el menor no está tan

178 Ha habido otras sentencias con pronunciamientos análogos, como la SAP Segovia 18 octubre 2006 (JUR 2008, 10514): “Cuando el padre testa, el actor tenía 19 años, por lo que la falta de visitas del hijo no son imputables a éste, al menos hasta los últimos dos años, pues con anterioridad era menor de edad y dependía por tanto de quienes ostentaban la guarda y custodia o la patria potestad. Así las cosas la parte demandada tampoco ha acreditado que por parte del testador hubiese existido afán alguno por contactar o estar con su hijo, lo que nos lleva a excluir que esta falta de relación se pueda constituir como muestra de una conducta siquiera moralmente reprochable por parte del hijo. Y en cuanto a que no se preocupase por él, debemos afirmar lo mismo. Diez años antes de testar, el actor tendría nueve años, por lo que al menos hasta los dieciséis quien debió preocuparse por el otro fue el padre con el hijo y no viceversa”. También la SAP Valencia 22 mayo 2017 (JUR 2018, 23997), que reproduce el mismo argumento.

179 SAP Valladolid 29 mayo 2020 (JUR 2020, 221717).

180 CABEZUELO ARENAS, A. L.: “La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos”, *Revista Derecho Patrimonial* núm. 49/2019 (versión digital), p. 20.

vinculado al progenitor que ejerce el mobbing familiar; usando, posteriormente, en el proceso de desheredación, la excusa de la manipulación como justificación a una conducta insolidaria e irrespetuosa.

Dispuestos a encajar en una categoría dogmática la influencia negativa y efectiva de un progenitor hacia el otro o respecto hacia un ascendiente, CABEZUELO ARENAS, remitiéndose a la STSJ Cataluña 8 enero 2018¹⁸¹, ha empleado el criterio de causalidad adecuada o la concurrencia de culpa, a fin de justificar dogmáticamente la exención de responsabilidad a los descendientes que actuaron mediatizados por el otro progenitor con el que convivían, torpeando este la relación que debería tener el menor con el otro ascendiente. Nosotros nos desligamos de dicha postura, a pesar de ser loable, y creemos que el abandono o distanciamiento del hijo o nieto respecto a su progenitor o abuelo es un acto jurídico, en tanto en cuanto se configura como una acción u omisión que emana de la voluntad y puede traer consecuencias jurídicas. Cuando dicha voluntad se vislumbra mediatizada por la influencia de un tercero, como el otro progenitor, provocando que el menor de edad tenga una visión distorsionada de la realidad, se trata de un supuesto de error o, más bien, de dolo, al socaire de que, parafraseando analógicamente el art. 1269 CC, por medio de palabras o maquinaciones insidiosas de un ascendiente o un tercero es inducido el menor a desplegar una conducta que, quizás, no hubiese desplegado sin ellas.

VIII. PROBLEMAS QUE PLANTEA UNA EVENTUAL RECONCILIACIÓN ENTRE EL ASCENDIENTE Y EL DESHEREDADO MENOR DE EDAD.

La desheredación, aun habiéndose articulado en testamento con los requisitos del art. 849 CC, sigue sometiéndose a la autonomía de la voluntad del causante, el cual puede dejarla sin efecto si media una reconciliación con el legitimario desheredado posterior a la causa desheredativa (art. 856 CC). No obstante, si repasamos la definición de desheredación ensayada en este trabajo, podemos ver que se dijo, *grosso modo*, que la desheredación permitía privar de la legítima a los legitimarios “a menos que medie reconciliación entre el causante y el legitimario o el perdón de aquel”. Puede comprobarse la dicción del art. 856 CC para comprobar que el legislador solo contempla la reconciliación como causa extintiva de la desheredación hecha, omitiendo el perdón.

