

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusiada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaiso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

María José Azaustre Fernández, “Captación de voluntad en los testamentos y ‘prohibición de confesores’ de Roma a la actualidad”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 69-116 (available at <http://www.glossae.eu>)

Captación de voluntad en los testamentos y ‘prohibición de confesores’ de Roma a la actualidad

Undue influence in wills and ‘prohibition of confessors’ from Rome to the present

María José Azaustre Fernández
Universidad de Oviedo

Resumen

El Tribunal Supremo español, en dos sentencias de 2015 y 2016 ha vuelto a tratar sobre la incapacidad del confesor y de la institución a la que pertenece para recibir por testamento herencias o legados de los fieles a los que hubiese asistido en su última enfermedad. Aunque la denominada “prohibición de confesores” arranca en nuestro país de un Auto Acordado de 1713, la protección de la libre voluntad del testador en los últimos momentos de su vida, cuando es fácilmente influenciado, puede retrotraerse, por lo menos, hasta Roma. Por ello en este trabajo se analiza, en primer lugar, el tratamiento dispensado en Derecho romano a las *dispositiones captatoriae* y a los testamentos otorgados mediante coacción, violencia o dolo, para luego examinar el paulatino reconocimiento de la capacidad sucesoria de la Iglesia y obras pías en el Bajo Imperio, prestando atención a las normas que, ya en la propia legislación imperial, protegían la libertad testamentaria del causante frente a las presiones de los clérigos, si bien de vigencia efímera. A continuación, nos adentraremos en las razones que justificaron, en su momento, la introducción de la incapacidad relativa del confesor; en la regulación de la figura en el Código civil y su aplicación jurisprudencial, sobre todo, en los más recientes fallos, para reflexionar finalmente sobre la conveniencia de su mantenimiento en el ordenamiento jurídico español del siglo XXI.

Abstract

The Spanish Supreme Court, in two recent decisions from 2015 and 2016 has dealt again with the incapacity of clergymen and the institution to whom he belongs, to be beneficiary of wills made by the parishioner they have assisted on their last disease. Even though the so called “prohibición de confesores” finds its starting point in Spanish Law in an Auto Acordado from 1713, the protection of the free will of the testator in the last minutes of his life, when he is deeply suggestionable, can be traced back to Rome at least. Thus, in the present paper is analyzed, in the first place, how *dispositiones captatoriae* and wills granted by means of constraint, violence or deceit were treated in Roman Law, to examine then the gradual recognition of the successor capacity of the Church and *piae causae* under the Low Empire, paying particular attention to the laws that, already in the imperial legislation, protected testamentary freedom from undue influence of clergymen, even though these laws had a very short life. We will afterwards study the reasons that justified, in its moment, the introduction of the relative lack of capacity of the confessor, in the regulation of the figure in the civil code and its jurisprudential application, especially, in the most recent decisions, to finish with some thoughts on the convenience of its maintenance in 21st century Spanish Law.

Palabras clave

Confesor, *dispositiones captatorias*, libertad de testar, testadores vulnerables, captación de voluntad

Keywords

Confessor, *dispositiones captatorias*, freedom of testation, vulnerable testator, undue influence

SUMARIO: 1. La *captatio testamentorum* y las *dispositiones captatoriae* en Roma. 2. Derecho postclásico y justiniano: la influencia del cristianismo. 3. La Edad Media: consagración de la doctrina *dispositiones captatorias ad pias causas valet*. 4. La Edad Moderna: nacimiento de la llamada “prohibición de confesores”. 5.- La codificación. 5.1. Los Proyectos de Código 5.2. El artículo 752 del Código Civil español y su aplicación jurisprudencial. 5.3. Breve referencia al Derecho comparado. 6. Consideraciones finales. Apéndice bibliográfico

1. La *captatio testamentorum* y las *dispositiones captatoriae* en Roma

Dos recientes sentencias del Tribunal Supremo (S.T.S. 255/2015 de 19 de mayo, RJ/2015/2451 y S.T.S. 231/2016, de 8 de abril, RJ/2016/3659) han vuelto a tratar sobre la incapacidad de los clérigos o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto para recibir por testamento las herencias o legados de los fieles a los que hubiesen asistido en su última enfermedad, siendo desestimada, en ambos casos, la pretensión de nulidad de la disposición testamentaria.

La denominada “prohibición de confesores”, cuyo fundamento reside en la preservación de la libre voluntad del testador en los últimos momentos de su vida, cuando es fácilmente influenciable, arranca en nuestro país, como es sabido, de un Auto Acordado de 12 de diciembre de 1713. Ahora bien, el fenómeno de la captación de voluntad para inducir a un testamento favorable tiene un origen muy antiguo; se dio desde luego en Roma, y quizá se haya practicado, en mayor o menor medida, en toda sociedad en la que haya existido libertad de testar¹. Así, las leyes de Solón concedían, a quien no tenía hijos legítimos varones, libertad para testar, pero con una serie de limitaciones: no podía el causante tener perturbada la mente por la locura, vejez, fármacos o por causa de enfermedad, o por estar sumiso a una mujer, *u obligado por coacción* o por pérdida de libertad².

La captación de voluntades para inducir al otorgamiento de un testamento en el que el *captator hereditatis*³ figurase como heredero o legatario, debió de ser un fenómeno bastante habitual en Roma, a juzgar por la cantidad de fuentes que dejan constancia de la actividad de los cazadores de herencias⁴. Alusiones a dicha práctica aparecen incluso en escritores de la República, como es el caso de Plauto⁵, Horacio⁶ o

¹ Scalise, R., “Undue influence and the law of wills: a comparative analysis”, *Duke Journal of Comparative & International Law* 19 (2008), p. 54: *If freedom of testation did not exist and society were instead governed by a system of collective inheritance, undue influence would be unimportant.*

² Demóstenes, *Contra Stephano*, 14-16; Plutarco, *Solón*, 21. Este autor alaba tanto la libertad de testar introducida por la ley, que permitía al que no tenía hijos dar su hacienda a quien quisiese, mientras que con anterioridad los bienes y la casa del que moría debía quedar en la familia; así como las cautelas introducidas *juzgando con mucha razón y justicia que el ser arrastrado con persuasiones fuera de lo recto en nada se diferencia del ser violentado*, y poniendo en el mismo punto la precisión con el engaño, y con el dolor los halagos, como igualmente capaces de sacar al hombre de juicio. Aristóteles, *Constitución de los atenienses*, 9.2, en cambio, tilda esta ley de confusa y oscura. Las restricciones de la ley serían eliminadas posteriormente durante el gobierno de los Treinta, según nos informa el propio Aristóteles (*ibid.* 35,2) para evitar la actuación de los delatores oficiales (*sicofantas*).

³ Denominación que dan los escritores latinos al cazador de herencias (o simplemente *captator*). A veces, como explica Bynkershoek, C., *Opera omnia*, I, Lugduni Batavorum, 1767, p. 431, se emplearon otras denominaciones, como *haeredipetarum*, porque pide o desea la herencia de otro (*qui alterius hereditatem petunt vel cupiunt*) o *insidiatorem*.

⁴ Sobre los captadores de herencias en el mundo romano *vid.* Champlin, E., “Creditor Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum: Why the Romans Made Wills?”, *Classical Philology* 84, 3 (jul. 1989), pp. 211-212; Cecco, E.E.-Mansila A.M., “Una profesión insólita y lucrativa: la *captatio testamenti*”, *Revista de Estudios Clásicos* 36 (2009), pp. 97 ss., con un detenido estudio de las fuentes literarias; Friedlander, L. *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México-Buenos Aires, 1982, pp. 258 ss.; Hopkins, K., *Death and renewal*, Cambridge, 1983, pp. 235-247, y Veyne, P., *Historia de la vida privada*, I, Madrid, 1987, p.152.

⁵ Plauto, *Miles gloriosus*, 705-715. Uno de los personajes, Periplectómeno, exalta las ventajas de no tener descendencia, pues todos los parientes rivalizaran entre sí para atenderle: *prius quam lucet adsunt, rogitant noctu ut somnum ceperim [eos pro liberis habebo, qui mihi mittunt munera.] sacrificant: dant inde partem mihi maiorem quam sibi, abducunt ad exta; me ad se ad prandium, ad cenam vocant;*

Cicerón⁷. En el Principado las referencias se multiplican: Séneca⁸, Plinio el Viejo⁹, Petronio¹⁰, Marcial¹¹, Juvenal¹² o Plinio el Joven¹³, por citar alguno de los más significativos, y continúan en el Bajo Imperio, en historiadores del siglo IV d.C., como Amiano Marcelino¹⁴. Aunque se ha advertido que para valorar adecuadamente la importancia del fenómeno habría que diferenciar entre el tópico literario y las

ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi. illi inter se certant donis, egomet mecum mussito: bona mea inhiant, me certatim nutricant et munerant.

⁶ Horatius, *Satirae*, 2, 5. Teresias recomienda a Ulises, para recuperar el patrimonio perdido, hacerse cazador de testamentos de ancianos ricos, dándole una serie de instrucciones para hacerse con la voluntad de este, incluyendo la recomendación de entregar a su propia mujer, Penélope, en el caso de ser el testador mujeriego (2,5,75). Si le es ofrecido el testamento para su lectura, debe rehusarse, apartando las tablillas, pero procurando mirar de refilón la línea en la que se contiene el nombre del heredero.

⁷ Cicero, *De officiis*, 3,74-75. El famoso orador critica las herencias adquiridas con fingimientos, ardidés y artificios, aun obedeciendo a un testamento verdadero y no falsificado, como era el caso en cuestión: *Mihi quidem etiam verae hereditates non honestae videntur, si sunt malitiosis blanditiis, officiorum non veritate, sed simulatione quaesita*. Si un hombre de bien, continúa, supiese que con dar una palmada va a ser instituido heredero, se abstendría de semejante acción, pero a hombres como Marco Craso —objeto de su crítica— poco faltaría para ponerse a bailar en la calle.

⁸ Seneca, *De beneficiis*, 4,20,3, y *Ep.* 95,43, donde critica a quienes cuidan a los enfermos no por amistad, sino con vistas a la herencia; en *De benef.* 6,38,4 considera la labor de los *captatores* más despreciable incluso que la de los sepultureros, o, en general, de quienes se dedican a actividades funerarias (cereros, arrendadores de lutos y ataúdes)

⁹ Plin. maior, *H.N.*, 14,1,5.

¹⁰ Petronius, *Satyricon*, 116-117 y 124-125. En la línea con el personaje de Plauto, exalta la suerte de los solterones empedernidos y sin allegados próximos, a los que se dispensa todo tipo de atenciones. Uno de los protagonistas, Eumolpo, en connivencia con sus amigos, al llegar a la ciudad de Crotona decide hacerse pasar por un rico extranjero que reúne todos los caracteres de los *captandos*, para disfrutar de las ventajas de esta situación.

¹¹ Martial, *Epigrammaton*, 4,56; 6,62; 6,63; 8,27; 9,8; 9,48; 10,97; 11,44; 11,55; 11,67; 11,83; 12,40 y 12,90.

¹² Juvenal, *Saturae*, 12, 93-125. En ella Cátulo, amigo del poeta, se ha salvado de un naufragio, por lo que ofrece un sacrificio a la tríada capitolina. En el curso de la narración se describe a los cazadores de herencias, quienes, si ven que enferma un hombre rico sin hijos, llenan su pórtico de carteles votivos, prometiendo sacrificar a sus mejores esclavos, ponen cintas en las frentes de sirvientes y de esclavas, ofrecen a sus propias hijas e incluso ofrendarían elefantes, si esto no fuera imposible por estar reservado su monopolio al emperador. En cambio, sería absurdo esperar la ofrenda de una simple gallina enferma por el protagonista, padre de tres hijos.

¹³ Plin. min., *Ep.* 2, 20 y 8, 18. En la primera de las citadas describe tres supuestos de captación de herencias efectuados por un sujeto llamado Régulo: en el primer caso, el *captator* se sienta cerca del lecho de una moribunda, y, tras hacerle creer que va a salir de su enfermedad tras haber consultado con un adivino, consigue que cambie el testamento a su favor. En el segundo, Régulo suplica inicialmente a los médicos que salven la vida del enfermo, para luego cambiar de opinión y pedir que dejen de prolongar su sufrimiento en cuanto éste ha firmado el testamento. Finalmente, fuerza a una dama de alta alcurnia, como si estuviese a punto de morir, para que le deje sus mejores galas en testamento, vigilándola mientras escribía.

¹⁴ Ammianus, *Res gestae*, 14, 6, 22, donde señala que, mientras antiguamente los forasteros libres eran aceptados en Roma, en su época, como reflejo de su decadencia moral, se desprecia a todos los nacidos fuera, a excepción de quienes carecen descendencia y de los solteros, siendo increíble la variedad de las atenciones de las que eran objeto los hombres sin hijos; aspecto en el que insiste en el libro 28, 4, 22: *Subsident aliqui copiosos homines senes aut iuvenes, orbos vel caelibes, aut etiam uxores habentes et liberos — nec enim hoc titulo discrimen aliquod observatur — ad voluntates condendas allicientes eos praestigiis miris: qui cum supremis iudiciis ordinatis, quae habebant, reliquerint his, quibus morem gerendo testati sunt, ilico pereunt, ut id impleri sorte fatorum opperiente [nec] putes, nec facili potest aegritudo testamencomitatu est his quisquam.*: “Otros se dedican a explotar a los ricos. Joven, viejo, célibe ó sin familia, poco importa: si tiene esposa é hijos, lo mismo da. No hay influencia que no se ponga en obra para conseguir un testamento favorable. Al fin el asediado cede; les hace legatarios de su caudal, y en seguida muere, como si no hubiese esperado otra cosa...”.

referencias históricas reales¹⁵, lo cierto es que la abundancia de fuentes ha de ser reflejo, en mayor o menor medida, de una realidad histórica. Además, ciertas medidas jurídicas corroboran, si no directamente la práctica de la *captatio testamentorum*, sí al menos la frecuencia con la que las herencias iban a parar a personas distintas de los *heredes sui*, frustrando las expectativas de estos¹⁶: así, la normativa que fue progresivamente limitando las cantidades disponibles mediante legados (*Lex Furia testamentaria*¹⁷, *lex Voconia de legatis*, del 169 a.C.¹⁸ y *Lex Falcidia*, del 40 a.C.)¹⁹, la introducción de la *querella inofficiosi testamenti* (de la que el propio Ulpiano afirma que se planteaba con frecuencia)²⁰ y, finalmente, el hecho de que del impuesto de sucesiones introducido por Augusto, del que se esperaba que constituyera una importante fuente de financiación para el *Aerarium militare*, estuvieran excluidas, desde un principio, las disposiciones *mortis causa* en favor de parientes cercanos²¹. También la literatura contempla bastantes ejemplos de estos testamentos en los que resulta instituida una persona distinta del que se esperaba o un extraño²².

Según se desprende de las fuentes, los captadores de herencias ofrecían regalos al testador, le enviaban invitaciones, le defendían en sus pleitos, le cuidaban si caía enfermo y ofrecían sacrificios para su curación, alababan sus poemas, le dejaban ganar en los juegos... en suma, le prodigaban todo tipo de atenciones para llegar a hacerse con su voluntad. Las sátiras en las que se describían estas prácticas —que constituían un auténtico *ars-* incluían recomendaciones, como la de escoger a testadores ricos sin herederos y, preferentemente, enfermos o de edad avanzada; también se podía recurrir,

¹⁵ Champlin, “Creditur Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum. Why the Romans Made Wills?”, pp. 211-212. Entiende el autor que la *captatio* es simplemente la *amicitia* vista bajo una luz negativa, que surge de la amplia noción romana de la amistad, con su particular énfasis en el intercambio de *beneficia*. También alerta sobre la exageración retorizante de los escritores de todos los tiempos Friedlander, *La sociedad romana*, p. 258, aunque niega que las caricaturas sean una pura invención, como corrobora el testimonio de Tácito en relación con las protestas elevadas al Senado en el año 63 contra las adopciones simuladas, alegando que bastante recompensa tenían los que carecían de hijos en el hecho de que sin carga alguna conseguían favor y honores, todo, sin tardanza y sin esfuerzos (*satis pretii esse orbis, quod multa securitate, nullis oneribus gratiam honores, cuncta prompta et obvia haberent. sibi promissa legum diu exspectata in ludibrium verti, quando quis sine sollicitudine parens, sine luctu orbis longa patrum vota repente adaequaret*). En consecuencia, el Senado decreta que la adopción simulada no daría derecho a cargos públicos ni facultaría para conseguir herencias (Tácito, *Ann.*, 15,19).

¹⁶ Cfr. en este sentido Hopkins, *Death and*, p. 237, n. 47.

¹⁷ Plebiscito del tribuno C. Furius, del que no se conoce la fecha exacta, soliendo situarse hacia el año 200 a.C., posterior a la *Lex Cincia* y anterior a la *Lex Voconia* del año 169 a.C. (Cfr. Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, Olms, Hildesheim, 1966, pp. 282-283.) Aparece citada en el *Tit. ex corp. Ulp.*, 1. 2 como ejemplo de *lex minus quam perfecta*, puesto que no invalidaba el legado de importe superior al límite fijado (1.000 ases) pero sancionaba al adquirente con una multa por el cuádruplo.

¹⁸ Rotondi (*Leges publicae*, p. 283-284) designa esta ley como *lex Voconia de mulierum hereditatibus*, por cuanto su capítulo primero prohibía a las mujeres heredar por testamento de los ciudadanos censados en la primera clase. En el capítulo segundo se prohibía recibir por legado más de lo que se hubiera recibido el heredero, como medida de protección de los herederos. Al igual que la *lex Furia*, la medida resultó francamente ineficaz, pudiendo ser burlada mediante la constitución de muchos legados de pequeño importe.

¹⁹ Según Rotondi, *Leges publicae*, p. 438, se trata de un plebiscito del tribuno P. Falcidius aprobado, al parecer, para asegurar los impuestos de los ingresos de guerra establecidos sobre la sucesión testamentaria. En su capítulo segundo establecía que al heredero testamentario debería, al menos, corresponderle una cuarta parte de la herencia, debiendo el exceso ser reducido proporcionalmente.

²⁰ D. 5, 2, 1 (*Ulp., l. XIV ad ed.*) *Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas*.

²¹ Dion Cass., 55, 24, 5.

²² Cfr. Val. Max., 7, 8, 5-9 y Plin. min., *Ep.* 7,20, por ejemplo.

si era necesario, a testadores con un único hijo, siempre y cuando éste gozase de mala salud. Es habitual que la actividad resulte comparada con la de los cuervos o buitres que acechan sobre los cadáveres o con la de los pescadores que echan su anzuelo, aunque en ocasiones, sobre todo en los Epigramas de Marcial, el burlado era el propio *captator*, que, tras haber realizado una importante “inversión” en regalos para el testador, no era finalmente instituido, o incluso moría antes que éste²³.

Plinio el Viejo encuentra la razón justificativa de esta proliferación de cazadores de herencias en la importancia que asume en Roma, a partir del Principado, la posesión de un importante patrimonio, determinante, por ejemplo, para la pertenencia al rango senatorial, llegando a ser “el único ornato para para magistrados y generales”. La falta de hijos comienza entonces “a gozar de gran estima y ascendiente”²⁴. Hay que tener en cuenta que, a la llegada de Augusto al poder, numerosos senadores se habían empobrecido considerablemente como consecuencia de las guerras civiles, hasta el extremo, según refiere Dion Cassio, de no poder siquiera ocupar la edilidad, por la cantidad de gastos que suponía²⁵.

Ahora bien, por denostada que estuviera la actividad de los cazadores de herencias, no estaban prohibidas por el ordenamiento todas las conductas encuadrables en dicho ámbito²⁶. En el terreno jurídico, lo que se sancionaba era, de un lado, el empleo de las disposiciones captatorias, a las que nos referiremos más adelante y, de otro, aquellos supuestos en los que la conducta del *captator* entraba en el terreno del dolo, la violencia o la intimidación, discutiéndose cuál sería la calificación jurídica que merece el testamento otorgado mediante coacción y, en su caso, cuál sería el remedio correspondiente (la *actio* o la *exceptio doli*²⁷, la *quod metus causa*, la *restitutio in integrum*, u otro distinto).

Para que la captación o la sugestión llegasen a tener entidad suficiente para anular una disposición testamentaria, habían de incorporar el dolo malo, al que Labeón, seguido por Ulpiano, define como “astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro”²⁸. Los halagos, servicios, afectos verdaderos o

²³ A juicio de Veyne, *Historia de la vida*, p. 152, la opinión común no condenaba este tipo de conducta interesada, y, aunque todo el mundo la ridiculizaba, lo cierto era que todos la practicaban.

²⁴ *H.N.*, 14, 1, 5. Friedlaender, *La sociedad romana*, p. 255 y ss., acude, como primera razón del fenómeno, a “la extensión inaudita y verdaderamente monstruosa que el celibato y la ausencia de hijos llegaron a cobrar entre las clases altas” a pesar de las medidas puestas en marcha por Augusto. Hopkins, *Death and*, p. 246, añade un último factor: el valor del testamento, junto con el matrimonio, como instrumento creador de alianzas sociales y familiares en la primitiva sociedad romana, de modo que la repetición de legados creaba una red de obligaciones sociales que operaba incluso entre generaciones.

²⁵ Dion Cass., 53, 2, 2

²⁶ Así, concluye Scalise, “Undue influence and the law of wills”, p. 46, en relación a la Epístola de Plinio 2,20, antes mencionada, que por moralmente reprobable que fuera la conducta de Régulo, no parece que estuviera prohibida por la ley, pues Plinio describe al propio tiempo su éxito al alcanzar una posición de gran riqueza.

²⁷ En D. 44,4,4,10 (Ulp. 1. XXVI *ad ed.*) se concedía la *exceptio doli* a aquél a quien el heredero reclamaba algo en virtud de un testamento, pero contra la voluntad del difunto: *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptio eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.*

²⁸ D. 4, 3, 1, 2 (Ulp., 1. XI *ad ed.*) *Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum*

simulados no entran en este concepto, en todo caso podían recibir la calificación de *dolus bonus*²⁹. Marcelo explica que muchas veces los padres, instigados por alguna falsedad, desheredan o no mencionan a sus hijos, lo que da pie a la impugnación del testamento por inoficioso³⁰. Según Gayo (D. 5, 2, 4, *l. sing. ad legem Glitiam*) la mayor parte de las veces las injurias contra los hijos se producen porque el padre está influenciado en su juicio por los halagos o instigaciones procedentes de las madrastras³¹.

La violencia podía ser tanto física (*vis absoluta*), de modo que alguien fuera obligado mediante dicha fuerza física a otorgar un testamento contra su voluntad, o moral (*vis compulsiva*), provocando que la persona se encontrara determinada por el miedo³². En Derecho común prevaleció la opinión de que las presiones inoportunas y los ruegos insistentes con los que se induce al testador a hacer un testamento contra su voluntad son equiparados a la violencia, especialmente si se ejerce contra personas enfermas o ancianas³³. Según Pothier, hay sugestión cuando el testador ha querido otorgar las disposiciones testamentarias que ha otorgado para librarse de las inoportunidades de aquellos que lo presionan³⁴. También Pufendorf equipara en sus efectos la violencia con las persuasiones dolosas y las sugestiones³⁵. En cualquier caso,

decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. Como se ve, el jurista prefiere la definición de Labeón a la de Sulpicio Rufo, quien destaca dentro de la maquinación para engañar a otro la simulación de hacer una cosa cuando se hace otra, elemento que para Ulpiano no es imprescindible.

²⁹ Furgole, J.B., *Traité des testaments, codiciles, donations a cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, I., Paris, 1779, p. 299. El autor examina las disposiciones romanas en las que se empleaba el término *captare* (C.J., 2,4,25; C.J., 4,47,2; C.J., 4,53,1 y C.J. 6,54,1) negando que de ellos pueda inducirse que una disposición inspirada en la *captatio* deba ser anulada, salvo si ha mediado dolo. Por su parte, Heuckmann, H.- Seuckel, E. *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auf., Akademische Druck- u. Verlagsanstalt Graz, 1971, voz “*captare*”, señala las siguientes finalidades con las que las fuentes emplean el término *captare*: *lucrum* (D., 27, 9, 13, *Paulus, l. sing. ad Or. Divi Severi*); *hereditatem* (D. 29, 6, 1, *Ulp. l. XLVIII ad ed.*), *impunitatem* (D. 48,1,26, *Ulp. l. VIII de of. proc.*) y *verba* (D. 10, 4, 19, *Paul. l. IV ep. Algeni dig.*). Como señala Glück, *Commentario alle Pandette*, XXVIII-3, Milano, 1903, p. 768, los simples esfuerzos para caer en gracia al testador no pueden entenderse como dolo; asimismo, un testamento hecho bajo el efecto de la persuasión o intromisión ajena se considera válido.

