



MPILHLT
RESEARCH
PAPER SERIES

Francisco J. Andrés Santos
Testamentos (DCH)

No. 2025-06

<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5250820>

Social Sciences Research Network
(SSRN) eLibrary
ISSN 2699-0903 · Frankfurt am Main

THIS WORK IS LICENSED UNDER A
CREATIVE COMMONS ATTRIBUTION
4.0 INTERNATIONAL LICENSE

www.lhlt.mpg.de



Testamentos (DCH)*

Francisco J. Andrés Santos**

1. Introducción

Las *Partidas* definen el testamento como “voluntad ordenada en que uno establece su heredero, o aparte lo suyo en aquella manera que quiere que quede lo suyo después de su muerte”;¹ poco antes, en el prólogo a la Sexta Partida, se dice que el testamento “es una de las cosas del mundo en que más deben los hombres haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad, e la otra porque después que lo han hecho si murieren, no pueden tornar otra vez a enderezarlos”.

En estas palabras se contiene la esencia del testamento como acto de expresión de la última voluntad de las personas con relación a su patrimonio para después de su muerte, pero nos dice poco respecto a los caracteres que lo singularizan como acto jurídico. Entre los rasgos definitorios del testamento se contaban la solemnidad, la unilateralidad, la unipersonalidad y la revocabilidad.² Todas estas características fueron en mayor o menor medida moduladas por los canonistas con el fin de facilitar en todo caso que primara la expresión de la última voluntad del causante, en especial para la salvaguardia de aquellas disposiciones encaminadas a la realización de obras pías con vistas a la salvación de su alma.

En consecuencia, el derecho canónico llegó a aceptar como manifestación de última voluntad cualquiera que se probara hecha y sin suplantación, de cualquier modo en que se hubiera realizado, v. gr. el confiado secretamente o comunicado a un párroco (testamento

* Este artículo forma parte del Diccionario Histórico de Derecho Canónico en Hispanoamérica y Filipinas (S. XVI–XVIII) que prepara el Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, cuyos adelantos se pueden ver en la página Web: <https://dch.hypotheses.org/>.

** Universidad de Valladolid.

¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 Que cosa es testamento, Ley 2 Como puede ome fazer testamento en escrito de manera que los testigos non sepan lo que yaze en el; cfr. Dig. 28.1.1 (Modestino): “Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit”; Epitome Ulpiani 20.1: “Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta ut post mortem valeat”; Inst. Just. 2.10.1 pr.: “Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est”.

² Una definición más técnica es la que da, por ejemplo, el jurista español Mucius Scaevola en el siglo XIX: “acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas”, cit. por CASTÁN TOBEÑAS (1971), Tomo 6, Vol. 1, Pág. 462.

místico o secreto) o el mero testamento ológrafo, escrito de su puño y letra por el testador sin el concurso de ninguna autoridad (debiendo ser validado posteriormente a la muerte del causante ante la autoridad judicial y protocolizado notarialmente) o el completado por *schedula*, o memoria o epístola. También se admitieron los testamentos mancomunados, que los cónyuges hacen a la vez, instituyéndose como herederos recíprocamente de todo su patrimonio y estableciendo que a la muerte del que sobreviva de los dos pase todo el caudal a los hijos u otros parientes. Incluso llegó a admitirse el testamento por comisario,³ es decir, el otorgado por un tercero en virtud de los poderes para testar recibidos a su favor de la persona que quería disponer *mortis causa* de sus bienes.⁴ Esta figura fue regulada extensamente por las *Leyes de Toro*,⁵ y sancionada más tarde por las *Recopilaciones de las Leyes de Castilla*,⁶ y por esa vía adaptada a Indias.⁷

Los colonizadores europeos traían consigo este bagaje al llegar al territorio americano y allí tratarán de imponerlo, junto con la Iglesia y su tradición canónica (si bien ya en esa época la hegemonía del derecho sucesorio secular se hace notar sensiblemente). Allí se encontrarán con unas realidades muy distintas de las europeas, sobre todo a la hora de tratar con la problemática de los pueblos indígenas y sus ordenamientos tradicionales: modos de vida y tipos de comunidad regidos por sus propias reglas, a menudo poco compatibles con las normas tradicionales europeas y con las exigencias de la Iglesia católica. La legislación real, los tribunales (seculares y eclesiásticos) y los autores indios tendrán que tratar de encontrar vías de canalización de los problemas de convivencia que surgieron. En cualquier caso, el derecho de sucesiones aplicado en Indias apenas se alejó del régimen común de la península, salvo el referido a las comunidades indígenas.

El principal ámbito en el que los legisladores y tratadistas tuvieron que esforzarse en la elaboración de un sistema jurídico peculiar fue el de la sucesión de las encomiendas a partir de 1536, cuando comenzaron a concederse por más de una vida. Fuera de este terreno, hay también algunas intervenciones puntuales dirigidas a regular algunos aspectos particulares derivados del alejamiento de los territorios del Nuevo Mundo y las dificultades de la administración real para hacer valer las normas comunes, así como de la fuerte autonomía de la Iglesia en Indias respecto a Roma: disposiciones reales encaminadas a corregir los abusos de las autoridades coloniales en la sucesión de cacicazgos y en la libertad de testar de los indios; otras sobre el cumplimiento de las restituciones de conciencia hechas por los indios a sus encomenderos en el momento de su muerte; o reales cédulas para corregir las extralimita-

³ Hay discusión doctrinal respecto a si su origen se encuentra en el canon *Cum tibi* X. 3.26.13 o bien este únicamente revela una práctica que se venía desarrollando con anterioridad: vid. RUBIO GARRIDO (2022), Pág. 611, Nota 78.

⁴ GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN (1861), Págs. 160–162.

⁵ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Leyes 31 a 39; vid. al respecto SARIÓN GUALDA (2005).

⁶ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4 De los testamentos, i comisarios para los poder hacer, i de los ejecutores testamentarios, Leyes 5–11, Págs. 713–713; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 19 De los comisarios testamentarios, Leyes 1–8, Págs. 122–124.

⁷ MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 241; OTS CAPDEQUÍ (1945), Pág. 113.

ciones de los prelados de Indias sobre la libertad testamentaria de clérigos y prebendados bajo su jurisdicción; o normas sobre fraudes cometidos por confesores para conseguir que sus feligreses testaran en favor de sus iglesias. Asimismo, también debieron dictarse bulas o breves pontificios matizando las facultades dominicales de los obispos sobre sus bienes patrimoniales y sobre los adquiridos en virtud de sus dignidades eclesiásticas. Y, sobre todo, leyes para la buena administración y la remisión a España de los bienes de difuntos en Indias cuyos herederos estuvieran en la península o no existieran.⁸

Para abordar esta amplísima problemática, el texto se divide en diversos apartados: en primer lugar, se da una panorámica general de la institución de la sucesión hereditaria y el concepto de herencia (2). A continuación, se describe el procedimiento por el cual el patrimonio hereditario pasa del difunto hasta el heredero o herederos (3). Sigue el análisis de la capacidad para ser heredero (*testamenti factio passiva*) (4) y los modos de aceptación de la herencia (5). Los siguientes apartados se centran en la sucesión testada: la capacidad de testar (6), las modalidades de testamento (7), el contenido del testamento (8), y dentro de este el caso especial de los fideicomisos, mayorazgos y causas pías (9); finalmente, se estudia las causas de invalidez y revocación del testamento, y la ejecución testamentaria (10). Sigue el desarrollo de la sucesión contra el testamento (o sucesión forzosa) y las causas de desheredación (11), junto con la sucesión intestada o legítima (12). Los últimos apartados se dedican a las especialidades indias (13) y a un rápido balance historiográfico (14), para concluir con un apéndice referido al fenómeno sucesorio en la historia del derecho (15).

2. Sucesión hereditaria: clasificación e historia del concepto de herencia

La muerte de una persona afecta a las relaciones jurídicas en las que esta estuviera involucrada. Una parte de esas relaciones desaparece para siempre con la muerte de su titular (son los llamados derechos “personalísimos” o intransferibles); asimismo, surgen nuevos derechos como consecuencia automática de la muerte del sujeto (expectativas de terceras personas o del Estado); pero la mayoría de las relaciones jurídicas de las que era sujeto el fallecido sobreviven a este (sobre todo la mayor parte de sus derechos patrimoniales, lo que constituye su herencia) y en ellas otras personas habrán de entrar a formar parte como sucesores del difunto (causante o *de cuius*). Este fenómeno por el que una o varias personas se subrogan en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra es llamado en la tradición jurídica sucesión por causa de muerte (*mortis causa*),⁹ y da lugar a un muy complejo conjunto

⁸ OTS CAPDEQUÍ (1968), Pág. 229.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS (1971), Tomo 6, Vol. 1, Págs. 39–44; LACRUZ BERDEJO (1993), Págs. 10–11; ALBALADEJO (1991), Págs. 7–10; FAJARDO FERNÁNDEZ (2012), Págs. 440–441, entre otros muchos.

de reglas que han ocupado intensamente a los juristas desde la Antigüedad romana hasta la actualidad, produciendo una de las más intrincadas ramas de la ciencia del derecho, el derecho de sucesiones.¹⁰

Cuando la sucesión se produce en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles que correspondían al causante en el momento de su muerte (*universitas iuris*) se habla de sucesión (a título) universal; si solo se refiere a alguna o algunas de esas relaciones, se habla entonces de sucesión (a título) particular. Esta sucesión *mortis causa* puede ser voluntaria (cuando se desarrolla aplicando las instrucciones establecidas por el causante, sobre todo a través de un negocio jurídico formal llamado testamento) o legal, legítima, intestada o *ab intestato* (cuando se aplican normas de derecho objetivo establecidas para el caso de ausencia de reglas dictadas por la voluntad del difunto). A su vez, la sucesión voluntaria se encuentra limitada por un conjunto de reglas establecidas por el derecho imperativo con el fin de preservar los derechos de terceras personas con respecto a ciertas partes de la herencia del causante (sucesión forzosa, legitimaria o contra el testamento).

Dentro de la sucesión voluntaria se pueden distinguir, a su vez, dos grandes tipos: la sucesión testada (porque se produce conforme al testamento del causante) y la contractual (que tiene lugar con arreglo a algún tipo de negocio distinto del testamento y que carece de las características de este). Uno de estos negocios puede ser el contrato sucesorio, por el que una persona se compromete con otra de forma irrevocable en vida (*inter vivos*) a transmitirle su patrimonio a su muerte, y generalmente con carácter recíproco; otro es la donación *mortis causa*, por el que se transmite de manera irrevocable los bienes a una persona en el momento en que se produzca la muerte. Asimismo, el testamento puede ser mancomunado, de modo que los cónyuges se instituyen herederos recíprocamente en todo su patrimonio, y establecen que a la muerte de ambos la totalidad de los bienes pase a los hijos o a otros parientes.

Por fin, por la herencia de confianza o fiducia sucesoria se confía a un heredero de confianza (fiduciario) el patrimonio, o una parte de él, para que este se lo entregue a otras personas o los destine a los fines indicados por el testador (esta figura en la tradición jurídica se ha denominado habitualmente fideicomiso de herencia o universal).¹¹

Como hemos señalado, la sucesión *mortis causa* tiene como objeto fundamental la herencia. Esta puede entenderse en un sentido objetivo o subjetivo: en sentido subjetivo, herencia es la sucesión hereditaria universal, i. e. el fenómeno de subrogarse los herederos en la universalidad de derechos y obligaciones del causante (*successio in universum ius*)¹² y la situación que

¹⁰ Es significativo que un buen número de normas del derecho de sucesiones procedentes del derecho romano siguen en gran medida vigentes en la mayoría de los ordenamientos de la tradición occidental: “[el] Derecho de sucesiones tiene una fuerza de inercia quizás superior a cualquier otro conjunto de normas jurídicas. Puede que la implícita reflexión sobre la muerte (aunque sea desde el punto de vista los que siguen vivos) imponga respeto y cohíba a la hora de pensar y proponer consecuencias distintas de las conocidas de siempre. También la lenta y casi imperceptible evolución de las estructuras del parentesco contribuye a imponer un ritmo histórico muy lento a la evolución del Derecho de sucesiones”, DELGADO ECHEVARRÍA (2006), Pág. 87.

¹¹ FAJARDO FERNÁNDEZ (2012), Pág. 441.

¹² Dig. 40.17.62 y 50.16.24.

el heredero asume por virtud de ese hecho; en sentido objetivo, herencia es el complejo de derechos y obligaciones patrimoniales del causante que sean transferibles (*universitas iuris*).

En la historia del derecho se han distinguido tres significados de herencia:¹³ un modo de adquirir, como causa de transmisión de todo el activo y pasivo (adquisición *per universitatem*),¹⁴ de todas las relaciones jurídico-patrimoniales del causante al heredero, dando lugar a la sucesión *mortis causa* (sucesión a título universal).¹⁵ En una segunda acepción, herencia comprende la idea de totalidad económica de los bienes, derechos patrimoniales y prestaciones de una persona, que por su fallecimiento se derivan en otra que la sustituye y que por la sucesión hereditaria la reemplaza para la continuación y cumplimiento de las relaciones jurídicas que constituyen aquella universalidad de derechos. El heredero aparece como titular de un derecho real sobre un conjunto de bienes (*universitas rerum*)¹⁶ que se puede defender mediante una acción real única (*hereditatis petitio*). Por último, se entiende bajo el concepto de herencia el conjunto de todos los derechos transmisibles del causante, por cuya muerte se transfieren a otra persona, pero solo en el resultado líquido que arroja el caudal hereditario después de deducidas las cargas y obligaciones que sobre él pesaran. Este es el concepto preferido en las *Partidas*: “la heredad e los bienes e los derechos de algun finado, sacando ende las debdas que deuia, e las cosas que y fallaren agenas”;¹⁷ sin embargo, técnicamente esta definición se corresponde más bien con lo que los romanos llamaban “bienes” (patrimonio activo) del difunto.¹⁸

Mientras no fallece el causante no hay herencia, sino que su contenido sigue formando parte del patrimonio de este; y en el momento en que el heredero acepta y se procede a la liquidación de las relaciones hereditarias, la herencia ya no existe más, sino que se confunde con el patrimonio del heredero. Por tanto, la existencia autónoma de la herencia como un patrimonio separado, distinto del de cualquier persona, es, en principio, breve, y llamado a extinguirse en un periodo corto de tiempo. Sin embargo, en ese periodo que media entre la muerte del *de cuius* y la liquidación del caudal hereditario se dan una serie de actos y relaciones jurídicas que requieren de una regulación muy pormenorizada.

¹³ PALOMAR BARÓ (1976), Pág. 918.

¹⁴ Inst. Just. 3.10.pr y 12.pr.-1.

¹⁵ Inst. Just. 2.9.6; SALA (1837), Tomo I, Pág. 156; COING (1996), Tomo 1, Pág. 707.

¹⁶ LAUTERBACH (1707), *Collegii theoretico-practici*, No. 4–5 ad Dig. 5.2 en Pág. 531: “Ius in universitate rerum sive haereditate a defunctum relictum, quo illa universitas nostra est”.

¹⁷ Las Siete Partidas, Partida VII, Título 33 Del significamiento de las palabras, e de las cosas dubiosas, Ley 8 Del declaramiento de otras palabras.

¹⁸ Dig. 50.16.39: “Bona intelliguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt”.

3. Apertura, delación y adquisición de la herencia

La apertura de la sucesión se produce tras la muerte del causante y la llamada al heredero o herederos a la adquisición de la herencia. El llamamiento del heredero se denomina vocación, delación u ofrecimiento de la herencia, porque esta se le defiere u ofrece para que, si quiere, la acepte y la haga suya, convirtiéndose en sucesor. Nadie puede adquirir la herencia “sin que primero se le defiera, esto es, se le deba por ser llamado a ella. Se defiere por testamento y, faltando este, abintestato”.¹⁹ Se habla, pues, de una delación voluntaria (o testamentaria) y de una delación legal (o intestada o *ab intestato*). Es sabido que en el derecho romano era un principio básico la incompatibilidad entre la sucesión testada y la intestada (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*).²⁰ Este principio jurídico romanista fue admitido por las *Partidas*.²¹ Sin embargo, ya entre los glosadores, y más aún entre los comentaristas, esta regla se entendió que podía ser derogada por el derecho municipal,²² y así fue parcialmente consagrado para el derecho castellano en el *Ordenamiento de Alcalá*,²³ y de manera definitiva por las *Recopilaciones*.²⁴ En el derecho canónico, por su parte, este principio ya había sido postergado desde la canonística medieval.²⁵

El contenido de la herencia afecta al conjunto de bienes y relaciones jurídicas que son transmisibles por la sucesión hereditaria.²⁶ Este incluye, en principio, toda clase de bienes y derechos patrimoniales del difunto (no así los de carácter público y los personalísimos sobre personas), entre los cuales se incluyen los derechos de crédito, las deudas hipotecarias, las responsabilidades tributarias, indemnizaciones por daños sufridos por el causante, etc. Hay algunas excepciones, como los derechos reales de carácter personalísimo (usufructo, uso y habitación), así como los derechos de aprovechamiento comunales, la cualidad de socio de

¹⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Preámbulo y Ley 3 Como el padre o el auuelo muriendo sin testamento, deue el fijo: o el nieto heredar los bienes del.

²⁰ Si había un testamento válido, los herederos testamentarios adquirían la totalidad de la herencia por derecho de acrecer; en otro caso, se abriría su sucesión intestada y, en principio, decaían todas las cláusulas del testamento. Asimismo, si la institución de heredero era inválida, o si el heredero instituido repudiaba la herencia, también se abriría la sucesión intestada. Como consecuencia, tampoco se admitía la institución de heredero bajo condición hasta cierto tiempo (resolutoria) o desde cierto momento (suspensiva), en virtud del principio *semel heres, semper heres*.

²¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 1 En quantas maneras pueden morir los omes sin testamento; Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Preámbulo.

²² Sobre la base de la ficción de que las disposiciones de la sucesión legal expresan una voluntad tácita del causante. Referencias en Bussi (1939), Tomo 2, Págs. 136–137, 177; y COING (1996), Tomo 1, Pág. 708.

²³ Ordenamiento de Alcalá, Tít. XIX, Ley única.

²⁴ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4 De los testamentos, i comissarios para los poder hacer, i de los ejecutores testamentarios, Págs. 711–715; Novísima Recopilación, Libro X De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias, Tít. 18 De los testamentos, Pág. 122.

²⁵ X. 3.26.13; vid. Comentarios en Bussi (1939), Tomo 2, Págs. 171–173.

²⁶ Dig. 50.16.24.

sociedades personalistas o los títulos nobiliarios (que siguen un régimen de sucesión propio dentro del linaje, con independencia de quién sea el sucesor hereditario del causante).

Un objeto de sucesión hereditaria particular y relevante en el ámbito del derecho indiano fueron las encomiendas sobre indios, sobre todo a partir de una real provisión de 26 de mayo de 1536 (reiterada por reales cédulas de 4 de marzo y 5 de abril de 1552),²⁷ por la que se concedieron por más de una vida. Este fue el tema de mayor atención en el ámbito del derecho de sucesiones para los tratadistas y legisladores indios, dado que las viejas normas del derecho castellano no eran adecuadas para el tratamiento de esa realidad social totalmente novedosa. Los tratadistas, particularmente Juan de Solórzano y Pereira, dedicaron una lectura especial a esta cuestión. Dado que se trata de una institución de derecho estrictamente secular, no fue objeto de tratamiento por los canonistas (salvo marginalmente), por lo que aquí no vamos a entrar a comentarlo con detalle.²⁸ En todo caso, debe tenerse en cuenta que en el derecho de sucesiones del Antiguo Régimen, aunque *pro forma* la sucesión *mortis causa* seguía considerándose unitaria, de hecho operaba como un conjunto de sucesiones distintas en función de las distintas masas patrimoniales que integraban el patrimonio del difunto (bienes troncales, bienes vinculados, reservas, peculiares, bienes dotales y esponsalicios, etc.) y que seguían sus propias reglas, donde la voluntad del causante muchas veces tenía un papel marginal.²⁹

Una vez que se produce el ofrecimiento, el heredero ha de decidir si acepta o repudia la herencia: nadie puede ser obligado a aceptar la herencia (*nemo haeres invitus*)³⁰ ni tampoco puede ser forzado a decidir si acepta o no,³¹ salvo que algún acreedor hereditario o cualquier otro beneficiario de la herencia pida judicialmente que se liquide esta. Además, el derecho del heredero está sujeto a un periodo de prescripción general de treinta años, y si este muere sin haberlo ejercitado, pasa a sus herederos por derecho de representación.³² Mientras no se produce la aceptación, la herencia se dice que no pertenece a nadie (*nullius in bonis est*), y funciona como un patrimonio independiente que representa a la persona del causante, no

²⁷ Referencias en OTS CAPDEQUÍ (1921), Págs. 84, Nota al pie 3 y Pág. 94 Notas al pie 1 y 2.