181 STSJ Cataluña 8 enero 2018 (RJ 2017, 2354).

Parte de la doctrina, como DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, creen que, siendo la reconciliación una actividad bilateral¹⁸², no es sinónima de perdón¹⁸³; sin embargo, y suscribiendo la tesis de RAGEL SÁNCHEZ o de REPRESA POLO, la cual se remite esta última en su obra a ALBALADEJO, entendemos que, en sede de desheredación, el perdón del testador tiene virtualidad para desplegar los mismos efectos que la reconciliación, aun cuando el art. 856 CC hable exclusivamente de reconciliación¹⁸⁴. Pero no cualquier perdón es hábil para dejar sin efecto la desheredación, pues como apuntó VALLET DE GOYTISOLO y, más recientemente, REBOLLEDO VARELA, debemos distinguir entre el “perdón jurídicamente eficaz” y el “perdón moral o de conciencia”¹⁸⁵, pudiendo desplegar el primero los mismos efectos que la reconciliación siempre que, en palabras de VALLET DE GOYTISOLO, sea especial y concreto al hecho que produce la desheredación “no bastando cualquiera fórmula general, tan frecuente, del perdón por parte del testador, más o menos próximo a la muerte, de los agravios que de todos haya recibido, para pretender que se comprenda en ellos los que motivaron la desheredación y hacer equivalente este perdón general del medio legal de la reconciliación del que habla el art. 856”. Nosotros vamos más allá, pues sin negar virtualidad al perdón del testador en el ámbito de la desheredación, entendemos que no basta la prueba del perdón respecto al hecho que motivó la desheredación, sino que es imprescindible que el perdón no solo sea una exteriorización de ausencia de resentimiento, enojo o animadversión, sino que debe expresarse o demostrarse que el mismo opera en toda su extensión y efectos, como remisión del desheredado, tal y como expresó, con gran magisterio, la STS 4 noviembre 1904. En definitiva, si ha de predicarse el *favor testamenti* a los efectos de poder desheredar, también debe regir el mismo canon hermenéutico para dejarla sin efecto, careciendo de sentido que el perdón, que al fin y al cabo emana de la voluntad y, muchas veces, bonhomía del causante, no pueda tener consecuencias a pesar de no contar, quizás por rencores del pasado, con la aquiescencia del desheredado (la mayoría de las veces, si el legitimario acepta el perdón, este desaparece para ubicarse en el concepto de reconciliación).

182 En otras instituciones, como en el matrimonio, ocurre lo mismo, pues la reconciliación conyugal se contempla como un acto bilateral que precisa el concurso de voluntades de ambos cónyuges (BLANDINO GARRIDO, M^a A.: “La reconciliación conyugal: Reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre 2015, p. 36).

183 DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, cit., p. 189.

184 RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: “El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión *mortis causa*”, *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 16, 1998, p. 187. REPRESA POLO, M^a P.: *La desheredación en el Código Civil*, cit., p. 243, y en la misma línea, O’CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 240.

185 VALLET DE GOYTISOLO, J.: “El apartamiento y la desheredación”, *Anuario de Derecho Civil*, cit., pp. 56 y 57; REBOLLEDO VARELA, Á. L.: “Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores”.

Se expone esta dualidad porque es posible que, siendo el perdón una actividad unilateral, y no precisando, necesariamente, de prueba documental¹⁸⁶, es posible que, al tiempo de la apertura de la sucesión, el menor desheredado alegue que, dado que después de los hechos en que se fundamentaron la desheredación aquel siguió conviviendo con el progenitor que le desheredó, ha habido una suerte de perdón que deja sin efecto la desheredación articulada en testamento. Piénsese en los supuestos en los que un menor es desheredado por maltrato de obra. Se podría decir que el progenitor ofendido no tiene porque mantener en su domicilio a aquel menor porque concurre la causa de extinción de la obligación de alimentos prevista en el art. 152.4º CC (“cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”).