³⁰ D. 5, 2, 3 (Marc., l. III dig.) *Inofficiosum testamentum dicere hoc est allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit: quod plerumque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.* Un ejemplo de anulación de una disposición testamentaria como consecuencia del dolo lo encontramos en la Nov. 115,5 donde el emperador concluye que la desheredación expresa de Pulqueria, a pesar de haber sido en su día llamada por su madre “hija agradecida”, obedeció al dolo y la maquinación de algunos, por lo que ordena que la hija sea heredera tanto del padre como de la madre.

³¹ D. 5, 2, 4 (*Gaius l. sing. ad legem Glitiam*) *Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delentibus instigationibusve corrupti.*

³² Precisa Scialoja, V., *Negozi giuridichi*, Roma, 1933, p. 320, que la *vis* y el *metus* no son sino dos aspectos de la misma cosa: mientras la primera se refiere al acto de quien ejerce esta violencia, el *metus* no es sino el miedo que surge en el ánimo del violentado.

³³ Glück, F., *Commentario alle Pandette*, XXVIII-1, Milano, 1900, p. 85.

³⁴ Pothier, R.J., *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, VII, Paris, 1825, p. 303. Justifica esta aseveración en el hecho de que está dentro de la naturaleza de los legados que se realicen por afecto a las personas a las que se hacen, lo que no se puede asegurar de aquellos que surgen de las ganas que tiene el testador de librarse de las inoportunidades de alguien.

³⁵ Pufendorff, F.E., *Observationes Juris Universi*, II, Hannoverae, 1768, p. 66.

la coacción ha de ser grave, no considerándose como tal, por ejemplo, el hecho de que el marido oriente a su favor, con sus observaciones, la última voluntad de su mujer³⁶.

De esta materia se han ocupado sendos títulos del Digesto (29, 6) y del Codex (6, 34) ambos con la misma rúbrica (*Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*). Subraya Lenel que dicha rúbrica promete más que su contenido, centrado nada más que en el primero de los supuestos mencionados, esto es, impedir a otros hacer testamento, no tratándose apenas del segundo, el obligar a otro a hacer testamento³⁷. Realmente, la coacción para otorgar testamento únicamente aparece en las propias rúbricas de ambos títulos y en el primer fragmento del *Codex*, que contiene una constitución de Alejandro Severo del año 229, por la que concede acción criminal (aunque no se dice cuál), además de la civil, a quien hubiere sido compelido a otorgar testamento o a instituir como heredero a persona distinta a la que el causante hubiese querido³⁸. Por su parte, las Sentencias de Paulo contemplan el supuesto de quien, siendo heredero abintestato de otro, le impide otorgar testamento, siendo considerado entonces indigno para heredar³⁹.

Sobre las consecuencias jurídicas del testamento otorgado mediante coacción se han formulado cuatro teorías diferentes⁴⁰:

1) *Teoría de la validez*. Es mantenida en solitario por Schlossmann⁴¹. Para este jurista, los negocios jurídicos provocados por violencia eran, en general, nulos, salvo aquellos que tomaban vida a través de la forma solemne, plenamente válidos, haciéndose rescindibles solo si el pretor, para evitar la inmoralidad, concedía la *actio* y la *exceptio quod metus causa* al que era objeto de la violencia y a sus herederos. De este modo, para los negocios no formales, la violencia producía la nulidad *ipso iure*, pero

³⁶ También se ha discutido el concepto del *maritalis sermo* al que alude el fragmento. Para Biondi, B., *Successioni testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, 1955, p. 529, se trata del *sermo* “con el que el marido aplaca la ira de su mujer”. Para Glück, *Commentario*, XXVIII-1, p. 87 consiste en ganarse el ánimo de la propia esposa con caricias y carantoñas, para inducirla a testar en favor del marido o a no destruir el ya hecho en su favor; no viendo razón para que el mismo principio pueda aplicarse inversamente a la mujer que, con palabras cariñosas, pero sin incurrir en dolo, induce al marido a testar a su favor. En ningún caso entienda que pueda considerarse *sermo maritalis*, a los efectos de esta disposición, la severa increpación del marido para que su mujer le instituya heredero. El fragmento también es traído a colación por Du Plessis, J.-Zimmermann, R., “The relevance of reverence: undue influence civilian style”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 10 (2003), p. 350, para ilustrar su teoría de que es difícil que en el período clásico el *metus* reverencial haya permitido la rescisión contractual. El marido en el supuesto en cuestión, añaden, no habría cometido ningún *crimina*, no pudiendo por ello ser considerado indigno.

³⁷ Lenel, O., “Das erzwungene Testament”, *ZSS* (1889), pp. 71 ss. Del examen de las fuentes deduce que el pretor en su edicto contemplaría ambos casos (*si prohibuerit* y *si coegerit*) uno al lado del otro, probablemente bajo el título de su álbum *Quibus bonorum possessio non competit*. La delación de la *bonorum possessio* correspondería entonces al que debería haber sido llamado si no hubiera sido por el testamento otorgado bajo coacción, esto es, al heredero *ab intestato* o instituido en un testamento anterior.

³⁸ CJ, 6,34,1 *Imperator Alexander Severus. Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit scripserit. * ALEX. A. SEVERAE. * <A 229 S. XV K.IAN.ALEXANDRO A.III ET DIONE CONSS.>*

³⁹ *Paul. sent.*, 5, 12, 2.a: *Ei etiam velut indigno aufertur hereditas qui adfinem vel cognatum, cui ipse ab intestato successurus erat, testamentum facere prohibuit aut ne iure subsisteret operam dedit*

⁴⁰ Seguimos el orden de la exposición de Caporali, D., “Della violenza come motivo del testamento”, *Riv. it. per le sc. giur.*, 4 (1887), pp. 3 ss.

⁴¹ Schlossmann, S., *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig, 1874, p. 48 y ss. El hecho de no haberse encontrado en la ley, en la jurisprudencia, o en el edicto del pretor, ninguna regla autónoma, lleva a concluir, a su juicio, que el testamento coaccionado ha sido considerado en Roma como totalmente válido.

como el testamento es un acto solemne por excelencia, ha de considerarse válido, aunque haya sido provocado por la violencia. Dicho esto, considera que las fuentes no autorizan una extensión de las acciones pretorias de los negocios *inter vivos* a los *mortis causa*. Ningún texto habla de “rescindibilidad” del testamento. Al ser un acto esencialmente revocable, si el testador no realiza tal revocación, no puede saberse a ciencia cierta que su voluntad interna no sea la de mantener dichas disposiciones. Si el causante no puede revocar el testamento o la violencia perdura hasta su muerte, en este caso el heredero instituido podrá ser, como indigno, considerado culpable de impedir la revocación del testamento (*testari prohibuerit*).

2) *Teoría de la indignidad*. Es la más antigua históricamente y llegó a ser opinión general en el Derecho común⁴², aunque cuenta con un buen número de partidarios más recientes, como Dernburg⁴³, Vangerow⁴⁴ en sus primeras ediciones, Scialoja⁴⁵, Caporali⁴⁶ o Bonfante⁴⁷. Se considera que la solución de la indignidad es la más adecuada, por evidentes razones de analogía con el supuesto, regulado en el mismo título, de coacción ejercida para impedir el otorgamiento o modificación del testamento. Así, el D. 29, 6, 1, pr. (*Ulp. l. XLVIII ad ed.*) informa que Adriano determinó la denegación de acciones y subsiguiente atribución al Fisco de la herencia respecto de quienes impidieran la entrada del notario para que el causante pudiera otorgar o cambiar su testamento⁴⁸. Análogamente en C.J. 6, 34, 2 se contiene una constitución del año 285 d.C., en la que Diocleciano y Maximiano sancionan con la indignidad y con la pérdida de la sucesión a los que hubieren servido de impedimento para que alguien otorgue testamento⁴⁹.

⁴² Cfr. por ejemplo, Cuiacii, J., *Operum postumorum que de iure reliquit, sive Codex Iustinianus, id est, ad Codicem Iustinianum Recitationes solemnes*, V Paris, 1658, pp. 827-829; Pufendorf, *Observationes*, pp. 62-66. Este último considera que la violencia o dolo con las que se obliga a otorgar testamento han de considerarse *pro non scriptas*, como consecuencia de lo dispuesto en D. 34 ,8, 1 (*Jul. l. XXVIII dig.*) y D. 37,11, 2, 7 (*Ulp. l. XLI ad ed.*), que establecen dicho efecto, provocando, además, la indignidad del causante del dolo o la violencia. Pero la indignidad no provoca la adquisición de los bienes por el Fisco, sino por parte de aquel a quien el testador hubiera querido dejar sus bienes si no fuera por esa violencia o dolo.

⁴³ Denburg, A., *Pandette*, III, Torino-Roma-Milano-Firenze, 1905, pp. 290-29, entiende que las disposiciones testamentarias otorgadas bajo violencia no son nulas sin más, pero que sin embargo se concede la *exceptio quod metus causa*. Por otra parte, al heredero así instituido se le denegaba la *bonorum possessio* que se defería a quienes hubieran sido llamados de no existir tal testamento.

⁴⁴ Vangerow, K.A., *Leitfaden für Pandekten-Borlesungen*, Marburg-Leipzig, 1949.

⁴⁵ Citado por Bonfante, P. *Corso di Diritto romano*, VI, Milano, 1974, p. 419.

⁴⁶ Caporali, “Della violenza”, p. 9 y 23 ss. A su juicio, en el testamento se conserva en toda su pureza el antiguo *ius civile*, que no considera motivo de nulidad el dolo y el miedo. El testador tiene voluntad, aunque forzada, pero por cuestiones de moralidad, la herencia se quita, por indigno, al instituido. Considera posible, además, que aquello que a los escritores de derecho natural parecía inicuo (que no herede el heredero inocente y en su lugar el fisco) a los romanos les podía parecer de lo más natural, citando, al efecto, ejemplos en las fuentes sobre supuestos de error determinante en los que los bienes van al fisco; además, en materia de violencia, destaca una constitución de Zenón (C.J. 6, 34, 4) que establece que si alguien impide a otro testar o concluir el testamento ya iniciado, queda obligado a resarcir al lesionado, siendo confiscados los bienes.

⁴⁷ Bonfante, *Corso*, p. 420.

⁴⁸ D. 29, 6, 1, pr. (*Ulpianus l. XLVIII ad ed.*) *Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit denegari ei debere actiones denegatisque ei actionibus fisco locum fore.*

⁴⁹ CJ. 6, 34, 2. *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Eos, qui, ne testamentum ordinetur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri celeberrimi iuris est. * DIOCL. ET MAXIM. AA. NICAGORAE. * <A 285 PP.K.IAN.DIOCLETIANO II ET ARISTOBULO CONSS.>*

3) *Teoría de la nulidad absoluta*, defendida en primer lugar por Jasón del Mayno⁵⁰, seguida luego, por ejemplo, por Arndts⁵¹ o Glück⁵². Entienden estos autores que para la validez de ciertos negocios puede ser suficiente la voluntad, aun coaccionada (por ejemplo, para la adición de la herencia –D. 4, 2, 21, 5 -*Paul. l. XI ad Ed.*- y D. 29, 2, 6, 7- *Ulp. l. VI ad Sab.*- o el consentimiento para las nupcias, D. 23, 2, 22– *Celsus, l. XV dig.*) tal y como explica Cuiacio⁵³. Sin embargo, hay otros negocios, entre los que se encuentran la manumisión y el testamento, en los que se exige que la voluntad sea íntegra y plena, aplicándose el principio *coacta voluntas non est voluntas*. En apoyo de su teoría citan D. 40, 9, 17, pr. (*Paul. l. sing. de libertatibus*), según el cual no se hace libre el esclavo cuyo dueño lo manumitió apremiado por el pueblo, y C.J. 1, 2, 1, donde Constantino establece que “nada hay que más se deba a los hombres, sino que sea libre la disposición de la última voluntad” (razón que justifica la autorización para efectuar donaciones *mortis causa* al concilio)⁵⁴. En todo caso critican la atribución de bienes al Fisco a la que aboca la teoría de la indignidad⁵⁵.

Los defensores de la nulidad *ipso iure* admiten que los contratos y cuasicontratos sean rescindibles *ex aequitate* pretoria, pero niegan que esta medida sea aplicable a la manumisión y el testamento. Por otro lado, refieren las dificultades que existen para aplicar la *exceptio* o la *actio quod metus causa*, remedio pensado para los negocios *inter vivos*, al supuesto del testamento, donde no existe un daño patrimonial en el violentado –el testador-, que permanece dueño de su patrimonio hasta su muerte. Las soluciones al problema del testamento otorgado bajo la influencia de la coacción varían, según que la coacción la haya ejercido el propio heredero instituido (en cuyo caso la institución se entiende nula) o un tercero (hipótesis que para unos debe llevar aparejada igualmente la nulidad, mientras que para otros el heredero inocente no debería verse nunca perjudicado)⁵⁶.

⁵⁰ Citado por Caporali, “Della violenza come motivo”, p. 7

⁵¹ Arndts, C.L., *Trattato delle Pandette*, I, 3ª ed., Bologna, 1877, p. 107. Para que la violencia lleve aparejada la nulidad del negocio el temor ha de ser racional, no pequeño, antijurídico y obtenido por medio de amenazas injustas.

⁵² Glück, *Commentario*, XXVIII-1, pp. 77-88, y los autores que cita en la p. 77, n. 36.

⁵³ Cuiacii, *Operum postumorum*, p. 828. No obstante, este autor estima que quien obliga a otro a hacer testamento debe ser considerado como indigno para suceder.

⁵⁴ Los partidarios de esta teoría se apoyan también en D. 28,1,20,10 (*Ulp., l. 1 ad Sab.*), considerando que si establece la nulidad del testamento cuando los testigos hubieran sido retenidos contra su voluntad, con mayor motivo deberá aplicarse la voluntad si a quien se coacciona es al testador.

⁵⁵ Glück, *Commentario*, t- XXVIII-1, p. 82, critica la aplicación analógica del *si prohibuerit aliquem testari* al *si coegerit* realizada por los partidarios de la teoría de la indignidad, puesto que no debe admitirse nuevos *bona erepticia* por interpretación extensiva, ni tampoco se delinque cuando se concluye contra el fisco (D., 49, 14, 10 -*Mod. de l. sing. praescr.*). El jurista alemán explica la diferencia entre los supuestos, por un lado, en que se impide el otorgamiento o modificación de testamento, en los que el causante tenía la intención de otorgar un testamento cierto, no queriendo ni que se abra la sucesión intestada ni que se haga valer un testamento anterior, por lo que, al ser completamente incierto quien debería ser el heredero, la ley hace que herede el Fisco; y el supuesto, por otro lado, de coacción para otorgar testamento, en el que el testador no tenía esa intención de testar, sino de que su sucesión quedase en manos de los herederos *abintestato* o de los instituidos en un testamento anterior. En este último caso, se pregunta Glück que razón justificaría, entonces, que heredase el Fisco.

⁵⁶ Caporali, “Della violenza”, pp. 18-30. También explica que mientras que para unos estudiosos la violencia ejercida solo por algunos herederos determina el acrecimiento para los restantes (en este sentido Glück, *Commentario*, XXVIII-1, p. 85) otros entienden, sin embargo, que esa parte debe ir a parar al Fisco. Para Furgole, J.B., *Traité des testaments, codiciles, donations a cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, I., Paris, 1779, p. 284, el testamento otorgado por violencia ejercida por persona distinta del heredero o legatario favorecido es nulo, pues no encuentra su fundamento en la

4) *Teoría de la anulabilidad*. Ciertos pandectistas como Windscheid⁵⁷ consideran que la nulidad del testamento otorgado bajo violencia choca con los principios romanos sobre la violencia en los negocios. Entienden que la conducta en cuestión entra, por el contrario, en el régimen de la *exceptio doli*, aplicable cuando alguien pide la ejecución de una disposición testamentaria contra la voluntad del difunto, por analogía del supuesto con D. 44, 4, 4, 10 (*Ulp., l. LXXVI ad ed.*)⁵⁸. Contra el heredero instituido autor de la violencia procede una *actio quod metus causa*, mientras que contra los terceros adquirentes podría darse una *condictio sine causa*.

Para Lenel no se podrían aplicar remedios como la *restitutio in integrum*, la *actio quod metus causa*, etc., porque las fuentes siempre se refieren a ellas en relación a negocios *inter vivos*. A su juicio, la consecuencia para quien ejerce coacción para ser instituido heredero será la *denegatio* de la *bonorum possessio* por parte del Pretor, remedio que extiende al caso de que la coacción haya sido empleada para la institución de un tercero. En ningún caso sería adecuada la declaración de indignidad, pues entonces los bienes del causante irían al Fisco, y no a los herederos *abintestato* o instituidos en un testamento anterior⁵⁹.

Otra forma de ganarse la voluntad del testador podía ser a través del empleo de las denominadas “disposiciones captatorias”, también denominadas, con matiz claramente despectivo, *dispositiones hamatae, viscosae, piscatoriae, o venatorie*⁶⁰, entendiéndose por tales aquellas con las que el testador intenta vincular la voluntad de otro para inducir a disponer *mortis causa* en favor del propio testador o de un tercero⁶¹. Para Glück existe disposición captatoria cuando alguien es instituido heredero bajo la

voluntad del testador, si bien no debe privarse al heredero inocente de sus derechos a la sucesión abintestato.

⁵⁷ Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, III, Torino, 1930, pp. 153-155. También Vangerow en ediciones posteriores a la de 1949 parece ser que se inclina por la teoría de la anulabilidad (cfr. Caporali, “Della violenza come motivo”, p. 9)

⁵⁸ D. 44, 4, 4, 10 (*Ulp., l. LXXVI ad ed.*) *Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur*. Biondi, B., *Successioni*, p. 529, observa que la conducta contemplada no debía ser tan excepcional en la práctica- Si la excepción –dice- se acordaba en algunos casos de revocación de legado y error en la causa, tanto más debería concederse si la disposición fue consecuencia de la violencia o engaño de otro, añadiendo que, probablemente, dada su formulación impersonal de la *exceptio*, esta se podía interponer incluso contra personas que no fueran partícipes en el engaño.

⁵⁹ Lenel, “Das erzwungene”, p. 79. De forma análoga, Sanfilippo G., “Il metus nei negozi giuridici”, *Annali Univ. Camerino*, VII (1934), p. 64. considera seguro que la solución a la controversia a la que se refiere e C.J. 6,34,1 consistiría en impedir el disfrute de los bienes hereditarios al heredero instituido por la fuerza. En sentido parecido se pronuncia también Schulz, F., “Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht”, *ZSS* 43 (1922), pp. 190-192, para quien, pese a no poder afirmarse nada con certeza sobre la validez o nulidad de la institución de heredero bajo coacción, todo apunta a que en el Edicto se denegaría la *bonorum possessio* al heredero así instituido, pudiendo concederse contra él el interdicto *quorum bonorum* en caso de estar en posesión de los bienes hereditarios. Sería posible, aunque no probable, una interpretación extensiva de esta disposición a los instituidos no culpables de la coacción. En todo caso, se parte de que la institución de herederos sería válida según el derecho civil, tanto para los juristas clásicos (quienes, pese a lo mucho que hablaban de la *voluntas testanti* no llegaron a plantearse si la última voluntad coaccionada seguía siendo una voluntad en sentido jurídico) como para los compiladores, si bien para estos últimos la *civilis disceptatio* no conduciría ya a la denegación de la *bonorum possessio* si no a la de la aplicación de la *actio quod metus causa*.

⁶⁰ Majanii G., *Disputationis juris*, II, Lugduni Batavorum, 1752, *Disp.* 35, p. 27.

⁶¹ Voci, P. *Diritto ereditario romano*, vol. II, Milano, 1963, p. 705; Biondi, *Successioni*, p. 526.

condición de que él o un tercero instituirá al testador. Es esencial la estructura condicional, por ello, los testamentos recíprocos no entran en esta categoría⁶². Un ejemplo de estas disposiciones se encuentra en D. 34, 8, 1 (*Julianus, l. LXXVIII digestorum*): “Si Ticio me hace heredero en la mitad de su herencia, en la mitad de la mía sea heredero”.

Aunque no tenían por qué implicar necesariamente una conducta dolosa, este tipo de disposiciones estaban rigurosamente prohibidas por un senadoconsulto del que se ignora la fecha (D., 28, 5, 71 (70), *Pap. l. VI resp.*)⁶³. La razón de la nulidad radica en la consideración de que la disposición tiende a un fin ilícito, como es inducir al afectado por ella por ella a testar en favor del disponente. Se trata, en definitiva, de proteger la libertad de disposición del testador⁶⁴, y para ello no es necesario probar la existencia de una conducta dolosa, sino que se establece la presunción de que la disposición captatoria constituye una maniobra ilícita para obtener el testamento de otro⁶⁵. Gayo es terminante: las escrituras en las que se capta no son válidas, ni en las herencias, ni en los legados (D., 30, 64, Gaius, l. XV *ad ed. prov.*):

Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent.

La misma previsión existe para el caso del testamento militar:

CJ., 6, 21,11. *Imperator Philippus. Captatorias institutiones et in militis testamento nullius esse momenti manifestum est. PHILIPP. A. ET C. AEMILIO MIL. <A 246 PP. VII K. IUL. PRAESENTE ET ALBINO CONSS.>*

Para la aplicación del senadoconsulto no importa que la captación se realice en beneficio de un tercero (D. 28, 5, 71, 1, *Paul, l. V ad Iul. et Pap.*) o el grado en el que se instituya al *captator* (D. 28, 7, 20, 2, *Labeo, posteriorem a Iavoleno epitomatorum*). En cambio, no son consideradas captatorias las disposiciones que se refieren a tiempos pasados, por ejemplo “sea heredero Mevio de la misma parte en que Ticio me instituyó heredero” (D. 28, 5, 71, pr., *ibid.*)⁶⁶.

La disposición captatoria se consideraba dentro de la categoría de lo *pro non scripto*, según se deduce claramente de D. 34,8, 1 (*Jul., l. LXXVIII dig.*), que obliga a considerar las disposiciones de este tipo “lo mismo que si no hubiesen sido insertadas

⁶² Glück, *Commentario*, XXVIII-3, pp. 767 ss.

⁶³ D. 28.5.71(70) (*Papinianus l. VI resp.*) *Captatorias institutiones non eas senatus improbat, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis*. Si bien Accursio, F., “Glossa in Digestum Infortiatum”, *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, t. VIII, Augustae Taurinorum, 1968, p. 127), identificó este SC. con el SC. Liboniano, y otros autores, como Lipsius, consideraron que se trataba de la *Lex Iulia et Papia*, suele entenderse que la norma que prohibió las disposiciones captatorias fue un senadoconsulto que no tiene nada que ver con dichas disposiciones. Cfr. Bynkershoek, *Opera omnia*, pp. 430-431, donde destaca, de un lado, que las leyes citadas por Accursio no guardan ninguna relación con las disposiciones captatorias, y de otro, que la *Lex Iulia et Papia* fue una auténtica ley rogada al pueblo por los cónsules, no emanada del Senado, mientras que la disposición a la que aluden tanto Paulo como Papiano en D. 28, 5, 70 y 71.1 es claramente un senadoconsulto (*senatus improbat, senatus censuit*)

⁶⁴ Biondi, *Successioni*, p. 527.

⁶⁵ Glück, *Commentario*, XXVIII-3, p. 781.