²⁸ Al respecto véase OTS CAPDEQUÍ (1921), Págs. 79–116; OTS CAPDEQUÍ (1945), Págs. 438–446; OTS CAPDEQUÍ (1946), Págs. 112–123; OTS CAPDEQUÍ (1968), Págs. 225–229.

²⁹ RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 580–581.

³⁰ No obstante, en las *Partidas* se admite aún la categoría de los herederos necesarios, que eran los siervos a los que se instituye herederos, los cuales están obligados a aceptar la herencia y pagar las deudas del causante, quedando libres a continuación, *Las Siete Partidas*, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 21 Que departimiento ha entre los herederos del fazedor del testamento.

³¹ *Las Siete Partidas*, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Ley 11 En que manera deue el heredero tomar la heredad si entendiere que le es prouechosa.

³² Esto sucede si el heredero es legítimo; pero si es un heredero extraño el llamado, no se produce este efecto (*haereditas non adita, non transmittitur*): cfr. *Las Siete Partidas*, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Leyes 2 y 13.

del heredero,³³ tiene la consideración de una persona fictiva³⁴ y se dice que la herencia está “yacente” (*hereditas iacet*)³⁵ y solo puede ser objeto de actos ordinarios de administración y conservación de los que luego el poseedor hereditario tendrá que dar cuenta.

Cuando llega a ser sucesor quien sea, la personalidad jurídica del heredero se confunde con la del difunto (*haeres censemur cum defuncto una eademque persona*)³⁶ y se considera que la sucesión se produjo en el momento en que el causante falleció y que la herencia pasó al sucesor inmediatamente, de modo que el periodo de yacencia se extingue y sus efectos se conservan solo en la medida en que resulte necesario. Mientras está yacente la herencia, el que se reputa heredero puede apoderarse por sí mismo de ella; pero si está en manos de un tercero, debe aquel ponerlo en conocimiento del juez y pedirle a este, mediante la presentación de las pruebas correspondientes, que lo declare heredero.³⁷

4. Capacidad de suceder: condiciones de aceptación de la herencia

Para poder aceptar la herencia, el llamado ha de haber sobrevivido al causante y tener capacidad sucesoria general y particular respecto de este. La ausencia de la primera es la incapacidad sucesoria y la segunda, la indignidad para suceder. Para poder suceder es preciso que el heredero estuviera libre del impedimento legal al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata; pero si fuese un heredero extraño a la familia del causante, esa falta de impedimento debe darse en tres momentos: el de su institución o nombramiento, el de la muerte del *de cuius* y el de la aceptación.³⁸

En principio, el derecho canónico admite que todo individuo, libre o esclavo, goza de capacidad para suceder (*testamenti factio passiva*), y también toda corporación (*corpus*) o comunidad de individuos (ciudades, establecimientos, la Iglesia o el Estado, etc.),³⁹ incluidos

³³ Inst. Just. 2.14.2.

³⁴ COING (1996), Tomo 1, Pág. 707.

³⁵ Dig. 36.4.5.20; 43.24.13.5.

³⁶ Las Siete Partidas, Partida VII, Título 9 De las deshonras quier sean fechas, o dichas a los biuos, o contra los muertos, e de los famosos libellos, Ley 13 Como pueden demandar emienda los herederos de la desonra que fizieron a aquel que heredaron seyendo muerto.

³⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si toman aquell heredamiento, en que fueron establescidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando dizen que finco preñada del, Ley 11 En que manera deue el heredero tomar la heredad si entendiere que le es prouechosa; cfr. ESCRICHE (1876), Tomo III, s. v. Herencia, Pág. 35.

³⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establescidos los herederos en los testamentos, Ley 22 qual tiempo deue ser catado en que el heredero puede ser establescido o non.

³⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 que cosa es testamento, Leyes 30 y 31.

los pobres en general, de forma indefinida.⁴⁰ Incluso Dios, Jesucristo y los santos pueden ser instituidos herederos para que la herencia se gaste en su culto.⁴¹

No obstante, ciertas personas, bien por sus características propias derivadas de la naturaleza o de la ley, bien por haber desempeñado un comportamiento indigno frente al causante, no se consideran aptos para obtener o retener su sucesión.⁴² Había una larga serie de causas de incapacidad, que, en todo caso, podía ser absoluta o relativa.⁴³ Absolutamente incapaces (*simpliciter*) son los que bajo ninguna circunstancia podrían ser herederos: tal es el caso, por supuesto, de los no concebidos en el momento de abrirse la sucesión y de las criaturas abortivas,⁴⁴ de los que han sufrido una muerte civil (condenados a minas o equivalentes o los deportados),⁴⁵ los bandidos o criminales pregonados, los herejes condenados en sentencia firme y los apóstatas, los que se hicieran bautizar dos veces a sabiendas, los judíos y musulmanes, así como los reos de lesa majestad y sus hijos⁴⁶ y los que hubieran sido condenados a no poder hacer testamento por haber cometido un determinado delito.

También sufrían incapacidad natural el menor de siete años de edad, el loco o *mente captus* (salvo en períodos de lucidez) y el pródigo declarado judicialmente, de modo que no podían por sí mismos adquirir las herencias que se les hubieran deferido, pero sí hacerlo por ellos su tutor o curador si fueren ventajosas; en el caso del menor de siete años instituido que estuviera en patria potestad, podía adquirir por él su padre, e incluso adquirirla este directamente si el menor moría antes de los siete años; los mayores de catorce años y menores de veinticinco podían aceptar y adquirir la herencia, pero si esta se revelara desventajosa podrían valerse del

⁴⁰ Cod. Just. 1.3.49; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 2 Quien puede ser establecido por heredero de otri. En ese caso, los bienes han de ser entregados a los hospitales de la zona o, en su caso, distribuidos por el obispo.

⁴¹ Ya desde el derecho romano: Cod. Just. 1.2.25; Nov. Just. 131.9. En este caso se considera que el beneficiario ha de ser la iglesia del lugar de residencia del causante y los bienes transmitidos deben ser distribuidos entre los pobres: Las Siete Partidas, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 2 Quien puede ser establecido por heredero de otri; vid. HANNAN (1934), Pág. 335.

⁴² Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 13 Porque razon deuen perder los herederos la herencia que deuan auer; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 11 De los herederos, que no querellan la muerte del que es muerto à tuerto, Pág. 731.

⁴³ MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 244.

⁴⁴ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 13 De los hijos abortivos, quienes se digan tales para no suceder a sus padres; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8 De las herencias, i particion dellas, Ley 2 Quando se dice el hijo auer nascido de parto natural, ò abortiuo, para poder suceder à sus padres, Págs. 728-729. Se exigía que el nacido viviera por un espacio de 24 horas y, además, que fuera bautizado.

⁴⁵ LOPEZ, Las Siete Partidas, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 4 Quien non puede ser establecido por heredero, Glosa a. Sus hijos. Aunque la ley 4 de las Leyes de Toro autorizó al condenado a muerte civil a otorgar testamento, de lo que se deduce que también podría adquirir la herencia, pero era tema discutido en la doctrina: GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 4 De los condenados a muerte, si pueden testar, Nos. 6 y 7.

⁴⁶ Las Siete Partidas, Partida VII, Título 2 De las trayciones, Ley 2 Que pena meresce aquel que faze traycion; Nueva Recopilación, Libro VIII, Tít. 18, Leyes 2-4, Pág. 424.

derecho de restitución (*restitutio in integrum*) y revertir sus efectos, con autorización del juez del lugar.⁴⁷ Tampoco podían adquirir herencias las corporaciones (*collegia*) erigidas contra derecho o contra la voluntad del rey.⁴⁸

Es interesante el caso de las mujeres: según el *ius commune* no podía adquirir la mujer viuda que se casaba dentro del año de luto,⁴⁹ pero esta norma fue corregida tanto por el derecho canónico como por el castellano;⁵⁰ asimismo, la mujer casada no podía aceptar la herencia sin consentimiento de su marido, a no ser bajo inventario, ni tampoco repudiarla.⁵¹ Otro caso particularmente importante es el de los religiosos profesos de ambos sexos. Según el derecho canónico, sí podían ser instituidos herederos, aun si fueran miembros de órdenes mendicantes, si bien, al ser ellos incapaces de dominio por el voto de pobreza, la herencia a ellos deferida sería adquirida por su convento o monasterio.⁵² Así parecen admitirlo también las *Partidas*, aun cuando parecen declarar una suerte de muerte civil del religioso profeso.⁵³ La legislación real, en principio, abundó en la misma línea: el *Fuero Real* estableció que no podían adquirir herencias por testamento,⁵⁴ aunque sí admitía que los bienes se dejaran a sus monasterios o establecimientos religiosos; y el concilio de Trento (declarado legislación vigente en España)⁵⁵ corroboró asimismo que los regulares no pudieran tener bienes ni propios ni a nombre de su convento, pero que los que hubieran recibido por cualquier medio (incluidas las herencias) deberían entregarse inmediatamente a su superior e incorporarse a

⁴⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si toman aquell heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Ley 13 Quales omes que son establecidos por herederos pueden tomar, e ganar la herencia por si: e quales por otorgamiento de otri; Título 19 Como deuen ser entregados los menores, si algun daño o menoscabo recibieron en sus bienes, por culpa de si mismos, o de aquellos que los tuuieren guarda, Ley Como el menor puede desamparar la herencia que ouiere entrado, si entendiere que le es dañosa.

⁴⁸ Cod. Just. 6.24.8; Las Siete Partidas, Partida VII, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 4 Quien non puede ser establecido por heredero.

⁴⁹ Cod. Just. 5.9.1.

⁵⁰ X. 4.21.4–5; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 3, Ley 3 Que la muger casada, teniendo licencia de su marido para facer todo aquello que no podia sin licencia, pueda contraer, i estar en Juicio, Pág. 708.

⁵¹ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 54 Que la mujer sin licencia del marido no puede repudiar, ni aceptar herencia sin beneficio de inventario.

⁵² MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 244; cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1974), Págs. 62–69.

⁵³ Las Siete Partidas, Partida I, Título 7 De los Religiosos, Ley Primera. Quales son llamados reglares, e religiosos y 2 Que cosas deuen prometer los que entran en orden de religion, e en que manera, e a quien deuen fazer la promission; pero vid. Ley 14 En que manera deuen biuir los monjes, e que cosas han de guardar en la orden y Partida VI, Tít. 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 2 Quien puede ser establecido por heredero de otri y Ley 4 Quien non puede ser establecido por heredero.

⁵⁴ Fuero Real, Libro III, Tít. 5, Ley 10.

⁵⁵ Real Cédula de 12 de julio de 1564, tomada de Novísima Recopilación, Libro I, Tít. 1, Ley 13 Execucion y cumplimiento, conservación y defensa de lo ordenado en el santo Concilio de Trento, Págs. 5–6.

su instituto.⁵⁶ Sin embargo, una pragmática sanción de 6 de julio de 1792⁵⁷ prohibió que los religiosos profesos pudieran suceder a sus parientes *ab intestato*, tampoco por sus monasterios, ni a título de representación ni bajo ningún otro concepto, y lo mismo se aplicó en la legislación india; sí podían suceder por testamento, en cambio, los religiosos de órdenes que sí pudieran poseer bienes.⁵⁸

La incapacidad parcial (*secundum quid*) afectaba a aquellos que, en principio, sí podían adquirir por vía hereditaria, pero en ciertos casos y con relación a ciertas personas no podían ser llamados a la herencia. Tal es el caso de los hijos ilegítimos (o bastardos),⁵⁹ ya fueran naturales o espurios. Todos ellos podían heredar de su padre, con preferencia a otros parientes, no habiendo hijos legítimos, según el derecho romano y el tradicional castellano;⁶⁰ sin embargo, el derecho canónico (seguido después por la legislación real) restringió sus derechos, distinguiendo entre diversas clases.⁶¹ Así, los hijos o nietos naturales, así como los naturales de un hijo legítimo y los legítimos de uno natural, no podían heredar de su ascendiente existiendo hijos o descendientes legítimos, salvo una quinta parte de la herencia como cualquier extraño.⁶² No habiendo estos, podían heredar de su padre por vía testamentaria el todo o la parte que este quisiera de su herencia,⁶³ y por vía intestada solo la sexta parte de la herencia, que debía repartir con su madre,⁶⁴ o la totalidad en caso de falta de ascendientes o descendientes legítimos o colaterales hasta el cuarto grado; de su madre debían heredar al menos lo correspondiente a un hijo legítimo, tanto por vía testada como intestada.⁶⁵

⁵⁶ Conc. Trid., Sessio 25, *Decretum de Regularibus et Monialibus*, Cap. 2.

⁵⁷ Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20, Ley 17 Prohibicion de suceder los Religiosos de ambos sexos á sus parientes intestados.

⁵⁸ Real Cédula de 29 de noviembre de 1796, AGI, Indiferente general, Leg. 2883.

⁵⁹ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 9 De la sucesión de los ilegítimos.

⁶⁰ Cod. Just. 5.27.8; Auth. *Licet patri ad Cod. Just. eod.; Fuero Juzgo*, Libro III, Tít. 5 De los adulterios contra natura, e de los religiosos e de los sodomitas, Leyes 1 y 2.

⁶¹ X. 1.9.10; Cod. Just. 6.42.30; Nov. Just. 18.5; 89.12.

⁶² GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 9 De la sucesión de los ilegítimos; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 7 Como, i quando los hijos bastardos, y de dañado ayuntamiento, y de Frailes, i Clerigos i Monjas, pueden suceder á las madres, ó auer alimentos, Pág. 730.

⁶³ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 10 De los alimentos que se deben a los hijos ilegítimos, y en qué cantidad de la herencia; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 8 Que los hijos de los Clerigos no hereden, ni ayan por título oneroso los bienes de los padres, ni de los parientes de parte de padre; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20, Ley 6 Parte de bienes que pueden mandar los padres á sus hijos legítimos y naturales, Págs. 125-126.

⁶⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 9 Como non se embarga al fijo natural la su parte, que dueu auer por razon de la muger legitima que fue de su padre.

⁶⁵ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 10 De los alimentos que se deben a los hijos ilegítimos, y en qué cantidad de la herencia; Novísima Recopilación, Libro X De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias, Tít. 20, Ley 5 Casos en que los hijos bastardos é ilegítimos puedan ó no heredar á sus madres ex testamento y ab intestato, Pág. 125.

Los hijos espurios (o adulterinos o incestuosos),⁶⁶ en cambio, no podían suceder a su padre ni por vía testamentaria ni *ab intestato*,⁶⁷ pero sí a su madre hasta un quinto de los bienes por vía testamentaria, si esta tuviera hijos legítimos, y hasta la totalidad si careciera de ellos;⁶⁸ por *aequitas canonica*, sin embargo, los padres debían dejarles los alimentos necesarios para su sustento, en caso de que el hijo careciera de medios propios, y así fue recogido también por la legislación real.⁶⁹ En el caso de los hijos bastardos de los clérigos, la legislación real prohibía radicalmente que pudieran recibir nada por vía testamentaria o *ab intestato* de sus padres o ascendientes, ni tampoco por cualquier otro medio que pudiera intentar el padre a su favor.⁷⁰ La teología moral criticó toda esta compleja regulación, por considerarla contraria al derecho natural y al *ius commune*, y entendía que, en todo caso, debía interpretarse restric-

⁶⁶ Sobre el caso de concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos, en caso de adulterio, el hijo puede ser ilegítimo para el adulterio, pero considerado legítimo por el cónyuge inocente, y concurrir a la herencia junto a sus supuestos hermanos, ver PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO (1973), Págs. 263–266.

⁶⁷ Auth. *Licet patri ad Cod. Just. 5.27.8*; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 10 Quales fijos non son legítimos, nin naturales: e que non pueden heredar los bienes de sus padres; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 9 De la sucesión de los ilegítimos; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 7 Como, i quando los hijos bastardos, y de dañado ayuntamiento, y de Frailes, i Clerigos i Monjas, pueden suceder à las madres, ò auer alimentos, Pág. 730. Contra LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 11 Quales fijos de aquellos que non son legítimos, pueden heredar a sus madres, Glosa d. Legítimos.

⁶⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 11 Quales fijos de aquellos que non son legítimos, pueden heredar a sus madres; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 9 De la sucesión de los ilegítimos; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8 De las herencias, i particion dellas, Ley 7 Como, i quando los hijos bastardos, y de dañado ayuntamiento, y de Frailes, i Clerigos i Monjas, pueden suceder à las madres, ò auer alimentos. Siempre que los hijos no hubieran nacido de un delito por el cual la madre hubiera merecido la pena capital: GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 9 De la sucesión de los ilegítimos; ACEVEDO, Comm. in Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 7 Como, i quando los hijos bastardos, y de dañado ayuntamiento, y de Frailes, i Clerigos i Monjas, pueden suceder à las madres, ò auer alimentos, No. 37–49; SÁNCHEZ (1635), Consilia seu opuscula moralia, T. I, Lib. 4, Cap. 3, Dub. 4 y 5. Si los hijos eran adulterinos o incestuosos, solo podían acceder a un legado o donación por la cuota *pro anima*, pero no ser herederos ni *ex testamento* ni *ab intestato*: Las Siete Partidas, Partida IV, Título 15 De los fijos que non son legítimos, Ley 3 Que daño auien a los fijos por non ser legítimos; Fuero Real, Libro VI, Tít. 6 De las herencias, Ley 1; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 9 De la sucesión de los ilegítimos.

⁶⁹ Las Siete Partidas, Partida IV, Título 19 Como deuen los padres criar a sus fijos: e otrosi como los fijos deuen pensar de los padres, quando les fuere menester, 5 a quales fijos son tenudos los padres de criar: e quales non; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 10 De los alimentos que se deben a los hijos ilegítimos, y en qué cantidad de la herencia; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 8 Que los padres, seyendo obligados à dar alimentos, no pueden dár mas del quinto; i à los hijos naturales puedan dár todo lo que quisieren, no teniendo descendientes legítimos. Se considera también una exigencia del derecho natural: LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida IV, Tít. 19 Como deuen los padres criar a sus fijos: e otrosi como los fijos deuen pensar de los padres, quando les fuere menester, Ley 2 Por que razon e en que manera son tenudos los padres de criar a sus fijos: maguer non quisiesen, Glosa h. La riqueza.

⁷⁰ Ley de Juan I de 1380 en Ordenanzas reales de Castilla, 1, 3, 2 y 5, 3, 2: cfr. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO (1973), Pág. 260.

tivamente por haberse dictado *in odium filiorum*, y sus normas podían ser obviadas por medio de fideicomisos.⁷¹

Un caso particular de incapacidad parcial es la que afecta al confesor del causante. El derecho canónico no veía con prevención que el testador pudiera conceder algo de su herencia al confesor que le asistiera en sus últimos momentos, o a la iglesia o institución a la que este perteneciera, si bien numerosas disposiciones de los concilios y también los manuales de confesores se pronunciaban sobre esta cuestión.⁷² Sin embargo, la legislación real sí temía que se pudieran producir abusos y fáciles captaciones de voluntad, por lo que terminó prohibiendo que resultara favorecido por el testamento de difunto.⁷³

Los afectados por indignidad pueden ser llamados a la herencia, conservan su posición de herederos y la capacidad de adquirir, pero no pueden retener los bienes que hubieran adquirido tras la declaración de indignidad.⁷⁴ Las causas de indignidad son muy variadas, existía una rica casuística:⁷⁵ ante todo, son graves ofensas contra el causante mismo (homicidio o atentado, abandono en la vejez, no redención de cautividad), o familiares cercanos (hermanos, hijos huérfanos, etc.), o contra el acto de testar o la sucesión testamentaria misma (falsificación del testamento, etc.). Los bienes que no puede adquirir el indigno, unas veces se ingresan en el fisco⁷⁶ y otras se entregan a los otros herederos testamentarios o a los *ab intestato* del causante.