El principal escollo que encuentra este argumento es que el deber de alimentos del menor no emancipado sometido a la patria potestad queda extramuros del régimen legal de la obligación de alimentos entre parientes¹⁸⁷, lo que supondría, en principio, que no puede ser de aplicación supletoria el art. 152 CC¹⁸⁸, que a la sazón contempla varias causas de cese de la obligación de alimentos. A lo que cabría añadirse, respecto a los que sostienen que el art. 152.4º CC es aplicable a los alimentos de los hijos sujetos a la patria potestad, que lo que puede ser justo en el ámbito de la desheredación, se puede vislumbrar excesivo en el ámbito de los alimentos. Es decir, existen más posibilidades de desheredar a un hijo, estimándose la desheredación justa, que privarle de alimentos, aunque la desheredación y la cesación de alimentos se fundamenten en la misma causa, pues, en palabras de la STSJ Cataluña 14 enero 2019¹⁸⁹, “después de todo, la legítima constituye una atribución gratuita, bien diferencia de la finalidad de cobertura de necesidades básicas a las que responden los alimentos derivados de la potestad parental”, añadiendo la citada sentencia que “las afirmaciones del legislador en el contexto de la legítima no son miméticamente trasladables a los alimentos en supuestos de la obligación de los padres hacia sus hijos (...)”.

186 RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión *mortis causa*”, cit., p. 186.

187 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “Comentarios a los artículos 108 a 141”, cit., p. 628; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, Tomo 2, Derecho de familia*, cit., pp. 292 y 293; APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 58; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y BUENO BIOT, A.: “El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad”, en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 223 y 224. En el ámbito jurisprudencia puede verse las SSTS 5 octubre 1993 (RJ 1993, 7464), o 2 diciembre 2015 (RJ 2015, 5327).

188 PADIAL ALBÁS, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 36.

189 STSJ Cataluña 14 enero 2019 (RJ 2019, 779). Dos años antes la STSJ Cataluña 2 marzo 2017 (RJ 2017, 2354), en un caso donde se planteó la extinción del deber de alimentos por ausencia de relación, dijo que “el derecho a la legítima y el derecho de alimentos tienen una naturaleza distinta y que esta naturaleza influye a la hora de determinar el grado de rigor con que se ha de analizar la conducta de una aparta de un legitimario que niega ningún tipo de relación con su causante y del otro la del alimentista que se opone a relacionarse con el obligado a darle alimentos”.

Por lo tanto, nos debemos plantear lo siguiente: ¿Se puede interpretar como un perdón o reconciliación aquellos casos en los que el hijo menor desheredado sigue conviviendo con el progenitor que lo desheredó? Cuestión difícil de resolver. ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS dicen, al tratar la falta de relación como causa de desheredación, que “no puede entenderse rota la relación, por muchas desavenencias que existan entre el testador y el legitimario, si estos conviven bajo el mismo techo”¹⁹⁰. Es cierto que las citadas autoras no se refieren al supuesto específico de la reconciliación o el perdón, pero siguiendo su planteamiento podría entenderse que, si hay convivencia, la desheredación articulada en testamento queda sin efecto. Desde nuestro punto de vista, la simple convivencia, que, tratándose de un hijo menor de edad, puede ser forzada por los motivos expuestos, no conlleva a afirmar que ha existido reconciliación o perdón entre el progenitor ofendido y el desheredado, como tampoco los reencuentros puntuales propios de un evento familiar como una boda o una comunión en el que las partes enfrentadas han acudido en concepto de invitados.

Podemos citar la SAP Barcelona 30 septiembre 2015¹⁹¹, que analiza un caso en el que el hijo es desheredado por expulsar al padre de la ferretería donde ambos trabajaban, impidiéndole aquel la entrada a este. Cuando el hijo se percató que había sido desheredado, alegó en sede judicial que había habido una reconciliación con el testador, aportando como prueba documental una fotografía de una reunión familiar tomada antes del fallecimiento del padre. El Tribunal, con acierto, desestimó dicho alegato, diciendo, en relación a la fotografía, que la misma nada tiene que ver “con la prueba de una relación familiar continuada entre miembros residentes en lugares próximos y en la que es presumible que a lo largo de los años tuvieron lugar celebraciones varias con recuerdos fotográficos”.