⁶⁶ Lo que lleva a Majansii, *Disputationes*, p. 30, a afirmar *Captamus enim beneficia futura, gratificamur praeterita*.

en el testamento⁶⁷; por lo tanto, quedaba excluido el Fisco y los bienes corresponderían a los restantes herederos, sustitutos o herederos legítimos, dependiendo de los casos⁶⁸. Algunos entienden que ha de considerarse, además, al *captator* como indigno de suceder al difunto⁶⁹. Se discute, en cambio, sobre la validez de la disposición captada⁷⁰.

Por último, hay que tener en cuenta que ya en el período clásico quedan de manifiesto algunos supuestos en los que, por determinadas circunstancias, una persona resultaba más vulnerable a efectuar disposiciones en favor de otra. Así, en D. 50, 13, 3 (*Ulp., Opinionum, l. V*), Ulpiano se refiere al médico que amenaza a su paciente con hacerle perder los ojos prescribiéndole medicamentos erróneos, y le compele a venderle ciertas posesiones; debe considerarse la disposición –en este caso *inter vivos*– como contraria al derecho civil, ordenándose la restitución de la cosa⁷¹. Posteriormente, una constitución de Valentiniano, Valente y Graciano del año 370 compele a los médicos a aceptar por sus servicios lo que les ofrecen espontáneamente los sanos, no lo que prometen por su salud los que están en peligro (C.J., 10, 52 (53), 9)⁷².

En este terreno se mueve también la prohibición de ser testigos de aquellos testamentos en los que se es instituido heredero, aunque se admite que pueda ser nombrado tutor o legatario (D. 28, 1, 20, -*Ulp. l. I ad Sab.*-)⁷³, prohibición que en I.J. 2, 10,10 aparece extendida a los parientes más próximos del testigo (padre que lo tenga bajo su potestad, hijo en potestad o hermanos bajo la potestad del mismo padre)⁷⁴.

⁶⁷ D., 34.8.1 (*Iul. l. LXXVIII dig.*) *Si quis hereditatem vel legatum sibi adscripserit, quaeritur, an hereditas vel legatum pro non scripto habeatur. Et quid, si substitutum habeat huiusmodi institutio? Respondit: pars hereditatis, de qua me consulisti, ad substitutum pertinet: nam senatus cum poenas legis Corneliae constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbase videtur, quo improbatas sunt illae: "qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto", ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissentiarum.*

⁶⁸ Majoranii, *Disputationes*, p. 31.

⁶⁹ Majoranii, *Disputationes*, p. 33. El autor se apoya en D. 39, 5, 29, 2 (*Pap., lib. X respons.*) y 30 (*Marc. l. singulari delationibus*), donde se quitan los bienes por indigno al que ha recibido donación de ciertos bienes de un cognado, al que luego es llamado a suceder por derecho pretorio, por haberse apresurado contra las buenas costumbres y el *ius gentium* y en las Sent. Paul. 3,5, pues si en dicho texto se consideran indignos los que obran contra la voluntad del difunto, tanto más indignos deben considerarse a quienes han captado dolosamente la voluntad de este.

⁷⁰ Para Biondi, *Successioni*, la disposición es válida, salvo que a su vez sea captatoria; en igual sentido Majoranii, *Disputationes*, p. 33, pues tal disposición no está prohibida por el derecho. En cambio, entienden que no es válida Glück, *Commentaria*, XXVIII-3, pp.780-781, por considerar que tal disposición no puede beneficiar al captante, por tanto, debe aplicarse la misma consecuencia que se establece en D. 29, 6, 1, pr. (*Ulp., l. XLVIII ad Ed.*) cuando para captar la herencia se impide la entrada del notario, es decir, hacerlo corresponder al Fisco; en igual sentido Bynkershoek, *Opera omnia*, p. 439.

⁷¹ D. 50, 13, 3 (*Ulpianus, libro V opinionum*) *Si medicus, cui curandos suos oculos qui eis laborabat commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo compulit, ut ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: incivile factum praeses provinciae coerceat remque restitui iubeat.*

⁷² C.J. 10, 52 (53) 1. *Quos etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt.* * VALENTIN. VALENS ET GRAT. AAA. AD PRAETEXTATUM PU. * <A 370 D. III K. FEBR. TRIVERIS VALENTINIANO ET VALENTE III AA. CONSS.>

⁷³ D. 28, 1, 20, pr. (*Ulp. l. I ad Sab.*) *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris.*

⁷⁴ I.J. 2,10,10. *Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate eius est, neque pater eius, qui habet eum in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. licet enim id olim ius tale valde conturbatum fuerat, et veteres, qui familiae emptorem et eos qui per potestatem ei coadunati fuerant testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his qui coniuncti ei per*

Justiniano explica que en Derecho antiguo se había permitido que el heredero prestase testimonio en los testamentos, aunque negaban esta posibilidad al *familiae emptor*, por más que se les aconsejaba no abusar de tal derecho. Por tanto, y con la finalidad de evitar posibles abusos, Justiniano decide elevar aquella recomendación a prohibición definitiva, que ha pasado a muchos ordenamientos modernos⁷⁵.

2. Derecho postclásico y justiniano: la influencia del cristianismo

A partir del siglo IV d.C. la actitud de las autoridades imperiales hacia el cristianismo, como es sabido, cambia sustancialmente. A partir del Edicto de Milán, en el 313, el cristianismo se convierte en religión tolerada, a la que van a concederse numerosos favores y privilegios. No mucho después, en el año 380 d.C., se aprueba el Edicto de Tesalónica, pasando entonces a convertirse en religión oficial del Imperio. Para hacer frente a sus necesidades, la nueva religión acude a diversos mecanismos de financiación: las ofrendas aportadas por los fieles en las reuniones litúrgicas, las liberalidades imperiales, y sobre todo, la generosidad privada, manifestada tanto a través de donaciones *inter vivos* como de disposiciones *mortis causa*⁷⁶.

Los padres de la Iglesia exhortaban en sus escritos y homilias a la caridad, llegando incluso a aconsejarse que se dejara en testamento una cuota del patrimonio para la Iglesia para ayudar a los necesitados (así, S. Agustín o S. Juan Crisóstomo), cuota que oscila, según los autores, entre un décimo y la mitad del haber hereditario⁷⁷. S. Agustín prefiere la constitución de legados en favor de la Iglesia más que su institución como heredera, por la posibilidad que esto representaba de tener que hacer frente a contiendas judiciales⁷⁸. En esta misma línea de pensamiento se encuentran hoy

potestatem fuerant concedebant testimonia in testamentis praestare, licet hi qui id permittebant hoc iure minime abuti debere eos suadebant: tamen nos, eandem observationem corrigentes et quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emptoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emptoris optinet, nec aliis personis quae ei, ut dictum est, coniunctae sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus.

⁷⁵ Por ejemplo, España, art. 754, párrafos 2 y 3 del Código civil; artículo 975 del *Code* napoleónico, Reino Unido, Sect. 15 *Wills Act* de 1837. En cambio, en Estados Unidos la sección 2-505.b del *Uniform Probate Code*, revisado en 2010, señala que la firma de un testamento por un testigo interesado no invalida el testamento ni ninguna de sus disposiciones (si bien en el comentario a la norma se señala que la presencia de un testigo interesado será considerada como *suspicious circumstance*, por lo que la disposición, por sí misma, no aumentará el riesgo de fraude o influencia indebida, indicándose asimismo que la prohibición de actuar como testigo hasta la fecha no había tenido éxito en la prevención de estas conductas, por cuanto en la mayoría de los casos el captador tendrá mucho cuidado en no firmar como testigo).

⁷⁶ Gaudement, J., *L'Eglise dans l'Empire Romain* (IV^e-V^e siècles), III, Toulouse, 1958, pp. 292-299.

⁷⁷ Afirma Murga, J.L., *Donaciones y testamentos "in bonum animae" en el Derecho romano tardío*, Pamplona, 1968, p. 142 que la institución de la cuota *pro anima* se generaliza en pocos años, por la fuerza de la predicación de la enseñanza de la iglesia y por el ejemplo de las clases sociales más altas, alcanzándose una generalización absoluta, tanto en Oriente como en Occidente, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo VI.

⁷⁸ Kunderewicz, T., "Disposizioni testamentarie e donazione a scopo di beneficenza nel diritto giustiniano", *SDHI*, 47, 1981, p. 56.

en día determinadas campañas en favor de diversas ONG, en las cuales se hace un llamamiento a la constitución de legados en su favor⁷⁹.

Los emperadores cristianos favorecieron extraordinariamente el acceso de la Iglesia a estas formas de financiación. Además de los motivos religiosos, otras razones de carácter social justificarían esta actitud, como la labor de auxilio a la pobreza desarrollada por las *piae causae* en una época de crisis generalizada y miseria. De este modo, los emperadores entienden que la actividad de la Iglesia es de interés público y contribuye a la prosperidad del Imperio⁸⁰.

Como ejemplo de ese favor imperial puede citarse, en primer lugar, el progresivo reconocimiento de la capacidad de la Iglesia, de las *piae causae*, de los pobres, cautivos de guerra, etc, para adquirir bienes por vía de donación, testamento o legado. Efectivamente, una de los mayores impedimentos a las adquisiciones *mortis causa* era la imposibilidad de suceder a cargo de personas *incertae*⁸¹. Ya una constitución de Constantino, del año 321, permite al moribundo disponer de sus bienes en favor del santísimo, católico y venerable concilio⁸². Muchas instituciones sirven para ilustrar este favor imperial hacia la Iglesia: la dispensa de determinados requisitos en las donaciones efectuadas con fin piadoso⁸³; el reconocimiento de ciertas sucesiones intestadas de carácter extraordinario, como la del convento respecto al monje que en él ha profesado, la de la Iglesia en relación al obispo o de las *piae causae* respecto a su administrador⁸⁴, la inclusión dentro del beneficio del peculio *quasi castrense* a los eclesiásticos *filiusfamilias*⁸⁵; el establecimiento de la inmediatez en la ejecución de la liberalidad testamentaria *ratione pietatis*⁸⁶, el régimen del testamento *piae causa*, prácticamente sin formalidades, etc.

⁷⁹ Así la iniciativa “LEGADO SOLIDARIO” (<http://www.legadosolidario.org>). Determinadas páginas de Internet recomiendan expresamente la opción por un legado en lugar de un testamento, pues de ese modo el legatario no estaría obligado a responder por las deudas del causante (*Vid.*, por ejemplo, http://www.lainformacion.com/interes-humano/herencia/el-legado-solidario-a-una-o-varias-ong-en-el-testamento-sigue-siendo-una-practica-minoritaria-en-spana_tAIC4mNhJpCzYuuhXQsW71/)

⁸⁰ Kunderewicz, “Disposizioni testamentarie e donazione...” pp. 62 y 91; Blanch Nougues, J.M., “La responsabilidad de los administradores de las *piae causa* en el derecho romano justiniano”, *RIDA*, 49 (2002), p. 133; Murga, *Donaciones y testamentos “in bonum animae”*, pp. 236-237.

⁸¹ Gaudemet, *L’Eglise dans l’Empire*, p. 295, señala que tal principio había sido objeto de raras excepciones en el Alto Imperio en favor de ciertos cultos paganos: *Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consulto constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Iovem Tarpeium, Apollinem Didymaeum Mileti, Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Efesiam, Matrem deorum Sipylennum, Nemesim quae Smyrnae colitur, et Caelestem Salinensem Carthagini*. (Reg. Ulp., 22,6). Explica Álvarez Suárez, U., *Instituciones de Derecho Romano*, III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, p. 269, n. 204, que los dioses romanos no necesitaban ser instituidos herederos, porque el Estado proveía a los gastos de su culto.

⁸² C.Th. 16, 2, 4 y C.J. 1,2,1.

⁸³ La dispensa se da tanto respecto a determinados requisitos formales, como la *insinuatio* (C.J. 8, 53 (54) 34.1.a -a. 530; llegando a establecerse en C. 1,3,41 (42) 13 que la *pia donatio* siempre es exigible, *sive in scriptis, sive sine scriptura*) como materiales (así, la dispensa del límite señalado por la *lex Falcidia* en el caso de legados píos, Nov. 131.12).

⁸⁴ De la sucesión intestada del monje se ocupa el C.Th. 5,3,1 (a. 434), la Nov. de Justiniano 123,38 y la Nov. 5 de León VI el Filósofo, que eleva a 1/3 la cuota viril del monasterio, aún en concurrencia con los hijos. La sucesión *abintestato* de la Iglesia en relación al obispo cuyo episcopado ejercía, aparece en C.J. 1, 3, 41 (42) 2, y la de las *piae causae* respecto a la persona encargada de su cuidado en 1,3,41 (42) 6 (a. 528).

⁸⁵ C.I., 1,3,49 (50).

⁸⁶ C.J., 1, 3, 46 (45).

Ahora bien, como en toda actividad humana, en el desarrollo de las funciones de estas *piae causae* se dieron abusos de manos de obispos, ecónomos y clérigos. Los emperadores reaccionaron estableciendo una serie de controles en la administración de estos establecimientos⁸⁷. También existían ciertas normas a las que debía acomodar su actuación la Iglesia: deber de respetar las cargas en las donaciones modales, deber de sujetarse a los controles establecidos para garantizar el respeto a la voluntad del testador en los legados para la redención de cautivos, por ejemplo, la rendición de cuentas al gobernador provincial (C.J. 1,3,28), etc.

Por otro lado, se sintió la necesidad de defender a los herederos del riesgo de eventuales captaciones de voluntad⁸⁸. También la legislación imperial estableció medidas en este terreno: concretamente, existen dos disposiciones en las que los emperadores limitan la facultad de disposición en favor de la Iglesia o de clérigos. Ambas normas tienen por destinatarias a las mujeres, que debieron de ser juzgadas como más sugestionables que los hombres, lo que probablemente sea reflejo de la tendencia de la legislación postclásica a la protección a las mujeres en consideración a la *infirmitas sexus*⁸⁹.

En primer lugar, una constitución de Valentiniano y Valente de 30 de julio del año 370 (C. Th., 16,2,20) prohíbe a los eclesiásticos obtener ninguna liberalidad, tanto por vía de donación como de testamento, de mujeres a las que se hayan vinculado personalmente bajo el pretexto de la religión:

C. Th., 16, 2, 20 (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus aaa. ad Damasum episcopum urbis Romae*) *Ecclesiastici aut ex ecclesiasticis vel qui continentium se volunt nomine nuncupari, viduarum ac pupillarum domos non adeant, sed publicis exterminentur iudiciis, si posthac eos adfines earum vel propinqui putaverint deferendos. Censemus etiam, ut memorati nihil de eius mulieris, cui se privatim sub praetextu religionis adiunxerint, liberalitate quacumque vel extremo iudicio possint adipisci et omne in tantum inefficax sit, quod alicui horum ab his fuerit derelictum, ut nec per subiectam personam valeant aliquid vel donatione vel testamento percipere. Quin etiam, si forte post admonitionem legis nostrae aliquid isdem eae feminae vel donatione vel extremo iudicio putaverint relinquendum, id fiscus usurpet. Ceterum si earum quid voluntate percipiunt, ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis adiuvantur, capiant ut propinqui. Lecta in ecclesiis Romae III kal. aug. Valentiniano et Valente III aa. cons. (370 iul. 30).*

Como se ve, la disposición contiene una presunción *iuris et de iure* de que ha habido una captación de voluntad, por cuanto no admite prueba en contrario, a semejanza del vigente artículo 752 del Código civil. No se extiende directamente la prohibición a parientes del eclesiástico, sin embargo, las disposiciones efectuadas a través de persona interpuesta son consideradas nulas. La única excepción que se admite es la del llamamiento abintestato: si el clérigo en cuestión tiene derecho a suceder a la

⁸⁷ Blanch Nougues, “La responsabilidad de los administradores de las *piae causa*”, p. 139 incluye, junto al control administrativo por parte del obispo, ante el que los prefectos y ecónomos habían de rendir cuentas de la gestión realizada, toda una serie de sanciones, que van desde las religiosas (a veces recogidas por la propia legislación civil), como la expulsión del cargo o la suspensión de la condición de sacerdote; civiles, como la nulidad de las enajenaciones de los bienes de la Iglesia o *piae causae* (prohibidas como norma general); y penales, existiendo algunas penas específicas de la legislación penal eclesiástica, como la reclusión en un monasterio o la excomunión durante un año.

⁸⁸ Kunderewitz, “Disposizione testamentarie e donazioni”, p. 61.

⁸⁹ Biondi, B. *Il Diritto Romano Cristiano*, II, Milano, 1952, p. 210.

mujer, sea en virtud del derecho civil, sea en virtud del derecho pretorio, entonces puede heredar como pariente más próximo, dado que allí desaparece el peligro de una captación de voluntad. La transgresión de esta norma lleva aparejada la pérdida de la propiedad en favor del Fisco⁹⁰.

En segundo lugar, una constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio de 21 de junio de 390 (C.Th., 16,2,27), que tiene como destinatarias, esta vez, a las diaconisas:

C. Th. 16, 2, 27 Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius aad. Tatiano praefecto praetorio. pr. Nulla nisi emensis sexaginta annis, cui votiva domi proles sit, secundum praeceptum apostoli ad diaconissarum consortium transferatur. Tum filiis suis, curatore, si id aetas poscit, petito, bona sua idoneis sedula religione gerenda committat, ipsa tantum praediorum suorum redditus consequatur, de quibus servandi abalienandi donandi distrahendi relinquendi vel quoad superest vel cum in fata concedit et libera ei voluntas est, integra sit potestas. Nihil de monilibus et superlectili, nihil de auro argento ceterisque clarae domus insignibus sub religionis defensione consumat, sed universa integra in liberos proximosve vel in quoscumque alios arbitrii sui existimatione transcribat ac si quando diem obierit, nullam ecclesiam, nullum clericum, nullum pauperem scribat heredes. Careat namque necesse est viribus, si quid contra vetitum circa personas specialiter comprehensas fuerit a moriente confectum. Immo si quid ab his morienti fuerit extortum, nec tacito fideicommissio aliquid clericis in fraudem venerabilis sanctionis callida arte aut probrosa cuiuspiam coniventia deferatur; extorres sint ab omnibus quibus inhiaverant bonis. Et si quid forte per epistulam codicillum donationem testamentum, quolibet denique detegitur genere conscriptum erga eos, quos hac sanctione submovimus, id nec in iudicium devocetur, sed vel ex intestato is, qui sibi competere intellegit, statuti huius definitione succedat, si quis se agnoscit filium, si quis probat propinquum, si quis denique vel casu vel iudicio, pro solido pro portione, heres legatarius fideicommissarius apertis deprehenditur codicillis, fruatur fortunae munere, conscientiae suae fructu et submotis his adque deiectis in hereditariis corporibus potestate utatur heredis. Dat. XI kal. iul. Mediolano Valentiniano a. IIII et Neoterio V. c. cons. (390 iun. 21).

Además de establecer una edad mínima para poder desempeñar esta función, se prohíbe a las diaconisas designar como heredero a la Iglesia, clérigos o pobres, declarándose inválida la disposición efectuada en contra de la prohibición, y careciendo de validez en juicio el documento en el que figure la referida transacción. La constitución alerta contra las maniobras captatorias de la última voluntad (lo que es indicio de la existencia de tales prácticas por parte de los eclesiásticos⁹¹), advirtiendo que no se entregaría nada a las referidas personas si extorsionan a la causante, ya sea mediante tratos secretos, astutos artificios o connivencia con otra persona. A semejanza de la constitución del 370, se les permite heredar en el caso de la sucesión intestada.

Sin embargo, esta disposición tuvo una vida muy limitada, siendo derogada tan solo dos meses después de su promulgación, con orden de ser borrada de los registros si

⁹⁰ Si se observa, la constitución es del mismo año que la promulgada para prohibir a los médicos cobrar por sus servicios solo lo que les ofrecen espontáneamente los sanos, no lo que prometen por su salud los que están en peligro (CJ., 10, 52 (53), 9). Ello podría dar motivo para pensar en una política legislativa de Valentiniano y Valente en aras a proteger la libre formación de la voluntad testamentaria.

⁹¹ Kunderewicz, “Disposizione testamentarie e donazioni”, p. 61.

ya había sido asentada (C.Th. 16, 2,28)⁹². En la constitución no se explican las razones a las que obedece esta rápida abrogación⁹³.

Ahora bien, persistían las dudas sobre si, tras esta segunda constitución del año 390, se mantenía en vigor la de Valentiniano, Valente y Graciano del año 370, es decir, la que impedía que las mujeres en general –no solo las diaconisas– instituyeran como herederos a clérigos, o, por el contrario, también había quedado derogada. De esta cuestión hubo de ocuparse el Emperador Marciano en el año 455, que emite una nueva constitución (Nov. Marc. 5)⁹⁴ para despejar cualquier género de duda de forma definitiva. El problema se había suscitado con relación al testamento de una viuda,

⁹² C.Th. 16, 2, 28. *Idem aaaa. Tatiano praefecto praetorio. Legem, quae de diaconissis vel viduis nuper est promulgata, ne quis videlicet clericus neve sub ecclesiae nomine mancipia superlectilem praedam velut infirmi sexus dispoliator invaderet et remotis adfinibus ac propinquis ipse sub praetextu catholicae disciplinae se ageret viventis heredem, eatenus animadvertat esse revocatam, ut de omnium chartis, si iam nota est, auferatur neque quisquam aut litigator ea sibi utendum aut iudex noverit exequendum. Dat. X kal. septemb. Veronae Valentiniano a. IIII et Neoterio cons. (390 aug. 23).*

⁹³ Apunta Murga, *Donaciones y testamentos "in bonum animae"*, p. 194 a un posible cambio de criterio en las más altas esferas religiosas, a donde siempre acudirían los emperadores a la hora de reglamentar una materia tan delicada. Refiere, además, diversos testimonios que revelan que la prohibición no fue, en general, mal acogida por el alto clero (*ibid.*, p. 125, n. 138).