5. Modos de aceptación de la herencia

La aceptación de la herencia puede hacerse pura y simplemente o a beneficio de inventario. La aceptación pura o simple puede ser expresa (*aditio hereditatis*), cuando se asume el título de heredero, sea verbalmente, sea mediante un documento público o privado; o tácita (*pro herede gestio*), cuando el llamado realiza algún acto que supone necesariamente la intención

⁷¹ SOTO (1553), *De Iustitia et Iure*, Lib. I, Quaest. 1, Art. 3; en contra, MOLINA (1733), *De Iustitia et Iure*, T. II, Tract. 2, Disp. 168 y 169; cfr. PÉREZ-PRENDES y MUÑOZ DE ARRACO (1973), Págs. 256–263.

⁷² Véase MARTÍNEZ BAEZA (2010), Pág. 572.

⁷³ Real Cédula de 18 de agosto de 1771 en Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20 De las herencias, mandas y legados, Ley 15, y 13 de febrero de 1787, donde se ordena el cumplimiento del Auto Acordado de Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 10 De las donaciones, i mercedes, que los reyes han hecho, i hicieren, i otras personas, Ley 3 Que el Rei no pueda hacer donacion de las Ciudades, i Villas, i Lugares de su Corona Real contra el tenor de lo contenido en esta lei. Vid. ÁLVAREZ (1982), Vol. 1, Tomo 2, Pág. 186 en Nota.

⁷⁴ La persona indigna, a diferencia del incapaz, puede adquirir y recibir la herencia, pero no conservarla: “*Indignus est capax iure, incapax effectu; incapax vero est incapax iure et effectu*”, CUIACIUS, cit. por ESCRICHE [1876] Tomo III, Pág. 12, s. v. Heredero.

⁷⁵ ESCRICHE (1876) Tomo III, s. v. Heredero, Págs. 13–15.

⁷⁶ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Leyes 7 y 13; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 11 De los herederos que no querellen la muerte del que es muerto a tuerto, Pág. 731. La pena de confiscación de bienes solo fue abolida por la Constitución de 1812.

de heredar, ya que no tendría derecho a hacerlo si no fuese heredero.⁷⁷ En el derecho romano, la aceptación es un acto legítimo, de carácter personalísimo, que no podía hacerse por procurador ni bajo plazo o condición, y así fue asumido por las *Partidas*.⁷⁸ Sin embargo, el derecho castellano posterior sí admitió la aceptación por procurador, mediante poder especial, y sometida a término (inicial o final); no así, en cambio, la aceptación condicionada, por ser contraria a los derechos de los acreedores hereditarios.⁷⁹

La aceptación expresa no ofrece mayor dificultad, pero la tácita sí puede resultar problemática, puesto que algunos hechos resultan equívocos respecto de la verdadera voluntad del actor de adquirir la herencia, o bien se trata solo de actos realizados por piedad o con intención de que no se menoscabe o malogre la herencia (*negotiorum gestio pro hereditate*).⁸⁰ Por regla general, se reputa que el que actúa acepta la herencia cuando ejercita derechos que solo un dueño podría realizar, como es el caso del ejercicio de acciones hereditarias, o se opone al pleito entablado contra el difunto.⁸¹ En cambio, otros actos sin duda no suponen aceptación, porque son meramente de piedad para con el difunto y su familia, o conservatorios, de vigilancia o cuidado, o de administración provisoria del patrimonio hereditario (v. gr. pago de los gastos del entierro; realización de reparaciones urgentes, etc.).⁸² En todo caso, para evitar toda duda, conviene que el interesado manifieste ante el juez o ante testigos fidedignos, cuál es su verdadera intención.⁸³

Como efecto de la aceptación pura y simple, el heredero adquiere el patrimonio hereditario en su totalidad (normalmente haciendo un inventario previo de los bienes del causante)⁸⁴ y su personalidad jurídica se confunde con la del causante (*haereditas adita non est amplius*

⁷⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Ley 11 En que manera deue el heredero tomar la heredad si entendiere que le es prouechosa.

⁷⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Ley 15 Como el heredero deue rescebir la herencia llanamente sin condicion, e por si mismo e non por otra persona.

⁷⁹ ESCRICHE (1876), Tomo III, Pág. 200.

⁸⁰ SALA (1837), Tomo I, Pág. 186.

⁸¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Ley 11 En que manera deue el heredero tomar la heredad si entendiere que le es prouechosa. Vid. numerosos ejemplos en ESCRICHE (1876), Tomo III, Pág. 200–201.

⁸² ESCRICHE (1876), Tomo III, Pág. 201–202.

⁸³ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada del, Leyes 3 y 11.

⁸⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando disen que finco preñada

hereditas, sed patrimonium heredis). Este efecto se retrotrae al día de apertura de la sucesión, es decir, el día de la muerte del causante. Pero en el derecho castellano el llamado puede supeditar su aceptación a un determinado periodo de tiempo, de modo que solo sea válida a partir de un momento dado o hasta un cierto día, por abolición del principio romano *semel heres, semper heres*.⁸⁵

El efecto más característico de la aceptación pura y simple es que el heredero se hace cargo de la totalidad del patrimonio hereditario, es decir, tanto de los derechos como de las obligaciones del causante. Es decir, el heredero debe pagar todas las deudas que dejó el difunto y entregar las mandas y legados que este hubiera hecho, aun cuando importen un valor superior al de los bienes hereditarios (responsabilidad del heredero *ultra vires*).⁸⁶ Este efecto tan gravoso encontraba, no obstante, algunas limitaciones (casos en los cuales la responsabilidad del heredero se limitaba al importe de los bienes hereditarios, o bien quedaba liberado completamente de responsabilidad).⁸⁷ Un caso particularmente interesante para el derecho canónico es el de la responsabilidad patrimonial derivada de los actos delictivos causados por el *de cuius*. Según el derecho romano, estas acciones no se transmiten contra el heredero del causante. Sin embargo, los canonistas entendieron que *in foro conscientiae* el heredero debía responder por los delitos del causante, y por tanto resarcir las consecuencias derivadas de ellos también *ultra vires hereditatis*.⁸⁸ No obstante, esta regla se fue atemperando con el tiempo en virtud de la *aequitas canonica*, hasta finalmente quedar limitada la responsabilidad del heredero por estos hechos al importe del caudal hereditario.⁸⁹

Con el fin de precaver al heredero de las gravosas consecuencias de la aceptación pura y simple, el derecho romano estableció dos instituciones que le permitían adoptar su decisión de aceptar o repudiar la herencia con un mayor criterio, e incluso la posibilidad de limitar su responsabilidad respecto de las deudas hereditarias exclusivamente a los bienes de la herencia. Estas dos figuras son el derecho de deliberar (*ius deliberandi*) y el beneficio de inventario (*beneficium inventarii*). Por el primero se concedía al heredero un cierto plazo (normalmente entre nueve meses y un año) para que pudiera averiguar los bienes y deudas de la herencia, a

del, Ley 5 Como el heredero non queriendo tomar plazo para consejarse deue entrar los bienes del de-funto, seguramente, faziendo inuentario primero.

⁸⁵ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 15 Como non empesce a aquel que fuesse establecido por heredero, tiempo nin dia cierto que sea puesto en el testamento. En contra, arg. ex Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 18, Ley 1 Solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto ó nuncupativo, Pág. 120.

⁸⁶ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si toman aquell heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando dizen que finco preñada del, Leyes 5 y 10.

⁸⁷ Ver un elenco de estos casos en ESCRICHE (1876), Tomo III, Pág. 204.

⁸⁸ Gl. ab *haeredidus* ad C.12 q.2 c.34; gl. *reddatur* ad C.16 q.6 c.3; cfr. X. 3.21. 3 y gl. *ex successione* ad h. 1. Más referencias en BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 122–123.

⁸⁹ Canon *in litteris* en X. 5.17.5. Ver más fuentes en BUSSI (1939), Tomo 2, Pág. 123, Nota 1.

fin de resolver en consecuencia si le conviene más aceptarla o repudiarla;⁹⁰ por el segundo, se le concede la facultad de limitar su responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia a lo que alcance el importe de la misma, siempre y cuando primero los haga constar cuidadosamente por medio de un inventario (a fin de dar plena garantía a los acreedores).⁹¹

Si el llamado no considerare conveniente aceptar la herencia, puede repudiarla. La repudiación puede hacerse también de manera expresa, mediante una declaración de palabra, o de hecho, a través de la realización de actos que evidencien su falta de voluntad de adquirir. Pero, una vez repudiada la herencia, el llamado pierde su derecho a aceptarla, que pasa a los siguientes llamados; solo en caso de que el llamado fuese un descendiente menor de edad, tendrá derecho a recobrar la herencia en el plazo de tres años, siempre que los bienes no se hubiesen enajenado, en cuyo caso solo podría reclamar una restitución si fuese menor de veinticinco años.⁹²

6. La sucesión testada: la capacidad de testar

El testamento es un negocio jurídico que constituye la piedra angular de la sucesión hereditaria desde la antigua Roma. Siguiendo de cerca las fuentes romanas⁹³ Murillo Velarde lo define como la determinación de voluntad acerca de aquello que alguien quiere que se haga después de su muerte.⁹⁴ A continuación detalla sus principales características: es un negocio jurídico formal, *mortis causa*, esencialmente revocable en vida del causante.⁹⁵ Para él, siguiendo a los teólogos escolásticos, es un negocio de derecho natural, si bien necesitado de una ley civil para poder ser efectivo y defenderlo.⁹⁶ Para poder otorgar testamento es preciso tener capacidad para testar (*testamenti factio activa*).

⁹⁰ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando dizen que finco preñada del, pr. y Leyes 1-3; SALA (1837), Tomo I, Págs. 183-184; ESCRICHE (1876), Tomo II, Págs. 61-62, s. v. Beneficio de deliberación.

⁹¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando dizen que finco preñada del, Leyes 5-9; SALA (1837), Tomo I, Págs. 184-186; ESCRICHE (1876), Tomo II, Págs. 62-66, s. v. Beneficio de inventario; ÁLVAREZ (1982), Vol. I, Tomo 2, Págs. 236 ss.

⁹² Las Siete Partidas, Partida VI, Título 6 De como los herederos pueden auer plazo, para consejarse, si tomaran aquel heredamiento, en que fueron establecidos herederos o non: e como se deue fazer el inuentario. Otrosi como deue la muger guardada, despues de muerte de su marido, quando dizen que finco preñada del, Leyes 18 y 20.

⁹³ Dig. 28.1.1 ss. (Modestino).

⁹⁴ MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 233.

⁹⁵ Sobre revocabilidad del testamento, vid. ZEVALLOS (ca. 1715-1730), Formulario de Testamentos, No. 16, Gl. 8, 11 (Texto en LUQUE COLOMBRES [1980], Págs. 414-418).

⁹⁶ MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 233.

En principio dispone de ella cualquier persona a quien la ley no se lo haya prohibido;⁹⁷ esto afectaba a los varones menores de catorce años y mujeres menores de doce;⁹⁸ los dementes;⁹⁹ los pródigos; los ciegos¹⁰⁰ y los sordomudos de nacimiento (en estos últimos tres casos con excepciones); los usureros;¹⁰¹ los herejes excomulgados.¹⁰²

Un caso particularmente relevante es el del religioso profeso: según el derecho canónico¹⁰³ y las *Partidas*,¹⁰⁴ los clérigos seculares no podían testar de sus bienes beneficiales ni de los adquiridos en favor de la Iglesia;¹⁰⁵ pero por privilegio pontificio se les concedía la posibilidad de testar, al ser la prohibición una norma pontificia y, por tanto, podía ser dejada sin efecto por el Romano Pontífice (no así en el caso de los clérigos regulares, ya que se entendía que no pueden testar porque nada tienen); asimismo, se entendía que, por ser una norma de derecho humano, no divino, podría ser derogada por costumbre inmemorial, que se consideraba equivalente al privilegio;¹⁰⁶ en España (y, por tanto, también en América)¹⁰⁷ se entendía corroborada y aprobada la costumbre por derecho regio.¹⁰⁸ Los obispos seculares, en cambio, sí pueden hacer testamento sobre sus bienes, pero no sobre los adquiridos de las rentas del episcopado o en vista de su dignidad eclesiástica, aunque sí pueden comerciar con ellos y

⁹⁷ Dig. 6.1.13.

⁹⁸ Dig. 2.8.1.5.

⁹⁹ A estos se equiparan los ebrios, v. gr. Inst. Just. 2.12.1.

¹⁰⁰ Las personas ciegas sí podían otorgar testamento, pero solo abierto o nuncupativo, exigiendo siete testigos y escribano público: Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 5 De como pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en logar de los que y fueren puestos primeramente, a que dizan en latin substitutos, Ley 14 De la sustitucion que es llamada en latin fideicommissaria. Se habla de 5 testigos en: Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 2 Que pone la solemnidad, que se requiere en el testamento abierto, i cerrado, i en el del ciego, i en el testamento entre hijos, Pág. 711. Había discusiones doctrinales en torno a si una u otra norma estaba vigente: ESCRICHE (1876), Tomo IV, Pág. 1105.

¹⁰¹ Incluso *ad causas pias*: X. 5.19.4 y 9.

¹⁰² X. 5.7.13.5; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 que cosa es testamento, Ley 16 De los omes son dados por refenes e los juzgados por enfamados por cantigas que fizieron, e los que fuessen siervos e de los otros, que non fazen testamento, i. f.

¹⁰³ C.19 q.3 c.7; X. 3.26.2; Conc. Trid., Sessio 25, Decretum de Regularibus et Monialibus, Caps. 2 y 16. Los religiosos regulares, en cambio, no pueden hacer testamento de ningún modo, porque se entiende que nada tienen: C.19 q.3 c.7; X. 3.26.2; vid. MARTÍNEZ BAEZA (2010), Pág. 572.

¹⁰⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 que cosa es testamento, Ley 17 Como los que entraron en religion non pueden fazer testamento.

¹⁰⁵ X. 3.26.9 y 12; cfr. TEJERO (2020).

¹⁰⁶ Este tema era objeto de controversias en la doctrina: cfr. MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 240.

¹⁰⁷ Recopilación, Libro I, Tít. 12, Ley 6 Que los Prebendados y Clerigos puedan disponer de sus bienes como quisieren ex testamento y ab intestato, Fol. 52; cfr. Ots CAPDEQUÍ (1921), Págs. 121–122.

¹⁰⁸ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 13 Que en la sucesión de los bienes de los Clerigos adquiridos intuitu Ecclesiae se suceda como en los otros bienes suyos patrimoniales, Págs. 731–732; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20, Ley 12 Sucesión de los bienes de los clérigos, adquiridos de sus Iglesias, Beneficios ó rentas eclesiásticas, Pág. 731; cfr. al respecto SOLÓRZANO PEREIRA, Política Indiana, Libro IV, Cap. 10, Págs. 580–581, ¶ 35.

donarlos entre vivos;¹⁰⁹ esta prohibición, sin embargo, también fue derogada por costumbre en Estaña con relación a los testamentos hechos para obras pías y a las donaciones *mortis causa*.¹¹⁰ Una cédula de 29 de noviembre de 1796,¹¹¹ sin embargo, declaró incapaces de testar a los religiosos de ambos sexos, así como de recibir por testamento o *ab intestato*.

En el caso de los clérigos regulares, sin embargo, se entendía que no podían testar porque nada tienen. Naturalmente, los novicios que aún no hubieran profesado pueden hacer testamento sobre los bienes de que dispusieran hasta ese momento;¹¹² es más, como la profesión se entendía como una suerte de muerte civil,¹¹³ se veían obligados a dictar un acto en el que hicieran disposición y renuncia de sus bienes en favor de la institución en que fuesen a profesar: pero como ese acto se parecía mucho al testamento, se entendía que debía cumplir con las limitaciones establecidas en las leyes con relación a la disposición de su hacienda por última voluntad (además de las reglas y costumbres propias de cada orden).¹¹⁴ Los novicios que no hubieran hecho renuncia ni disposición de sus bienes antes de profesarse se consideraban mediante la profesión como muertos *ab intestato*.¹¹⁵

7. Modalidades del testamento: peculiaridades indias de la sucesión testamentaria

El testamento es un acto jurídico solemne, es decir, de los que exigen unas formas por regla general. El extremado formalismo del derecho romano fue aligerado por el derecho canónico, y así fue admitido también en el derecho secular castellano. En realidad, para el derecho canónico las formas utilizadas tenían un valor sobre todo *ad probationem* respecto de la realización y el contenido del acto de última voluntad, que es lo único importante para la

¹⁰⁹ X. 3.26.1, 8 y 9. No obstante, para evitar fraudes en este terreno utilizando la vía de la donación para burlar la prohibición de testar, Pío IV y Pío V dictaron bulas, extendidas a Indias por Cédula de 3 de junio de 1620: cfr. OTS CAPDEQUÍ (1921), Pág. 128; la Real Cédula es mencionada/transcripta en SOLÓZANO PEREYRA, Política Indiana, Libro IV, Cap. 10, Págs. 580–581, ¶ 35).

¹¹⁰ Costumbre extendida a Indias por Recopilación, Libro VI, Título 12 De el Servicio, Ley 1 Que prohíbe la antigua forma de el servicio personal, y le permite, con ciertas calidades. Crítico al respecto: SOLÓZANO PEREYRA, Política Indiana, Tomo II, Libro IV, Cap. 10, Pág. 573, ¶ 5. Vid. OTS Capdequí (1921), Págs. 126–129.

¹¹¹ Real Cédula de 29 de noviembre de 1796, AGI, Indiferente general, Leg. 2883.

¹¹² VILLARROEL, Gobierno Eclesiástico, Tomo I, Quest. 6, Art. 7, Pág. 484.

¹¹³ Las Siete Partidas, Partida I, Título 21 Del pegujar de los Clerigos, Ley 8 Del pegujar, que llaman, los clérigos profetico, que pueden hacer del, i. f.; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 que cosa es testamento, Ley 17 Como los que entraron en religion non pueden fazer testamento.

¹¹⁴ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 6 De la sucesión de los ascendentes y Ley 28 De las mejoras de quinto hechas á los hijos, si pueden ser de dos quintos, uno en vida y otro en testamento.

¹¹⁵ ESCRICHE (1876), Tomo IV, Pág. 298.

Iglesia. Pero el derecho castellano sí que exigía determinadas formalidades, que se entendían obligatorias para el cristiano no solo *in foro conscientiae*, sino también en el fuero externo.¹¹⁶

El testamento castellano conocía dos modalidades de testamento solemne: nuncupativo o abierto, y escrito o cerrado. El nuncupativo (o abierto) es el que se hacía oralmente ante escribano público y tres testigos vecinos del lugar, o solo ante cinco testigos vecinos, en cédula o memoria o de palabra; si no se hallaba escribano o cinco testigos, se admitía hacerlo ante tres vecinos, o también era posible ante siete testigos aunque no fueran vecinos, siempre que el testamento cumpla los otros requisitos de derecho.¹¹⁷ El testamento cerrado es el que se hace en escritura cerrada, sellada en la cubierta por el escribano y firmada por este, por el testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y los testigos su contenido.¹¹⁸ El *ius commune* y la legislación real dieron una extensa regulación de los pormenores de estas dos formas de hacer testamento,¹¹⁹ si bien la Iglesia las dispensaba con cierta facilidad, aunque entendía que esas formalidades eran obligatorias *in foro conscientiae*.¹²⁰

Hay también testamentos privilegiados, que no están sujetos a todas las solemnidades que se requieren para la validez de los testamentos ordinarios que hemos señalado.¹²¹ Como consecuencia de las circunstancias particulares de cierto tiempo de personas, el *ius commune* regulaba varios casos en que basta con que conste la voluntad del otorgante por cualquier género de prueba. Se trata de los casos de los militares en tiempo de guerra;¹²² el testamento

¹¹⁶ La cuestión era, no obstante, controvertida en la doctrina: vid. referencias en MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 235.

¹¹⁷ El derecho canónico admitía también el dictado ante el párroco y dos testigos idóneos: X. 3.26.10. En todo caso, había una presión de los medios eclesiásticos para que el testamento se dictara siempre en presencia del cura, sobre todo en los últimos momentos de la vida del disponente, puesto que se entendía que sus consejos podían ser muy necesarios para la salud de su alma, y el testamento podía ser considerado como una suerte de confesión con vistas a reparar sus daños mediante legados pós: cfr. DUMAS (1957), Col. 1193. Tampoco era raro el caso de testamentos dictados ante el juez eclesiástico y los testigos.