La SAP Pontevedra 2 diciembre 2015¹⁹² es más ilustrativa si cabe, pues, amén de hacer una disertación entre la reconciliación y el perdón¹⁹³, trata un supuesto

190 ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E.: “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales”, *InDret*, abril 2015, p. 16.

191 SAP Barcelona 30 septiembre 2015 (JUR 2015, 278191).

192 SAP Pontevedra 2 diciembre 2015 (JUR 2016, 9252).

193 Véase el fundamento de derecho primero: “Ciertamente no puede hablarse de reconciliación en su sentido propio, explícito o expreso. A este efecto diversas sentencias de Audiencia Provinciales recogen el criterio doctrinal de exégesis del término reconciliación en relación con la desheredación exponiendo que la misma requiere una relación bilateral y recíproca de hecho, distinguiéndose entre la figura del mero perdón y la de la reconciliación, indicando que el perdón se ha de extender a la desheredación no simplemente a la ofensa recibida, por ello el perdón, para extinguir la desheredación, ha de ser determinado y específico, orientado hacia el acto ofensivo concreto, con intención de rehabilitar al ofensor, no bastando el simple perdón que con carácter general se dirige hacia todos los que en la vida ofendieron al causante. Añadiendo, que si la desheredación hubiere sido ordenada en testamento, sólo podrá concederse el perdón bien realizando un testamento posterior en el que se incluya al desheredado o bien remitiendo expresamente al desheredado a través de documento público. Y con independencia de que no existe prueba cumplida sobre la reconciliación así entendida (ni la causante modificó la cláusula testamentaria, ni consta remisión o quita expresa al desheredado), lo cierto es que el propio recurrente ha excluido tal posibilidad, al limitar su alegación en el recurso, a la concurrencia de una reconciliación tácita”.

en el que la madre, conviviendo con su hija, desheredó a esta, ocultándole la desheredación, y, pese a la misma, ambas partes estuvieron conviviendo, llegando incluso la madre a consultar a un Abogado para valorar las posibilidades de expulsar a la hija de la vivienda familiar. Pese a dicha convivencia, la Audiencia adujo que la misma en modo alguno equivalía a una eventual reconciliación.

Finalmente, tenemos que citar la SAP Barcelona 23 enero 2018¹⁹⁴ donde un padre, que había desheredado a su hijo, permitió que este habitara en su casa como gesto de misericordia. En palabras de la sentencia no hubo en este caso una reconciliación, diciendo “ningún perdón consta producido, ni puede inferirse por el hecho de que el padre le consintiera residir en la vivienda, pues el propio causante expresó en el acto de última voluntad que si toleraba su presencia era para que no quedara desamparado en la calle”.

En nuestra opinión, si ya, *per se*, plantea dificultades la prueba de la reconciliación o el perdón cuando se deshereda a un legitimario mayor de edad, la dificultad crece exponencialmente cuando se trata de un menor de edad, pues expulsar a este de la vivienda donde cohabita con el testador se antoja difícil, sino imposible, debiendo exigir los Tribunales una prueba concluyente y expresa de que el testador ha deseado rehabilitar al desheredado de los hechos que motivaron la desheredación, sin que la convivencia o la reanudación del trato familiar puede dejar sin efecto la sanción familiar.

IX. BREVES CONCLUSIONES.

Vertidas las consideraciones expuestas en este trabajo, ahora estamos en disposición de dibujar unas conclusiones a modo de recapitulación reflexiva.

Hemos visto que la desheredación, como sanción familiar, debe ser interpretada a la luz del fundamento del sistema legitimario, que no es otro que la solidaridad familiar y, en concreto, atendiendo a los derechos y deberes que emanan del negocio jurídico de Derecho de familia. La aplicación de la regla hermenéutica *odiosa sunt restringenda* es peligrosa y engañosa en el ámbito de la desheredación, pues la solidaridad familiar es predicable tanto respecto a la figura del testador, que debe respetar la legítima de sus parientes más cercanos, como en cuanto al legitimario, que, para recibir la legítima, debe rendir tributo a la solidaridad familiar cumpliendo, como mínimo, los deberes que le incumbe. Por ello, lo que puede ser odioso o perjudicial para el legitimario lo será también para el testador si ve como su libertad de testar que reducida a su mínima expresión ante un clamoroso incumplimiento de los deberes familiares por parte de los legitimarios.