⁹⁴Nov. Marc. 5. DE TESTAMENTIS CLERICORUM. *Imp. Marcianus a. Palladio Praefecto praetorio. Saepe materiam scribendis ferendisque legibus negotia inopinato exorta suppeditant et aut novas constitui sanctiones aut durius et asperius latas faciunt abrogari. Aequalis enim in utroque aequitas est vel promulgare, quae iusta sunt, vel antiquare, quae gravia sunt. Nuper cum de testamento clarissimae memoriae feminae Hypatiae, quae inter alios virum religiosum Anatolium presbyterum in portione manifesta bonorum suorum scripsit heredem, amplissimo senatu praesente tractaret pietas mea et dubium videretur, an valere deberent eae voluntates viduarum, quae testamento suo aliquid his clericis relinquunt, qui sub praetextu religionis huius modi feminarum domus adeunt, cum lex divinae memoriae Valentiniani et Valentis et Gratiani ecclesiasticos, vel eos, qui continentium se volunt nomine nuncupari, nihil quacumque liberalitate viduarum extremo iudicio permittat adipisci, contra haec autem divinae memoriae Valentiniani, Theodosii et Arcadii constitutio legeretur: ... inspicientibus et aestimantibus nobis latoris visum est iusta ac rationabili paenitentia priorum constitutionum vigorem antiquare voluisse. Nam cum in prima lege viduarum tantummodo mentio facta sit, in secunda autem tantummodo diaconissarum, intelligitur eam constitutionem, quae viduarum et diaconissarum meminit, de lege utraque dixisse. 1. Quod cum de voluntate latoris et de sanctione legis nobis videretur, universum testamentum iussimus relegi atque replicari; et cum repertum fuisset alias quoque partes eiusdem voluntatis ita iuste ac prudenter institutas, ut nullum de se meritum neglexerit, multa sacrosanctis ecclesiis, multa pauperibus, multa monachis religionis intuitu, multa captivorum redemptioni commota miserabili eorum sorte contulerit, multa libertis suis delatorum sibi obsequiorum contemplatione praestiterit, alteram quoque partem institutionis, in qua Anatolium presbyterum reliquit heredem, advertimus ordine fuisse dispositam. Ea enim mobilia, quae plurimus iuste ac pie reliquit, per hunc voluit universa conpleri, ut non solum heredis, sed paene etiam dispensatoris fungatur officio. Ideoque huiusmodi praedictae clarissimae memoriae Hypatiae voluntatem etiam in ea parte, qua Anatolium presbyterum instituit heredem, ea auctoritate firmavi. 2. Sed ne in posterum vel ex prioribus constitutionibus, quarum superius fecimus mentionem et quas nunc praecipio penitus abrogari, vel ex praesentis negotii dubitatione aliquid forte relinquatur ambiguum, securitati vel fiduciae morientium providentes generali perpetuoque victura hac lege sancimus, ut sive vidua sive diaconissa sive virgo deo dicata vel sanctimonialis mulier, sive quocumque alio nomine religiosi honoris vel dignitatis femina nuncupetur testamento vel codicillo suo, quod tamen alia omni iuris ratione munitum sit, ecclesiae vel martyrio vel clerico vel monacho vel pauperibus aliquid vel ex integro vel ex parte in quacumque re vel specie creditit relinquendum, id modis omnibus ratum firmumque consistat, sive hoc institutione sive substitutione, seu legato aut fideicommisso per universitatem vel specialibus sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum: omni in posterum de huiusmodi negotio ambiguitate submota. 3. Donationibus etiam vel qualibet liberalitate tam viduarum, quam diaconissarum sive virginum, quae deo dicatae sunt, vel sanctimonialium quaecumque in ecclesiam vel martyrium vel clericum vel monachum vel pauperes conlata fuerint, pari robore firma esse praecipio, Palladi, parens karissime atque amatissime. Inlustris igitur et magnifica auctoritas tua ea, quae generali legis huius sanctione decrevi, edictis ex more propositis ad omnium notitiam faciat pervenire. Dat. X kal. mai. Constantinopoli, Anthemio vc. cons.*

Hypatia, que nombraba heredero al sacerdote Anatolio. Tras examinar el caso, Marciano considera que la intención del legislador fue la de derogar tanto la prohibición relativa a las diaconisas como la referente a las mujeres en general, dado que la constitución recogida en C.Th. 16, 2, 28, se refiere conjuntamente a ambas (*intelligitur eam constitutionem, quae viduarum et diaconissarum meminit, de lege utraque dixisse*). El Emperador aduce motivos de equidad para derogar una norma que juzga severa⁹⁵, y en consecuencia, confirma la validez del testamento de Hypatia, “de muy noble memoria”, incluso en la institución del sacerdote Anatolio como heredero. Es interesante comprobar cómo en la constitución el emperador entra a examinar el contenido del testamento en cuestión, concluyendo que las disposiciones de este son justas y prudentes, pues la testadora no se olvida de ninguna persona digna de su atención, habiendo dispuesto de una importante cantidad de bienes en favor de las sacrosantas iglesias, de los pobres y de monjes, así como para la redención de cautivos, no olvidándose tampoco de sus libertos en consideración a los servicios prestados. Este examen de si el contenido del testamento resulta o no razonable, como veremos, será una constante a la hora de valorar tanto la existencia de una captación de voluntad como de la capacidad del testador.

La Novela de Marciano concluye con la formulación general de la regla (recogida luego en C.J. 1,2,13) según la cual cualquier viuda, diaconisa, virgen de vida consagrada o mujer que lleve vida santa, o cualquier mujer denominada con otro nombre de honor o dignidad religiosa, puede disponer tanto en su testamento (escrito o no) como en codicilo en favor de iglesias, clérigos, monjes, templos de mártires o en favor de los pobres, ya se hubiera dejado a título de institución, sustitución, legado o fideicomiso, sea este especial o particular. La misma norma es aplicable, además, a las donaciones.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, a pesar de las facilidades otorgadas por los emperadores para la adquisición de herencias o legados por parte de la Iglesia o *piae causae*, siempre existía el límite representado por el derecho legitimario de los herederos. En esta línea se encontraba también el pensamiento de algunos padres de la Iglesia como S. Ambrosio⁹⁶.

3. La Edad Media: la consagración de la doctrina *dispositiones captatorias ad pias causas valet*

La legislación de la Iglesia fue favoreciendo cada vez más las disposiciones *mortis causa* efectuadas a su favor. Así, por ejemplo, reduce de siete o cinco a tan solo dos el número de testigos necesarios para otorgar testamento cuando este se destine a causas pías (X. 3, 26, 11)⁹⁷. También se admitió la validez del testamento otorgado en

⁹⁵ Señala Murga, *Donaciones y testamentos “in bonum animae”*, p. 214, que son los motivos religiosos los que más parecen haber pesado en la mente del legislador a la hora de promulgar la nueva norma.

⁹⁶ Cfr. Kunderewicz, “Disposizione testamentarie e donazioni”, pp. 55 y 91, y Terradas Soler, L. *La llamada prohibición de confesores*, Reus, Madrid, 1948, pp. 36-37.

⁹⁷ X. 3, 26, 11- *Valet ultima voluntas ad pias causas coram duobus testibus et est casus singularis. Idem Judicibus Velletrnsibus. Relatum est auribus nostris, quod, quum ad vestrum examen aliqua super testamentis relictis ecclesiae causa deducitur, vos secundum humanam et non divinam legem in ea vultis procedure, et, nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint, omnino inde postponitis*

circunstancias extremas si está igualmente destinado a causas pías⁹⁸ y se admite el testamento verbal con idéntica finalidad⁹⁹.

Canonistas, comentaristas y posteriormente, los humanistas se mostrarán igualmente favorables a la admisibilidad de las disposiciones *piae causae*. Se considera, por ejemplo, válido el testamento *ad pias causas* otorgado por el mudo y por el sordo si puede emitir los signos que expresen su voluntad; igualmente es admitido el legado *ad pias causas* sin la cláusula *si non valet*, aunque no valga el testamento, pues para tal tipo de testamento valen las solemnidades del *ius gentium*. También vale incluso el realizado con miedo¹⁰⁰. Dado que no son necesarias las solemnidades del *ius civilis*, se afirma la validez del testamento *ad pias causas* con dos testigos y el realizado verbalmente, si puede ser probado¹⁰¹. André Tiraqueu realizará a mediados del siglo XVI un tratado sistemático sobre los privilegios de que gozan las *piae causae*, incluyendo un amplísimo elenco¹⁰².

Y, lo que es más importante para el tema que nos ocupa, dentro de este marco favorable a la admisibilidad del testamento *ad pias causas*, se acaban juzgando válidas las disposiciones captatorias en favor de causas pías, argumentándose que la norma que

iudicare. Unde quia hujus modi causae de indiciis ecclesiae, non secundum leges, sed secundum canones debent tractari, et his divina scriptura testante, duo aut tres idonei testes sufficient, discretion vestrae per apostolica scripta. Mandamus, quatenus, quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statute tractetis, et tribus aut duobus legitimis testibus requisitis (sitis continenti) quoniam scriptum est «In ore duorum vel trium testium stat omne verbum».

⁹⁸ X. 3, 26, 1: *Tenet testamentum, si quis extremam voluntatem suam alterius dispositione committit, et dicitur testatus ad pias causas (Innocentius III Altissiodorensi Episcopo). In secunda vero quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit non videtur decedere intestatus.*

⁹⁹ X. 3, 27, 3 (Innocentius III. Murnensi Episcopo): *Valet testamentum ad pias causas conditum per verba nuntiativa, etiam propter aliud prolata ... Per unum testem de veritate et per confessionem etiam incidenter factam probatur oblatio, etiam quod effectum consequendi bona oblata.*

¹⁰⁰ Rubio Rodríguez, J.J. en *Fuentes sobre las fundaciones en el Derecho común europeo y en los juristas clásicos*, Córdoba, 1999, incluye, además de las fuentes legales, las opiniones de los romanistas y canonistas más eminentes sobre el tema. En relación al carácter favorable con el que fueron acogidas las disposiciones testamentarias *ad pias causas* pueden destacarse las siguientes fuentes, tal y como aparecen en su obra: Abad Panormitano (p. 24): *Testamentum nutibus valet ad pias causas. Surdus et mutus possunt, si signis exprimere possunt voluntatem suam. In his sufficit facultas iuris Gentium (...). Abb. in rubr. De testam. Legata ad pias causas sine clausula «si non valet» valent, ubi non valet testamentum, quia ad eorum legalitatem sufficit solemnitas iuris gentium. Abb. De testamentum C. Raynaldus. Testam. Metu secundum aliquos valet, sed ad pias causas valet simpliciter (De testam. cap. Cum tibi); Andreas Barbatias (ibid. p. 31) *Legatus valet si testator dixerit lego pro anima mea in tali dispositione (c. Joanes n.12 de testamentis) et commissarius potest distribuere in pauperes talis dispositio incerta. Testamentum filius familias facere potest ad pias causas patre consentiente in usufructus adventitiorum (n. 28 de testamentis. Testamentum coram duobus testibus ad pias causas licet valeat tamen in aliis si fuit presbiteri parochialis presentia licet duo vel tres testes adhibiti fuerint nedum in foro civil et etiam in canonico impugnari potest (id. N° 12). Testamentum ad pias causas testium rogatum non requiritur (n. 5 c. Relatum de testamentis n°5). Testamentum ad pias causas factum coram duobus testibus non potest revocari per aliud testamentum factum coram duobus testibus (id. N. 20)**

¹⁰¹ Abbad Panormitano, *Super Decretales Commentaria* (recogido por Rubio Rodríguez, ibid., p. 26). *Testamentum ad pias causas cum duobus testibus tantum valet. De testam. Cap. relatum... nec requiritur solemnitas iuris civilis... ideo quod hic dicitur de duobus testibus servandum est in omni foro (...) Testamentum ad pias causas conditum per verba enunciativa etiam propter aliud probata valet... De successio ab intesta. C. Cum dilectus (...) Testamenta quo ad relicta religiosis locis non indigent solemnitate... nec requiruntur quinque aut septem testes (Gloss. De consuetudine C. Ex litteris).*

¹⁰² Tiraquelli, A., *De privilegiis piae causae tractatus*, Venetiis, 1563.

declara la invalidez de las disposiciones captatorias no es de derecho natural ni de gentes, sino de derecho civil¹⁰³. También se alega que el fundamento de la ley que impide las disposiciones captatorias es evitar el dolo y el fraude, y que tales presunciones de dolo o de fraude cesan en el ámbito de la Iglesia y de ciertas causas pías.

Con todo, ya en la Edad Media algunas disposiciones limitan la posibilidad de realizar cesiones en favor de la Iglesia, concretamente, en el Derecho inglés a través de los llamados *Mortmain Statues*. Ya la Carta Magna de 1217 prohibía las transferencias colusivas efectuadas a favor de esta, y poco después, el *Statute of Mortmain* de 1279 repite esa prohibición para todas las enajenaciones en manos muertas, colusivas o no, bajo pena de confiscación¹⁰⁴.

¹⁰³ Así, el Abbad Panormitano, *Consilia, jurisque responsa ac quaestiones*, Cons. 32 n. 3 (Rubio Rodríguez, *Fuentes sobre las fundaciones*, p. 28): *Voluntas captatoria in legatis ad pias causas valet. Videmus super, quod omnes regulae iuris civilis in ultima voluntate traditae, fere cessant in legatis ad pias causas ut legitur in capi. Cum tivi et C. relatum de testa. Per Barto. et Bald. In l.I C. de sacrosan. eccle. Et secundum communem opinionem doctorum valet in istis legatis ad pias causas voluntas captatoria. Item potest quis pro parte decedere testatus, et pro parte intestatus, sicut miles, nec vitiantur legata, si ex testamento non adeatur hereditas*; Andreas Barbatia, *In decretales* (Rubio Rodríguez, *ibid.*, p. 32): *Testamentum ad pias causas valet dispositio captatoria (relatum de testamntis, N. 8) nam captatoria non est prohibita de iure naturale vel gentium, sed de iure civile tantum*; Petrus de Ancharanus, *Repertorium Aureum Commentariorum* (*ibid.*, p. 69): *Voluntas captatoria ad pias causas an valeat*; Agustín Barbosa, *Juris Ecclesiastici Universi, cap. XXVII: De legis ad pias causas*, (*ibid.*, p. 78) 73- *Captatoria voluntas in testamento, tanquam bonis moribus contraria improbat? Ut in l. captatorias 70 ff. de haered. instit. Tamen favore piae causae valet ut in l. I n. 64 C. de Sacros. Eccles...Padilla nam in pias causas omnem prorsus Juris Civilis prohibitionem sublatam esse et ideo voluntas captatoria, quamvis alias prohibitas, in piis admitti, quia ratio prohibitionis est ad vitandas fraudes et dolum sed in Ecclesiis et caeteris piis causis cessant omnio fraudes*; Baldus de Ubaldis, *in códices libros commentaria* (*ibid.*, p. 83) *Captatoria voluntas in relictis ad pias causas non habet locum L. captatorias ut de test. c. cum tibi. Ideo valet testamentum ad pias causas quod facit filius.familias voluntate patris*; Bartolus a Saxoferrato, *Commentaria codicis* (*ibid.* p. 90): *Relicta ad pias causas in secretis mentis aliena valet: et sic collata in alienam voluntatem: Ergo in relictis ad pias causas valet captatoria voluntas...ratio quia licet aliquid conferatur in alterius voluntate, tamen ad illius voluntate intelligitur exclusus omnis dolus...ralis voluntas debet ese relata respectu iuris Gentium...Voluntas captatoria nisi ad pias causas non valet, quia in illa regula iuris civilis et gentium nempe religio erga Deum...item quod debemus peccata nostra redimere eleemosynis*; Philippus Decius, *In Digestum Vetus et Codicis Commentarii* (*ibid.*, p. 97) *Voluntas captatoria ad pias causas valet (l. captat. n. 17)*; Jason Mayno, *In libros Codicis et Pandectarum seu Digestum Commentaria*, (*ibid.*, p. 119) *Captatoria dispositio an valeat facta ad pias causas...magis communis sententia est quod disposibio captatoria ad pias causas valet ita late affirmat Bart.et Bald.... Paulus Rubeus: Resolutiones practicabiles circa testamenta, aliasque dispositiones ad pias et non pias causas* (*ibid.*, p. 138): 36-*Captatorias dispositio est, quando testator sub spe lucri aliquem instituit haeredem (C.50) i.e. quando testator instituendo vel legando aliquid alicui id facit sub specie reciproca institutionis v.gr. instituo te haeredem, si me institueris vel substitueris. Unde sic testator captat extremam liberalitatis elogia. Quae captatoria propie dicta improbant...Castren in dict. Lege captatorias n. 4 Cod. De testam mil. Sarmiento Rotae Auditor, select. Interpret. lib. 2. c. 4 et late tractat. Castillo quonidim. controvers. part. 2 c. 6 n. 3. 48-Dispositio captatoria ad favorem p. c. non est improbata et maxime quando fuit commissa distributio bonorum alicui facienda in pauperes*; 65. *Disposiciones captatoria iuris dictincte valent ad favorem p.c; 274. In testament piis cessat suspiciones fraudis et falsitatis (C. 3).*

¹⁰⁴ Vid. Sherman, J.G., "Can religious influence ever be "undue" influence?", *Brooklyn Law Review* 73 (2008), pp. 583 ss. Señala el autor que la finalidad de estas primeras disposiciones sobre manos muertas no era proteger los derechos de los herederos, sino a la aristocracia feudal, que podía ver mermados sus derechos feudales en caso de transmisiones efectuadas en favor de la Iglesia (en las que a veces el cedente retenía la posesión).

En España, en la Alta Edad Media los fueros municipales permiten, en general, la posibilidad de dejar bienes *pro anima*. Unas veces tal disposición reviste carácter voluntario, aunque en ocasiones es el propio fuero el que prevé que si el causante muere intestado, una parte de sus bienes se destine en favor de su alma¹⁰⁵. Resulta significativo que algunos fueros, como el de Teruel, precisen que tal disposición se aplique si se muere “*inconfesso vel intestatus*”¹⁰⁶. Un dato que conviene tener en cuenta es que la intervención de los sacerdotes en los testamentos no es contemplada con desconfianza por el Derecho, antes bien al contrario, el testamento otorgado ante párroco fue una figura ampliamente difundida en el occidente europeo¹⁰⁷. Pero junto a este principio, también existen fueros en los que se establecen ciertas limitaciones a esa posibilidad de testar *pro anima*: unas veces tales límites se refieren a la cuantía, otras a los requisitos formales, exigiendo el consentimiento de los herederos o la presencia de testigos, y otros, en fin, se establecen por las cualidades personales del testador, bien por razón de la edad, bien por razón de enfermedad¹⁰⁸. Las restricciones a las disposiciones *pro anima*, en este caso, buscan proteger la libertad del testador vulnerable por su enfermedad y los derechos de los herederos.

4. La Edad Moderna: nacimiento de la llamada ‘prohibición de confesores’

¹⁰⁵ Explica Maldonado J., “Herencias en favor del alma en el Derecho Español”, *Revista de Derecho Privado*, 1944, p. 118 y ss., que tanto la cuota *pro anima* voluntaria como la obligatoria presentan la misma finalidad y están orientadas a una misma dirección ideológica, teniendo la segunda su origen en la primera. La atribución de una cuota de la herencia en beneficio del alma se concibe en primer término como una costumbre piadosa, formada a base de las decisiones de muchos cristianos al disponer de sus bienes, pasando a constituir una práctica general, por lo que, cuando esta finalidad no se había previsto por el difunto, llega a preocuparse el Derecho de hacerlo en su lugar.

¹⁰⁶ Fuero de Teruel, 418, 3: *Qual si non confessado o non destinado passare e parientes ouiere, sea dado el quinto a su collación de todo su ganado mueble o de bestias mayores, sacado cauallo sellar; las otras cosas sus parientes las ayan por su derecho. Ibid., 418.4: Mas él faga de su cuerpo lo que a él plazrá, si testimoniado muriere e confessado. (Que si non confessado muriere), en su collación sea soterado, si doncas, estando sano et en su memoria (no) aurá esleydo ya sepultura* (ed. de Gorosch, Stockholm, 1950). Cfr. los citados por Maldonado, *Herencias en favor del alma*, pp. 113-115, especialmente el de Brihuega, en el que la cuota *pro anima* obligatoria se da tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, caso de que el difunto no haya dispuesto en su testamento nada en favor de su alma. Tanto este autor como García-Granero Fernández, J., “Ley 189”, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, XXXVII, I, Madrid, 1998, p. 344 y ss., subrayan el vínculo entre confesión y testamento, siendo este un medio de cumplimiento de la penitencia. De ahí que la manifestación de últimas voluntades aparezca frecuentemente, en nuestros textos, ligada a la recepción de los sacramentos *in articulo mortis*, y el uso ambivalente de los vocablos *inconfessus vel intestatus*.

¹⁰⁷ García-Granero Fernández, “Ley 189”, p. 343, quien considera que el origen de esta institución se remonta al Derecho consuetudinario de la Alta Edad Media, favorecido posteriormente por la legislación canónica a partir de la decretal *Cum esses*. En algunas de las *Coutumes* francesas más restrictivas respecto a esta forma de testar (Lorraine, Nancy, Vosgues) se admite precisamente, para el supuesto de testamento *ad pias causas* (*ibid.*, p. 366).

¹⁰⁸ Terradas Soler, *La llamada prohibición...* pp. 50 y 51, recoge los siguientes: el Fuero de Çereso (recogido en el Libro de los Fueros de Castilla, ed. de Galo Sánchez, n. 276): *Esto es por fuero de Çereso: el omne manero o que aya fijos, de que fuere alechugado enfermoo e la cabeça atado, non puede dar nada por su alma, heredamiento que vala, saluo sy otorgan los que an de heredar lo suyo; e de mueble puede dar fasta quatro o cinco marauedis sin el annal. Et puede el marido dar ala mujer, o la mujer al marido, el quinto del mueble et vna heredat en sus días;* el Fuero de Salamanca, n° 31: *Todo ome que su aver mandar en su salute por su alma quanto mandar todo sea estable, é lo que mandar en iglesia ó en hospitales ó hu quisiere non lo mande á fijo nin á pariente por los otros desheredar. Et quien en enfermedad mandar algo por su alma mande fasta el medio del mueble, é de la heredat por su alma non de mays si non como aquí iaze ...*, Madrid, 1877, p. 15; y los Fueros de Ledesma y Plasencia.

Todo este clima extraordinariamente favorable a la admisión de las disposiciones en favor de la Iglesia, por fuerza hubo de dar lugar a abusos y a suscitar una reacción en sentido contrario. De este modo, en Francia, mediante el artículo 131 de la *Ordonnance Royale* de 25 de agosto de 1539 (*Ordonnance de Villers-Cotterêts*) Francisco I declara nulas y carentes de valor todas las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa* que realicen en lo sucesivo donantes y testadores en beneficio de sus tutores, curadores, guardianes, o cualquier otro administrador¹⁰⁹. La *Ordonnance* de 1549 amplió la prohibición a las personas interpuestas. Por su parte, el artículo 276 de la *Coutume* de París declara que los tutores y curadores no pueden recibir directa o indirectamente de quienes estén bajo su autoridad, sea mediante donación *inter vivos*, sea por testamento. La jurisprudencia rápidamente extendió el campo de aplicación de estas normas al supuesto de los confesores, estableciendo una incapacidad relativa que pronto se haría extensiva a la orden o comunidad religiosa de la que es miembro el confesor. La razón que se da para justificar la incapacidad del confesor para recibir liberalidades (excepto los que sean de cuantía módica como recompensa por sus trabajos) es la de que el poder con el que cuenta es demasiado grande para no temer abusos¹¹⁰. Explican los comentaristas que esta incapacidad tiene su origen en la generalidad de la ley (se sobreentiende la Ordenanza de Francisco I, antes transcrita) aplicándose a todos aquellos supuestos en los que se pueda aplicar su espíritu y finalidad¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ordonnance Royale (25 août 1539)*. Art. 131: *Nous déclarons toutes dispositios d'entrevifs ou testamentaires qui seront ci-après faites par les donateurs et testateur, au profit et utilité de leurs tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes et toutes outres leurs administrateurs, être nulls et de nul effect et valeur.*

¹¹⁰ De Lauriere, E., *Texte des coutumes de la prévôte et viconté de Paris*, II, Paris, 1777, pp. 390 ss., explica la situación en la introducción al tit. XIV de su comentario a las *Coutumes* de París del siguiente modo: las solemnidades requeridas por las leyes romanas para la validez de los testamentos se habían observado en Francia por los primeros reyes, pero esta observancia pronto daría lugar a que los herederos disputaran a las iglesias los legados piadosos, contestando la validez de tales testamentos. Para obviar esta situación, en el Concilio de Lyon del año 567 y en el V Concilio de París del año 615 se declararían válidos los testamentos no solo de obispos y clérigos, sino también de los laicos, aunque se hubieran omitido las solemnidades requeridas por las leyes romanas. Tras esos concilios –continúa De Lauriere- cada uno comienza a testar según en su voluntad, pues en aquellos tiempos, pocos morían sin hacer legados a la Iglesia. Con el paso del tiempo, los legados piadosos, que no dependían en un primer momento más que de la voluntad de los testadores, se convierten hasta tal punto en forzosos que se llega a rechazar el viático y la sepultura a quienes hayan muerto sin hacer alguna disposición en favor de la Iglesia. Los testamentos que siempre contenían dichos legados pasan a la jurisdicción eclesiástica, lo que daría lugar a un Derecho nuevo, y Alejandro III, hacia el año 1170, ordena, mediante una Decretal dirigida al Obispo de Ostia, que en lo sucesivo bastará para la validez de los testamentos que sean otorgados ante el sacerdote, con dos o tres testigos. Gregorio IX en 1240 incluye esta norma en sus Decretales (L. III, t. 26, cap. X) pasando a ser una ley universal. Con posterioridad, algunos concilios prohibían a los laicos bajo pena de ser privados de sepultura, testar sin haber llamado al sacerdote. De ahí que según los artículos 289 y 290 de la *Coutume* todavía pueda otorgarse testamento ante los sacerdotes y sus vicarios.

¹¹¹ Bourjon, F. *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris, divisés en six livres*, t. II, Paris, 1770, p. 301; Ricard, J.M., *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, I., Riom-Clermont-Ferrand, 1783; pp. 128 ss; Henrys, *Oeuvres*, II, Paris, 1708, ques. LIV, p. 463; Roussilhe, P., *La jurisprudence des donations entre vifs*, I, Avignon, 1785, pp. 121-123; *Oeuvres de Pothier*, pp. 320 y 441. A juicio de este último, como la incapacidad de los confesores, médicos, etc, a diferencia de la de los tutores y testadores no está establecida por la ley sino por la jurisprudencia, no ha de ser interpretada tan estrictamente, de modo que las donaciones módicas que no excedan de un justo reconocimiento, deben subsistir.