¹¹⁸ Si el testador o alguno de los testigos no supieren firmar, pueden los unos firmar por los otros, siempre que sean nueve firmas con signo de él, Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 2 Que pone la solemnidad que se requiere en el testamento abierto, y cerrado, y en el del ciego y en el testamento entre los hijos, Pág. 711.

¹¹⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 1 que cosa es testamento; Tít. 2 De cómo deben ser abiertos los testamentos que son hechos en escrito o en poridad; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 3 De los testamentos; Nueva Recopilación, Libro IV, Tít. 25 De los escribanos de concejo, i publicos, i del Numero, i Notarios Eclesiasticos; Libro V, Tít. 4 De los testamentos, i comisarios para los poder facer, i de los ejecutores testamentarios; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 18 De los testamentos. Al respecto ver: SALA (1837), Tomo I, Págs. 157–165; JORDÁN DE ASSO / DE MANUEL Y RODRÍGUEZ (1792), Págs. 111–114; ESCRICHE (1876), Tomo IV, s. v. Testamento, Testamento solemne, Testamento abierto o nuncupativo, Testamento escrito a cerrado.

¹²⁰ Vid. LESSIUS (1696), *De iustitia et iure*, T. II, Cap. 19, Dub. 3. En todo caso, el testamento *ad causas pias* es siempre válido, aunque no cumpla las formalidades: LESSIUS (1696), *De iustitia et iure*, T. II, Cap. 19, Dub. 2; SÁNCHEZ (1635), *Consilia seu opuscula moralia*, T. I, Lib. IV, Cap. 1, Dub. 14, No. 8.

¹²¹ MARTÍNEZ BAEZA (2010).

¹²² Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 Que cosa es testamento, Ley 4 Como pueden los caualleros fazer su Testamento. Las Reales Ordenanzas del Ejército de 1768 (Trat. 8, Tít. 11, Arts. 1–4) lo extendieron a todo el estamento militar, en cualquier circunstancia; cfr. Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 18, Ley 8 Validacion de las disposiciones de Militares, son fuerza de testamento, en cualquier papel que las escriban, Pág. 122. Vid. ÁLVAREZ (1982) Vol. 1, Tomo 2, Págs. 167 y ss.; SALAS LÓPEZ (1992), Págs. 145 y ss.

de los padres (u otros ascendientes) hecho entre los hijos (*test. parentum inter liberos*);¹²³ el testamento ofrecido al príncipe (*test. principi oblatum*) o el ofrecido al juez;¹²⁴ el testamento en tiempo de peste (*test. tempore pestis conditum*)¹²⁵ o entre los que viven en el campo, lejos de los entornos urbanos (*test. ruri conditum*);¹²⁶ o el testamento *ad causas pias*.¹²⁷

En el marco del derecho de sucesiones realmente aplicado en Indias quizá la figura que experimentó mayores modificaciones en su adaptación en Indias a la sociedad indígena fue la de la sucesión testamentaria.¹²⁸ Efectivamente, a los indígenas americanos les fue permitido, como a los restantes súbditos del rey de Castilla, otorgar testamento en los casos y formas previstos en las leyes castellanas. Estas, a partir del *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 (Ley 1, título 19), habían atenuado algo las formalidades propias del testamento romano justiniano. Con todo, la pretensión de aplicar tales requisitos jurídicos en el ámbito de la sociedad indígena resultaba en gran medida absurda, tratándose de personas totalmente ajenas a la tradición jurídica occidental y situadas en lugares donde el aparato administrativo-judicial castellano estaba en su mayor parte ausente. De ahí que los juristas se vieran obligados a buscar algún expediente que permitiera asegurar el juego formal de la institución testamentaria en un terreno inhóspito.

El artificio jurídico empleado fue, siguiendo precedentes romanos, el de la condición “miserable” del indio, de modo que, en virtud de las circunstancias concretas de la vida indígena, pudieran debilitarse los requisitos formales de la legislación general y extenderse a los nuevos territorios excepciones normativas recogidas ya en la legislación castellana, como era el caso del testamento de los llamados “rústicos” o “aldeanos”, esto es, personas que habitaban en medios rurales poco poblados y alejados de los lugares dotados de escribano y aparato administrativo suficiente para el cumplimiento de las formalidades propias del testamento abierto o cerrado. Las *Partidas*¹²⁹ preveían para estos supuestos la posibilidad de dictar testamento abierto ante cinco testigos, vecinos y rogados del testador, aun sin la presencia del escribano público.¹³⁰ Sin embargo, la ley de *Partidas* vino a atenuarse ulteriormente en el *Ordenamiento*

¹²³ Cod. Just. 6.23.21.

¹²⁴ Cod. Just. 6.23.19.

¹²⁵ Cod. Just. 6.23.8.

¹²⁶ Cod. Just. 6.23.31; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 Que cosa es testamento, Ley 6 En que manera pueden los aldeanos fazer sus testamentos.

¹²⁷ Se admite ante solo dos testigos (X. 3.26.11). Según diversos autores, esto debía observarse también en el fuero secular: vid. COVARRUBIAS (1762), Comm. in X. 3.26.11; Molina (1733), De Iustitia et Iure, T. II, Tract. 2, Disp. 134; GONZÁLEZ TÉLLEZ (1715), Commentaria ad X. 3.26.10 y 11; cit. en ÁLVAREZ (1982), Vol. 1, Tomo 2, Pág. 170.

¹²⁸ Más detalles en ANDRÉS SANTOS (1999).

¹²⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 Que cosa es testamento, Ley 6 En que manera pueden los aldeanos fazer sus testamentos.

¹³⁰ Tal disposición no es en realidad más que la transposición adaptada a nuestro derecho histórico del antiguo *testamentum ruri conditum* del derecho romano, regulado por una constitución de Justiniano del año 534, en que se otorgaba la facultad de hacer testamento ante cinco testigos fuera de los núcleos urbanos, donde podía resultar difícil encontrar los siete testigos exigidos para el testamento ordinario; en todo caso, se exigía que el testamento fuera escrito y apareciera firmado por los testigos, que debían conocer el

to de Alcalá (Ley 1, título 19), donde se acepta la validez de tal testamento dictado ante tres testigos, aun sin la presencia de escribano, siempre que los testigos sean vecinos del lugar y, efectivamente, resultara imposible hallar los cinco testigos requeridos de ordinario.¹³¹

Con todo, ni siquiera este artificio de la asimilación de los indios a los rústicos fue suficiente para adaptar el derecho europeo a la realidad indígena, puesto que, como nos indica don Alonso de la Peña Montenegro “en los testamentos que los indios hacen en sus pueblos y en sus retiros, en los montes, en las estancias, con total ignorancia de lo que dispone el derecho, es muy difícil acertar con lo que pide la ley”.¹³² Se hará preciso, pues, que los indios reciban a este respecto un trato aún más favorable que los rústicos, a fin de que sus últimas voluntades (sus “mandas”)¹³³ sean válidas y surtan efectos jurídicos desde el punto de vista del derecho castellano; según la opinión común entre los juristas, bastará con la presencia de dos testigos, sin necesidad de que sean vecinos ni rogados al efecto, ni de que asista escribano público, para que el testamento del indio sea válido.¹³⁴ También se admitía el otorgamiento ante el cura doctrinero y dos testigos.¹³⁵

No obstante, existían diferencias de apreciación en cuanto al alcance de este privilegio: por un lado, Solórzano Pereira¹³⁶ sostiene que el testamento debía ser escrito por uno de los gobernadores o caciques de los indios, interviniendo dos o tres testigos, y validado posteriormente por el juez competente. Por el contrario, Peña Montenegro¹³⁷ llega a admitir incluso que la “memoria” del indio se dicte solo ante dos testigos, citando al respecto la autoridad de Covarrubias en relación con los casos de especiales dificultades para testar, como es en supuestos de epidemias o calamidades, a las que se equipara la situación de los indígenas más apartados de los lugares colonizados. En cualquier caso, se permite la intervención de toda clase de testigos que se hallen junto al testador, ya sean vecinos o itinerantes, varones o mujeres, en lo que también supone el testamento del indio una innovación respecto al dere-

contenido del mismo, si bien se admitía aquí la posibilidad de que los testigos que supieran escribir firmaran por quienes no supiesen, prestando estos juramento de su conocimiento de la voluntad del testador. En este punto, pues, destaca ante todo el rasgo de la continuidad histórica de la norma.

¹³¹ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 1 Que pone la solemnidad de los testigos, que son necesarios en el testamento nuncupativo, Pág. 711; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 18, Ley 1 Solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto ó nuncupativo, Pág. 120. Vid. LÓPEZ, Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 1 Que cosa es testamento, Ley 6 En que manera pueden los aldeanos fazer sus testamentos, Glosa h. En poridad.

¹³² PEÑA MONTENEGRO, Itinerario, Libro I, Trat. 11, Sec. 3, No. 1.

¹³³ A menudo se denomina a este testamento de indios “memoria” en vez de testamento: KODRIĆ / GOIĆ (2005), Págs. 171 y ss.

¹³⁴ No obstante, en caso de asistencia de escribano (muchos de ellos también indígenas), su influencia hubo de ser muy relevante.

¹³⁵ MARTÍNEZ BAEZA (2020), Pág. 572.

¹³⁶ SOLÓRZANO PEREIRA, Política Indiana, Tomo I, Libro II, Cap. 28, ¶ 55; cfr. Id., De Indiarum Iure, Tomus Alter, Libro I, Cap. 27, Pág. 249, ¶ 74.

¹³⁷ PEÑA MONTENEGRO, Itinerario, Libro I, Trat. 11, Sec. 3, No. 1.

cho castellano, puesto que en las *Partidas* se prohibía absolutamente la asistencia de mujeres como testigos en las solemnidades testamentarias, sobre la base del precedente romano.¹³⁸

La introducción de tales innovaciones jurídicas fue producto de la labor de los juristas y teólogos de la época según los métodos del *ius commune*, y no resultado de ninguna disposición legislativa. En la base de estas consideraciones se encuentra siempre la concepción del indio como persona “miserable”; pero los juristas indianos también recurrieron a técnicas comunes para la justificación teórica de las especialidades mencionadas. Así, se acude a la analogía con los privilegios legales de que gozaban los indios en cuanto a los pleitos y a la aplicación de las penas, a fin de extender la misma atenuación formal respecto a los testamentos.¹³⁹ También se invoca el precedente, como es el caso citado de los testamentos dictados en situación de peste o epidemia, para aplicarlo igualmente a las difíciles circunstancias de los indios situados en lugares de complicado acceso.¹⁴⁰ Incluso se echa mano del argumento de autoridad, apelando al propio emperador Justiniano como ejemplo de ausencia de rigorismo en los casos en que las dificultades exigen una relajación de los requisitos formales de la ley.¹⁴¹ Todos estos argumentos tenían por finalidad el permitir la necesaria adaptación formal de la norma a las circunstancias reales en que pretendía usarse, del todo ajenas a aquellas que dieron lugar a su aparición. Ello, en todo caso, no se produjo con ausencia de debate.

Peña Montenegro¹⁴² nos informa de las diversas posiciones planteadas en la discusión jurídica –o, más bien, jurídico-moral– respecto a la validez del testamento hecho por indios sin cumplir las solemnidades del derecho vigente. El autor oscila entre la opinión que defiende la obligatoriedad moral de cumplir siempre la voluntad del causante y la que sostiene la necesaria nulidad del testamento dictado sin cumplir las solemnidades legales y la consiguiente apertura de la sucesión abintestato, sin definirse cerradamente por ninguna de las dos soluciones. Debían ser, por tanto, las diversas circunstancias de los casos las que prescribiesen una u otra opción, y no una deducción lógico-formal de carácter especulativo.¹⁴³ Se trata, pues, de una muestra más de la flexibilidad y amplitud de miras del viejo *ius commune* en su aplicación práctica, capaz tanto de servir de vehículo de transmisión del derecho europeo a la distante –y muy distinta– realidad del Nuevo Mundo, como también de generar soluciones jurídicas aceptables para dicha realidad.

En cualquier caso, tanto los legisladores como los tratadistas hubieron de insistir en la libertad de que debían gozar los indios para la disposición de sus bienes por vía testamentaria sin ser objeto de presiones por parte de religiosos o clérigos para que fueran los doctrineros, o la propia Iglesia, la parte beneficiada total o parcialmente de los testamentos, aun en per-

¹³⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 Que cosa es testamento, Ley 9 quales omes non pueden ser testigos en los testamentos; cfr. Inst. Just. 2.10.6. Vid. comentario de Antonio Gómez a la Ley de Toro 3, en GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 3, No. 9.

¹³⁹ PEÑA MONTENEGRO, Itinerario, Libro I, Trat. 11, Sec. 3, No. 2.

¹⁴⁰ PEÑA MONTENEGRO, Itinerario, Libro I, Trat. 11, Sec. 3, No. 1.

¹⁴¹ SOLÓRZANO PEREIRA, Política Indiana, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Pág. 238, ¶ 55.

¹⁴² PEÑA MONTENEGRO, Itinerario, Libro I, Trat. 11, Sec. 2.

¹⁴³ TAU ANZOÁTEGUI (1992), Págs. 444 y ss.

juicio de los herederos forzosos. Asimismo, para evitar abusos y despojos en caso de que el indio muriera intestado o sin herederos, la legislación real debió hacer hincapié en que los encomenderos no pretendieran suceder en las tierras y bienes de sus indios encomendados, en perjuicio de la Hacienda real, así como que los doctrineros no se hicieran con esas herencias vacantes.¹⁴⁴

8. Contenido del testamento

La institución de heredero, o institución universal, es la designación formal hecha por el testador de dejar la totalidad de su patrimonio transmisible, o una cuota de él, a una o varias personas. En el *ius commune*, los herederos instituidos desplazan siempre a los *ab intestato*, con tal de que sea válida su institución (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*);¹⁴⁵ sin embargo, en el derecho castellano no era necesariamente así.¹⁴⁶ Además, la legislación real permitió la institución de heredero a término inicial o sometida a condiciones suspensivas o resolutorias.¹⁴⁷

Un caso especial de institución de heredero condicionada (suspensivamente) que sí había admitido el derecho romano es el de la institución de un heredero sustituto (*substitutio*). A fin de precaverse de que la herencia fuera a aquellos que el testador deseaba y de que el testamento no decayera si el heredero no llegaba a serlo de veras, el ordenamiento le permitía tomar la

¹⁴⁴ DÍAZ REMENTERÍA (1992b), Pág. 338; MARTÍNEZ BAEZA (2010), Págs. 572–573.

¹⁴⁵ Dig. 50.17.89; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 3 De como deuen ser establecidos los herederos en los testamentos, Ley 14 Si alguno fuese establecido por heredero de alguna partida de los bienes del testador, e non dexa otro heredero en lo al como lo puede heredar todo. La institución de heredero era la pieza fundamental del testamento romano: si esta no existía o no era válida, el acto decaía, perdiendo también su eficacia las demás disposiciones testamentarias.

¹⁴⁶ La institución de heredero se consideraba elemento esencial del testamento, de modo que si no lo había el testamento no se entendía como tal, sino solo como codicilo, cfr. Las Siete Partidas, Partida VI, Título que cosa es testamento, Ley I Que quiere dezir testamento, e a que tiene pro, e quantas maneras son del, e como deue ser fecho; cfr. Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 1 Que pone la solemnidad de los testigos, que son necessarios en el testamento nuncupativo, Pág. 711. Pero si la institución de heredero decaía, o el heredero instituido no quisiera aceptar la herencia, el testamento vale para los legados y otras disposiciones, abriéndose la sucesión intestada para lo demás, vid. Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 1 Que pone la solemnidad de los testigos, que son necessarios en el testamento nuncupativo, Pág. 711.

¹⁴⁷ En el *ius commune* la institución de heredero no podía ser sometida a término o condición (*semel heres, semper heres*). Esta regla fundamental del derecho romano fue relativizada por el derecho canónico, y finalmente derogada en el derecho castellano: Ordenamiento de Alcalá, Tít. 19, Ley única; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 1 Que pone la solemnidad de los testigos, que son necesarios en el testamento nuncupativo, Pág. 711; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 18 De los testamentos, Ley 1 Solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto ó nuncupativo; cfr. BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 167 y 174. No obstante, al heredero forzoso no se le puede imponer condición alguna bajo la cual haya de recibir su parte legítima: Las Siete Partidas, Partida VI, Título De las condiciones que pueden ser puestas quando establecen los herederos en los testamentos, Ley 11 Como el padre non deue poner condicion ninguna en la legitima, que dexa a su fijo; vid. ÁLVAREZ (1982), Vol. I, Tomo 2, Págs. 196 ss.

precaución de instituir heredero en primer grado y, si este no llegaba a serlo por la razón que fuera, pasara la herencia a otro heredero en segundo grado o ulterior (sustituto). De las seis clases de sustitución que llegaron a distinguirse en el *ius commune*,¹⁴⁸ la sustitución fideicomisaria es sin duda la más importante porque da pie a la figura del fideicomiso de herencia, una institución que tuvo una importancia trascendental en la España del Antiguo Régimen.

Aparte de la institución de heredero (sucesión a título universal), el testamento también podía contener disposiciones patrimoniales a título particular. Estas en el derecho romano fueron fundamentalmente de dos tipos, legados (*legata*) y fideicomisos (*fideicomissa*).¹⁴⁹ En las *Partidas* se denominan ambos con el nombre genérico de “mandas”.¹⁵⁰

De conformidad con el derecho romano Murillo Velarde define el legado como “cierta donación dejada por el difunto que debe ser entregada por el heredero”,¹⁵¹ y establece su lugar dogmático en el derecho común distinguiéndola de la institución de heredero, el fideicomiso universal y la donación *mortis causa*.

¹⁴⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 5 De como pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en lugar de los que y fueren puestos primeramente, a que dicen en latín substitutos, Ley 1 Que quier decir substitutus, e quantas maneras son de sustituciones; cfr. MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 249. Las *Partidas* recogen seis modalidades de sustitución: la sustitución vulgar o sustitución directa y simple por la que se nombra a un segundo heredero para el caso de que el primer heredero no entre en posesión de la herencia; la sustitución pupilar por la que el padre u otro ascendiente asigna un heredero para su hijo o descendiente en potestad para el supuesto de que este muriera siendo impúber, excluyendo así a los sucesores *ab intestato* del hijo; se entendía que esta sustitución pupilar actuaba también como sustitución vulgar del hijo o descendiente. La sustitución ejemplar se da cuando el padre nombra un heredero para sus hijos púberes y emancipados que no pueden hacer por sí testamento por padecer demencia o incapacidad mental, que según una parte de la doctrina también se aplicaba en caso de hijos pródigos o sordomudos de nacimiento; vid. MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 249. Otras clases de sustitución eran la compendiosa, que según diversos tiempos y edades con pocas palabras comprende diversas sustituciones, de modo que el testador deja determinado el destino de los bienes de la herencia para los diversos casos que se pudieran plantear en el futuro y la sustitución recíproca o brevíloqua, que se da en los casos en que los herederos nombrados se sustituyen mutuamente. Por último, la sustitución fideicomisaria es aquella en que se encomienda la restitución de la herencia a la fidelidad del heredero (fiduciario) para que la entregue a otra persona (fideicomisario): Las Siete Partidas, Partida VI, Título 5 De como pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en lugar de los que y fueren puestos primeramente, a que dicen en latín substitutos, Leyes 2–4; Leyes 5–10; Ley 11 Como se fase la sustitución que es llamada exemplaris e como desfalces; Ley 12 Como se fase la sustitución llamada en latín compendiosa e que fuerça ha; Ley 13 De la sustitución a que dicen en latín breuiloqua, como se deve fazer e que fuerça ha; Ley 14 De la sustitución que es llamada en latín fideicomissaria.

¹⁴⁹ Dig. 30.1: “per omnia exaequata sunt legata fideicommissis”; cfr. Inst. Just. 2.20.3. Con un origen histórico distinto, en realidad en el derecho justiniano ya estaban totalmente equiparados y solo conservaban una diferencia terminológica y la pura formalidad de que los legados solo podían figurar en el testamento, mientras que los fideicomisos también podían aparecer en otro documento de última voluntad denominado codicilo, KASER (1975), Pág. 553.

¹⁵⁰ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 1 Que cosa es manda, e quien la puede fazer a quien, e en que manera.