194 SAP Barcelona 23 enero 2018 (JUR 2018, 38445).

Este planteamiento es predicable cuando hemos tratado la desheredación del menor de edad, si bien en estos casos concurren unos matices propios. El menor de edad, lejos de ser una persona incapaz, está dotado de cierta capacidad de obrar y, consecuentemente, presenta en ocasiones la aptitud para responder de sus actos. En esta nueva singladura, donde hay un ensanchamiento de la capacidad y responsabilidad del menor, constituiría un reduccionismo negarle capacidad para ser desheredado. Entre las posturas doctrinales que existen sobre el particular, abogamos aquellas en donde la desheredación del menor de edad debe quedar al albur del arbitrio judicial, debiendo ser valorada su capacidad según la concreta causa de desheredación que se le impute, al estar cada una de ellas dotada de su propia idiosincrasia. En este contexto, hemos diferenciado, en cuanto a la desheredación del menor de edad, sus distintas causas, describiendo los avatares que presenta cada una de ella.

En cuanto a la negativa injustificada a prestar alimentos, difícilmente se podrá desheredar a un menor de edad por esta causa, toda vez que estando sujeto a la patria potestad, difícilmente podrá configurarse como alimentante en el binomio que le liga con sus padres o ascendientes. No obstante, y dada cuenta que existen menores con recursos propios, como jóvenes futbolistas con contrato de patrocinio, *youtuber*, artistas o, sencillamente, menores sumergidos en el mundo laboral, que habitan con los padres en la vivienda familiar, es posible que estos se nieguen a cumplir el deber de contribuir, equitativamente, al sostenimiento de las cargas familiares. En nuestra opinión, si los hijos tienen recursos suficientes y bienes que, por aplicación del art. 164 CC, queden excluidos de la administración paterna, y los padres precisan, por su precariedad económica, de la ayuda económica del hijo, estos podrán desheredar a su descendencia por inhibirse en el deber cristalizado en el art. 155.2° CC, cuyo fundamento es el mismo que el de la legítima: la solidaridad familiar. Podría decirse que esto supondría una aplicación analógica *in mala partem* del art. 853.1° CC, pero si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo dijo que el maltrato psicológico estaba comprendido en el mismo dinamismo conceptual que el maltrato de obra, ahora nosotros decimos que, si se dan los requisitos expuestos, la negativa del hijo a contribuir, equitativamente, al sostenimiento de las cargas de la familia también forma parte del mismo dinamismo conceptual de la negativa injustificada a prestar alimentos.

Respecto a las injurias y el maltrato de obra, si el menor de edad tiene suficiente discernimiento, puede afirmarse que la regla general es la posibilidad de desheredar a un menor de edad que ha injuriado o golpeado a su ascendencia, toda vez que estas son de las expresiones más sintomáticas y exacerbadas del incumplimiento del deber de respeto que atañe a los hijos y, por extensión, a los nietos. No obstante, y aun habiendo sido condenado el menor por un delito protagonizado contra su ascendencia, es posible que la desheredación por la vía del art. 853.2° CC

no se contemple como justa. El criterio rector que debe presidir la desheredación del menor de edad es que este no solo tenga facultades intelectivas y volitivas para comprender los hechos en que se base la causa *desheredationis*, sino también que este pueda guiarse en orden al estricto cumplimiento de la solidaridad familiar. Si el menor, por conductas imputables a sus progenitores, tiene una mirada opaca hacia el concepto de solidaridad familiar, porque estos le educaron en un clima de violencia injustificado, sería excesivo sancionar al menor con la privación de la legítima, pues, como hemos dicho, los progenitores recogieron lo que sembraron.