A través de la obra de diversos juristas, conocemos la existencia de bastantes sentencias de tribunales franceses en los siglos XVI a XVIII en los que se debatió la validez de testamentos o legados en favor de confesores. Así, la jurisprudencia entendió que no quedan incluidos en el ámbito de la prohibición los legados de cantidad módica, pues el propósito de la norma no es volvernos ingratos, sino salvaguardar nuestra libertad¹¹². Particular atención mereció el problema de si el legado efectuado en favor de la Compañía a la que pertenecía el confesor caía dentro del ámbito de la norma. Tras una primera corriente favorable a la admisibilidad de tales legados¹¹³, por entender que el legado hecho a la comunidad no se hacía en consideración a los particulares, sino por motivos de piedad, fue prevaleciendo la opinión contraria¹¹⁴. Llama la atención el hecho de que en todos los casos contemplados la causante era una mujer, lo que parece querer dar la razón a la legislación bajo imperial que únicamente hacía recaer sobre las mujeres o diaconisas la prohibición de disponer en favor de sacerdotes, obispos, etc. Otra cuestión digna de mención es el hecho de que los propios tratadistas franceses acuden a

¹¹² *Arrêt du 5 Juin 1620 y Arrêt du Parlement de Grenoble* de 9 de febrero de 1635, referidas por Ricard, *Traité des donations*, p. 129. En cambio, la *Arrêt* de 15 de diciembre de 1730 declara nulo un legado de fundación que un sacerdote había inducido a hacer a uno de sus feligreses, del que era director, puesto que la fundación era desproporcionada en relación al servicio que le había realizado (recogida por Roussilhe, *La jurisprudence des donations*)

¹¹³ *Arrêt* de 8 de mayo de 1573, *arrêts de l'Audience de la Grand Chambre* de 29 de abril de 1625 (si bien conviene precisar que en este caso la disposición en favor de los Jesuitas, a cuya orden pertenecía el confesor de la causante, se hacía en calidad de sustituto, pues en primer lugar se nombraba a las Ursulinas si venían a establecerse en la ciudad en el plazo de 20 años) y del mismo Tribunal de 11 de febrero de 1648 y 27 de agosto de 1650 (Henrys, *Oeuvres*, p. 464; Ricard, *Traité des donations*, p. 129) En esta última la causante, Marguerit Celarier, realiza varios legados, entre ellos, un inmueble a los Religiosos de Camaldules. Su hermana y heredera instituida testamentariamente impugna el testamento alegando que fue sugerido por el Padre Bonifacio, religioso de tal orden. El Tribunal considera que, si bien la sugestión es bastante fuerte en el caso del Padre Bonifacio, sin embargo, esto no debe dañar al resto del testamento, (*utile per inutile non vitiatur*).

¹¹⁴ Henrys refiere una sentencia posterior (pero no precisa la fecha) a la de 27 de agosto de 1650 en sentido totalmente opuesto a esta, resultando denegado un legado de 1.200 libras en beneficio de los *Pères de l'Oratoire de la ville de Montbrison*, siendo un miembro de esta congregación confesor de la testadora. La Corte considera que, así como no se puede hacer una donación en favor del confesor, tampoco se puede hacer en favor de la Comunidad, pues la sospecha de captación es la misma. Tampoco acoge los argumentos de que era necesario construir un colegio y que los Padres no iban a destinar las sumas legadas al beneficio propio sino al acreedor hipotecario para remitir parte de la deuda, pues la admisión de tales pretextos daría lugar a que no se parasen de cubrir legados semejantes. La *Arrêt de la Grand Chambre* de 14 de marzo de 1698 (Roussilhe, *La jurisprudence des donations*, p. 122; Ricard, *Traité des donations*, p. 130, nota m) condena a los carmelitas de Angers a entregar a los herederos de la viuda de Sara diversas sumas entregadas en vida durante un periodo de tiempo en que varios de ellos eran sus directores espirituales. Concurrían en el caso además circunstancias especiales que daban lugar a una fuerte presunción de que los Carmelitas se habían adueñado tanto del espíritu como de la persona de la testadora, cuyas facultades estaban ya bastante mermadas, pues la habían atraído a una casa de su propiedad, situada cerca del convento, habiéndose apropiado de ella y de todos sus papeles. La *Arrêt de la Grand Chambre* de 9 de julio de 1657 (Ricard, *Traité des donations*, p. 129), prescinde de la institución como heredero en favor de los Celestinos de Lyon, siendo uno de ellos confesor habitual de la causante, y mantiene en posesión de los bienes de la sucesión a las hermanas de la testadora. De forma análoga se pronuncia la *Arrêt du Parlement de Toulouse* de 1691 (declarando nula la institución universal hecha por la Sra. Catelan en favor de la Congregación de *Notre-Dame du Mont Carmel* en la Iglesia de los Carmelitas y de un legado de una pensión de 60 libras en favor del director de la Congregación, confesor de la causante (Henrys, *Oeuvres*, p. 468) y la *arrêt* de 6 de febrero de 1760, por la que se declara nulo el legado contra los *Récollets de Nevers* en el testamento de la dama Nion puesto que tenía por confesor un religioso de tal orden (Roussilhe, *La jurisprudence des donations*)

la constitución de Valentiniano, Valente y Graciano del año 370 a la hora de legitimar la prohibición¹¹⁵.

Por su parte, la *Ordonnance de août de 1735 sour les testaments* no contiene regulación alguna acerca de las nulidades derivadas de la sugestión o de la captación, manteniéndolas por tanto dentro del terreno del Derecho común¹¹⁶. Sigue manteniendo el testamento otorgado ante el párroco como posible forma testamentaria (artículo 25 y siguientes).

En Inglaterra, con posterioridad a la Reforma, se siente la necesidad de estimular la filantropía secular, y de este modo, la *Statute of Charitable Uses Act* de 1601 fomentó las contribuciones en favor de la caridad privada, exceptuando las destinadas a *superstitious uses* (entre los que se incluía los destinados a la Iglesia Católica). Sin embargo, posteriormente, el *Statute* de 1736 (conocido como *Modern Law of Mortmain*), pronunciado en un momento de fuerte anticlericalismo, prohíbe las transferencias de inmuebles a fundaciones de caridad, permitiendo ciertas excepciones de muy difícil cumplimiento. Esta vez, a diferencia de las disposiciones sobre la materia pronunciadas en época medieval, el propósito de la norma era la protección de la libertad en la formación de la voluntad de los testadores¹¹⁷.

En España, con independencia de ciertos antecedentes que pueden encontrarse en los fueros municipales o en la legislación de Indias¹¹⁸, la prohibición de recibir legados a cargo de los confesores tiene lugar mediante una disposición del Consejo de Castilla de 12 de diciembre de 1713. Ante su inobservancia, dictó Carlos III una Real Cédula el 18 de agosto de 1771, por la que se exhorta a su cumplimiento, recordando la pena de prohibición de oficio a los escribanos que otorgen instrumento con contravención de la norma y declarando nulos los ejecutados en contrario. La disposición sería recogida primero en la N. R., 5, 10, 3, posteriormente en la Nov. R. 10, 20, 15¹¹⁹.

¹¹⁵ Así Ricard, *Traité des donations*, p. 128. Por otra parte, en sus conclusiones generales en el asunto resuelto por una *Ârret* del Parlamento de París de 19 de febrero de 1691, el Abogado General Dagueffeu, tras unas consideraciones acerca de la avidez de las comunidades religiosas en convertirse en donatarias, reconoce que Marco Aurelio permitía la adquisición de legados singulares y que Constantino amplió la posibilidad de donar a la Iglesia, pero que Valentiniano había prohibido absolutamente a las viudas y diaconisas dar nada, y que pese a que Justiniano había permitido recibir donaciones de los fieles, en Francia los Reyes no habían autorizado jamás la constitución de legados universales en beneficio de las comunidades religiosas (Brillon, J., *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France*, II, Paris, 1711)

¹¹⁶ En la *Explication de l'Ordonnance du mois d'Août de 1735 concernant les testaments*, F. Girard, Avignon, 1740, pp. 117-118, se aclara que los motivos para anular un testamento por violencia, sugestión o captación deben ser claros y decisivos, no bastando una vaga alegación de que el testamento ha sido captado o sugerido, sino que se precisa además una articulación de los medios y de las circunstancias.

¹¹⁷ Sherman, "Can religious influence ever be", pp. 596 ss.

¹¹⁸ Especialmente interesante a este respecto es la obra de Terradas Soler, L., *La llamada prohibición de confesores*, Madrid, 1948, p. 42 y ss.

¹¹⁹ Nov. R. 10, 20, 15. Don Carlos III en S. Ildelfonso por resol. Á cons. De 25 de Sept. De 1770, y ced. Del Consejo de 18 de Agosto de 1771- Observancia del auto acordado prohibitivo de hacer mandas á los confesores, sus deudos, Iglesias y Religiones. Por el Auto Acordado 3 tit. 10 lib. 5. de la Nueva Recopilación se dispone lo siguiente: "La ambición humana ha llegado á corromper aún lo mas sagrado; pues muchos confesores olvidados de su conciencia con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es mas á los que están en artículo de muerte, á que les dexen sus herencias con título de fideicomisos, ó con el de distribuirlas en obras pías, ó aplicarlas á las Iglesias y Conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones pias; de donde proviene, que los legítimos herederos, la jurisdicción

Conviene destacar en relación al fundamento de la disposición, que este no se limita a la protección de la libre formación de la voluntad testamentaria y los derechos de los herederos, sino que persigue también impedir la amortización de bienes. Efectivamente, de manera expresa se contempla a la jurisdicción real y a la Real Hacienda como perjudicados por las maniobras captatorias de voluntad de religiosos y confesores;

“de donde proviene, que los legítimos herederos, la jurisdicción Real y derechos de la Real Hacienda quedan defraudados...”¹²⁰.

En segundo lugar, hay que destacar que la prohibición se limita a las mandas o legados, aunque ya se advierte que convendría prohibir a los escribanos de manera absoluta realizar escrituras en las que los confesores resultaran directa o indirectamente interesados; tal medida no llegase adoptarse, sin embargo, para evitar “poner la mano Regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso o concordato Pontificio”.

Real y derechos de la Real Hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y ejecutan bastantemente enredadas, y sobre todo el daño es gravísimo, y mucho mayor el escándalo. Y aunque para ocurrir á todo convendría prohibir absolutamente á los Escribanos, hacer escrituras en que directa ó indirectamente resulten interesados los confesores, o les quede arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor, o el de sus Comunidades o parientes, castigando con las penas de falsarios á los tales Escribanos, dando por nulos los instrumentos, y que si de hecho contravinieren, queden aplicados los bienes á hospitales y colegios de huérfanos; por ahora, teniendo presente haberse propuesto por los Fiscales el remedio de este daño varias veces, particularmente el año de 1622, y haberse estimado la materia por de algunas dificultades: atendida la inmunidad y libertad eclesiástica, para poner la mano Regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso o concordato Pontificio; no obstante, contrayendo la duda á lo particular de algún género de mandas, comprehende el Consejo, que las que hacen los fieles á sus confesores, parientes, Religiones y Conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres ni con las calidades necesarias, ántes bien muy violentas, y dispuestas con persuasiones y engaños, sin algún consuelo del enfermo que las dexa en perjuicio de otros parientes suyos y obras mas pias: y así acordó, que no valgan las mandas que fueren hechas, en la enfermedad de que uno muere, á su confesor, sea clérigo o Religioso, ni á deudo de ellos, ni á su Iglesia ó Religion, para excusar los fraudes referidos; pues con esta moderada providencia no se restringe ni limita la piedad, porque al que le naciere de ella y de devoción, las podrá hacer en todo el discurso de su vida, ó si mejorare de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes con que le turban, y truecan la voluntad contra la afección dictada por la naturaleza en favor de la propia familia: y para conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos, con seguridad en los medios de verle establecido y permanente, ya sea por concordato o asenso Pontificio, ó estatuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que se S.M. mirare mas bien dispuestas las cosas: y entretanto el Consejo pondrá toda su aplicación al remedio en los casos particulares de que tenga noticia, castigando á los Escribanos que contravinieren á lo que por este auto se les manda y celando siempre sobre las Justicias, para que lo hagan guardar por los medios que están prevenidos en las leyes de estos Reynos” Pero habiendo notado el mi Consejo, en los repetidos expedientes seguidos en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda, y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en los sucesivo, me consultó el mi Consejo lo preciso y conveniente que era tomar providencia, para que esta saludable ley se guardase en los Tribunales, y conformándome con su dictamen, se acordó expedir esta mi cédula, por la qual, con el fin de evitar descuidos y extrañas interpretaciones en la observancia del citado autor acordado, mando á los Tribunales y Justicias, que todos la cumplan según su literal tenor, arreglándose á él en qualesquiera determinaciones que dieren sobre los casos de que trata, baxo las penas que contiene; imponiendo como impongo, la de privación de ficio á los Escribanos que otorgaren qualesquiera instrumentos en su contravención, pues desde luego declaro nulos los que se executaren en contrario.

¹²⁰ En igual sentido, Tirapu Martínez, D.-Vázquez García-Peñuela, J.M., *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, Granada, 1996, p. 11 declaran que “A nuestro parecer, el objetivo último del Auto no es tanto, aunque innegablemente también, proteger la necesaria libertad del testador, como el intento de una medida contra la amortización de bienes”.

Finalmente, se comprueba como desde este primer momento aparecen contempladas las personas interpuestas, como los parientes, religiones y conventos del confesor, a diferencia de lo sucedido en el país vecino, donde se llegó a tal extensión después de haberse emitido diversas sentencias de signo contrario.

El 13 de febrero de 1783, ante los abusos experimentados en Puebla de Sanabria y los pueblos de su jurisdicción, dicta Carlos III nueva Cédula por la que se nombra un Promotor Fiscal y Defensor General en dicha Villa para promover la observancia de estas normas, exhortando además al Alcalde mayor, a los Justicias, y a la Chancillería de Valladolid a que hagan cumplir la resolución, no permitido a los Párrocos se mezclen en los abintestatos ni en lo demás que les está prohibido. También se insta al Fiscal a escribir carta otorgada al Ordinario Eclesiástico de Astorga para que coadyue al cumplimiento de la Real Pragmática. Se establecen como penas para los Escribanos que asistan al otorgamiento de testamentos, disposiciones o inventarios en contravención a la Real Cédula y Pragmática, doscientos ducados de multa y suspensión de oficio por dos años si es la primera vez, multa que se eleva al doble por la segunda contravención, además de la privación de oficio. Los testigos de tales testamentos, codicilos o memorias son sancionados con una multa de veinte ducados. El 22 de diciembre de 1800, a Consulta de 5 de junio, ordena Carlos IV a los Virreyes, Presidente y Audiencias de Indias la observancia de las citadas providencias, haciéndolas circular y publicar por bando.

El 30 de mayo de 1830, dicta Fernando VII otra Real Cédula haciendo extensiva la indicada prohibición de mandas a las de herencias “dejadas a los confesores, sus parientes, religiosos o conventos, disponiendo al mismo tiempo que cuando los testadores dejen por herederas a sus almas o las de otros cualesquiera o por vía de mandas o legados señalen algunos sufragios o de cualquier modo mander hacerlos, no puedan encargarse estos a los confesores en la última enfermedad, ni a sus parientes, y si fuesen religiosos, ni a sus religiones ni conventos”.

Señala Maldonado¹²¹ cómo la teoría de las causas pías, formulada por los canonistas, vino a ser recogida por los juristas españoles de los siglos XVI y XVII (como Suárez, Pichardo de Vinuesa, Palacios Rubios o Mantica¹²²) para aplicarla a las herencias *pro anima*. Con todo, al final de este periodo comienzan a aparecer voces opuestas a la admisibilidad de las disposiciones captatorias en favor de causas pías¹²³.

5. La codificación

5.1. Los Proyectos de Código civil

¹²¹ Maldonado, J., *Herencias en favor del alma en el Derecho Español*, *Revista de Derecho Privado*, 1944, pp. 148 ss.

¹²² Mantica, F., *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatem* (recogido por Rubio Rodríguez, *Fuentes sobre las fundaciones*, p. 132): *Fraudis et falsitatis suspicio cessat in testamentis ad p.c.*

¹²³ Así, De Tercilla, en sus anotaciones a la obra de Muratori, L.A. *Defectos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1794, p. 227, realiza, entre otras, la siguiente propuesta, dirigida a “los que tienen autoridad para hacer Leyes y Estatutos”: 31. “Será írrita y nula la voluntad y disposición llamada por los juristas captatoria, por medio de la qual dexa uno á otro la facultad de testar por el, esto aun quando la disposición redundase en favor de una causa pia”.

El artículo 909 del *Code* napoleónico recoge la doctrina y jurisprudencia de la etapa anterior, disponiendo que médicos, practicantes y farmacéuticos que hayan asistido a una persona durante la enfermedad de que murió, no podrán obtener beneficio alguno de las disposiciones *inter vivos* ni testamentarias que aquélla haya hecho a su favor en el curso de esa enfermedad, aplicándose las mismas normas en cuanto a los ministros de culto. Se trata de una prohibición absoluta, en que la ley presume que el causante no ha testado libremente¹²⁴, no permitiendo prueba en contrario¹²⁵. El precepto admite dos excepciones: una, en la dirección apuntada por la jurisprudencia del periodo anterior, en relación a las transmisiones remuneratorias (siempre que sean proporcionadas a los medios del disponente y a los servicios prestados) y la segunda, respecto a los actos de liberalidad en favor de los parientes próximos, pudiendo disponerse en favor del médico o del ministro de culto en todos los casos cuando éste es heredero en línea recta descendente o ascendente y, en defecto de estos, cuando sea pariente colateral dentro del cuarto grado¹²⁶.

Según el artículo 2.270 del Proyecto de 1836:

“El sacerdote con quien se confesó en la última enfermedad el testador no puede adquirir por el testamento de éste si lo hubiese hecho durante la misma enfermedad; los parientes legítimos del mismo confesor dentro del cuarto grado, tendrán igual prohibición”.

Como puede comprobarse, no se hace referencia a la “iglesia, cabildo o comunidad” a la que pertenece el confesor, cosa que extraña por que esta mención ya aparecía en la Real Cédula de 1713. Tal omisión se subsana en el Proyecto de 1851, cuyo artículo 613 dispone lo siguiente:

“La prohibición del artículo anterior alcanza á los confesores del testador en su última enfermedad, á los parientes de ellos dentro del cuarto grado, y á sus iglesias, cabildos, comunidades ó institutos”.

En el Proyecto se contemplan, además, otras incapacidades relativas, como la de los médicos o cirujanos, extensible a sus esposas, que hayan asistido al testador en su

¹²⁴ En este sentido, Furgole, *Traité des testaments*, p. 282 en relación al derecho anterior al *Code*.

¹²⁵ Colin, A.-Capitant, H., *Curso elemental de Derecho civil*, VII, 2º ed., Madrid, 1949, p. 463: “la ley corta este debate y anula la disposición de transmisión sin admitir prueba en contrario contra la presunción de abuso de influencia sobre la que se apoya la anulación” (Citan las ss. de 7 de abril de 1863 y 29 de julio de 1891). Aclaran que para la aplicación de este artículo se precisan dos condiciones: que el ministro haya asistido al enfermo, es decir, que le ha prestado varias veces los auxilios de su ministerio (S. 18 de octubre de 1887) no bastando, por ejemplo, que le haya administrado la Extremaunción ni que haya hecho al enfermo únicamente visitas amistosas (S. 13 de abril de 1880); y que la donación o legado sea hecha en el curso de la enfermedad que produce la muerte del transmitente (S. 14 de abril de 1880). Cuando la enfermedad es crónica, se toma como punto de partida el momento en que la gravedad se acentúa, corriendo a cargo de los jueces que resuelven ese asunto la apreciación de cuál es ese momento (S. T. Tolosa de 12 de enero de 1864). A juicio de Scalise, “Undue influence”, p. 64, la dureza de la ley se ve atenuada por su aplicación restrictiva. El autor cita, además, una sentencia reciente de la Cour Cass. (de 1 de julio de 2003) en la que se rechaza la nulidad por haber atendido el donatario al testador en una enfermedad distinta de aquella por la cual murió.

¹²⁶ Observan Colint y Capitant, *Curso elemental*, p. 465, que la ley no prevé el caso de que el médico o el ministro del culto sea cónyuge del enfermo, entendiéndose que se trata de un puro olvido legislativo, pues sería excesivo que se prohibiera a una mujer que ha recibido los cuidados o la asistencia de su marido, donarle o legarle sus bienes, y que las razones que han movido a establecer la prohibición del 909 no se dan en este caso (y Civ., 21 de agosto de 1822, Triv. Civ. De Dax de 25 de mayo de 1899).

última enfermedad recogida en el artículo 612, prohibición que luego no pasaría al código de 1889, y la del escribano y testigos de un testamento abierto, extendida a sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado (artículo 614). Pero a diferencia de lo establecido para el médico o cirujano, no se contiene excepción alguna para los confesores que sean parientes del testador dentro del cuarto grado. Tampoco se contempla la prohibición de que el pupilo realice disposiciones testamentarias en favor del tutor, que sí contiene el Código napoleónico y que recogerá el artículo 753 del Código civil¹²⁷.

5.2. El artículo 752 del Código civil español y su aplicación jurisprudencial

El artículo 752 (cuya redacción coincide con la que presentaba el artículo 749 del Proyecto de 1882) ha mantenido el mismo tenor desde el momento de la promulgación del Código civil de 1889:

“No producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto”.

Lo más llamativo del precepto, en relación a sus homónimos de otros ordenamientos, es que no contempla ningún tipo de excepción: ni en razón del carácter módico del legado (como en Francia), ni en el caso de ser el sacerdote pariente del causante. Por lo que se refiere al primer punto, no obstante, la doctrina ha entendido que los legados de carácter módico no incurrían en la prohibición del artículo 752¹²⁸.

Estará legitimado activamente para impugnar el testamento o disposición que viole la referida norma, quien tenga un interés legítimo, estimándose que concurren en quien sea presunto heredero abintestato, sin que pueda oponerse “el que *a priori* no se conozca si será el actor quien obtendrá en su día el título de heredero abintestato o si podrá existir quien ostente con preferencia ese derecho”¹²⁹. El ejercicio de esta acción prescribe en el plazo de cinco años, según tiene declarado el Tribunal Supremo¹³⁰.

En relación con el ámbito objetivo de la norma, éste comprende únicamente las disposiciones *mortis causa*, tanto herencias como legados, quedando al margen las

¹²⁷ Tal prohibición no se contemplaba en Derecho romano. Su origen suele atribuirse a un Edicto de 1540 en Francia, posteriormente recogido en el artículo 907 del Code (Cfr. Scaevola, Q. M. *Código civil*, XIII, 1ª ed., Madrid, 1897, p. 254). García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1862, p. 61, justifica su exclusión del Proyecto en razón de que habiendo merecido los tutores confianza para ser nombrados, no puede desconfiarse luego de ellos “hasta el punto de no poder recibir una muestra de gratitud por su celo y oficios semipaternales”. Añade que, si se admite la incapacidad del tutor por este motivo, habría de extenderse a los maestros, ayos, etc. Con los que convivan los menores en clase de pensionistas.

¹²⁸ Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, *Comentarios al Código civil*, t. IV, Valencia, 2013, p. 5.618; Díaz Alabart, S., “Comentario al artículo 752”, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, Madrid, 1987, p. 119. No consideran que sea de aplicación, por ser específico para el caso del 754, en cambio, el 682.2 CC, según el cual habrá de tenerse en cuenta, para apreciar el carácter módico de lo dejado por testamento o legado, el valor total de la herencia, por cuanto si el caudal hereditario es grande, el legado puede ser grande también, aunque no lo sea con relación a dicho caudal.