¹⁵¹ MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 245; Inst. Just. 2.20.1; Cod. Just. 6.43.1–2.

Podía disponer legados, cualquiera que tuviera capacidad para otorgar testamento o codicilo. Capacidad para ser instituido legatario tenía todo aquel que pudiera ser instituido heredero al tiempo de la muerte del causante¹⁵² y su identidad debía quedar absolutamente cierta en su designación.¹⁵³ La institución del legado podía hacerse pura y simple o bajo condición; el testador no estaba obligado a explicitar la causa por la que instituía el legado ni la finalidad buscada, y en todo caso la falsedad de estas no anulaba el legado.¹⁵⁴

Objeto del legado¹⁵⁵ podían ser todas las cosas que estuvieran dentro del comercio de los hombres, incluso las futuras (como los frutos pendientes); no, en cambio, las cosas fuera del comercio (como las cosas sagradas).¹⁵⁶ Se podían legar no solo las cosas corporales, sino también las incorpóreas (derechos, servidumbres, etc.), incluso deudas.¹⁵⁷ Los acrecimientos que tuviera la cosa legada en vida del testador pertenecían al legatario, no al heredero.¹⁵⁸ En caso de colegatarios, si fallece alguno de ellos en vida del testador, su parte acrece al otro u otros, no al heredero.¹⁵⁹

El legado se extinguía por revocación del testador (aun cuando se hiciera en un codicilo adicional, fuera del testamento) o por pérdida o desaparición de la cosa legada sin culpa del heredero.¹⁶⁰ También si muere el legatario antes que el testador.¹⁶¹

A fin de evitar que todo el testamento decayera por falta de aceptación del heredero de una herencia demasiado cargada de legados, los romanos introdujeron el mecanismo de la

¹⁵² Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 1 Que cosa es manda, e quien la puede faze, e en que manera. El legado de alimentos también se podía dejar a quien es incapaz de ser heredero: Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 8 Que los padres, seyendo obligados à dár alimentos, no puedan dár mas del quinto; i à los hijos naturales puedan dàr todo lo que quisieren, no teniendo descendientes legítimos, Pág. 730.

¹⁵³ Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 9 Como la persona de aquel a quien es fecha la manda, deue ser nombrada ciertamente. Se admite, sin embargo, la concesión de legados a los pobres de manera indefinida: Cod. Just. 1.3.24; 1.3.48.1-2; Nov. Just. 131.11.1-2; también a Jesucristo, los ángeles y los santos: Cod. Just. 1.2.25.1-2; Nov. Just. 131, cc. 9 y 11, 1-2. Los legados sin legatario definido *ad causas pias* son válidos: ESPINO DE CÁCERES (1598), *Speculum testamentorum*, Gl. XII, No. 42.

¹⁵⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Leyes 20-21.

¹⁵⁵ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 246, con una pormenorizada casuística de las diversas posibilidades que ofrecía y numerosas referencias a la literatura de la época; vid. también Espino de Cáceres (1598), *Speculum testamentorum*, Gl. VII, No. 32-35.

¹⁵⁶ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Leyes 12-13.

¹⁵⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 15 Como pueden ser fechas mandas de las cosas que non son corporales. Pero el objeto del legado no puede gravar más al heredero de lo que este hubiera obtenido de la herencia; vid. Álvarez (1982), Vol. 1, Tomo 2, Págs. 242 y 251.

¹⁵⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 37 Como el heredero deue entregar la cosa, a aquel a quien es mandada.

¹⁵⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 33 Como vale la manda que es fecha a muchos, e en que manera deuen partir.

¹⁶⁰ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Leyes 38-42.

¹⁶¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 35 Como non vale la manda que faze el testador a algun ome, cuidando que era biuo e fuese muerto.

llamada *Lex Falcidia* (40 a. C.).¹⁶² En virtud de esta disposición, siempre habría de quedar para el heredero al menos una cuarta parte de la herencia, de modo que, si la cuantía de los legados excedía de tres cuartas partes, debían ser reducidos proporcionalmente hasta dejar a salvo la llamada cuarta falcidia para el heredero. Esta figura fue incorporada al *ius commune*, y asumida por las *Partidas*.¹⁶³ Sin embargo, su vigencia en el derecho castellano posterior fue muy discutida entre los tratadistas, predominando la opinión contraria. Se opinaba que *cesante ratione legis, cessat ipsa lex* y que la falcidia se introdujo para conservar los legados, pero actualmente se aplica la regla del *Ordenamiento de Alcalá*,¹⁶⁴ de modo que lo que no consta en el testamento, no se ejecuta, y los legados se conservan; además, el derecho hereditario está garantizado ya desde el *ius commune*¹⁶⁵ y el testador puede prohibir que se deduzca la falcidia.¹⁶⁶

9. Los fideicomisos, los mayorazgos y las causas pías

Junto a los legados estaban como disposiciones de última voluntad a título particular o universal los fideicomisos. En las *Partidas* se entienden de una manera muy general como “todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese a alguno”,¹⁶⁷ es decir, una petición informal que hace el causante al heredero o a un tercero con relación a aspectos de su herencia, cuyo cumplimiento se deja a la “fidelidad” o la conciencia del otro.

Los fideicomisos podían establecerse tanto en testamento como en codicilo. Este es definido en las *Partidas* como una “escritura breve que hacen algunos omes, después que son fechos sus testamentos, o antes”.¹⁶⁸ En el derecho romano eran en un principio disposiciones informales de última voluntad sin institución de heredero, pero progresivamente fueron equiparándose a los testamentos hasta constituir en el derecho justiniano una suerte de

¹⁶² Vid. KASER (1971), Págs. 756–757; KASER (1975), Págs. 561 y ss.

¹⁶³ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 11 Como se puede menguar la manda, e fasta que quantia, a que dizen en latin falcidia, o debitum bonorum subsidium, o trebellianica.

¹⁶⁴ Ordenamiento de Alcalá, Tít. 19, Ley única.

¹⁶⁵ Auth. *De haered. & Falcidia*, § si vero Collat. 1 ad Nov. Just. 1.1.3.

¹⁶⁶ Auth. *Sed cum testator ad Cod. Just. 6.50.7.* En este sentido se expresan Bártholo, Menesius, Ripa, Antonio Gómez, Juan Gutiérrez, Alciato, etc. Vid. referencias en MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 247. En contra, sin embargo, ESPINO DE CÁCERES (1598), *Speculum testamentorum*, Gl. VII, No. 93–95, Pág. 169, y también MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 247.

¹⁶⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 9 De las mandas que los omes fazen en sus testamentos, Ley 3 Como el fazedor del testamento puede obligar a aquellos a quien manda algo en el que den a otri fasta en aquella quantia que les dexa; VID. SALA (1837), Tomo I, Pág. 215.

¹⁶⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 12 De los escritos que fazen los omes a sus finamientos, a que llaman en latin codicillos, Ley 1 Que quiere dezir codicilo: e a que tiempo e quien lo puede fazer: e en que manera deue ser hecho: e sobre que cosas; MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 256.

“testamento menor”, con menos requisitos formales.¹⁶⁹ La capacidad para otorgar codicilo es la misma que para el testamento. En él no se podía hacer institución de heredero, ni condicionar la que se hubiera hecho en un testamento ni desheredar a un heredero forzoso. Sí se podían aumentar o disminuir las mandas hechas en testamento, y establecer sustituciones fideicomisarias.¹⁷⁰ El codicilo, a diferencia del testamento, no se anulaba necesariamente por el otorgamiento de otro posterior ni por el nacimiento de un hijo después de su otorgamiento.¹⁷¹

Los fideicomisos se dividen en universales o de herencia y particulares o singulares. El fideicomiso particular, como ya se ha dicho, se equipara en todo a los legados.¹⁷² El fideicomiso universal (o de herencia), en cambio, es aquel en que el testador manda o ruega al que instituye heredero (o incluso al heredero *ab intestato*) que restituya la herencia entera, o parte de ella, a un tercero (fideicomisario) a partir del momento que señale el testador.¹⁷³ Cuando esto sucediere, el heredero fiduciario tendría derecho a retener una cuarta parte de la herencia, de manera muy semejante al de la cuarta falcidía (cuarta trebeliánica).¹⁷⁴ Esta regla del *ius commune* se consideraba derogada en el derecho castellano a partir del momento en que se admitió la persistencia del testamento aun sin institución de heredero; la cuestión, no obstante, estaba sometida a discusiones en la doctrina.¹⁷⁵

La mayor relevancia histórico-jurídica de este fideicomiso de herencia fue el hecho de que sirvió de base a la fundación de la institución de los mayorazgos, de honda repercusión en la historia económica y social de España, y singularmente en Castilla. El mayorazgo se define como el derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligación de que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecen al próximo primogénito en orden

¹⁶⁹ Cod. Just. 6.36.8.3. En el derecho castellano, no obstante, en el codicilo escrito o cerrado bastan cinco testigos: Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Ley 2 Que pone la solemnidad, que se requiere en el testamento abierto, i cerrado, i en el del ciego, i en el testamento entre hijos, Pág. 711.

¹⁷⁰ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 12 De los escritos que fazen los omes a sus finamientos, a que llaman en latin codicillos, Ley 2 Que en el cobdicilo non pueden ser establescidos herederos derechamente.

¹⁷¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 12 De los escritos que fazen los omes a sus finamientos, a que llaman en latin codicillos, Ley 3 Que departimiento ha entre los testamentos e los cobdicilos, e como se pueden desatar.

¹⁷² Con todo, se distinguen formalmente: Las Siete Partidas, Partida VI, Título 5 De como pueden ser establescidos otros herederos en los testamentos, en logar de los que y fueren puestos primeramente, a que dizen en latin substitutos, Ley 14 De la sustitucion que es llamada en latin fideicommissaria; vid. ÁLVAREZ (1982), Vol. 1, Tomo 2, Pág. 282.

¹⁷³ Es llamativo el caso de que el heredero fiduciario fuera a ingresar a una institución religiosa capaz de heredar, en cuyo caso dicha institución debía gozar de la herencia deferida hasta que el religioso muriera naturalmente, o hasta que llegue el momento señalado por el testador para efectuar la restitución: vid. MOLINA (1733), De iustitia et iure, T. II, Tract. 2, Disp. 186, No. 3.

¹⁷⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 5, Ley 14 De la sustitucion que es llamada en latin fideicommissaria. Vid. al respecto MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 250; SALA (1837), Tomo I, Págs. 215–216. El nombre se debe a que fue instituida por el *senatusconsultum Tebellianum* (a. 56/57 d. C.): cfr. KASER (1971), Pág. 762.

¹⁷⁵ Ver referencias en MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 250.

sucesivo.¹⁷⁶ Si bien ya parece haber ejemplos de ellos en el siglo XIII, su regulación legal con carácter sistemático correspondió a las *Leyes de Toro*.¹⁷⁷ Su repercusión en los territorios americanos, sin embargo, no fue comparable a la que se dio en la península.¹⁷⁸

Un supuesto de disposiciones de última voluntad a título particular de singular importancia para el derecho canónico es el de las causas pías (*piae causae*).¹⁷⁹ Se entiende por tal toda disposición patrimonial dirigida a la realización de obras caritativas, generalmente con intención de contribuir a la salvación del alma del disponente. Ya en la Antigüedad tardía comenzó a difundirse la práctica entre los fieles cristianos de destinar una parte del patrimonio hereditario a hacer obras de caridad, particularmente la fundación de casas de acogida y socorro para personas piadosas o necesitadas de ayuda. Esta práctica fue muy fomentada por la Iglesia y por fin recogida y regulada por Justiniano.¹⁸⁰ De ahí pasó al derecho canónico medieval y al *ius commune*¹⁸¹ y fue acogida en las *Partidas*.¹⁸²

El testamento en favor de causas pías, por tanto, era aquel que se daba cuando la totalidad de la herencia, o parte de ella, se destina a fines considerados sobrenaturales (v. gr. fundación de iglesias, redención de cautivos, fomento de vocaciones religiosas, limosnas a los pobres o a la Iglesia); a ellos se equiparan los destinados a la utilidad pública y el bien común.¹⁸³ Era una forma de testamento privilegiado, puesto que bastaba para su realización la presencia de dos o tres testigos, que no es preciso que fueran rogados, y bastaba cualquier modo de exteriorización de voluntad, incluso gestos.¹⁸⁴

¹⁷⁶ MOLINA (1757), *De primogenitorum Hispanorum*, Lib. I, Cap. 1, No. 22.

¹⁷⁷ GÓMEZ (1981 [1785]), *Leyes de Toro*, Ley 27 De los vínculos y los gravámenes que se pueden poner a las mejoras.

¹⁷⁸ Sobre ello, SALA (1837), Tomo I, Págs. 217–235. En América, vid. Sánchez Bella et al. (1992), Pág. 333; vid. además CLAVERO (1989), Págs. 181–207.

¹⁷⁹ COING (1996), Tomo 1, Págs. 745–750; RUBIO RODRÍGUEZ (1976).

¹⁸⁰ Cod. Just. 1.1.19; Nov. Just. 120.6. Cfr. KASER (1975), Tomo 2, Págs. 178, 488 y ss.

¹⁸¹ C.12 q.1 c.15; C.12 q.3 c.3; C.17 q.4 c.4; X. 3.26.3 y 15; etc. Vid. referencias en RUBIO GONZÁLEZ (1986), Pág. 150, Nota 17.

¹⁸² Las Siete Partidas, Partida III, Título 28 De las cosas en que ome puede auer señorío, e como lo puede ganar, Ley 12 Como en las cosas sagradas o religiosas non puede ninguno auer señorío; Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 11 Como se puede menguar la manda, e fasta que quantia, a que dizan en latin falcidia, o debitum bonorum subsidium, o trebellianica, Ley 4 Quales mandas non deuen ser menguadas por razon de falcidia.

¹⁸³ MOLINA (1733), *De iustitia et iure*, T. II, Tract. 2, Disp. 134. El papa (y, ocasionalmente, el obispo) podía modificar el destino de estas causas pías por razones de necesidad o de piedad: Conc. Trid., Sessio 22, *Decretum de Reformatione*, Cap. 6. En Indias podían los obispos normalmente aplicar los legados píos al bien común para subsanar alguna necesidad pública y grave de la cosa pública, cfr. MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De *Testamentis*, et *ultimis voluntatibus*, No. 254.

¹⁸⁴ X. 3.26.11. En conexión con esto, una regla que se instauró en el derecho canónico medieval fue el de que los testadores dejaran una porción de sus bienes a los obispos y prelados de su iglesia en reconocimiento a su servicio (*portio canonica*). Esta solía corresponder a un cuarto de lo que el testador dejara en favor de su alma a la iglesia o lugares píos de su diócesis. Esta norma podía dejarse sin efecto por costumbre, y así aconteció en efecto en España y otros muchos lugares, por lo que no pasó tampoco a América: vid. MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De *Testamentis*, et *ultimis voluntatibus*, No. 248.

10. Invalidez y revocación del testamento. Ejecución testamentaria

El testamento es un acto jurídico esencialmente revocable, por lo que puede perder su eficacia en cualquier momento por la simple expresión de la voluntad del testador manifestada de cualquier modo, incluso tácitamente, hasta el momento de su muerte.¹⁸⁵ Pero, además, un testamento formalmente válido y eficaz puede perder su eficacia si se dan determinadas circunstancias. Se habla de cuatro posibilidades: que el testamento se rompa, se írrite, se destruya o se rescinda.¹⁸⁶ Se trata de un caso de testamento roto cuando ocurre algún vicio en el mismo testamento, o se produce algún acontecimiento posterior que ocasione su invalidez repentina, v. gr. el nacimiento de un hijo al testador (póstumo o no) que no hubiera sido mencionado en el testamento. También si el testador lo destruye o lo daña intencionadamente, o si dicta un nuevo testamento válido.¹⁸⁷

Testamento írrito es aquel en el que el vicio afecta al testador, en el sentido de perder la capacidad para testar, salvo que el testador se hubiera hecho religioso, en cuyo caso su testamento surte efecto en el momento de su profesión, o en el momento de su muerte física si la institución en que profese tuviera capacidad patrimonial.¹⁸⁸ El vicio del testamento destruido afecta al heredero, por muerte o incapacidad de este antes del fallecimiento del causante. Y, por último, el testamento rescindido se da en el caso de que los herederos legítimos sean preteridos o injustamente desheredados; estos pueden rescindir el testamento mediante el ejercicio subsidiario de la *querela in officiosi testamenti* y solicitar ser puestos en el lugar del heredero indebidamente instituido en el testamento.¹⁸⁹

En todos estos casos, a menos que un nuevo testamento sustituya al invalidado, la herencia debía deferirse a título *ab intestato* a los herederos legales, pero dejando subsistentes los legados, mejoras y otras disposiciones contenidas en él.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 que cosa es testamento, Ley 25 Como todo ome fasta el dia de la muerte, pude mudar su testamento e fazer otro. No cabe la renuncia a la facultad de revocar libremente el testamento: Dig. 32.22.3. Se discutió qué sucede en el caso de que la promesa de no renunciar fuera reforzada por un juramento: vid. LUGO (1642), *Disputationum de Iustitia et Iure*, Tomus II, Disp. 24, Sec. 1, No. 27 y ss.

¹⁸⁶ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 251–252.

¹⁸⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 1 que cosa es testamento, Leyes 21, 22 y 24.

¹⁸⁸ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 252.

¹⁸⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 8 De como puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dizan en latin querela in officiosi testamenti, Ley 1 y 4; vid. ÁLVAREZ (1982) Vol. 1, Tomo 2, Pág. 220.

¹⁹⁰ GÓMEZ (1981 [1785]), *Leyes de Toro*, Ley 24 De las mejoras hechas en testamento nulo ó roto, si valdrán; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 11, Ley 8 Valgan las fianzas hechas por los labradores para asegurar los intereses de la Real Hacienda, Pág. 44. También en Las Siete Partidas, Partida VI, Título 8 De como puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dizan en latin querela in officiosi testamenti, Ley 7 Que fuerça ha el juzgio que es dado para quebrantar el testamento, en caso de rescisión del testamento.

Una vez fallecido el causante y constatada la existencia y validez de un testamento,¹⁹¹ debía procederse a la ejecución del mismo. En el derecho romano clásico y justiniano se entendió que el ejecutor natural de las disposiciones testamentarias debía ser el heredero, por lo que apenas se desarrolló una figura independiente de ejecutor testamentario.¹⁹² El derecho canónico, en cambio, animó desde el principio a que el testador nombrara a una o varias personas de confianza para dar adecuado cumplimiento a sus últimas voluntades, en particular en conexión con la verificación de las disposiciones *pro salute animae* y por las causas pías (de ahí su designación habitual como *elemosynarius*). De ahí que la legislación pontificia se ocupara de ello,¹⁹³ e igualmente los derechos territoriales, quizás también por cierta influencia germánica.¹⁹⁴ Esta institución es acogida en las *Partidas*¹⁹⁵ y en la legislación real castellana,¹⁹⁶ donde los ejecutores son llamados testamentarios, albaceas, cabezaleros o mansesores.

Generalmente, el ejecutor es designado por el testador en su testamento o en el documento dispositivo de que se trate (donación, codicilo, etc.) y debe tener capacidad para disponer de bienes.¹⁹⁷ Podían ser uno o varios, en cuyo caso debían actuar de conjunto solidariamente, si bien este tema era de amplia discusión en la doctrina del *ius commune*.¹⁹⁸ La relación entre testador y ejecutor es equivalente a la de un mandato, es decir, en principio es unilateral, gratuito y genera obligaciones solo para este, que está obligado a cumplir fielmente la voluntad del testador sobre sepultura, mandas, misas y otras obras pías, sin poder alterar en nada las últimas voluntades del difunto, ni aun con consentimiento de los herederos;¹⁹⁹ el pago de las deudas pendientes; la realización de la partición y entrega de los bienes a los herederos; etc.

¹⁹¹ Esto lo pueden hacer todos los que tengan algún interés legítimo en la apertura de la sucesión: Las Siete Partidas, Partida VI, Título 2 De como deuen ser abiertos los testamentos que son fechos en escrito en poridad, Ley 1 Quien puede demandar ante el juez que abran el testamento que es escrito en poridad.

¹⁹² KASER et al. (2022), Pág. 665. Sobre la historia dogmática de esta figura, y en particular en el ámbito del derecho canónico, vid. Kunz (2015).