Por último, tenemos el maltrato psicológico, caracterizado por un abandono injustificado y continuado. Sin duda, se trata de la causa de desheredación del menor de edad más conflictiva, que exigirá evaluar factores tales como la edad del menor, su madurez, la conducta del progenitor que denuncia el abandono y, no menos importante, el comportamiento del progenitor que desempeña la custodia y que puede ejercer una suerte de mobbing familiar. Hemos dicho que si el menor de edad, por las obras y milagros del ascendiente con el que está más vinculado, visualiza al pariente que reclama su atención y respeto como un extraño o un ser repulsivo, merced de la influencia negativa que ejerce el otro ascendiente, es posible exonerar al menor de edad del maltrato psicológico. Todo dependerá del grado de vinculación del menor de edad con el progenitor o ascendiente que ejerce la influencia negativa y, sobre todo, de sus condiciones de madurez, pues es posible que, aun acreditado el mobbing familiar, las condiciones de madurez del menor le permita superar dicha influencia, siendo posible que haya menores que, por simple desidia, no deseen ver a un abuelo o un progenitor; escudándose posteriormente en el proceso de desheredación en la alineación del progenitor custodio para justificarse en una conducta que, de ser voluntaria y libre, atenta contra el deber de respeto filial.

Dejando al margen las causas de desheredación, hemos tratado los problemas que se pueden dar en la ladera fáctica en torno a la reconciliación o el perdón, pues es perfectamente posible que un progenitor, que deshereda a su hijo menor, vea con resignación como tiene que tolerar que este siga habitando en la vivienda familiar; toda vez que las causas de extinción de alimentos previstas en el art. 152 CC no son aplicables cuando el hijo está sujeto a la patria potestad. En nuestra opinión, y a pesar de que el perdón, como conducta unilateral, tenga potencialidad para dejar sin efecto la desheredación articulada en testamento, los Tribunales deberán ser recelosos a la hora de exigir una prueba que demuestre, sin ambages, que el testador quiso dejar sin efecto la desheredación, no pudiéndose tratar la mera convivencia como una prueba del perdón o reconciliación.

Finalmente, podría ofrecerse en este trabajo una propuesta de *lege ferenda* en torno a la desheredación del menor de edad, pero, desde nuestro prisma,

ello no solucionaría los problemas expuestos en este trabajo, pues, aunque se tipifique, expresamente, la posibilidad de que el menor de edad sea desheredado, la problemática seguirá quedando al albur del criterio judicial, debiéndose valorar su imputabilidad según el discernimiento, los antecedentes familiares y, no menos importante, los hechos imputados, desaconsejándose la tipificación de una franja de edad, pues puede haber menores con una edad inferior a los catorce años –edad penal- suficientemente maduros para comprender que golpear a un progenitor atenta contra la solidaridad familiar y, a la inversa, menores de dieciséis años que, por la influencia negativa de uno de los progenitores, no lleguen a comprender que el abandono que ejercen sobre el progenitor o ascendiente que tiene un régimen de visitas puede ser una causa de desheredación.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1982.

ALGABA ROS, S.: “Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación”, *InDret*, Barcelona, abril 2015.

APARICIO CAROL, I.: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ARROYO AMAYUELAS, E. y Farnós Amorós, E.: “Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?”, *InDret*, abril 2015.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra e injurias graves”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2014.

BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- “Comentario a los arts. 154 a 161 CC y 164 a 168”, en AA.VV.: *Comentarios a la reformas de Derecho de Familia, Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1984.
- “La dificultad de los supuestos límite”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2010 (versión digital).

BLANDINO GARRIDO, M^a A.: “La reconciliación conyugal: Reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, diciembre 2015.

CABEZUELO ARENAS, A. L.:

- “Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1/2015, *Parte Estudios* (versión digital).
- “La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos”, *Revista Derecho Patrimonial* núm. 49/2019 (versión digital).

- *Maltrato psicológico y abandono afectivo de los ascendientes como causa de desheredación (art. 853.2 CC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CABEZUELO ARENAS, A. L. y CASTILLA BAREA, M.: "La obligación de alimentos como obligación familiar básica", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I (dirs. M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS), Aranzadi, Pamplona, 2017.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil, Tomo III, Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, Reus, Madrid, 1942.