¹²⁹ STS de 13 de octubre de 1934 (C.L. t. 215, nº 153),

¹³⁰ STS de 21 de mayo de 1910 (C.L., t. 118, nº 26). En el supuesto ejercitaba la acción un colateral de quinto grado, si bien debe tenerse en cuenta que el artículo 955 del Código civil de 1889, extendía el derecho de heredar abintestato hasta el sexto grado.

efectuadas *inter vivos*, a diferencia de lo establecido en el artículo 909 del *Code* francés, circunstancia que ha sido criticada¹³¹. La prohibición alcanza solamente a las disposiciones de contenido patrimonial; en consecuencia se admite que se nombre al confesor albacea¹³². Han sido objeto de estudio algunos supuestos específicos, como el del albacea remunerado¹³³, el del legado de deuda¹³⁴, el remuneratorio¹³⁵ y el del heredero fiduciario¹³⁶. Tampoco afecta a la posibilidad de ser testigo en el testamento¹³⁷.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo del precepto, se interpreta pacíficamente que la prohibición afecta tanto al clero regular como al secular¹³⁸, que no es preciso que se trate del confesor habitual del causante¹³⁹ y que afecta también al “falso” sacerdote¹⁴⁰, quedando fuera, en cambio, aunque a diferencia de otros códigos no se

¹³¹ Así, Ferrer Martín, D., “La incapacidad relativa para suceder del artículo 752 del Código Civil”, *RDP* (1961), p. 1.004, quien destaca que “si de evitar sugerencias y captaciones se trata, tanto pueden manifestarse en un caso como en otro”. Señala Prada que si la donación es un subterfugio para eludir el precepto (por ejemplo, donaciones *inter vivos* con entrega *post mortem* o donaciones con reserva de usufructo) cabría la aplicación del artículo 755.

¹³² En este sentido Scevola, *Código civil*, p. 249, Castán, *Derecho civil español, común y foral*, p. 489, Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1005, Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 118 (quien admite también, por ej. el nombramiento del sacerdote como tutor o como encargado de ejercitar acciones referidas al derecho al honor) y reiteradísima jurisprudencia (SSTS de 15 de diciembre de 1865 (C.L., 12, nº 455), 23 de junio de 1882 (C.L., t. 49, nº 217); 18 de junio de 1864 (C.L., t. 10, nº 191).

¹³³ Son admisibles a juicio de Scevola, *Código civil*, p. 247 salvo que su cuantía sea elevada, debiendo ser proporcional a los servicios prestados y a la cuantía de la herencia. Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 119, siguiendo a Albadalejo, al igual que Prada, J.M., “La incapacidad para suceder del confesor”, *Revista Española de Derecho Canónico*, 1955, p. 452, y Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 48, los admiten, siempre que su cuantía no exceda de la normal retribución de lo que merezca el trabajo de albacea.

¹³⁴ Scaevola, *Código civil*, p. 248 lo admite, señalando que debe probarse la certeza de la deuda.

¹³⁵ Admitido por Scevola, *Código civil*, p. 247, aunque no ve la necesidad de introducir una excepción expresa en el precepto, y Prada, “La incapacidad para suceder”, p. 452, al amparo del 622 Código Civil, que establece que sólo se regirán por las normas de la donación en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.

¹³⁶ Tras la entrada en vigor del Código Civil, cuyo artículo 785 prohíbe la sustitución fideicomisaria para invertir la herencia con arreglo a instrucciones secretas, no se plantean las dudas interpretativas que suscitaba la Novísima Recopilación (Prada, “La incapacidad para suceder”, p. 452) Un supuesto relativamente reciente fue resuelto por la S.A.P. de Oviedo 200/1998, de 31 de marzo (AC 1998/4275), confirmada por la STS de 19 de mayo de 2004 (ROJ 3436/2004) en la que se anula un testamento ológrafo en el que se instituía heredero a su confesor para que este hiciera aplicación de su patrimonio relacionada con el ministerio sacerdotal, conforme a instrucciones reservadas, solo conocidas por este. El nombramiento del sacerdote se hacía, pues “como mero ejecutor y destinatario de la voluntad del “cuius”, reservadamente transmitida, viciando así el testamento, pues la esencia misma de la sucesión se hace supeditada a los deseos e instrucciones manifestadas por la testadora”. Apreciado este motivo de nulidad, el Tribunal declara que no es necesario entrar en el análisis de la eventual contravención del artículo 752 (aunque no deja de observar que en el supuesto concreto no se cumpliría el concepto de haberse efectuado el testamento en la “última enfermedad”, puesto que se otorgó tres años antes del fallecimiento).

¹³⁷ STS de 21 de octubre de 1915 (CL, t. 134, nº 50).

¹³⁸ Lo que se deduce claramente de la redacción de la Novísima Recopilación (“que no valgan las mandas que fueren hechas, en la enfermedad de que uno muere, á su confesor, *sea clérigo o Religioso*). Cfr. Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1005 y Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 48.

¹³⁹ Scaevola, *Código civil*, p. 238, Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1.008; y STS de 29 de abril de 1873.

¹⁴⁰ Martínez Martínez, R. I, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2013, p. 530; Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 134.

diga expresamente, el supuesto del sacerdote que hereda abintestato¹⁴¹. Con relación a los parientes, también se admite unánimemente que se aplicará solo a los consanguíneos¹⁴², con exclusión de los afines y del llamado “parentesco espiritual”¹⁴³.

Resulta, en cambio, controvertido el supuesto del confesor pariente del testador¹⁴⁴. La extensión hasta el cuarto grado de los parientes que se presumen personas interpuestas también ha recibido críticas¹⁴⁵, así como el hecho de que no se exceptúen del artículo las personas sin herederos forzosos¹⁴⁶.

Y de especial importancia será la interpretación que haya de darse a los términos “Iglesia, cabildo, comunidad o instituto a que pertenezca el confesor”, cuya institución como herederos lleva aparejada la presunción *iuris et de iure* de tratarse de persona interpuesta¹⁴⁷. La STS de 6 de abril de 1954 ha efectuado una interpretación restrictiva, pareciendo indicarse que de la pertenencia al ente eclesiástico debe seguirse beneficio personal para el confesor¹⁴⁸ y excluyendo de la prohibición la institución a favor del asilo de ancianos en que el confesor prestaba servicios como capellán¹⁴⁹.

¹⁴¹ Según se señaló, esta era la única excepción prevista en la Constitución de Valentiniano y Valente del año 370 d.C. (C. Th., 16,2,20).

¹⁴² En este sentido, Scaevola, *Código civil*, p. 252, por entender que cuando el Código quiere extender la prohibición a los afines, así lo dice expresamente, quien no obstante critica la excesiva extensión al cuarto grado; seguido por Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1008. En igual sentido, Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.619, Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 122 y STS de 3 de noviembre de 1871.

¹⁴³ Scaevola, *Código civil*, p. 252, STS de 24 de diciembre de 1888.

¹⁴⁴ A juicio de Núñez Núñez, M. *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, U. Rey Juan Carlos, Madrid, 2007, p. 197, el confesor que es a la vez pariente del testador queda excluido de la prohibición del 752. Para Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.619 se trata de un supuesto discutible, pues no se da la finalidad básica de la norma que es eliminar la captación de la voluntad del testador a favor del confesor o de sus parientes. No alberga duda alguna en el caso de que sea legitimario y lo dejado encaja en su legítima. Scaevola, *Código civil*, p. 237 y Terradas Soler, *La llamada prohibición*, pp. 107-8 considera que, si lo dejado queda fuera de la legítima, la adquisición de bienes se hace imposible. No queda excluido del ámbito de la norma, en cambio, para Martínez Martínez, *Tratado de Derecho*, p. 530.

¹⁴⁵ Manresa y Navarro, *Comentarios al código Civil Español*, 8ª ed, VI, vol. 1, Madrid, 1973, p. 65, por considerar que como toda sospecha es odiosa, debería estar prohibida, además de entender que, dada la diversidad de grados establecida en las diferentes legislaciones, falta un criterio científico para extender el alcance del precepto hasta el cuarto grado; Prada, “La incapacidad para suceder”, p. 451. Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 121, en consonancia con su teoría de que el 752 encierra una presunción *iuris tantum* considera que valdrá la disposición en favor del pariente incapaz cuando haya constancia de que la voluntad del testador no fue captada, al igual que Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 50. Por otro lado, los autores partidarios de aplicar el 752 a ministros de culto no católicos extienden la prohibición a los cónyuges de estos.

¹⁴⁶ Terradas Soler, *La llamada prohibición*, p. 107. No obstante, hay que tener en cuenta que además de proteger los derechos de los herederos forzosos, el precepto mira también a proteger la libre formación en la voluntad del testador, que no por carecer de herederos forzosos –quizás al contrario– necesariamente va a verse libre de presiones ajenas.

¹⁴⁷ Circunstancia que considera digna de elogio Scaevola, *Código civil*, p. 252.

¹⁴⁸ Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 80, n. 96 y Albácar López, J.L.-De Castro García, J. *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, II, Madrid, 1991, p. 449. El mismo criterio parece seguir también la vieja STS de 10 de febrero de 1876, aunque en ese caso para anular la disposición testamentaria, dado que en aquel supuesto el confesor era uno de los administradores de unas fincas cuyas rentas habían de ser invertidas en misas, resultando que, por ser administrador, recibió un provecho manifiesto y directo.

¹⁴⁹ Favorable también a una interpretación restrictiva se muestra también Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.619.

En cuanto a los presupuestos de aplicación de la norma, suelen enumerarse los siguientes:

- Necesidad de *confesión*, de cuya existencia se exige cumplida prueba¹⁵⁰. El tenor de la norma impide su aplicación a otros auxilios espirituales (para algunos, también la extensión del precepto a los ministros de culto no católicos), lo que resulta criticado, por no limitarse a la existencia de confesión la posibilidad de influir en la voluntad del causante¹⁵¹.

- Necesidad de que esta se produzca durante la *última enfermedad*. Sobre este requisito existe abundante jurisprudencia. Pueden reproducirse algunos de los conceptos de “última enfermedad” en los pronunciamientos más recientes:

S.T.S. de 19 de mayo de 2015: “última enfermedad es la existente al otorgar el testamento, tras ser confesado por el sacerdote y no necesariamente el acontecimiento que provoca la muerte”.

S. A.P. de Huesca de 18 de marzo de 2014: “episodio grave que desemboque en el fallecimiento, sin recuperación del estado anterior con tiempo suficiente para modificar el testamento”¹⁵².

El elemento que predomina es, pues, la falta de curación que hubiera permitido la revocación del testamento otorgado bajo la influencia del captator, como se deduce también de las definiciones formuladas por nuestros civilistas¹⁵³.

¹⁵⁰ STS 8 de enero de 1896 (C.L. t. 79, nº 7), 21 de mayo de 1910 (CL, t.118, n.º26) y 25 de octubre de 1928 (C.L., t. 185, nº 131), según la cual “a los efectos de las presunciones, conforme al artículo 1.253 del Código civil, del hecho de quedarse solo en su habitación un enfermo con un sacerdote, no puede derivarse que le invitara a confesarse”. No obstante, el mismo Tribunal, en S. de 25 de abril de 1899 (CL, t. 87, nº 29) parece presuponer la existencia de la confesión “por haber tenido la testadora durante los dos últimos años de su vida como único confesor al demandado” y “por no constar que otro sacerdote hubiese sido posteriormente el director espiritual de Dña. Adela”. Si bien el demandado negaba haber confesado nunca a la causante, el Tribunal ni siquiera llega a indagar en esta circunstancia, si bien es cierto que en el supuesto quedaban más que demostradas las maniobras captatorias del sacerdote. Concluyen Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor...* p. 69, que, en definitiva, el centro del problema sigue siendo la demostración o no de la captación de la voluntad.

¹⁵¹ Scaevola, *Código civil*, p. 245; Prada, “La incapacidad para suceder”, p. 447; Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1.006; García Rubio, M.P., Otero Crespo, M., “Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, I, Madrid, 2011, p. 237.

¹⁵² Del tema se han ocupado 22 de diciembre de 1884 (C.L., t. 56, nº 456), que considera que al hablar de la enfermedad de la que uno se muere, se refiere a los testadores que se encuentran en peligro de perder su vida, que es cuando el confesor puede influir más en su ánimo, circunstancia no concurrente en el caso puesto que, pese a llevar enferma ya algunos años, el testamento otorgado por la causante se encontraba en armonía con el que de mancomún había otorgado con su marido tres años atrás, antes de conocer a su confesor –comprobamos cómo el tribunal entra aquí a valorar si hubo circunstancias que descarten la captación de voluntad– y porque la testadora salía de su casa y ejecutaba actos que revelan que no se hallaba enferma en el concepto legal y la de 25 de abril de 1899 (C.L., t. 87, nº 29) –sentencia en la que a juicio de Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 77, el Tribunal Supremo fuerza un tanto artificialmente el concepto de última enfermedad, una vez demostrada la captación de la voluntad de la testadora.

¹⁵³ También nuestros civilistas han proporcionado diversos criterios para aclarar el concepto de “última enfermedad”: para Scaevola, *Código civil*, pp. 241 y 244, lo determinante sería “el momento en que el enfermo empieza a darse cuenta de su estado”, criterio que él mismo califica de elástico y que se prolongaría “mientras el testador no llegue a un estado de salud que le permita definir su juicio y dedicarse libremente a enderezar sus hechos”; para Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p.

- Necesidad de que el testamento sea *posterior* a la confesión¹⁵⁴, aunque existe algún pronunciamiento en el que se declara la nulidad de testamentos otorgados con anterioridad a esta.

Pero las principales cuestiones que plantea el artículo 752 del Código civil son dos: el de la posibilidad de extender la prohibición del precepto a ministros de culto de otras religiones y el de su interpretación como presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*. Respecto al primer punto, las opiniones favorables a la aplicación del precepto a ministros de otras confesiones, insisten en que tal extensión es necesaria para realizar una interpretación conforme a la libertad de cultos y a la Constitución, en que todas las religiones ofrecen algún tipo de auxilio espiritual ante la proximidad de la muerte, existiendo por tanto una identidad de razón, etc.¹⁵⁵ La respuesta negativa insiste en el carácter restrictivo con que se han de interpretar las normas prohibitivas y las restricciones de capacidad, además de en la propia literalidad del precepto, que establece el requisito de la confesión, sacramento solo predicable en el marco de la religión católica, y la línea restrictiva que adopta el Tribunal Supremo en la interpretación de la norma¹⁵⁶.

5.618, sería “la que se padecía en el momento de confesarse y de la que no existe constancia de su curación en el momento de su fallecimiento”; según Díez Picazo, L. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, 2ª ed., Madrid, 1976, p. 366, habría que atender a la “persistencia de la situación de fácil sugestión”; para Cabezuelo Arenas, A.L., “El problema de la validez del legado ordenado por la testadora a favor de la institución religiosa de la que formaba parte su confesor”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 11 (2015), p. 84: “lo verdaderamente relevante sería que la causante hubiera dispuesto a favor de la congregación en un momento especialmente crítico, que el sacerdote aprovechara para influir sobre ella y del que la testadora no se hubiere sobrepuesto”; para Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 133 “última enfermedad ... es aquella que se padecía en el momento de confesarse y de testar ... y de la que no consta que se hubiese curado en el momento del fallecimiento”.

¹⁵⁴ Manresa, *Comentarios al Código*, p. 60; Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1.007; Prada, “La incapacidad para suceder”, p. 450 y la STS de 6 de abril de 1954 (RJ 1551/1954). No obstante, entienden Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 130, Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 59 y Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.671, que cabría anular la disposición testamentaria otorgándose el testamento de la confesión, si las circunstancias así lo aconsejasen (en igual sentido, STS de 29 de abril de 1873 (C.L., t. 27, nº 175). Para Terradas Soler, *La llamada prohibición*, p. 113, en ningún lugar se establece el distingo de si la confesión se ha realizado antes o después, y por ello es perfectamente aplicable el aforismo *ubi lex non distinguit*.

¹⁵⁵ Ya algunos antiguos comentaristas del Código civil se mostraban partidarios de incluir a ministros de culto de otras confesiones en el ámbito del 752, como Bonel y Sánchez, L., *Código Civil Español*, III, Barcelona, 1890, p. 331. Cfr., asimismo, Manresa y Navarro, *Comentarios al Código*, p. 64; Más recientemente, Albacar López, J.L. – De Castro García J., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid, 1991, p. 449, Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 128; Carrión, S., “Algunas consideraciones en torno al 752 del Código Civil”, *RDP*, 1998, p. 608 y ss. y Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.617.

¹⁵⁶ Prada, J.M., “La incapacidad para suceder del confesor”, *Revista Española de Derecho Canónico*, 1955, p. 447; Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1005; García Rubio, “Capacidad, incapacidad e indignidad”, p. 237; Scevola, *Código civil*, pp. 246-7 y Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, t. V, 5ª ed., José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 63 y Tirapu Martínez-Vázquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 53, resumen el debate en los siguientes términos: “a nuestro entender solo caben dos soluciones: ampliar la prohibición a los demás ministros de culto en la atención espiritual de sus miembros durante la última enfermedad, o suprimir el precepto que grava a los ministros de culto católicos. Nos inclinamos por la segunda solución, pues no parece lógico que en aras de la igualdad deba ampliarse una discriminación negativa a las demás confesiones”.

La otra cuestión es la de la admisibilidad de prueba sobre la inexistencia de captación de voluntad¹⁵⁷. La redacción del precepto no parece dar lugar a dudas: se trata de una prohibición preventiva, cuyo carácter de presunción *iuris et de iure* no permite la posibilidad de prueba en contra. Y sin embargo, la aplicación jurisprudencial del precepto parece llevar a la conclusión contraria, hasta el punto de que algún autor, como Díaz Alabart, defiende que el 752 CC contiene una presunción *iuris tantum*¹⁵⁸.

Sobre ambas cuestiones, además, se han pronunciado dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, que han vuelto a traer al panorama jurisprudencial español el precepto objeto de examen. La primera es la STS 225/2015 de 19 de mayo (RJ 2015\2451), en la que se impugnaba un legado de un millón de euros a los Misioneros Oblatos de María Inmaculada efectuado en un testamento en el que, por lo demás, la causante instituía herederos a partes iguales a sus cinco sobrinos. La S.A.P. de Madrid 844/2013 de 15 de mayo (AC\2014\61), como antes el Juzgado de Primera Instancia, había desestimado la pretensión por haberse otorgado el testamento dos años antes del fallecimiento de la testadora, no concurriendo por tanto el requisito de haber sido otorgada “durante la última enfermedad del causante” conforme a la interpretación del mismo realizada por nuestra jurisprudencia.

Como es frecuente en estas ocasiones, se alegaba conjuntamente la falta de capacidad del causante, cosa que no se acredita, declarando el Tribunal como muy relevante el dato de la concordancia del testamento impugnado con la religiosidad de la recurrente y con el contenido de otros testamentos, respecto de los cuales resulta incluso reducida la cuantía del legado:

“lo que pone claramente de manifiesto que la idea de favorecer a la Congregación legataria no surge en el último momento inducida por su confesor, como afirma la parte recurrente sino mucho tiempo atrás, derivada de su profunda religiosidad”.

De especial importancia son las declaraciones del Tribunal Supremo en relación a los problemas de interpretación del artículo 752:

- En primer lugar, tras desacartar la interpretación literal de la norma, se muestra partidario de una interpretación conforme a la constitución que permita su aplicación a otras confesiones religiosas:

“la valoración de esta causa de incapacidad relativa para suceder no escapa de la debida interpretación flexible conforme a la realidad social y a los valores del momento en que se produce. De ahí que en la actualidad la obligada interpretación constitucional del precepto extienda su aplicación no sólo a los sacerdotes católicos, sino también a los de cualquier otra confesión religiosa”.

¹⁵⁷ En igual sentido, Tirapu Martínez “La incapacidad sucesoria del confesor: artículo 752 del Código civil. Dos Sentencias del Tribunal Supremo español relacionadas”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, nº 42, 2016.

¹⁵⁸ Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 135, interpretación que siguen Tirapu Martínez y Vazquez García-Peñuela, *La incapacidad sucesoria del confesor*, p. 44. Esta postura ha sido criticada por Terradas Soler, *La llamada prohibición*, p. 117, quien trae a colación algún ejemplo de la jurisprudencia francesa y alaba la redacción del Código Civil de Quebec, cuyo artículo 769 establecía una presunción *iuris tantum*; en igual sentido, respecto al 909 del *Code*, Colin y Capitant, *Curso elemental*, p. 463; García Rubio, “La protección de la voluntad”, p. 237.

- Por lo que se refiere a la posibilidad de probar que en un caso en concreto no ha habido captación de voluntad, declara:

“Tampoco puede sustentarse una interpretación en clave literal o dogmática que desnaturalice la ratio (razón) y función que informa el precepto, especialmente respecto de sus presupuestos básicos de aplicación. En este sentido, habida cuenta de que la finalidad de la norma no es otra que la preservación de la libre voluntad querida por el testador, debe descartarse la interpretación que, de un modo absoluto, aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario”.

La STS 231/2016, de 8 de abril (RJ 2016\3659) resuelve el siguiente supuesto: el causante, de vecindad civil catalana, había otorgado testamento en el que ordenaba algunos legados e instituía como heredero al Hogar Padre Saturnino López Novoa, de la Congregación de las Hermanas de los Ancianos Desamparados. Se insta la nulidad del testamento alegando en primer lugar, falta de capacidad para testar (que no es acreditada) y, además, inhabilidad para suceder de la residencia de ancianos instituida, considerando el actor que por estar dirigida y representada por una madre superiora debía ser considerada como una entidad religiosa a la que era de aplicación el artículo 412.5.c del Código civil catalán. Rechazada dicha impugnación tanto por el Tribunal de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial de Huesca (S. 52/2014 de 18 de marzo, JUR\2014\2723208), el Tribunal Supremo considera igualmente que no ha lugar a la casación, debiendo ser destacadas, dentro de su razonamiento, las conclusiones siguientes:

1- Declara que el artículo 752 del Código Civil es extensible, por analogía, a la asistencia espiritual prestada al testador por ministros de culto de otras religiones.

2- Admite la posibilidad de prueba en contrario a la presunción de captación de voluntad, reproduciendo en este punto la sentencia de 2015. La opinión contraria ha sido mantenida únicamente por la S.A.P. de Girona 103/2011 de 9 de marzo (ROJ 441/2011), fundamento jurídico primero:

“Tampoc pot ser acollida la tesi de la part recurrent segons la qual la influencia en la voluntat del causant que vol evitar la norma es presumeix amb presumpció iuris tantum, que permetria prova en contra”.

3- Hace suyos los razonamientos del Tribunal de Primera Instancia y de la Audiencia en el sentido de diferenciar entre asistencia espiritual y prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga en virtud de una relación contractual, concluyendo que en el caso en cuestión se está en presencia del segundo supuesto, ya que no se ha acreditado que las religiosas pertenecientes a la Congregación favorecida le prestasen asistencia espiritual. Al efecto se tiene en cuenta que en el contrato se incluían como obligaciones de la residencia “mantener en régimen residencial al usuario, prestándole sus servicios de atención continuada, integral y profesional” y la “prestación de la totalidad de los servicios de alojamiento, cuidados propios de una residencia de ancianos y manutención”, no mencionándose en ninguna de las cláusulas la prestación de asistencia religiosa.

En resumen, la situación que se nos plantea en la actualidad es la siguiente: de un lado, la jurisprudencia hace una interpretación lo más restrictiva posible de todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 752, lo que conduce, prácticamente

en todos los casos, a que no prospere la impugnación del testamento (con argumentos como el de que se trata de una norma restrictiva de la capacidad para ser heredero proclamada con carácter general por el artículo 745 del Código civil, o que constituye una norma prohibitiva que demanda una interpretación restrictiva; o de que así se deriva del *favor testamenti*, enmarcado dentro del principio conservador de los actos de última voluntad)¹⁵⁹. Al mismo tiempo, para salvar la constitucionalidad del precepto, un sector de la doctrina, seguida por la más reciente jurisprudencia, acude a toda una serie de argumentos para propugnar justamente lo contrario: una interpretación extensiva o analógica que alcance a una serie de sujetos no contemplados en la norma, los ministros de culto de otras confesiones religiosas. Si bien es cierto que existe la obligación de interpretar las normas de conformidad con los preceptos y principios constitucionales (artículo 5.1 LOPJ)¹⁶⁰, y que desde el punto de vista de la igualdad religiosa evidente la necesidad de equiparar a estos efectos a todas las confesiones, en este caso concreto la interpretación propuesta puede entrar en colisión con el principio de legalidad¹⁶¹, teniendo en cuenta, además, que desde siempre se predica la exclusión de las normas restrictivas de capacidad y de las normas sancionadoras civiles del ámbito de la analogía o de la interpretación extensiva¹⁶².