¹⁹³ X. 3.26.3 y 6; In VI. 3.11.2; Clem. 3.6; vid. BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 178–183 y 228–229; MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 254.

¹⁹⁴ DUMAS (1957), Cols. 1196–1197; COING (1996), Tomo I, Págs. 751–755.

¹⁹⁵ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 10 De los testamentarios que han de cumplir las mandas.

¹⁹⁶ Fuero Real, Libro III, Tít. 5 De las mandas, Ley 12; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4 De los testamentos, i comisarios para los poder facer, i de los ejecutores testamentarios, Ley 14 Que el cabezalero, o otro qualquier, que tuviere testamento de otro, dentro de un mes lo muestre ante la Justicia, so las penas en esta lei contenidas.

¹⁹⁷ Para el caso de la ejecución de obras pías, el obispo se convirtió en el ejecutor ordinario: SEOANE (1985), Pág. 199, o, en todo caso, encargado de supervisar su buen cumplimiento ya desde el derecho romano, v. gr. Cod. Just. 1.3.45; Nov. Just. 131.10; y el canónico, cfr. Conc. Trid., Sessio 7, Decretum de Reformatione, cc. 15 y 8; vid. HANNAN (1934), Págs. 442–444.

¹⁹⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 10 De los testamentarios que han de cumplir las mandas, Ley 6 Fasta quanto tiempo deuen cumplir los testamentarios el testamento del finado; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 38 Del modo de terminarse las discordias de los comisarios; cfr. Bussi (1939), Tomo 2, Págs. 181–183; MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 26 De Testamentis, et ultimis voluntatibus, No. 254.

¹⁹⁹ C.13 q.2 cc. 4 y 9; X. 2.16; 3.26.3, 4, 16, 17 y 19; Clem. 3.6; Conc. Trid., Sessio 22, Decretum de Reformatione, Cap. 6; Conc. III Mex., Libro III, Tít. 9 De testamentis, et ultimis voluntatibus, §1. Ni siquiera el

Las *Partidas* no hacen referencia a la necesidad de aceptación del ejecutor nombrado, pero tanto el derecho tradicional castellano como el *Fuero Real* sí la establecen, asumiendo así la obligación de cumplir lo mandado por el testador, y se le podía exigir su cumplimiento por parte del juez eclesiástico, o también del secular si el ejecutor fuera laico.²⁰⁰ Si el nombrado no acepta el cargo, pierde lo que le hubiera dejado el testador en herencia.²⁰¹ El ejecutor debe prestar juramento, levantar un inventario de los bienes, realizar el encargo en el tiempo que le hubiera marcado el testador, o en todo caso lo antes posible,²⁰² y rendir cuentas al final de su mandato ante el juez.²⁰³ Su mandato se extingue con la total ejecución de la voluntad del causante, pero también por nulidad del testamento, muerte del ejecutor, renuncia justificada, remoción del juez, etc.

11. La sucesión contra el testamento: legítimas y otras limitaciones de la capacidad de testar. Desheredación

La libertad de testar de los individuos no es absoluta, sino que hay algunas personas a las que, por un deber de afecto familiar (*officium pietatis*, que en el derecho canónico fue interpretado como una obligación de derecho natural), es preciso nombrar herederas y destinarles al menos una parte de la herencia, salvo que fueran desheredadas por las causas tasadas en la ley.²⁰⁴ La mención de esos herederos forzosos, bien para dejarles algo, bien para desheredarlos, es condición necesaria de validez del testamento;²⁰⁵ en otro caso, se dice que el testamento es inoficioso.²⁰⁶ Tales herederos forzosos o necesarios son los familiares consanguíneos más

romano pontífice puede alterar el contenido de un testamento válido, incluso *ad causas pias*, salvo por alguna causa muy justa y necesaria: Conc. Trid., Sessio 22, Decretum de Reformatione, Cap. 6.

²⁰⁰ X. 3.36.3.6 y 17; Conc. Trid., Sessio 22 Decretum de Reformatione, Cap. 8; Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 10 De los testamentarios que han de cumplir las mandas, Ley 7 Quien puede apremiar a los testamentarios quando son negligentes de cumplir la voluntad del finado: e quien deue entrar en su lugar para cumplirla; HEVIA BOLAÑOS, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 5, No. 13, Pág. 28.

²⁰¹ Fuero Real, Libro III, Tít. 5 De las mandas, Ley 12.

²⁰² Se fijaba un año por lo común, pero en el caso de legados píos –con fundación de capellanías– el plazo se reducía a seis meses: vid. HANNAN (1934), Pág. 435 y ss.; para el caso de América, GABBI / MARTÍN DE CODONI (1996), Pág. 16.

²⁰³ Generalmente el obispo: Clem. 3.6.1; 3.11.2; el ejecutor podría incurrir en sanciones, que podrían llegar eventualmente a la excomunión: Conc. Trid., Sessio 22, Decretum de Reformatione, Cap. 11.

²⁰⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 3 Como deue ser fecho el desheredamiento.

²⁰⁵ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 10 Como el testamento en que el padre non deshereda a su fijo, nin fabla del, non vale; Ordenamiento de Alcalá, Tít. XIX, Ley única.

²⁰⁶ Inst. Just. 2.18.

cercanos al causante, es decir, los descendientes y ascendientes legítimos, sin limitación de grados, y en ocasiones también los ilegítimos y el cónyuge. A estos herederos habría que dejar al menos la *portio legitima* de la herencia del causante: si no fuera así, el testador debía dejar bien claro en su testamento cuál fue la causa.

En sentido estricto, la desheredación solo afectaba a los herederos forzados; las *Partidas*, sin embargo, hablan también de la desheredación de los colaterales, aunque en este caso basta con su simple omisión y la institución de heredero de un extraño, sin que haya que aportar ninguna justificación.²⁰⁷ El incumplimiento de estos deberes por parte del testador daba lugar a la reestructuración de las disposiciones testamentarias para reconocer a los herederos forzados sus derechos, y de ahí que se hable de sucesión “contra el testamento” a veces como una tercera especie junto a la sucesión testada e intestada, aunque en realidad se trata más bien de una serie de normas dirigidas a recortar la capacidad del disponente para determinar el destino de sus bienes tras su fallecimiento con vistas a proteger los intereses de la familia y de la sociedad.

El régimen de la *portio legitima* arranca desde el derecho romano²⁰⁸ y de ahí pasó al *ius commune*.²⁰⁹ El derecho castellano había desarrollado su propio régimen a lo largo de la Alta Edad Media, y la recepción del *ius commune* a través de las *Partidas* encajaba mal con ese acervo. La reglamentación de esta figura correspondió más bien al *Fuero Real*²¹⁰ y, posteriormente, a las *Leyes de Toro* y a las *Recopilaciones*.²¹¹ A diferencia del *ius commune*, en Castilla la cuota legítima de los hijos ascendía a cuatro quintas partes de los bienes; y la de los padres respecto de los hijos fallecidos sin descendencia, a los dos tercios. En consecuencia, solo quedaba a los testadores que tuvieran hijos o descendientes un quinto de la herencia para su libre disposición, y a los que no los tuvieran, pero sí padres, llegaba hasta un tercio.²¹² Este quinto

²⁰⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 2 Quien puede desheredar, e a quien. Pero si el instituido es un extraño considerado persona infame o torpe, los hermanos pueden pedir la anulación de la institución: Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 12 Como el ome puede desheredar a sus hermanos con razon, o sin ella.

²⁰⁸ KASER et al. (2022), Págs. 675–678.

²⁰⁹ COING (1996), Tomo 1, Págs. 768–773.

²¹⁰ Fuero Real, Libro III, Tít. 5 De las mandas, Ley 1; Libro III, Tít. 12 De las donaciones, Ley 7.

²¹¹ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 6 De la sucesión de los ascendentes y Ley 28 De las mejoras de quinto hechas á los hijos, si pueden ser de dos quintos, uno en vida y otro en testamento; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 1 Cómo suceden los ascendentes á los descendientes, donde los bienes no son troncales, e en què parte, Pág. 728; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20, Leyes 1 Derecho y modo de suceder los ascendentes legítimos á sus descendientes, como estos á aquellos ex testamento y ab intestato, Pág. 124 y 8 No se pueda mandar al hijo ni descendiente en vida ó muerte mas de un quinto de los bienes del padre ó madre, Pág. 126.

²¹² Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 6, Ley 12 Quien en vida, i en muerte no se pueda mejorar mas de un quinto, Pág. 720; Tít. 8, Ley 1 Cómo suceden los ascendentes á los descendientes, donde los bienes no son troncales, e en què parte, Pág. 728.

(o tercio) de libre disposición parece proceder en su origen de la *quota pro anima* que venía reconocido por el derecho canónico para realizar liberalidades piadosas con fines religiosos. En un principio fue una costumbre desarrollada en los derechos territoriales, pero al ser asumida por el derecho canónico se convirtió en obligatoria.²¹³

En Castilla esta cuota de libre disposición tendió a confundirse con la institución de la mejora. Los padres que tuvieran hijos o descendientes podían dejar todos o parte de los bienes que integraban el quinto de libre disposición en favor de alguno o algunos de los hijos o descendientes (mejora del quinto). Pero también podían los padres disponer del tercio de sus bienes en favor solo de algunos de sus hijos o descendientes, cualesquiera que estos fuesen (mejora del tercio).²¹⁴ La diferencia estriba en que, de los bienes que integraban el quinto, podía el testador disponer libremente en bien de su alma, o en favor de un extraño o en favor de alguno de sus hijos o descendientes; en cambio, de los bienes que integraban el tercio solo podía disponer el testador en favor de alguno de los hijos o descendientes, ya que en realidad estos bienes formaban parte de los cuatro quintos que integraban la legítima.

Las mejoras podían ser hechas por el padre en vida; en tal caso, al hacer la partición de los bienes y la adjudicación de las legítimas, estos bienes entregados en vida debían computarse por el valor que tuvieran en el momento de la muerte del padre, y no por el que tuvieran en el momento de hacerse las mejoras.²¹⁵ Los bienes que hubiesen recibido los hijos en vida del padre a título de mejora no eran objeto de colación para el cálculo del importe de la legítima; en cambio, sí lo eran las dotes, las donaciones *propter nuptias* y cualquier otra donación que hubieran hecho los padres a los hijos, pero no a título de mejora.²¹⁶ Tampoco eran colacionables los gastos que el padre hubiera hecho para dar estudios al hijo o para armarlo caballero.²¹⁷

Cuando un hijo o un ascendiente con derecho no hubiera recibido la cantidad correspondiente a su legítima disponía de una acción para completarla (*querela ad supplendam legitiam*), pero que en todo caso no tenía la eficacia de anular el testamento.²¹⁸

²¹³ COING (1996), Tomo 1, Págs. 773–774; GÓMEZ NAVARRO (1998–99), Págs. 63–66.

²¹⁴ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 18 De las mejoras hechas a los nietos; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 6, Ley 2 La mejora del tercio se pueda hacer al nieto, aunque sus padres vivan.

²¹⁵ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 23 Del tiempo á que se ha de regular el valor de los bienes para el cómputo de las mejoras, si al de estas, ó al de la muerte de los testadores; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 6 De las mejoras de tercio y quinto en favor de los hijos y descendientes, Ley 7 La mejora del tercio se considere con respecto al valor de los bienes al tiempo de la muerte del mejorante.

²¹⁶ Fuero Real, Libro III, Tít. 6 De las herencias, Ley 14; GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 29 De los bienes que los hijos son obligados á traer á colación cuando heredan á sus padres; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 6, Ley 2 Que la mejoría de tercio se pueda hacer á uno de los nietos, puesto que los padres vivan, Pág. 718; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 3, Ley 5 Obligacion de los hijos á traer á colacion y particion las dotes y donaciones que hubieren recibido de sus difuntos padres; y declaración de las inoficiosas, Pág. 22.

²¹⁷ Las Siete Partidas, Partida V, Título 4 de las donaciones, Ley 3 Quales fijos pueden fazer donacion, e quales non, e como deue valer la donacion que el padre faze a su fijo.

²¹⁸ Cod. Just. 3.28.30; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 8 De como puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dizen en latin querela in officiosi testamenti, Ley 5 Como si el padre da a su fijo su parte legitima, puede fazer de lo otro lo que quisiere, i. f.

Los testadores, como hemos dicho, podían eventualmente desheredar a sus herederos forzosos y privarlos de la parte de la herencia que les correspondiera.²¹⁹ Pero para ello debía concurrir una justa causa. Las causas de desheredación venían taxativamente reguladas en la ley: catorce para los descendientes y once para los ascendientes.²²⁰ En el caso de los descendientes, las causas de desheredación afectaban fundamentalmente a daños físicos, morales o patrimoniales del heredero legítimo contra el testador, además de las causas de indignidad señaladas más arriba. En el caso de los descendientes, es preciso que, además de la justa causa de desheredación, el desheredado hubiera cumplido al menos diez años y medio.²²¹ La desheredación debía hacerse de toda la herencia, no de cosas concretas, y sin condición.²²²

Como complemento de la desheredación se encuentra la preterición, que es la omisión de un heredero forzoso, instituyendo a otro que no lo fuera, o el nombramiento de un heredero forzoso pero sin instituirlo heredero ni desheredarlo. En el primer caso, fue causa de nulidad del testamento (testamento inoficioso)²²³ en el derecho castellano²²⁴ hasta la *Novísima Recopilación*²²⁵ (pero no en lo que se refiere a las mandas y otras disposiciones contenidas en él):²²⁶ a partir de ahí, nada impedía que el heredero forzoso preterido recibiera la herencia del causante y se hiciera cargo del pago de los legados y demás disposiciones testamentarias.

La desheredación y la preterición injustificadas de un heredero forzoso daba derecho a este a plantear una acción de rescisión del testamento inoficioso (*querela inofficiosa testamenti*), una acción procedente del derecho romano que se basaba en la ficción de considerar que el testador no podía estar en su sano juicio cuando hizo tal testamento. El plazo para ejercitarse la acción era de cinco años a contar desde que el heredero indebidamente instituido entraba

²¹⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 1 Que cosa es desheredamiento.

²²⁰ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Leyes 4-7, y 11, respectivamente.

²²¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 2 Quien puede desheredar, e a quien.

²²² Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 3 Como deue ser fecho el desheredamiento.

²²³ Cfr. MONTAGUT (1992).

²²⁴ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 7 De como e por que razones puede ome desheredar en su testamento a aquel que deue heredar sus bienes. E otrosi por que razones puede perder aquel que fuese establecido por heredero en el maguer non lo desheredasse, Ley 10 Como el testamento en que el padre non deshereda a su fijo, nin fabla del, non vale; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 8 De como puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dizan en latin querela in officiosi testamenti, Ley 1 Quien es aquel que puede fazer la querella para desatar el testamento, e contra qual ome, e ante quien, e por que razones e de que manera.

²²⁵ Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 18 De los testamentos, Ley 1 Solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto ó nuncupativo, Pág. 120.

²²⁶ Ordenamiento de Alcalá, Tít. XIX, Ley única.

en el disfrute de la herencia; si el injustamente desheredado tenía menos de 25 años podía ejercitar la *querela* durante toda su minoría de edad, y cuatro años después.²²⁷

12. La sucesión intestada: el orden de sucesión

Cuando no existe voluntad testamentaria, o bien, si existe, es nula; o aun siendo válida, el heredero instituido no acepta la herencia deferida, entonces entran en su lugar las precisiones del derecho objetivo para con los bienes y derechos transmisibles del difunto.²²⁸

Tanto el derecho romano como, quizás aún más, el derecho canónico, dieron absoluta prevalencia (con las limitaciones exigidas por el derecho natural con relación a la familia de sangre) a la expresión de última voluntad del titular de los bienes respecto del destino de estos para después de su muerte. Frente a lo que se difundió en los derechos territoriales altomedievales, el *ius commune* restauró el predominio de la sucesión testada y, solo para el caso de que alguien muriera sin testamento (u otro acto jurídico de última voluntad), o este perdiera su eficacia por algún motivo, entonces entraba en su lugar la ley para suplir esa voluntad ausente del causante.

Los tratadistas del derecho común, tanto legistas como canonistas, centraron su estudio en el análisis pormenorizado de la problemática que suscitaba el testamento como complejo negocio jurídico, dejando la cuestión de la sucesión intestada al desarrollo de los derechos locales o estatutarios:²²⁹ en la medida en que la sucesión intestada se regía por la ley, su regulación debía corresponder a los respectivos legisladores locales, quedando el *ius commune*, por tanto, como derecho supletorio.²³⁰ Tampoco la legislación pontificia fue particularmente prolífica al respecto.²³¹ Esto tuvo como consecuencia que en muchos lugares hubo solo una recepción selectiva de los principios sucesorios romanos y la supervivencia de algunos principios altomedievales (troncalidad, bienes reservables, prevalencia de la agnación, etc.).²³²

²²⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 8 De como puede quebrantar el testamento aquel que es desheredado en el a tuerto, a que dizan en latin querela in officiosi testamenti, Ley 5 Como si el padre da a su hijo su parte legitima, puede fazer de lo otro lo que quisiere.

²²⁸ Inst. Just. 3.1.pr.; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, pr.

²²⁹ Ello no quiere decir que los juristas del *ius commune* se desentendieran de la materia, pero se centraron sobre todo en aquellos puntos en que los principios romanos fueron afectados por representaciones canónicas, como por ejemplo la cuestión del estatuto de los hijos ilegítimos, o los derechos sucesorios del cónyuge viudo: vid. amplias referencias en BUSSI (1939), Tomo 2, Pág. 126 y Nota 2; COING (1996), Tomo 1, Págs. 758–767.

²³⁰ Se aplicaba la regla *ubi cessat statutum habet locus ius civile*, BALDO DE UBALDIS, Comm. ad Dig. 1.1.9, No. 1.

²³¹ En el *Corpus iuris canonici*, únicamente los tres capítulos de X. 3.27.

²³² SÁNCHEZ BELLA et al. (1992), Pág. 334.

En Castilla, las *Partidas* asumieron casi en su totalidad la regulación del derecho justiniano,²³³ con posterioridad levemente corregidas por las *Leyes de Toro* y las *Recopilaciones*,²³⁴ sobre todo en la línea de la introducción de algunos principios canónicos.

La sucesión intestada se abre en el momento en que fallece una persona sin testamento.²³⁵ Desde las *Partidas* se estableció una regla de prelación fijando un orden de llamadas a la sucesión legítima basada en el fundamento canónico y iusnaturalista de los niveles de afecto del causante,²³⁶ empezando por los descendientes y siguiendo por los ascendientes y los colaterales, quedando para el final el cónyuge supérstite y el fisco, de modo que se consideraba que ello respondería a la voluntad presunta del causante que no había podido expresarse a través del testamento. Este orden de sucesión fue ligeramente modificado en las *Leyes de Toro*, que dispusieron una minuciosa regulación de cada uno de los escalones del orden, en particular diferenciando entre los parientes legítimos y no legítimos y reduciendo las posibilidades de los colaterales, y establecieron la exclusión del cónyuge viudo –que debería conformarse con el usufructo de una cuota igual a la de uno de los hijos– y la omisión del fisco en el orden de sucesión.

Este quedaba, pues, así: en primer lugar, los descendientes (entre los que se establecía a su vez un orden, con los hijos y descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio en primer lugar, seguidos por los legitimados por rescripto real, los hijos naturales, los espurios y los adoptivos); en segundo lugar los ascendientes; en tercer lugar, los hermanos de doble vínculo, seguidos por los consanguíneos y uterinos, y sus hijos, y por los colaterales hasta el cuarto grado; y, por fin, a falta de parientes conocidos dentro de estos grupos, el fisco. Los parientes de cada uno de los órdenes excluían a los siguientes; y dentro de un mismo orden, los de grado más próximo excluyen a los de grado más remoto, salvo en los casos de derecho de representación (cuando uno de los herederos premuere al causante y es representado por sus descendientes, sin límite de grado, que heredan su parte por estirpe, y no por cabezas). No se establecía diferencia entre varones y mujeres.²³⁷

²³³ Dig. 37.8; 38.6–17; Cod. Just. 6.18; 6.55–59; Inst. Just. 3.1–5; Nov. 53.6; 118 y 127; Vid. KASER (1975), II, Págs. 497–512; cfr. Las Siete Partidas, Partida VI, Tít. 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento.