DE BARRÓN CARRASCO, M. C.: "Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes", en AA.VV.: *Derecho y Fiscalidad de las Sucesiones Mortis Causa en España: una Perspectiva Multidisciplinar* (coords. J. RAMOS PRIETO y C. HORNERO MÉNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2016.

DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Tomo II, Madrid, 1952.

DE PERALTA ORTEGA, J. C.: "Medidas preventivas y sancionadoras del abandono asistencial de los mayores en el ámbito sucesorio: la desheredación", en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: "La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y BUENO BIOT, Á.: "El régimen de los alimentos de los hijos menores de edad", en AA.VV.: *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar* (dir. J.R. De Verda y Beamonte), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

DÍAZ ALABART, S.: "Comentario al art. 648 CC", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo VII, Volumen I* (coord. M. García Albaladejo), 1978, Edersa, Madrid, julio 2016.

DÍEZ GARCÍA, H.: "Artículo 155", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, Tomo II* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.:

- *Fundamentos del Derecho civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996.
- *Sistema de Derecho Civil, Volumen I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990.

- *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Derecho de familia*, Tecnos, Madrid, 2012.
- *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV (Tomo 2), Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017.

ECHIVARRÍA DE RADA, T.: *La desheredación de hijos y descendientes: interpretación actual de las causas del artículo 853 del Código Civil*, Reus, Madrid, 2018.

FALCÓN Y OZCOIDI, M.: *Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral, Tomo III*, Barcelona, 1897.

GARCÍA AMIGO, M.: *Derecho civil de España, I, Parte general*, Madrid, 1997.

GETE-ALONSO, M^a. C. y SOLÉ RESINA, J.: *Actualización del derecho de filiación. Repasando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil común y foral, Tomo I, Parte General y Derecho Reales*, Bosch, Barcelona, 2004.

GÓMEZ CALLE, E.: *La responsabilidad civil de los padres*, Montecorvo, Madrid, 1992.

GÓMEZ VALENZUELA, M. Á.:

- "La obligación de alimentos de los abuelos respecto a los nietos", *Revista Familia y Sucesiones ICAV*, núm. 7, junio 2019.
- "Reorientación del interés del menor en relación al régimen de visitas de los abuelos con los nietos: A propósito de la nueva doctrina jurisprudencial", *Revista Abogados de Familia*, marzo 2020.
- "El internamiento de padres y ascendientes como causa de desheredación", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R.: "La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

GONZÁLEZ PORRAS, J. M^a:

- "La menor de edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil", en AA.VV.: *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984.

- “Reflexiones sobre la legítima”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Sucesiones* (coords. por A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M. P. GARCÍA RUBIO), La Ley, Madrid, 2014.

JORDANO FRAGA, F.: “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*, octubre 1984.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A.:

- *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963.
- *Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 mayo y 7 de julio de 1981*, Bosch, Barcelona, 1981.
- *Elementos de Derecho Civil, Tomo V*, Dykinson, Madrid, 2009.

LASARTE ÁLVAREZ, C.:

- *Parte General y Derecho de la persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
- *Derecho de familia, Principios de Derecho civil VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
- *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho Civil II*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011.
- *Contratos, Principios de Derecho Civil III*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2019.
- *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017.
- Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea”, en AA.VV.: *La protección de las personas mayores* (dir. C. Lasarte Álvarez), Tecnos, Madrid, 2007.
- “La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coords. M^a. P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT, F. YAÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a: *Tratado de derecho de familia. Efectos sustantivos. Procedimientos Jurisprudencia. Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

LLEDÓ YAGÜE, F.: *Derecho de Sucesiones*, vol. I, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

LÓPEZ PELÁEZ, P.: “La responsabilidad civil de los daños causados por menores de edad: criterios de atribución”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas* (coords. M^a. P. POUS DE LA FLOR, R. A. LEONSEGUI GUILLOT, F. YAÑEZ VIVERO), Exlibris, Madrid, 2009.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, Madrid, 2003.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a: *Comentarios al Código Civil Español, Tomo VI*, 1951.