No parece plantear problemas, en cambio, la cuestión de los efectos derivados de la infracción del artículo 752, que no pueden ser otros que los de la nulidad de pleno derecho¹⁶³ de la disposición afectada, no de la totalidad del testamento¹⁶⁴. También se

¹⁵⁹ Dicha interpretación restrictiva está presente ya en la primera de las sentencias del Tribunal Supremo de las que se tiene constancia pronunciadas sobre esta prohibición: STS de 18 de junio de 1864 (CL t.10, nº 191): “Estas prohibiciones no pueden ni deben ser aplicadas sino en su tenor literal”, y reiterada en las SS. de 23 de junio de 1882 (“las leyes prohibitivas no pueden ampliarse a cosas y a casos que en ellas no se hallen determinados”), 8 de enero de 1896, 21 de octubre de 1915, 25 de octubre de 1928, 6 de abril de 1954, 20 de mayo de 1992.

¹⁶⁰ El Tribunal Constitucional tiene declarado, además, que deben agotarse todas las posibilidades de interpretación de conformidad con la Constitución antes de declarar la inconstitucionalidad de la norma (SS. de 26 de enero y 13 de febrero de 1981). De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1988, pp. 79-81, fundamenta esta interpretación en el principio de unidad del ordenamiento, pues, dado que la Constitución fundamenta la validez del ordenamiento jurídico, las normas que la integran no pueden contradecirse entre sí; principio que además coincide con una exigencia práctica: intentar, en la medida de lo posible, huir del vacío que se produce cuando se niega la validez de la norma

¹⁶¹ Si bien es cierto que el principio de legalidad no demanda, en el ámbito civil, una aplicación tan rigurosa como en materia penal (y así lo ha recordado el Tribunal Constitucional en S. 73/1982, de 2 de diciembre y en el A. 1094/1987 de 13 de octubre) no es menos cierto que se ha insistido en la necesidad de un replanteamiento de la cuestión, pues no debe dejar de aplicarse el principio de legalidad en las sanciones civiles, como ocurre en los supuestos de indignidad sucesoria o desheredación (cfr. Roca Trias, “Comentario al artículo 4 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, I, 1, Madrid, 1992, p. 612)

¹⁶² Díez-Picazo, L.-Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 7ª ed., Madrid, 1989, p. 203; Pena López, “Comentario al artículo 4”, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 53; Ataz López, *Comentario al artículo 4*, “Comentarios al Código Civil”, I, Valencia, 2013, p. 129. Otros autores recuerdan que, entre las reglas para la interpretación formuladas por la jurisprudencia, se encuentran las que establecen que las normas de carácter sancionador y punitivo son de interpretación restrictiva; así, Albadalejo, *Derecho civil*, t. I, vol 1, 14ª ed., Barcelona, 1996, pp. 172-173; De los Mozos en su actualización de Castán, J., *Derecho civil español, común y foral*, I, vol. 1, Madrid, 1984, p. 562.

¹⁶³ Hernández Gil, F., “La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos”, *RDP* 45 1(961), pp. 471 y 478. Precisamente destaca este jurista como aquí se establece una importante diferencia entre el régimen de la indignidad sucesoria (sancionada con la anulabilidad) y las incapacidades relativas, que producen la nulidad por chocar contra una prohibición legal expresa; Ferrer Martín, “La incapacidad relativa”, p. 1009.

coincide en señalar que si no concurren los presupuestos de aplicación del artículo 752, pero existe prueba de la captación de la voluntad, puede reconducirse su tratamiento a las normas sobre vicios de la voluntad en el testamento¹⁶⁵.

Pese a que son cosas distintas la capacidad de testar y la libertad de la voluntad testamentaria¹⁶⁶, en la práctica, en las demandas en las que se solicita la nulidad de un testamento por contravención del artículo 752 que nos ocupa, es frecuente que se plantee conjuntamente bien una acción por falta de capacidad del testador, bien por existencia de vicios de la voluntad, como violencia, dolo o fraude, en base al 673 del Código Civil, o ambas conjuntamente¹⁶⁷.

Aunque el presente trabajo se centra en el estudio de las consecuencias civiles derivadas de la captación de la voluntad testamentaria, no puede olvidarse la posibilidad de que, en determinados casos, los hechos encajen en el supuesto de hecho del artículo 248 del Código Penal, tipificador del delito de estafa, según el cual “cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

5.3. Breve referencia al Derecho comparado

En Derecho inglés no resultan sencillas las impugnaciones testamentarias bajo la alegación de *undue influence*, pues no existe la presunción de que el testamento haya sido otorgado bajo esta influencia indebida por la simple existencia de una relación de confianza entre el testador y el beneficiario, sino que, por el contrario, se requiere una prueba efectiva de su existencia en el caso concreto¹⁶⁸. Esta dificultad ha suscitado un debate sobre la conveniencia de introducir medidas que faciliten la protección de

¹⁶⁴ Díaz Alabart, “Comentario al artículo 752”, p. 135; Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.618; Núñez Núñez *La sucesión intestada*, p. 197; Albacar López, J.L.- De Castro García, *Código Civil*, p. 450.

¹⁶⁵ Zurilla Cariñana, “Comentario al artículo 752”, p. 5.618 y Díez Picazo, *Estudios*, p. 303 al que sigue.

¹⁶⁶ Como señala Rodríguez Guitián, A. M., *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Madrid, 2006, p. 92. A juicio de la mencionada autora “casi siempre pueden calificarse como *dolus bonus* los cuidados o atenciones que una persona proporciona al anciano con el que convive y que llevan al anciano a disponer en su favor en el testamento (...) Hay dolo testamentario cuando existen maniobras y artes fraudulentas con las que se trata de influir en el ánimo del testador, con el objeto de arrancarle una disposición que seguramente no habría dictado de no haber sido engañado (...) tampoco son dolosas las insinuaciones o ruegos de una persona para ser instituida heredera o legataria cuando a éstas no vaya unido algún tipo de engaño. Otra cosa distinta es que a estos ruegos se uniesen maniobras fraudulentas (pone el ejemplo de calumnias al individuo al que se pensaba favorecer en testamento).

¹⁶⁷ SS. A.P. de Oviedo 400/2009 de 4 de diciembre (JUR 2010\ 34861), en la que se planteaban las tres acciones conjuntamente; S. A.P. de Orense de 7 de mayo de 2004 (JUR \2004\205638); S.A.P. Soria 152/1997 de 19 de noviembre (Cendoj 42173370011997100022).

¹⁶⁸ García Rubio, M.P., “La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor J.M. Miquel, Díez-Picazo* (coord.), t. I, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 1506. Destaca la autora, en este sentido, la diferencia en la aplicación de la doctrina de la *undue influence* en supuestos *inter vivos* (equitable *undue influence*, donde se admite la apreciación de la *presumed undue influence*) y *mortis causa*, donde no se admite esta presunción, si bien aclara (p. 1.508) que la aplicación de la *suspicious circumstances rule* a las personas que obtienen beneficios sustanciales de testamentos que han ayudado a elaborar, puede ayudar a demostrar la violación de la voluntad del testador (si las circunstancias concurrentes a la elaboración del testamento hacían sospechar que el testador no aprobaba su contenido).

personas especialmente vulnerables¹⁶⁹ (como la inversión de la carga de la prueba, la no condena en costas para el demandante cuya demanda de impugnación del testamento no prospere, salvo caso de temeridad, o la obligatoriedad de un otorgamiento ante notario¹⁷⁰), si bien se considera que favorecer las demandas por *undue influence* también podría entrar en colisión con el sagrado principio de la libertad de testar en derecho inglés. Como en otros sistemas, la influencia indebida ha de implicar coerción, no bastando para apreciarla el simple afecto o el deseo de agradar¹⁷¹. En el campo de captaciones por motivos religiosos, se ha señalado que en las decisiones más antiguas se insistía en la protección del testador frente a la explotación de las creencias religiosas, como ocurre a partir del asunto *Norton v. Relly* de 1764¹⁷². Pero también existen supuestos en los que se concedió esa misma protección pese a la *bona fides* del líder religioso, aludiéndose incluso a la prohibición del Código napoleónico, aplicándose, en consecuencia, una *presunción* de influencia indebida¹⁷³.

En Norteamérica, por el contrario, la *undue influence* es el motivo más común para impugnar la validez de un testamento¹⁷⁴. Para que prospere una demanda por este motivo, se exige la prueba de los siguientes extremos: a) que el testador era susceptible de *undue influence* (sin llegar a estar en situación de incapacidad mental, pese a que con frecuencia se alegan ambos motivos conjuntamente) b) que quien ejerce esa influencia tenga el motivo o la disposición para ejercerla, c) que tenga, además, la oportunidad para ejercer dicha influencia y d) que la disposición sea el resultado de dicha influencia, de modo que el testamento parezca reflejar más los deseos del *influencer* más que los que se supondrían “naturales” del testador¹⁷⁵. En el específico caso de que la influencia obedezca a motivos religiosos, los tribunales aplican también la doctrina de la *undue influence*¹⁷⁶. Algún autor ha propuesto considerar como relación confidencial la relación director espiritual-testador en el sentido de la teoría de la *undue influence*, lo que daría lugar a que fuera el demandado el que tuviera que demostrar que el testamento

¹⁶⁹ Las características que según Kerridge, R., “Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator”, *Cambridge Law Journal* 59, 2 (2000), p. 310, presenta el testador vulnerable típico hacen recordar el modelo del *captando* de las sátiras de los escritores romanos: persona anciana y frágil, generalmente soltero, sin hijos y sin contacto con sus parientes cercanos.

¹⁷⁰ García Rubio, “La protección”, p. 1519; Kerridge, “Wills made in suspicious” pp. 310-334.

¹⁷¹ García Rubio, “La protección”, p. 1506. En igual sentido, para el Derecho español, Rodríguez Guitián, *La capacidad de testar*, p. 92.

¹⁷² En este sentido Ridge, P., “The equitable doctrine of undue influence considered in the context of spiritual influence and religious faith: *Allcard v. Skinner* revisited in Australia”, *University of New South Wales Law Journal* 3 (2003). *Vid.* los casos citados en la n. 99.

¹⁷³ Asuntos *Nottidge v. Prince* (1860) y *Allcard v. Skinner* (1887), citados por Ridge, *ibid.*

¹⁷⁴ Scalise, “Undue influence”, p. 99.

¹⁷⁵ Sherman, “Can religious influence ever be”, pp. 618-619.

¹⁷⁶ A juicio de Shermann, “Can religious influence ever be”, pp. 629, los Tribunales en ocasiones aplican incorrectamente la doctrina de la *undue influence* cuando esta tiene carácter religioso a causa de dos factores: de un lado, la incorrecta presunción de que no existe tal influencia indebida cuando el ministro de culto se dirige a toda una congregación y no al testador en particular (por entender que en ciertas circunstancias la petición a toda la congregación sí puede considerarse influencia indebida); y, de otro, en la consideración de que apreciar influencia indebida por motivos religiosos podría violar la primera enmienda, que garantiza la libertad religiosa, lo que, según su criterio —entendemos acertado— es incorrecto, por cuanto la doctrina de la *undue influence* no hace distinciones entre captadores seculares o religiosos, ni está diseñada para suprimir las creencias de una religión en particular. Señala, asimismo, que estadísticamente suele apreciarse la *undue influence* mucho más frecuentemente cuando se trata de una religión no convencional

respondía a los verdaderos deseos del causante¹⁷⁷. La doctrina de la *undue influence* se ha aplicado también en el contexto religioso en otros ordenamientos de *case law* como el australiano¹⁷⁸.

Prohibiciones similares al artículo 752 del Código civil español aparecen, con diverso alcance, en los códigos latinoamericanos. Unos pocos, como los de Chile, Uruguay y Nicaragua establecen la prohibición exclusivamente respecto al confesor, limitándola, por tanto, a los sacerdotes católicos¹⁷⁹; también lo hace el artículo 637 del Código civil de Panamá, que repite literalmente el artículo 752 del CC español. Otros códigos, en especial los más recientes, amplían la prohibición a los ministros de culto de todas las religiones¹⁸⁰, aunque algunos ya realizaban esta extensión desde antiguo¹⁸¹. El

¹⁷⁷ Sherman, “Can religious influence ever be”, p. 638. Con ello el demandado sólo tendría que demostrar la concurrencia de una circunstancia sospechosa, como un legado sustancial en favor del *influencer*, pero desplaza la carga de la prueba al demandado.

¹⁷⁸ Ridge, “The equitable doctrine of undue influence”, pp. 66-86. La autora señala como las presunciones de *undue influence* se han aplicado de manera automática a las relaciones de influencia espiritual, como confesor-penitente o consejero espiritual-seguidor, aunque no se confía automáticamente en tal presunción en los casos más recientes, en los que el Tribunal entra a examinar la naturaleza de la relación particular en cuestión.

¹⁷⁹ Artículo 965 del Código civil de Chile “Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como albacea fiduciario, el eclesiástico que hubiere confesado al difunto durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento, o cofradía de que sea miembro el eclesiástico; ni sus deudos por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive. Pero esta incapacidad no comprenderá a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes que el dicho eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento”; artículo 985 del Código civil de Nicaragua: “Tienen incapacidad relativa de recibir por testamento- 3º Del enfermo, los facultativos que le asistieron en la enfermedad de que murió y los confesores que durante la misma le confesaron. La incapacidad a que se refieren los incisos 2º y 3º no impide los legados remunerativos de los servicios recibidos por el testador, ni las disposiciones en favor del consorte o de parientes que pudieren ser herederos legítimos del testador”, (el art. 986 del mismo cuerpo legal declara la inhabilidad de las personas morales o jurídicas para adquirir por testamento, declarándose absolutamente nulas las mandas hechas en favor de iglesias, templos o institutos de carácter religiosa de cualquier culto en cuanto excedan de la décima parte de los bienes del testador. Tampoco puede disponerse de más del décimo para sufragios u otras mandas religiosas); artículo 839 del Código civil de Uruguay: “El eclesiástico que ha confesado al testador en su última enfermedad, no puede recibir cosa alguna a virtud del testamento que haya hecho durante esa enfermedad. Esta prohibición alcanza a los parientes o afines del confesor, dentro del cuarto grado, a las personas que vivan en compañía del dicho confesor y a su iglesia, cabildo, comunidad o instituto. Exceptúase de las disposiciones precedentes el caso en que el confesor sea pariente o afín del testador dentro del cuarto grado”.

¹⁸⁰ Así ocurre con el artículo 1007 del Código civil de Ecuador de 2005, que, tras recoger el primer inciso de su homónimo chileno añade: “Esta incapacidad comprenderá a las iglesias parroquiales de que son curas los confesores, excepto la iglesia parroquial del testador, a la que se podrán hacer asignaciones, aunque el testador se haya confesado con el cura de ella. La incapacidad establecida en los incisos anteriores no recaerá sobre la porción de bienes que el eclesiástico o sus deudos habrían heredado abintestato, si no hubiese habido testamento. En igual incapacidad incurrirán los ministros y las instituciones religiosas de otros cultos que hubieren prestado asistencia espiritual al difunto”; con el artículo 841 del Código civil de Venezuela de 1982, que considera incapaces de heredar por testamento tanto a las Iglesias de cualquier credo y los Institutos de manos muertas (apdo. 1º) como a los ordenados *in sacris* y los ministros de cualquier culto, a menos que el instituido sea cónyuge, ascendiente, descendiente o pariente consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive del testador; con el artículo art. 926 del CC Guatemala de 1973 (“Son incapaces para suceder por testamento: 1º.- Los ministros de los cultos, a menos que sean parientes del testador”); con el artículo 943 del código civil de Honduras, que frente al antiguo artículo 991, aplicable en exclusiva al confesor, dispone: “Por testamento otorgado durante la última enfermedad, no puede recibir herencia o legado alguno, ni aun como ejecutor fiduciario, el ministro de cualquier culto que haya confesado o asistido al testador durante la misma enfermedad, o habitualmente en los dos años anteriores al testamento, ni la corporación religiosa o cofradía de que fuere

Código civil peruano de 1984 ha suprimido completamente esta incapacidad¹⁸². Especialmente significativo es el caso de Costa Rica, donde se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos del Código civil que establecían la incapacidad sucesoria del testador o de su iglesia o instituto¹⁸³, por entender que las normas cuestionadas son una reacción histórica contra el clericalismo, sin que exista ninguna otra razón jurídica (S. Sala Constitucional 2000-6328, de 19 de julio). Entre los argumentos de los demandantes pueden destacarse sus argumentos en contra del carácter de presunción *iuris et de iure* contenida en los preceptos cuya inconstitucionalidad se pretende:

miembro dicho Ministro. Esta disposición es aplicable al médico de cabecera del testador. Pero esta incapacidad no comprenderá la porción de bienes que dicho Ministro o médico habría heredado ab intestado, si no hubiese habido testamento.” Idéntico tenor, salvo por la mención al ejecutor fiduciario, presenta el artículo 966 del Código civil de El Salvador.

¹⁸¹ Es el caso de Argentina, donde a la incapacidad del confesor establecida en el artículo 3.739 del Código de 1869 se añadía la del 3.740, según el cual tiene la misma incapacidad el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad. En la actualidad el artículo artículo 2.482.c) del Código civil y comercial de la nación de Argentina de 2014, equipara a todas las religiones, declarando inhábiles para suceder por testamento, a *los ministros de cualquier culto y los líderes o conductores espirituales que hayan asistido al causante en su última enfermedad*. De forma similar, el artículo 1325 del Código Civil Federal de México de 1928: “Los ministros de los cultos no pueden ser herederos por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales los mismos ministros”

¹⁸² Su artículo 688 declara la nulidad de las disposiciones testamentarias efectuadas únicamente en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios. Por el contrario, el artículo 709 del Código civil de 1852 prohibía que fueran herederos: 1. Las manos muertas; excepto los hospitales y los establecimientos nacionales de beneficencia y educación; 2. El confesor del testador; 3. Los parientes consanguíneos del confesor dentro del sexto grado, y sus afines dentro del tercero; á no ser que sean también parientes del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad, ó sus afines dentro del segundo. 4. Los ahijados del confesor, si no es que fueren ahijados ó parientes del testador; 5. El alma del testador; 6. Los religiosos profesores de ambos sexos; 7. Los médicos, cirujanos y boticarios, que hayan asistido al testador en su última enfermedad; á menos que sean sus parientes consanguíneos dentro del cuarto grado; 8. El escribano que autoriza el testamento, su mujer, sus padres, hijos, nietos, suegros, nueras ó yernos.

¹⁸³ La inconstitucionalidad afecta al artículo 593 (“Sin embargo, serán absolutamente nulas las mandas hechas a favor de iglesias o institutos de carácter religioso, en cuanto excedan el décimo de los bienes del testador, tampoco pueden disponerse más del décimo para sufragios u otras mandas religiosas”), al inciso 3 del 592 (“y los confesores que durante la misma le confesaron”). En la acción de inconstitucionalidad, promovida por la Asociación Oratorios Salesianos Don Bosco, se alegaba la vulneración de los siguientes preceptos constitucionales (además de los citados arriba): el artículo 28, por cuanto las acciones de testar y donar son actos de liberalidad privada que se rigen por los principios de libertad de contratación y autonomía de la voluntad, y que no dañan la moral ni el orden público, por lo que están fuera de la acción de la ley; el artículo 33, en cuanto las normas impugnadas discriminan por razones religiosas, violando con ello el principio de igualdad; el art. 40, porque las normas civiles cuestionadas establecen penas degradantes y confiscatorias, por el simple hecho del carácter religioso de los beneficiarios, y que en materia punitiva la responsabilidad debe establecerse en relación con la conducta del sujeto y no por su simple condición, en este caso religioso, como hacen las normas en cuestión; el artículo 45, pues se autoriza la violación de la propiedad, sin indemnización previa, al despojar al beneficiario, por razones exclusivamente religiosas, de la transferencia hecha por el testador o el donador, y que resulta inconstitucional cualquier otra limitación para recibir la herencia que no sea el requisito de estar concebido al momento de disponerse tal acto de liberalidad; el artículo 75, porque las normas cuestionadas desconocen que la religión católica es la del Estado, y que también los otros cultos gozan de la garantía del mismo Estado, en cuanto no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres,

“Se alega que las normas impugnadas violentan las siguientes normas de la Constitución Política: (...) el artículo 39, por cuanto al establecer, sin defensa y de pleno derecho, la nulidad de los negocios jurídicos por la llamada “acción de sospecha”, se atenta contra el debido proceso, al presumir que la voluntad se encuentra viciada; (...) el artículo 41, por cuanto se infringe el principio de justicia cumplida, toda vez que las normas en discusión no permiten satisfacer este principio, al establecer presunciones absolutas”.

También se alegaba la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de autoridad superior a las leyes internas por efecto del artículo 7 de la Constitución de Costa Rica.

Distinta suerte corrió el recurso de constitucionalidad planteado contra el inciso 1º del artículo 1.022 del Código civil de Colombia¹⁸⁴ declarado *exequible* por la Corte Constitucional de dicho país mediante Sentencia C-266-94 de junio 2 de 1994, que entiende justificadas las razones que asistieron al legislador para establecer las restricciones impugnadas, que no son otras que despojar el acto de toda sombra de duda acerca de la autonomía con la que haya actuado quien dispone de sus bienes. Resultan llamativas las consideraciones efectuadas acerca del sacramento de la confesión, para explicar porqué, a juicio de la Corte, las normas en cuestión no discriminan a los sacerdotes católicos:

“Debe tenerse en cuenta que, si alguna distinción se hace, ella se refiere al específico caso del sacramento de la penitencia dadas sus peculiaridades. No se excluye al sacerdote por serlo sino por haber establecido con el testador durante la última etapa de su vida una relación de gran confianza, caracterizada, además, por el ascendiente espiritual que adquiere el confesor sobre el confesado. La diferenciación, que se hace específicamente en cabeza del último confesor y no de otros sacerdotes católicos, se halla plenamente justificada”¹⁸⁵.

Por lo que se refiere a Francia ya se hizo referencia al artículo 909 del *Code* napoleónico, con las diferencias, ya apuntadas, respecto al español, de que se contempla la excepción de parentesco con el testador y de que la previsión alcanza a todos los ministros de culto, haciéndose extensiva a los auxilios espirituales, no solo a la confesión. Recientemente, con el objetivo de impedir los llamados “lavados de cerebro” de mano de sectas, se ha modificado el artículo 223-15-2 del Código Penal, que sanciona con tres años de cárcel y multa de 375.000 euros el abuso fraudulento o el estado de ignorancia o la situación de debilidad sea de un menor, sea de una persona cuya particular vulnerabilidad, debida a su edad, enfermedad, dolencia, deficiencia física o psíquica o a un embarazo, es aparente o conocida por su autor, sea de una persona en estado de sujeción psicológica o psíquica resultante del ejercicio de

¹⁸⁴ En su redacción actual “Por testamento otorgado en la última enfermedad no puede recibir herencia o legado alguno, ni aún como albacea fiduciaria, el eclesiástico que hubiere confesado al testador en la misma enfermedad, o habitualmente en los dos últimos años anteriores al testamento; ni la orden, convento o cofradía de que sea miembro el eclesiástico, ni sus deudos por consanguinidad o afinidad dentro del tercer grado. Tal incapacidad no comprende a la iglesia parroquial del testador, ni recaerá sobre la porción de bienes al que dicho eclesiástico, o sus deudos habrían correspondido en sucesión intestada”. El recurso se planteaba, además, contra el artículo 1068.16 del Código civil, que impedía ser testigo en testamento solemne al sacerdote que haya sido el confesor habitual del testador ni el que haya confesado a este en su última enfermedad.