²³⁴ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Leyes 6–12; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8 De las herencias, i particion dellas; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20 De las herencias, mandas y legados. Vid. al respecto MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 27 De Successionibus ab intestato, No. 258–263; JORDÁN DE ASSO / DE MANUEL, Págs. 127–135; ESCRICHÉ (1876), III, Págs. 26–32, s. v. Heredero legítimo o abintestato; SALA (1837), Tomo I, Págs. 235–248; GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, Págs. 222–232.

²³⁵ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Proemio.

²³⁶ ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco 8, 12 (1161b–1162a).

²³⁷ Esta regla tenía sus excepciones, particularmente en el caso de los mayorazgos: Las Siete Partidas, Partida IV, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 3 Como el padre o el auuelo muriendo sin testamento, deue el fijo: o el nieto heredar los bienes del, Glosa c. Mugeres. Gregorio López indica en esta larguísima glosa, con una amplísima casuística y gran profusión doctrinal, que, a pesar de las previsiones del derecho común, es costumbre en España que en los mayorazgos se siga el orden de sucesión a la corona regulado en las

El primer orden de sucesión lo ocupan los hijos y descendientes.²³⁸ La doctrina de las *Partidas* que equiparaba a los hijos naturales con los legítimos en cuanto a la sucesión de los bienes de la madre fue rectificada por la legislación posterior,²³⁹ de modo que estos, y en su defecto los espurios, solo sucedían en los bienes maternos a falta de hijos legítimos y legitimados, pero con preferencia a los ascendientes;²⁴⁰ los hijos nacidos de una relación punible, y los sacrílegos, no eran llamados a la herencia ni del padre ni de la madre.²⁴¹ Hubo una polémica doctrinal en cuanto a la sucesión de los hijos adoptivos: según las *Partidas*,²⁴² los hijos adoptivos eran llamados a la sucesión de su padre adoptivo, pero algunos tratadistas del derecho castellano, sobre la base de las normas del *Fuero Real* y de las de *Toro*, entendieron que este llamamiento solo se producía a falta de hijos legítimos y naturales, e incluso hubo quien sostuvo que los ascendientes legítimos y naturales también los excluían.²⁴³

El segundo orden de sucesión lo integran los ascendientes del causante.²⁴⁴ Cuando el causante no tenía padre ni madre, la herencia correspondía a sus abuelos paternos y maternos, si los hubiere, por líneas, es decir, dividiendo la herencia por mitad y adjudicando una mitad a los ascendientes paternos y la otra a los maternos, sin atender a la procedencia de los bienes; no obstante, las *Partidas*²⁴⁵ conservaron un residuo de la sucesión altomedieval y admitieron que se guardase el uso de la tierra en aquellos lugares donde por costumbre estuviera vigente el llamado fuero de troncalidad, según el cual los bienes procedentes del padre debían volver a los ascendientes paternos, y los de la madre a los maternos (*paterna paternis, materna mater*).

Partidas, de modo que, dentro de la misma línea y el mismo grado, se prefiere a los varones frente a las mujeres. Por ejemplo, habiendo dos hijos con derecho a suceder, varón y mujer, siendo primogénita esta última, se prefiere no obstante al varón, y sus descendientes por derecho de representación: Las Siete Partidas, Partida II, Título 15 Qual deue ser el pueblo en guardar al Rey en sus hijos, Ley 2 Como el hijo mayor ha adelantamiento, e mayoría sobre los otros sus hermanos. Esta costumbre fue derogada por real pragmática de 15 de abril de 1615: Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 17 De los mayorazgos, Ley 8, Págs. 112–113 que prohíbe que las mujeres de mejor línea y grado queden excluidas por los varones de la sucesión. Vid. al respecto CLAVERO (1989), Págs. 240–242.

²³⁸ ÁLVAREZ (1982), Vol. 2, Tomo 3, Págs. 7–13.

²³⁹ GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 12 De los hijos legitimados; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20, Ley 7 Sucesión del hijo legitimado por Real rescripto, para heredar á sus padres, en defecto de legítimos; y casos en que deben igualarse con estos, Pág. 126.

²⁴⁰ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 8 Que los padres, seyendo obligados á dar alimentos, no pueden dár mas del quinto; i á los hijos naturales puedan dár todo lo que quisieren, no teniendo descendientes legítimos, Pág. 730.

²⁴¹ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Leyes 6–7, Págs. 729–730.

²⁴² Las Siete Partidas, Partida IV, Título 16 De los hijos porfijados, Leyes 8 Quanto deue auer el porfijado de los bienes, de aquel quel porfijo y 9 Quanto hereda el porfijado en los bienes del porfijador.

²⁴³ SALA (1837), Tomo I, Pág. 239.

²⁴⁴ ÁLVAREZ (1982), Vol. 2, Tomo 3, Págs. 13–15.

²⁴⁵ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Leyes 4 y 8; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 1 Cómo suceden los ascendientes á los descendientes, donde los bienes no son troncales, e en què parte, Pág. 728, i. f.

nis). A falta de ascendientes legítimos eran llamados los naturales, en los mismos términos que los hijos naturales a la sucesión de sus madres.²⁴⁶

El tercer orden de sucesión lo componen los parientes colaterales o transversales. En este caso, el derecho de representación no iba más allá de los hijos de los hermanos y solo tenía lugar en ellos cuando concurrían con sus tíos. Los hermanos de doble vínculo y sus hijos eran llamados con preferencia a los hermanos de un solo vínculo, pero esta preferencia no se extendía más allá de los hijos de los hermanos.²⁴⁷ La legislación real excluyó en cualquier caso que los colaterales concurrieran con los ascendientes, aunque fueran hermanos, a diferencia de lo que establecían las *Partidas*.²⁴⁸ Como límite del parentesco a estos efectos fijaron las *Partidas* el décimo grado, pero esto fue corregido por la legislación real, que lo adelantó al cuarto (criterio muy restrictivo que fue matizado por la jurisprudencia y la doctrina).²⁴⁹ Todo esto estaba referido a los parientes legítimos; en caso de no legítimos, las reglas eran otras: si el causante era hijo natural, eran llamados a la sucesión los hermanos de madre y sus hijos (pero si solo dejaba hermanos de padre, también estos eran llamados); si el causante era hijo legítimo, pero no hubiera dejado otros parientes que naturales, eran llamados a la sucesión los que fueran por parte de madre, pero la doctrina discutió si en este caso debían estar excluidos los parientes por parte de padre, opinión que acabó prevaleciendo.²⁵⁰

²⁴⁶ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 8 Quando puede heredar el fijo que non es legitimo en los bienes de su padre si muere sin testamento: o el padre en los bienes de tal fijo, i. f.

²⁴⁷ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Leyes 5 y 6.

²⁴⁸ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 4 Como los padres e los auuelos pueden heredar los bienes de sus hijos, e de sus nietos. Quando mueren sin testamento; cfr. GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Ley 7 De la sucesión de los hermanos; Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8 De las herencias, i particion dellas, Ley 4 Que el hermano no suceda à su hermano ab intestato, teniendo ascendientes; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 20, Ley 2 Sucesion ab intestato de los hermanos del difunto, y de los sobrinos con los tios in stirpem, y no in capita, Pág. 124. Vid. referencias en MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 27 De Successionibus ab intestato, No. 259.

²⁴⁹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 6 Como pueden heredar los hermanos que non son de padre e de madre, e otros quién puede heredar a aquel que muere sin testamento; Nueva Recopilación, Libro I, Tít. 9, Ley 3 Que no lleven quintos de los que mueren sin hacer testamento los Comisarios de la Cruzada, ni Ministros de la Trinidad, dexando hijos, ó parientes dentro del quarto grado, Pág. 97; Tít. 10, Ley 9 Que el Presidente, i Oidores de las Audiencias no se entremetan à conocer sobre cosas tocantes à los abintestatos, i cosas mostrencas, i otras cosas à las composiciones pertenecientes, i à la Cruzada, Pág. 101; Novísima Recopilación, Libro X, Tít. 22, Ley 6 El Superintendente general de correos y caminos lo sea también de los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos, con jurisdicción privativa, é inhibición de los Tribunales, Págs. 138–143; SALA (1837), Tomo I, Págs. 243–244. Era dudoso si el cuarto grado se cuenta por el cómputo canónico o por el civil. En contra, Solórzano Pereira, Política Indiana, Libro V, Cap. 7, Pág. 805, ¶ 36. Vid. al respecto, en general, TOMÁS Y VALIENTE (1966), Págs. 236 y ss.

²⁵⁰ SALA (1837), Tomo I, Págs. 242–243.

No habiendo estos parientes, sucedía al difunto el cónyuge viudo.²⁵¹ No obstante, incluso habiendo hijos, si la viuda careciese de medios para vivir honestamente, le correspondía la cuarta parte de los bienes hereditarios (que debía contarse de todos los bienes del difunto, siempre que tal cuota no superara las cien libras de oro) y estaba sujeta a reserva hereditaria;²⁵² no es así, en cambio, si la esposa fuera suficientemente rica.²⁵³

Faltando todos estos herederos *ab intestato*, los bienes hereditarios se consideran vacantes y se atribuían al fisco si el difunto era laico.²⁵⁴ En Castilla esos bienes se aplicaban al tribunal de la Cruzadas;²⁵⁵ pero en Indias esto no se hacía así, salvo especial rescripto del rey, sino que se entregaban al Juez de los Intestados, que debía resolver por sentencia sobre su destino.²⁵⁶ En cualquier caso, los herederos *ab intestato* también están obligados a invertir algunos bienes en favor del alma del difunto.²⁵⁷

Por último, desde el punto de vista del derecho canónico es relevante lo concerniente a la sucesión de los clérigos que hubieran dejado parientes. En tal caso, sus bienes eran atribuidos a sus herederos legítimos; pero si no hubiera sido así, pasarían a la iglesia.²⁵⁸ Sin embargo, en el caso de los inmuebles eclesiásticos, y de los muebles que hubieran sido adquiridos *per ecclesiam* o *intuitu ecclesiae*, no se daba lugar a la sucesión, pues no se consideraban propiedad del clérigo, sino de la Iglesia.²⁵⁹ En las Indias, los expolios de los obispos y otros prebendarios eran administrados por las reales audiencias, o en su caso los reales patronatos, que, tras pagar

²⁵¹ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 6 Como pueden heredar los hermanos que non son de padre e de madre, e otrosi quien puede heredar a aquel que muere sin testamento. Esto fue derogado por Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 12 Que los bienes, i herencia del que muere ab intestato, no dexando ascendientes, ni descendientes, ni transversales son del Rei, Pág. 731, que atribuye los bienes al fisco.

²⁵² Sobre los bienes reservables en caso se segundas nupcias del cónyuge viudo, vid. SALA (1837), Tomo I, Págs. 246–248.

²⁵³ Las Siete Partidas, Partida VI, Título 13 De las herencias que ome puede ganar por razon de parentesco, quando el Señor della muere sin testamento, Ley 7 En quanta parte de los bienes del marido rico puede heredar la muger pobre si casasse sin dote, e non ha de que beuir. Había dudas doctrinales sobre si eso se conservaba: vid. ÁLVAREZ, Inst. II, Pág. 19–20.

²⁵⁴ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 8, Ley 12 Que los bienes, i herencia del que muere ab intestato, no dexando ascendientes, ni descendientes, ni transversales son del Rei, Pág. 731.

²⁵⁵ Nueva Recopilación, Libro I, Tít. 10, Ley 9 Que el Presidente, i Oidores de las Audiencias no se entremetan à conocer sobre cosas tocantes à los abintestatos, i cosas mostrencas, i otras cosas à las composiciones pertenecientes, i à la Cruzada, Pág. 101.

²⁵⁶ Recopilación, Libro I, Tít. 2, Ley 18 Que de bienes de Iglesias no se hagan gastos en recevimientos; Libro VIII, Tít. 12 De los tesoros, depositos, y rescates, Ley 6 Que encarga à las Iusticias, y Oficiales Reales la cobrança de bienes, y manda guarden las leyes, Fol. 9v; Libro II, Tít. 32 Del Iuzgado de bienes de difuntos, y su administracion y cuenta en las Indias, Armadas y Vageles, Fols. 281–290v; MURILLO VELARDE, Cursus Iuris Canonici, Libro III, Tít. 27 De Successionibus ab intestato, No. 261.

²⁵⁷ Nueva Recopilación, Libro V, Tít. 4, Leyes 6 y 10; cfr. ÁLVAREZ (1982), Vol. 2, Tomo 3, Págs. 21–24. En relación con las Indias, Solórzano rechaza la pretensión de los religiosos mercedarios de que los bienes mostrencos y vacantes fueran aplicados en exclusiva para los fines propios de su orden: SOLÓRZANO PEREIRA, Política Indiana, Libro IV, Cap. 25, Pág. 719, ¶ 25, nota 21. Cfr. CUENA BOY (2016), Pág. 168.

²⁵⁸ X. 3.27.1; GONZÁLEZ TÉLLEZ (1715), Commentaria in X. 3.27.1, No. 2–4 y 7.

²⁵⁹ X. 3.26.9 y 12.

las deudas y los salarios pendientes, los aplicaban a las iglesias según el régimen ordinario.²⁶⁰ En el caso de los novicios, si mueren sin testamento antes de profesas, son sucedidos por sus herederos legítimos; pero si hubieran profesado, todos sus bienes pasan a su monasterio,²⁶¹ pero entregando la legítima a sus hijos y ascendientes antes de profesas.²⁶² Si la institución no fuese capaz de sucesión, los bienes son atribuidos a los herederos legítimos del profeso como si hubiera muerto naturalmente.²⁶³

13. Particularidades americanas

La regulación de la libertad testamentaria fue trasladada en bloque a los territorios americanos, donde fue experimentando modificaciones concretas para adaptar la institución a algunas características propias de aquella realidad tan distinta de la europea,²⁶⁴ sobre todo en la línea de garantizar la libertad de testar de los indígenas frente a las presiones de los colonizadores, pero también de los propios agentes de la Iglesia. El caso más relevante en el contexto americano es el de los privilegios concedidos a los indígenas para que pudieran disponer sobre sus bienes con arreglo a las normas del derecho castellano, pero con las adaptaciones correspondientes. Apenas hay, sin embargo, análisis jurídicos respecto a las dificultades de adaptación de los testamentos indígenas a las exigencias de la legislación común o a la posible supervivencia de formas de sucesión autóctona en concurrencia con las normas vigentes en la metrópoli.

Un objeto destacado de sucesión hereditaria en el derecho indiano fueron las encomiendas sobre indios, sobre todo a partir de una real provisión de 26 de mayo de 1536 (reiterada por reales cédulas de 4 de marzo y 5 de abril de 1552),²⁶⁵ cuando se concedieron por más de una vida; este fue el tema de mayor atención en el ámbito del derecho de sucesiones para los tratadistas y legisladores indios, dado que las viejas normas del derecho castellano no eran adecuadas para el tratamiento de esa realidad social totalmente novedosa. Los tratadistas (particularmente Juan de Solórzano y Pereira) dedicaron una atención especial a esta cuestión.

²⁶⁰ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana*, Libro IV, Caps. 11 y 18; González Téllez, *Commentaria in X. 3.27.1, No. 2; Cañete (1973), Syntagma*, Págs. 342–355. Desde el siglo XIV el derecho a tales bienes de los obispos muertos intestados correspondía a la Cámara Apostólica, pero en Castilla fue cedido a la Corona: *Recopilación*, Libro I, Tít. 7, Ley 39 Forma que han de guardar los Arzobispos y Obispos en hacer los inventarios de sus bienes adquiridos antes de entrar en las Iglesias, Fols. 37v–38r; *Recopilación*, Libro I, Tít. 7, Ley 40 Que las causas de expolios en concurso de dos las Iglesias, se traten donde muriere el Obispo, y que el Pontifical pertenece a la segunda Iglesia, Fol. 38.

²⁶¹ Auth. *Ingressi* y auth. *Si qua mulier ad Cod. Just. 1.2.13; C. 24. q.3 cc. 7 y 9; Las Siete Partidas, Partida VI, Título 1 que cosa es testamento, Ley 17* Como los que entraron en religión no pueden hacer testamento.

²⁶² X. 3.31.14.

²⁶³ MURILLO VELARDE, *Cursus Iuris Canonici*, Libro III, Tít. 27 De Successionibus ab intestato, No. 263.

²⁶⁴ LEVAGGI (1994), Pág. 255.

²⁶⁵ Referencias en OTS CAPDEQUÍ (1921), Págs. 84, Nota 3 y Pág. 94, Notas 1 y 2.

Dado que se trata de una institución de derecho estrictamente secular, no fue objeto de tratamiento por los canonistas (salvo marginalmente).²⁶⁶ En todo caso, debe tenerse en cuenta que, en el derecho de sucesiones del Antiguo Régimen, aunque *pro forma* la sucesión *mortis causa* seguía considerándose unitaria, de hecho operaba como un conjunto de sucesiones distintas en función de las distintas masas patrimoniales que integraban el patrimonio del difunto (bienes troncales, bienes vinculados, reservas, peculiares, bienes dotales y esponsalicios, etc.) y que seguían sus propias reglas, donde la voluntad del causante muchas veces tenía un papel marginal.²⁶⁷

El derecho de sucesiones usado en Indias, tanto por la jurisdicción real como por la eclesiástica, ya fuera real o canónico, apenas se diferenció del ordenamiento general que rigió en la metrópoli, con pocas excepciones derivadas de las exigencias de la convivencia con la sociedad indígena y algunas peculiaridades de la organización de la Iglesia en aquellos territorios. Si tomamos como ejemplo ilustrativo el *Cursus* de Murillo Velarde, se verifica inmediatamente que el tratamiento de esta materia se limita a una exposición de las reglas generales del *ius commune*, complementadas por las correcciones efectuadas por la legislación castellana desde las *Partidas* y la indicación de los principales debates doctrinales respecto de algunos puntos controvertidos. Apenas hay referencias a la situación específica de las Indias, sobre todo teniendo en cuenta que los dos principales puntos regulados por la legislación real y objeto de discusión entre los tratadistas, esto es, el problema de la sucesión de las encomiendas y la cuestión del régimen jurídico de los bienes de difuntos cuando alguien fallecía en Indias teniendo a sus herederos en la península, no eran objeto de los tribunales eclesiásticos, sino de los tribunales reales, y en particular del Juzgado de Bienes de Difuntos establecido entre 1550 y 1556.²⁶⁸

En el fondo, el tratamiento que ofrecen los tratadistas de la época apenas se hace eco de la realidad fundamental del ordenamiento sucesorio aplicado en Indias, que es la existencia de una pluralidad de regímenes normativos. Como ha señalado Tau Anzoátegui,²⁶⁹ es preciso distinguir claramente a este respecto entre república de los españoles (criollos y peninsulares) y república de los indios.²⁷⁰ En el primer caso, la proyección del derecho castellano es total, con una normativa específica destinada a proteger la libertad testamentaria, asegurar su práctica en los viajes ultramarinos y garantizar el cumplimiento de las últimas voluntades y la conservación de los bienes cuando los herederos estaban alejados del causante, o este moría intestado. En cambio, en el caso de los indígenas, aparte de las cuestiones referidas al régimen de las encomiendas desde su concesión por más de una vida a partir de 1536 y la sucesión en dignidades dadas a perpetuidad o por una o dos vidas, la consideración especial del indio

²⁶⁶ OTS CAPDEQUÍ (1921), Págs. 79–116; OTS CAPDEQUÍ (1945), Págs. 438–446; OTS CAPDEQUÍ (1946), Págs. 112–123; OTS CAPDEQUÍ (1968), Págs. 225–229. Sobre el caso del mayorazgo en Indias, ver SÁNCHEZ BELLA et al. (1992), Pág. 333 y CLAVERO (1989), Págs. 181–207.

²⁶⁷ RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 580–581.

²⁶⁸ OTS CAPDEQUÍ (1921), Págs. 133–202; GUTIÉRREZ ALVIZ (1941/1942); ENCISO CONTRERAS (2000).

²⁶⁹ TAU ANZOÁTEGUI (1971), Págs. 54 y ss.; cfr. DÍAZ REMENTERÍA (1992b), Págs. 335–336.

²⁷⁰ Sobre ello, vid. DÍAZ REMENTERÍA (1992a), Págs. 173–190; LEVAGGI (2001), con más referencias.

como *persona miserabilis* digna de especial protección jurídica llevó a interesantes polémicas doctrinales respecto a las frecuentes restituciones de conciencia efectuadas *mortis causa* por los encomenderos en beneficio de sus indios y que determinaron la formación de auténticos vínculos en los que el donante o testador instituía un orden sucesorio de manera similar a lo que sucedía en el caso de la fundación de mayorazgos.