MANZANO FERNÁNDEZ, M^a. M.:

- “Preguntas y respuestas sobre el artículo 857 del Código Civil. La legítima del descendiente desheredado”, *Actualidad Civil*, núm. 10, octubre 2015.
- “La exclusión del hijo en la herencia del testador (Una visión actualizada de la desheredación en el Código Civil”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756.

MORENO MARTÍNEZ, J. A.: “Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección”, en AA.VV.: *La responsabilidad civil y su problemática actual* (coord. J.A. Moreno Martínez), Dykinson, Madrid, 2007.

NIETO ALONSO, A.: “Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre 2016.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.:

- “A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima”, *Actualidad Civil*, núm. 5, julio 2015.
- *Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Parte general*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- *Compendio de Derecho Civil, Tomo II. Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

- *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

ORDÁS ALONSO, M.: *La desheredación y sus causas. Derecho civil común y derechos civiles forales y especiales*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021.

PADIAL ALBÁS, A.: *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997.

PARRA LUCÁN, M^a. A.: "Las legítimas e la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil", en AA.VV.: *Las legítimas y la libertad de testar. Perfiles críticos y comparados* (dirs. F. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada, F.J. Aranguren Urriza), Aranzadi, Pamplona.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "Comentarios a los artículos 108 y 141", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del derecho de familia* (coord. M. Amorós Guardiola), Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ GALLARDO, L. B.: "Autonomía progresiva y capacidad para testar de las personas menores de edad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, enero-febrero 2021.

PELLEGRINI, M^a V.: "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", *Revista de Derecho de familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, núm. 42, abril 2009.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamento de Derecho Civil, Tomo V, Volumen III, Legítimas-Reservas-Sucesión intestada-Sucesión contractual-Partición de la herencia*, Bosch, Barcelona, 1964.

PUIG PEÑA, F.: *Compendio de Derecho Civil español, Tomo VI*, Aranzadi, Pamplona, 1972.

RAGEL SÁNCHEZ, L.F.:

- "El perdón de conductas ofensivas en la donación y en la sucesión *mortis causa*", *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Extremadura, núm. 16, 1998.
- "Comentario a los arts. 848 a 857", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil, Tomo V* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

RAMOS BASCUÑANA, R.: *De las sucesiones. Tratado teórico y práctico según el Código civil, Tomo II*, Madrid, 1898.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1997.

ROCA Y TRÍAS, E.: "Comentario al artículo 90 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentario al Código Civil, Vol. I* (dirs. C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, P. Salvador Cordech), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

REBOLLEDO VARELA, Á. L.: "Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores" en AA.VV.: *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectiva de futuro* (dir. Á.L. Rebolledo Valera), Dykinson, Madrid, 2010.

REPRESA POLO, M^a. P.: *La desheredación en el Código Civil*, Reus, Madrid, 2016.

ROCA SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones, Tomo II*, Bosch, Barcelona, 1997.

ROMERO COLOMA, A. M^a:

- *La desheredación*, Bosch, Barcelona, 2005.
- "El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes", *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2014, Parte Estudios (versión digital).

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A.: "La desheredación, alivio de legitimarios ingratos", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 86-87, abril-septiembre, 2013.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho Civil, VI. 2, Derecho de Sucesión*, Madrid, 1910.

TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "La desheredación", en *Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones (Tomo II)*, Aranzadi, junio 2011 (versión digital).

VAQUER ALOY, A.:

- "Acerca del fundamento de la legítima", *InDret*, octubre 2017.

- “Derecho a la legítima e intereses subyacentes”, en AA.VV.: *La libertad de testar y sus límites* (coords. A. Vaquer Aloy, M.P. Sánchez González, E. Bosch Capdevilla), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2018.

VALLET DE GOYTISOLO, J.:

- “El apartamiento y la desheredación”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1968.
- “Comentarios a los arts. 806 a 857 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XI (dir. M. Albaladejo García), Edersa, Madrid, 1982.