¹⁸⁵ Esta interpretación es opuesta a la de la mayoría de la doctrina española, que, según se vió, estiman que puede darse idéntica oportunidad de influir en la voluntad del testador con ocasión de otros auxilios espirituales, ya se trate de sacerdotes católicos ya de otras confesiones.

presiones graves o reiteradas o de técnicas destinadas a alterar su juicio, para conducir a este menor o a esta persona a una acción o abstención que le son gravemente perjudiciales. La pena se eleva a cinco años de cárcel y 750.000 de multa para los directores de hecho o de derecho de un grupo cuyo fin sean actividades que tengan por objeto la explotación psicológica o física de las personas que participan en tales actividades¹⁸⁶. Por su parte, los artículos 2194 y 2.195 del Código Civil portugués establecen igualmente la incapacidad del “sacerdote que haya prestado asistencia espiritual”, sin limitarse a la religión católica ni a la confesión, haciendo excepción expresa de los legados remuneratorios y a los legitimarios¹⁸⁷.

En Italia ni el Código Civil de 1865 ni el de 1942 contienen una prohibición en relación a los ministros de culto, como tampoco lo hace el Código civil suizo de 1907 ni el BGB alemán. Sin embargo, el artículo 14 de la *Heimgesetz* prohíbe las disposiciones testamentarias en favor de los dueños, directores y empleados de las residencias geriátricas y a sus familiares realizadas por quienes están ingresados en ellas, salvo las de escaso valor¹⁸⁸.

Esta tendencia es seguida en nuestro ordenamiento por el artículo 412.5.2 del Código civil catalán, que dispone:

“Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio”.

La solución por la que ha optado el legislador catalán es, pues, entender suficiente para garantizar la libertad del testador la realización de un testamento notarial abierto o de pacto sucesorio, que requiere asimismo escritura pública, solución que ha sido positivamente acogida por la doctrina¹⁸⁹. El apartado primero del artículo sigue manteniendo la misma prohibición preventiva que el artículo 752 del Código civil, pero con dos diferencias importantes en su redacción que permiten su extensión a todas las religiones y a otros auxilios espirituales: el término “confesor” es sustituido por el de

¹⁸⁶ Art. 223-15-2 del Código Penal, introducido por la *Loi 2001 504 de 12 de juin de 2001 tendant à renforcer la prevention et la répression sur les mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales*, según la modificación efectuada por la ley 2009-526 de 12 de mayo.

¹⁸⁷ Art. 2194: *Médicos, enfermeiros e sacerdotes É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar do testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela.* Art.º 2195º - *Excepções A nulidade estabelecida no artigo anterior não abrange: a) os legados remuneratórios de serviços recebidos pelo doente; b) As disposições a favor das pessoas designadas no nº 3 do artigo 2192º.* Por el contrario, el artículo 1769 del Código de 1867 establecía que no producirían efecto las disposiciones testamentarias del enfermo en favor de los confesores que le auxiliasen en los últimos momentos y si muriese de tal enfermedad.

¹⁸⁸ La constitucionalidad de la ley fue cuestionada por violar presuntamente la libertad testamentaria, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la herencia. El *Bundesverfassungsgericht* rechazó tal alegación, considerando que la prohibición no solo protegía frente a la explotación de las personas ancianas y vulnerables, sino a los propios establecimientos del riesgo de dispensar tratamiento a los residentes debido a influencias financieras y por fin, la libertad testamentaria de los residentes (Scalise, “Undue influence”, p. 68).

¹⁸⁹ Arroyo, E.-Anderson, M., *Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán*, “Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa”, Madrid, 2013, p. 1710.

“religioso” y se emplea la expresión “asistencia” en lugar de “confesión; de modo que se declaren inhábiles para suceder:

- c) el religioso que ha asistido al testador durante su última enfermedad, así como el orden, la comunidad, la institución o la confesión religiosa a la que aquel pertenece.

6. Consideraciones finales

A la hora de examinar la validez de una disposición testamentaria que se sospecha ha sido consecuencia de una captación de voluntad, ya sea por parte de un ministro de culto, ya de otra persona, existen una serie de constantes históricas. Así ocurre, por ejemplo, con el análisis de que el contenido del testamento es razonable (por no olvidarse de las personas que merecen alguna atención, por estar en consonancia con testamentos anteriores, etc.), elemento que los tribunales suelen tener en cuenta, desde el testamento de la viuda Hypathia al que se refiere la Novela de Marciano, y ello pese a la existencia de prohibiciones de suceder que en teoría eximirían de tal prueba. De hecho, la presencia de disposiciones extravagantes o extrañas también puede constituir un indicio (no necesariamente una prueba), a valorar por los tribunales, de que el testador no se encuentra en su cabal juicio¹⁹⁰. Así lo refleja la jurisprudencia norteamericana en los supuestos de *undue influence*¹⁹¹. Da así la impresión de que se está volviendo a los motivos que, en su momento, en el viejo Derecho romano, se adujeron para la introducción de la *querella inofficiosi testamenti*, esto es, el *color insaniae* o la consideración de que actúa como si no estuviera en su cabal juicio quien no instituye, o lo hace en muy escasa proporción, a un pariente¹⁹². Y nuestro Tribunal Supremo, en sus más recientes sentencias, como la de 2015 antes comentada, entra a examinar el testamento en cuestión para analizar si hubo captación de voluntad, pese a que en rigor no sería necesario, puesto que el motivo determinante de la desestimación del recurso fue que el momento de otorgamiento del testamento no se correspondía con el padecimiento de la última enfermedad grave. Efectivamente, el alto tribunal compara el contenido del testamento con los anteriores otorgados por la causante, en los que, fruto de su profunda religiosidad, siempre hacía alguna disposición en favor de la orden finalmente favorecida, concluyendo que “el favorecer a su iglesia como beneficiaria del testamento fue una constante a lo largo de su vida”.

¹⁹⁰ Rodríguez Guitián, *La capacidad de testar*, p. 138.

¹⁹¹ Sherman, “Can religious influence ever be”, p. 620 considera que un testamento que de forma “antinatural” prefiere a los extraños de sangre que a los miembros de la familia puede sugerir no solo la perniciosa influencia de un extraño (*undue influence*) sino también un fallo de parte del testador para conocer las identidades de quienes deberían ser los objetos naturales de su generosidad (*testamentary incapacity*). En igual sentido, Scalise, “Undue influence”, p. 58 incluye entre los indicios para “detectar” la presencia de una influencia indebida el carácter anormal o infrecuente de la disposición, señalando como, irónicamente, se consideran parámetros de un testamento normal los esquemas correspondientes a la sucesión intestada. Lo mismo señala Ridge, “The equitable doctrine of undue influence...”, en relación a la jurisprudencia australiana, que refleja la idea de que existe una obligación de proveer en primer lugar en favor de los familiares que dependen del causante o del donante antes que en favor de órdenes religiosas. García Rubio, *La protección de la voluntad del testador*, p. 1.507, señala, con respecto al Derecho inglés, que la apreciación de la influencia indebida también será más veces reconocida cuando los beneficiarios no pertenezcan al círculo natural de los afectos del testador.

¹⁹² En igual sentido, Scalise, “Undue influence”, p. 83. Cfr. D. 5, 2, 5 (*Marcellus, l. III Dig.*): *resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

Hace tiempo que nuestra doctrina viene reclamando la modificación, cuando no la supresión de este precepto¹⁹³. La realidad social y religiosa de la sociedad española del siglo XXI es muy diferente a la de 1713, momento en el que se introdujo la prohibición en nuestro ordenamiento. Desde luego que todavía son posibles las captaciones de la voluntad de los testadores (y probablemente esto sea una consecuencia inevitable de la existencia de libertad de testar, como se ha visto a lo largo de la evolución histórica) por parte de todo tipo de sujetos, entre ellos, *también* de los ministros de culto. Pero quizá hoy en día sea más problemático el supuesto de hecho de testamentos otorgados en favor de los cuidadores, en lugar de los parientes¹⁹⁴. Actualmente, dados los cambios producidos en la estructura familiar y en la mentalidad respecto a la época de redacción del Código, quizá la preocupación principal de los testadores sea la de quien va a cuidar de ellos en sus últimos años¹⁹⁵. En esta dirección se van encaminando, según se vio en el apartado anterior, nuevas prohibiciones de suceder en ordenamientos como el alemán, el holandés o el catalán.

Parece incuestionable que se necesita una modificación del precepto, como ha venido reclamando insistentemente la doctrina, para adaptarlo a la nueva realidad constitucional y social. Hasta el momento parece que ha sido nuestra jurisprudencia la que se ha encargado de realizar, vía interpretativa, la labor que no ha realizado el legislador, frente a lo sucedido en otros ordenamientos (Portugal, Perú, Honduras, Costa Rica...) que sí se han encargado de actualizar o de suprimir estas prohibiciones de suceder.

¹⁹³ Así Tirapu Martínez, *La incapacidad sucesoria del confesor: artículo 752 del Código civil. Dos Sentencias*, afirma que nuestro Derecho civil está trufado de influencias regalistas, nada inocentes como ponen de relieve el art. 747 y el art. 752 del Código civil". Este autor se encarga también de estudiar el precepto objeto de estas líneas desde la óptica del Derecho eclesiástico, concluyendo que quiebra la laicidad del Estado desde varios puntos de vista. Para Terradas Soler, *La llamada prohibición*, p. 92, "en el estado actual de la cuestión, existe una prevención *injusta* por ser general", además de que," en la actualidad, el precepto es una clara restricción que pesa sobre el principio de la libertad de testar y del respeto a la intención del testador" (p. 111) Díaz Alabart, "Comentario al artículo 752", pp. 113 y 136 entiende que para evitar peligros debería bastar el recurso a las reglas generales de los vicios de la voluntad, por lo que sería aconsejable la eliminación del precepto, o al menos darle una redacción acorde con el pluralismo religioso imperante en nuestra sociedad y que eliminara la excesiva delimitación del momento en que se supone que pudo tener lugar la captación. Para García Rubio-Otero Crespo, "La protección de la voluntad", p. 237 "estas exigencias, unida a la preceptiva interpretación restrictiva que según doctrina y jurisprudencia ha de tener el precepto, lo hacen especialmente inadaptable a la situación actual de nuestra sociedad, caracterizada por la amplitud de confesiones religiosas"; Zurilla Cariñana, "Comentario al artículo 752", p. 5.617, lo considera como un "vestigio histórico" y Cabezuero Arenas, "El problema de la validez del legado", p. 82, estima que el precepto bien pudiera haber sido desterrado de nuestro Ordenamiento, o al menos, reformulado planteándose las exigencias de un Estado aconfesional. Se muestra favorable, en cambio, al mantenimiento de la norma Carrión, "Algunas consideraciones en torno al 752", p. 603 y ss. También lo aplaudió, en su momento, aunque criticando la extensión que se le daba (incluyendo, por ejemplo, al testador sin parientes, al sacerdote que dispone en beneficio de su Iglesia, a ciertos parientes del confesor) Scevola, *Código civil*, p. 235.

¹⁹⁴ Como dice Vaquer Alcoy, A., "La protección del testador vulnerable", *ADC* 68 (2015), p. 350, "Hay que tener en cuenta que en la sociedad actual hay muchos más cuidadores que confesores". Esta exclusión de los cuidadores ya recibió las críticas de Terradas Soler, *La llamada prohibición*, p. 121.

¹⁹⁵ En sentido parecido, Cabezuero Arenas, "El problema de la validez del legado", p. 89; Kerridge, "Wills made in suspicious circumstances", p. 330 menciona el Informe sobre los *Home Made Wills* de 1971, donde se sugiere, entre otras medidas, la introducción de una presunción *iuris tantum* de *undue influence* si el testamento se había realizado en favor de quien prestaba cuidados residenciales bajo un régimen contractual, como, por ejemplo, el propietario de una residencia de ancianos.

Además de la equiparación de todas las confesiones, el aspecto que más ha preocupado es el del *carácter iuris et de iure* de la presunción que encierra. En este sentido sería conveniente reformar el artículo 752 en el sentido apuntado por el Tribunal Supremo, permitiendo la demostración de la inexistencia de captación de voluntad, y sin que el Tribunal tenga que hacer una interpretación contraria a lo que dice la norma, que puede entrar en conflicto con el principio de legalidad. Y si se estima que es conveniente reforzar la posición del testador vulnerable, puede acudir a una inversión de la carga probatoria, solución ya apuntada por algunos autores y propugnada por un sector de la doctrina norteamericana, según se ha visto, en relación a la aplicación de la *undue influence* en el caso de órdenes religiosas.

La alternativa sería la de considerar suficiente garantía de la libertad del testador la formulación de testamento notarial abierto, a modo de lo establecido para otros supuestos de posible captación de voluntad (*v.gr.* cuidadores) por la legislación catalana, quedando, desde luego, siempre abierta la puerta a la impugnación de un testamento en caso de que concurrieran los vicios de violencia, dolo o fraude (673 CC).

También hay que tener en cuenta que las legítimas, hasta la fecha, confieren cierta protección frente a las captaciones de voluntad testamentaria por parte de extraños¹⁹⁶, por ello, en la medida en que en un futuro se reduzcan (de triunfar las corrientes que demandan una reducción de las legítimas para adaptar adecuar el sistema sucesorio español a la realidad social y familiar actual, debate en el que no procede entrar aquí) no es descabellado pensar en un hipotético aumento de las demandas por captación de voluntad paralelo al aumento de la libertad de testar, al envejecimiento de la población y conforme a la tendencia a efectuar disposiciones testamentarias en favor de los cuidadores, incluidas residencias de ancianos, en muchos casos regentados por instituciones religiosas¹⁹⁷ (cabe recordar aquí tanto las demandas por *undue influence* en Norteamérica como el clima descrito en las fuentes literarias de la antigua Roma, donde la libertad testamentaria era mucho mayor que en nuestro actual ordenamiento). Y en esta situación sería conveniente contar con una legislación clara sobre las captaciones de voluntad y la normativa aplicable a sujetos eventualmente sospechosos de haber podido efectuar dicha captación.

Apéndice bibliográfico

¹⁹⁶ En este mismo sentido, Vaquer Alcoy, “La protección del testador”, p. 368 y Scalise, “Undue influence”, p. 82, para quien el papel protector que desempeña la herencia forzosa en los sistemas de *civil law* consigue los mismos resultados que la doctrina americana sobre la *undue influence* para impedir la desheredación de los familiares, poniendo el ejemplo del estado de Louisiana, en el que, tras haberse limitado su concepto de herencia forzosa en los 90, se legisló por primera vez sobre la influencia indebida como medio necesario para proteger a quienes previamente gozaban de la protección de la herencia forzosa. Ambas instituciones –concluye– cumplen el mismo efecto limitador de la libertad testamentaria.

¹⁹⁷ Cfr. Tirapu Martínez, “La incapacidad sucesoria del confesor; artículo 752 del Código civil. Dos sentencias” En otro orden de cosas, Rodríguez Guitián, *La capacidad de testar*, pp. 14-15, está segura de que “en los próximos años no va a decrecer el número de demandas, debido, por una parte, a que el aumento de las enfermedades mentales (en particular la depresión) constituye uno de los grandes males de nuestros tiempos, y, por otra parte, a que la población anciana es cada vez mayor a causa de los adelantos técnicos”. Refiriéndose específicamente al supuesto de las demandas por *undue influence* señala Scalise, “Undue influence”, p. 58, que es casi imposible evitar que este tipo de demandas crezcan en los últimos años con el envejecimiento de la población.

- Accursio, F., “Glossa in Digestum Infortiatum”, *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VIII, Augustae Taurinorum, 1968.
- Albacar López, J.L.–De Castro García J., *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, III, Madrid, 1991, pp. 448-451.
- Albadalejo, M., *Derecho civil*, I, 1, 14ª ed., Barcelona, 1996.
- Álvarez Suárez, U., *Instituciones de Derecho Romano*, III, Madrid, 1977.
- Arndts, C.L.:
 - *Trattato delle Pandette*, I, 3ª ed., Bologna, 1877.
 - *Trattato delle Pandette*, II, 2ª ed., Bologna, 1875.
- Arroyo, E.-Anderson, M., *Cambios sin rupturas en el nuevo derecho de sucesiones catalán*, “Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa”, Madrid, 2013, pp. 1.699-1.719.
- Ataz López, *Comentario al artículo 4*, “Comentarios al Código Civil”, I, Valencia, 2013, pp. 126-133.
- Biondi, B.:
 - *Successioni testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, 1955.
 - *Il Diritto Romano Cristiano*, II, Milano, 1952.
- Blanch Nougés, J.M., “La responsabilidad de los administradores de las piae causa en el derecho romano justiniano”, *RIDA* 49 (2002), pp. 129-146.
- Bonel y Sánchez, L., *Código Civil Español*, III, Barcelona, 1890.
- Bonfante, P. *Corso di Diritto romano*, VI, Milano, 1974.
- Bourjon, F. *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris, divisés en six livres*, II, Paris, 1770.
- Brillon, J., *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France*, II, Paris, 1711.
- Bynkershoek, C., *Opera omnia*, t. I, Lugduni Batavorum, 1767.
- Cabezuelo Arenas, A.L., “El problema de la validez del legado ordenado por la testadora a favor de la institución religiosa de la que formaba parte su confesor”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 11 (2015), pp. 81-89.
- Caporali, D., “Della violenza come motivo del testamento”, *Riv. it. per le sc. giur.*, 4 (1887), pp. 3-42.
- Carrión, S., “Algunas consideraciones en torno al 752 del Código Civil”, *RDP* (1998), pp. 603-627.
- Castán, J., *Derecho civil español, común y foral*, I, 1, Madrid, 1984.
- Cecco, E.E.-Mansila A.M., “Una profesión insólita y lucrativa: la captatio testamenti”, *Revista de Estudios Clásicos* 36 (2009), pp. 97-139.
- Colin, A.-Capitant, H., *Curso elemental de Derecho civil*, VII, 2º ed., Madrid, 1949.
- Cuiacii, J., *Operum postumorum que de iure reliquit, sive Codex Iustinianus, id est, ad Codicem Iustinianum Recitationes solemnes*, V, Paris, 1658.
- Champlin, E., “Creditor Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum: Why the Romans Made Wills?”, *Classical Philology* 84, 3 (jul. 1989), pp. 198-215.
- De Lauriere, E., *Texte des coutumes de la prévôte et viconté de Paris*, II, Paris, 1777.
- Denburg, A., *Pandette*, III, Torino-Roma-Milano-Firenze, 1905.
- De Otto, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Madrid, 1988.
- Díaz Alabart, S., “Comentario al artículo 752”, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, Madrid, 1987.
- Diez Picazo, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, III, 2ª ed., Madrid, 1976.
- Diez-Picazo, L.-Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 7ª ed., Madrid, 1989.
- Du Plessis, J.-Zimmermann, R., “The relevance of reverence: undue influence civilian style”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 10 (2003), pp. 345-378.
- Ferrer Martín, D., “La incapacidad relativa para suceder del artículo 752 del Código Civil”, *RDP* (1961).
- Friedlander, L. *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México-Buenos Aires, 1982.

- Furgole, J.B., *Traité des testaments, codiciles, donations a cause de mort et autres dispositiions de dernière volonté*, I, Paris, 1779.
- García-Granero Fernández, J., “Ley 189”, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, XXXVII, 1, Madrid, 1998.
- García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1862.
- García Rubio, M.P., “La protección de la voluntad del testador vulnerable en Derecho inglés”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor J.M. Miquel*, I, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- García Rubio, M.P., Otero Crespo, M., “Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder”, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, I, Resina Sola-Gete-Alonso y Calera (coord.), Madrid, 2011, pp. 226-274.
- Gaudement, J., *L’Eglise dans l’Empire Romain (IV^e-V^e siècles)*, III, Toulouse, 1958.
- Glück, F.:
 -*Commentario alle Pandette*, XXVIII-1, Soc. ed. Libreria, Milano, 1900.
 -*Commentario alle Pandette*, XXVIII-3, Soc. ed. Libreria, Milano, 1903.
- Henrys, *Oeuvres*, t. II, Paris, 1708.
- Hernández Gil, F., “La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos”, *RDP* 45 (1961), pp. 468-492.
- Heuckmann, H.- Seuckel, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11. Auf., Akademische Druck-u. Verlagsanstalt Graz, 1971.
- Hopkins, K., *Death and renewal*, Cambridge, 1983.
- Kerridge, R., “Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator”, *Cambridge Law Journal* 59, 2 (2000), pp. 310-334.
- Kunderewitz, T., “Disposizioni testamentarie e donazioni a scopo di beneficenza nel diritto giustiniano”, *SDHI* 47 (1981), pp. 47-92.
- Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1993.
- Lenel, O., “Das erzwungene Testament”, *ZSS* (1889), pp. 71-82.
- Majanii G., *Disputationis juris*, II, Lugduni Batavorum, 1752.
- Maldonado J., *Herencias en favor del alma en el Derecho Español*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944.
- Manresa y Navarro, J.M., *Comentarios al código Civil Español*, 8^a ed, VI, 1, Madrid, 1973.
- Martínez Martínez, R. I, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2013.
- Muratori, L.A. *Defectos de la Jurisprudencia*, Madrid, 1794.
- Murga, J.L., *Donaciones y testamentos “in bonum animae” en el Derecho romano tardío*, Pamplona, 1968.
- Núñez Núñez, M. *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Madrid, 2007.
- Pena López, “Comentario al artículo 4”, *Comentarios al Código Civil*, Thomson Aranzadi, 2006.
- Prada, J.M., “La incapacidad para suceder del confesor”, *Revista Española de Derecho Canónico*, 1955, pp. 437-453.
- Pothier, R.J., *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, t. VII, ed. Dupin, Paris, 1825.
- Pufendorfii, F.E., *Observationes Juris Universi*, t. II, Hannoverae, 1768.
- Ricard, J.M., *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, I., Riom-Clermont-Ferrand, 1783.
- Ridge, P., “The equitable doctrine of undue influence considered in the context of spiritual influence and religious faith: Allcard v. Skinner revisited in Australia”, *University of New South Wales Law Journal* 3 (2003), pp. 66-83.
- Roca Trías, “Comentario al artículo 4 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, I, 1, Madrid, 1992.
- Rodríguez Guitián, A. M., *La capacidad de testar: especial referencia al testador anciano*, Madrid, 2006.
- Rotondi, G., *Leges publicae populi romani*, Olms, Hildesheim, 1966.
- Roussilhe, P., *La jurisprudence des donations entre vifs*, I, Avignon, 1785.

- Rubio Rodríguez, J.J. *Fuentes sobre las fundaciones en el Derecho común europeo y en los juristas clásicos*, Córdoba, 1999.
- Sanfilippo G., "Il metus nei negozi giuridichi", *Annali Univ. Camerino*, VII (1934), pp. 1-65.
- Scaevola, Q. M. *Código civil*, XIII, Madrid, 1897.
- Scalise, R., "Undue influence and the law of wills: a comparative analysis", *Duke Journal of Comparative & International Law* 19 (2008), pp. 41-106.
- Scialoja, V., *Negozi giuridichi*, Soc. ed. del "Foro italiano", Roma, 1933.
- Schlossmann, S., *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig, 1874.
- Schulz, F., "Die Lehrevom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht", *ZSS* 43 (1922), pp. 171-261.
- Sherman, J.G., "Can religious influence ever be "undue" influence?", *Brooklyn Law Review* 73 (2008), pp. 579-644.
- Terradas Soler, L. *La llamada prohibición de confesores*, Reus, Madrid, 1948.
- Tirapu Martínez, D., "La incapacidad sucesoria del confesor: artículo 752 del Código civil. Dos Sentencias del Tribunal Supremo español relacionadas", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 42 (2016).
- Tirapu Martínez, D -Vazquez García-Peñuela, J.M., *La incapacidad sucesoria del confesor en el artículo 752 del Código Civil*, Granada, 1996.
- Tiraquelli, A., *De privilegiis piae causae tractatus*, Venetiis, 1563.
- Vaquer Alcoy, A., "La protección del testador vulnerable", *ADC* 68 (2015), pp. 327-368.
- Veyne, P., *Historia de la vida privada*, I, Taurus, Madrid, 1987.
- Vangerow, K.A., *Leitfaden für Pandekten-Borlesungen*, Marburg-Leipzig, 1949.
- Voci, P. *Diritto ereditario romano*, II, Milano, 1963.
- Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, III, Torino, 1930.
- Zurilla Cariñana, "Comentario al artículo 752", *Comentarios al Código civil*, IV, Valencia, 2013.