Pero el caso más relevante en el contexto americano es el de los privilegios concedidos a los indígenas para que pudieran disponer sobre sus bienes con arreglo a las normas del derecho castellano, pero con las adaptaciones correspondientes. La Corona era muy consciente en este punto respecto a los abusos a que podían verse sometidos los indios por parte de los doctrineros de América, y acabó dictando una real cédula de 16 de abril de 1580²⁷¹ que ponía la defensa de la libertad de testar de los indios en manos de las autoridades reales. El mecanismo jurídico hallado por los juristas para justificar ideológicamente el dominio colonial español y, al mismo tiempo, canalizar los inevitables conflictos surgidos como consecuencia del brutal choque cultural que trajo consigo el proyecto colonizador, no fue otro que la consideración de los indígenas americanos como personas “miserables”.²⁷² La “miserabilidad”, una categoría jurídico-social nacida en el derecho romano del Bajo Imperio, y recibida en el derecho hispano medieval, con la finalidad de ofrecer cierta tutela o protección jurídica a determinadas categorías sociales consideradas débiles e incapaces de defenderse por sí mismas frente a los abusos de los grupos sociales más poderosos, fue oportunamente empleada por los teólogos y juristas formados en el seno del *ius commune* a fin de proporcionar un marco jurídico tuitivo para los indígenas americanos, sometidos a indefectibles abusos por parte de los colonizadores europeos.

Sin embargo, su aplicación a los indios sometidos no dejaba de presentar características peculiares, que se alejaban notoriamente del expreso precedente romano, comenzando por su extensión lineal a todos los miembros de las comunidades indígenas, configurando así un “estatus jurídico de raza” ausente del modelo romano y de la recepción. Como es obvio, esta concepción jurídica (o, propiamente, jurídico-moral) del mundo indígena respondía a un modelo paternalista, encubridor de la explotación real, que concedía a la mayoría indígena una serie de tratos de favor, pero al precio de condenarla a un estado permanente de desigualdad jurídica y sometimiento efectivo. En efecto, la condición de los indios como personas “miserables”, en el sentido antedicho, marcaba todas las relaciones jurídicas en que estos pudieran tomar parte y afectaba a todas las áreas del derecho privado, incluido naturalmente el derecho de sucesiones.

Esto no podía ser de otro modo, en la medida en que el mecanismo de la “miserabilidad” se había constituido en el principal instrumento de mediación necesario para la aplicación a las nuevas tierras del derecho castellano, impuesto de forma abrupta a una realidad tan

²⁷¹ Recopilación, Libro VI, Tít. 1, Ley 32 Que los Indios tengan libertad en sus disposiciones, Fol. 192; Libro I, Tít. 13, Ley 20 Que los salarios de Doctrineros, se paguen de los tributos de sus Doctrinas, Fol. 58; SOLÓRZANO PEREIRA, Política Indiana, Libro II, Cap. 28, Págs. 230–239. La norma fue completada por otra real cédula de 4 de abril de 1609, ratificada en 8 de octubre de 1630.

²⁷² DUVE (2008), Págs. 166–204; DUVE (2016).

profundamente diferente como era la sociedad indígena de las Indias occidentales. Las instituciones jurídicas castellanas solo pudieron introducirse en el mundo americano a través de un importante proceso de revisión y adaptación que, en ocasiones, las acababa llevando a una profunda transformación y a un alejamiento sustancial de sus formas hispanas y, más aún, romanas. En consecuencia, con lo anterior, en el marco del derecho de sucesiones quizá la figura que experimentó mayores modificaciones en su aplicación a la sociedad indígena fue la de la sucesión testamentaria.

14. Balance historiográfico

No es raro, pues, que apenas encontremos en la literatura sobre el derecho indiano estudios específicos sobre el derecho de sucesiones. Fuera de los trabajos pioneros de José María Ots Capdequí ya mencionados y el estudio de conjunto de Víctor Tau Anzoátegui, *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX* (1982), solo encontramos algunos trabajos monográficos sobre aspectos concretos del derecho sucesorio que hemos ido citando a lo largo del texto.

El protagonismo indígena en la singularidad del derecho sucesorio en Indias respecto al régimen común castellano, junto con el creciente interés por el análisis de las transformaciones socio-culturales durante el periodo de dominación hispana y las nuevas demandas de restitución de su patrimonio jurídico y cultural, es lo que explica el notable incremento de estudios dedicados al análisis de los testamentos de indígenas en los diversos territorios americanos. Su enfoque predominante no es histórico-jurídico, sino más antropológico-cultural y de historia social. La mayor parte de esta historiografía ha buscado ofrecer, a través del análisis de los testamentos, un mejor acercamiento a la cultura material y condiciones económicas, sociales y culturales de las poblaciones indígenas durante el periodo colonial, así como estudiar los complejos procesos de transformación y usos de las herramientas jurídicas, resaltando las redes sociales, el entorno familiar, jurídico, lingüístico, material y socioeconómico de estos grupos.²⁷³

Resultaría del todo imposible realizar aquí un elenco de las decenas de artículos y monografías publicados en los últimos decenios respecto a este tema, por lo que nos limitaremos

²⁷³ Si bien aún no es clara la existencia de instituciones testamentarias prehispánicas, la historiografía evidencia el rápido e intensivo uso que los indígenas hicieron de los testamentos desde la primera mitad del siglo XVI. Para el caso mexicano, se han transscrito, traducido y analizado también fuentes pictográficas, que muestran el uso de las formalidades jurídicas sin mayor resistencia (no solo por parte de las élites indígenas), para asegurar estatus, prerrogativas, distribución de bienes y derechos de propiedad en las nuevas estructuras familiares, desarrollando estilos propios en la redacción y registro de testamentos, CLINE / LEÓN-PORTILLA (2023), Pág. 25; OSPINA JIMÉNEZ (2024), Pág. 156; DANWERTH (2018), Pág. 432.

a referenciar algunos de los más significativos,²⁷⁴ también en relación con algunas monografías relativamente recientes sobre testamentos de indios en diversos territorios de las Indias hispánicas.²⁷⁵ Todas ellas se mueven en la dirección que hemos indicado de elaborar una contribución a la historia socio-cultural de la América hispana durante el periodo colonial desde la perspectiva de los sentimientos de última voluntad expresados por los pobladores indígenas y poner de manifiesto los problemas en la transformación de los modos de vida tradicionales muy distintos a pautas religiosas y esquemas normativos y conceptuales impuestos desde la potencia colonial.

Mucho menos numerosos son los trabajos referidos a las prácticas testamentarias de los pobladores peninsulares y criollos, dado que en este caso el traslado de tradiciones normativas peninsulares resulta mucho más sencilla. Se trata de trabajos que abundan en el estudio de los modelos estamentales, el estatus socioeconómico, las estructuras familiares y clientelares de la sociedad colonial, los conflictos de convivencia con los pobladores indígenas, la posición de la Iglesia y sus relaciones con el poder civil, las representaciones ideológicas o las formas de religiosidad y devoción de los habitantes trasladados desde la península o educados en contextos culturales de origen europeo. Son trabajos que no difieren sustancialmente de otros muchos publicados en relación con las prácticas testamentarias en localidades españolas durante la Edad Moderna, como es el caso de Reder Gadow (1986), Paniagua Pérez (2009) o Barios Sotos (2011), y particularmente en el caso de las mujeres, como p. ej. Invernizzi (2002) o Tovar Pulindo (2021). Entre otras obras sobre el régimen en la América colonial pueden citarse Zárate Toscano (2000), Retamal Ávila (2001), Kordić Riquelme (2005) o Rodríguez Manzano (2020). En todo caso, en este terreno la literatura reciente es menos abundante y, hoy por hoy, claramente insuficiente.

15. Apéndice: El fenómeno sucesorio en la historia del derecho

Mucho se ha discutido en la doctrina jurídica sobre la justificación del derecho hereditario y de la herencia.²⁷⁶ Tradicionalmente se ha puesto como base la propiedad personal (incluso sobre los medios de producción): la sucesión hereditaria es una consecuencia del carácter tendencialmente indefinido del derecho de propiedad; y, a través de la propiedad, se ha considerado una institución del derecho natural (o, en todo caso, de derecho de gentes).²⁷⁷ Asimis-

²⁷⁴ Unas buenas síntesis y descripción del estado de la cuestión en su momento pueden verse en: RODRÍGUEZ (2006); BORJA SANTA CRUZ (2014) y (2015); CHRISTENSEN / TRUITT (2016).

²⁷⁵ Podrían citarse, por ejemplo: CLINE (1986); GABBI / MARTÍN DE CODONI (1996); KELLOGG / RESTALL (1998); VON GERMETEN (2003); PIZZIGONI (2006), VARGAS ROCANCIO (2008); JIMÉNEZ GÓMEZ (2012); ARGOUSE (2016); CLINE / LEÓN PORTILLA (2023).

²⁷⁶ Ver un amplio desarrollo en RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 157–473.

²⁷⁷ SOTO (1553), *De iustitia et iure*, Lib. IV, Quaest. 3, Art. 1; COVARRUBIAS Y LEIVA (1762), *Variarum Resolutionum*, Lib. III, Cap. 6, No. 7; MOLINA (1733), *De iustitia et iure*, T. II, Tract. 2, Disp. 124; VÁZQUEZ DE MENCHACA (1610), *De successionibus*, Libro, I, § 1, No. 1–10.

mo se ha planteado también la defensa de la herencia desde el punto de vista de la familia: si se reconoce la importancia de la familia como célula básica de la sociedad, es preciso asegurarle un conjunto de bienes para garantizar su bienestar y continuidad, ya que con ello se refuerza también el buen orden de la sociedad en general y su prosperidad, ya que la promesa de que el sujeto podrá dejar sus bienes a sus descendientes incentiva el trabajo y la producción. Y también se han aducido motivos prácticos: la sucesión hereditaria es necesaria para la subsistencia de las relaciones económicas y el tráfico jurídico; si a la muerte de una persona no hubiera un sucesor que se hiciera cargo de sus bienes y de sus obligaciones, se desataría una lucha entre los supervivientes por apoderarse de ellos, y además nadie estaría dispuesto a conceder crédito si no tuviera una cierta seguridad de que alguien se va a hacer cargo del pago de la deuda aunque fallezca el sujeto obligado.

El derecho romano dio una amplísima, prolija y alambicada elaboración del derecho de sucesiones,²⁷⁸ que fue cambiando enormemente a lo largo de las distintas épocas, hasta su última formulación en el *Corpus iuris civilis* de Justiniano (sobre todo después de la importante reforma introducida por las *Novelas* 18, 115 y 118, no siempre del todo compatibles con la regulación del *Digesto* y del *Código*). Justiniano continuó básicamente las tendencias dominantes en el derecho romano clásico, con algunas innovaciones producidas por los desarrollos postclásicos o por influencia de la ética social cristiana: predomina la sucesión testada sobre la intestada (*favor testamenti*); se eliminan los restos del orden sucesorio agnaticio y se superan en la práctica las contradicciones entre la sucesión civil y la pretoria; el formalismo verbal de los testamentos retrocede aún más y se fortalecen las exigencias formales externas, es decir, la forma escrita como regla general y la presencia de testigos.

Se conservan ciertas reglas tradicionales del derecho de sucesiones clásico: la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*), de modo que, junto al testamento en que se dispone sobre una parte de la herencia, para el resto no son llamados los herederos *ab intestato*, sino que se reparte entre los herederos testamentarios (derecho de acrecer); la prohibición de la herencia sucesiva, es decir, el llamamiento de nuevos herederos por el causante tras la desaparición de los herederos primeramente instituidos o por el cumplimiento de alguna condición o plazo (*semel heres, semper heres*); la inadmisibilidad de una institución de heredero sobre cosas particulares (*heredis institutio ex re certa*) en vez de sobre toda la herencia o una cuota ideal de ella (la mitad, un tercio, etc.).

Estas reglas habían perdido gran parte de su significado ya en época clásica, por el propio desarrollo del orden social y económico; sin embargo, por el recio tradicionalismo romano se conservaron en el derecho clásico, que tan solo buscó vías parciales para eludirlas, y el classicismo de Justiniano hizo el resto.²⁷⁹ Las *Novelas* reformaron los otros modelos de sucesión universal: la Novela 118 (a. 543), complementada por la Nov. 127 (a. 548), dieron una nueva

²⁷⁸ Como signo indicativo conviene recordar que casi un tercio de los fragmentos del *Digesto* justiniano se ocupa precisamente de esta disciplina.

²⁷⁹ KASER et al. (2022), Págs. 643–644.

regulación (aunque incompleta) a la sucesión legal de los parientes, sustituyendo definitivamente la vieja agnación clásica por el parentesco de sangre y equiparando completamente a estos efectos a hombres y mujeres, así como el parentesco transmitido por los hombres como el transmitido por las mujeres; se distinguió entre cuatro clases en el orden sucesorio, cada una de las cuales excluye a la siguiente (y dentro de cada clase, los parientes de grado más cercano a los del más lejano, *successio ordinum et graduum*): los descendientes; el padre, la madre, los demás ascendientes y los hermanos de doble vínculo (de padre y madre comunes); los hermanos de un solo vínculo (hermanastros o medio hermanos); los demás parientes colaterales.

Según la regulación del *Corpus* el cónyuge solo hereda después de todos los parientes.²⁸⁰ Pero la Novela 53 (a. 537) determinó que la viuda pobre que no tuviera ni donación nupcial ni dote recibiera un cuarto de la herencia, junto con sus hijos. La Novela 115 (a. 542) introdujo algunas modificaciones en el derecho de las legítimas de los parientes, haciendo una enumeración exhaustiva de las causas de preterición o desheredación de las personas legítimas, todas las cuales implicaban una grave ofensa contra el causante o un comportamiento contrario a la moral social; y la Novela 18 (a. 536), asimismo, elevó la legítima a favor de los descendientes a un tercio de la herencia *ab intestato*, si había hasta cuatro hijos, y si había más, a la mitad.²⁸¹

Así quedó el derecho romano de sucesiones para los siglos posteriores, en que los legistas medievales le proporcionaron una elaborada dogmática de alto rigor lógico²⁸² que pasaría a ser integrada en los diversos derechos territoriales de Europa, combinada con las aportaciones de las distintas costumbres locales y, en particular, del derecho canónico.

En efecto, este fenómeno de la sucesión hereditaria no pasó inadvertido al derecho canónico –ni podía serlo, máxime teniendo en cuenta la concepción trascendente de la muerte para el cristianismo²⁸³ y su relevancia en todos los aspectos de la reglamentación de la vida de los fieles–. A pesar de la aversión inicial del cristianismo hacia la propiedad privada y el apego a los bienes materiales,²⁸⁴ la Iglesia hubo de plegarse al hecho de la necesidad de dar una regulación al destino de las relaciones jurídicas de las personas tras su muerte. Pero en un principio no desarrolló una reglamentación propia, sino que asumió la del derecho romano (*ecclesia vivit iure Romano*,²⁸⁵ sobre todo a partir del reconocimiento de Constantino en 312 y la proclamación del cristianismo como religión oficial del Imperio en 380),²⁸⁶ pero con una lectura a partir de los valores cristianos, en particular la orientación de todas las instituciones jurídicas hacia la *salus animarum*.²⁸⁷ En realidad, el cristianismo apenas dio lugar a la aparición

²⁸⁰ Dig. 38.11.

²⁸¹ KASER (1975), Págs. 510–512 y 521–522; KASER et al. (2022), Págs. 656–657.

²⁸² COING (1996), Tomo 1, Págs. 703–704; RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 556–572.

²⁸³ Is. 38.1. Vid. ABONNEAU (1957), Col. 943; RAHNER (1965), Cols. 221–226.

²⁸⁴ Mt 10,9; Lc 3,13; 9,3; Act 2,42–47; 3,6; 4,32–35; 8,20; 20,33; 1Tim 3,3; 6,10; 2Tim 3,2; Hb 13,5; St 5,3; 1Pe 1,18; etc. Cfr. HENGEL (1983).

²⁸⁵ D.10 c.8 (y gl.); C.15 q.6 c.3; D.96 c.10; D.1 c.12; BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 115–117. Sin embargo, FÜRST (1975).

²⁸⁶ GAUDEMUS (1957), Págs. 199–212; BRUNDAGE (1995), Pág. 12; WITTE (2008), Págs. 6–8.

²⁸⁷ MOUTIN (2012).

ción de figuras e instituciones nuevas “*in temporalibus*”, sino que más bien aportó un espíritu nuevo, una actitud mental y metodológica frente a los datos del acervo civilista²⁸⁸ que afectó asimismo a las propias fuentes romanas en los siglos de la Antigüedad tardía.²⁸⁹

Con todo, a partir del siglo XII y la recuperación del estudio científico del derecho en el Occidente europeo (*scientia civilis*), también los canonistas comenzaron a desarrollar una importante dogmática de elevado rigor técnico en el ámbito de las fuentes canónicas y a dar una configuración muy particular a las instituciones del derecho sucesorio tomadas de la tradición romanista, más adaptada a las necesidades de la práctica y a las características de los ordenamientos territoriales de la Europa medieval, mediante la utilización de cláusulas generales del tipo de la *aequitas*, la *bona fides* o la *benignitas*, y expedientes técnicos como la *dispensa*, la *tolerantia*, la *dissimulatio* o incluso la *praescripta consuetudo contra legem*, bajo la cobertura en última instancia de la *aequitas canonica*.²⁹⁰ A través de las finas elaboraciones técnicas de los juristas,²⁹¹ junto con numerosas decisiones de los altos tribunales de la Iglesia y de los concilios, y algunas decretales de los papas, las instituciones del derecho sucesorio fueron adoptando una fisonomía que, si bien conservaba la arquitectura general del derecho romano, ofrecía un cuadro de perfiles bien distintos;²⁹² particularmente en relación con el testamento que, como mayor expresión de la última voluntad del difunto, requería de un desarrollo mucho más preciso.

El testamento fue reivindicado por el derecho canónico (frente a las tendencias a su difuminación en favor de otros instrumentos técnicos o a la supremacía de la sucesión intestada en los ordenamientos territoriales de la Alta Edad Media)²⁹³ como medio idóneo para hacer

²⁸⁸ VISMARA (1965), Págs. 23–35.

²⁸⁹ Nov. Just. 83.1: “non dedignamur nostrae leges imitari sacros canones?”. Vid. GAUDEMUS (1957), Págs. 178–198.

²⁹⁰ BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 114–124.

²⁹¹ No así, en cambio, de la teología moral, que se desentendió de los problemas del derecho sucesorio por considerarlo un campo propio de la especulación técnico-jurídica, pero no tanto de la reflexión teológica, más dedicada a las cuestiones generales referidas a la ley y al derecho (raras excepciones a este respecto son autores como Luis de Molina, Domingo de Soto o Gabriel Vázquez, que sí dedicaron algunas páginas a la problemática sucesoria). Santo Tomás no había hecho referencia a la herencia en la *Summa Theologiae*, y los autores posteriores se limitaron, en general, a derivar la sucesión hereditaria del derecho de propiedad (*dominium*) por derecho natural o derecho de gentes, cfr. GÓMEZ CAMACHO (1998), Págs. 87–101. Caso distinto es el de la manualística de confesores, puesto que el acto de última voluntad no dejaba de ser una cuestión de conciencia que debía ser dilucidada en cada caso por el confesor una vez individualizada, lo que dio lugar a una rica casuística durante la Edad Moderna: cfr. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO (1973), Págs. 242–244. Jesús Lalinde llega a decir que la Escuela de Salamanca carece de toda importancia para el pensamiento iusprivatista español, lo que a todas luces constituye una exageración, LALINDE ABADÍA (1973), Págs. 353–375.

²⁹² Las colecciones canónicas recogieron disposiciones específicas referentes al derecho sucesorio: Tít. De testamentis et ultimis voluntatibus, X.3.26; Tít. De successionibus ab intestatis, X.3.27; Tít. De testamentis et ultimis voluntatibus, In VI. 3.11; Tít. De testamentis et ultimis voluntatibus, Clem. 3.6, que en todo caso no llegaron a sustituir del todo a las normas romanas, que seguían siendo de generalizado cumplimiento en todo lo que no hubiera sido expresamente regulado por la Iglesia. Vid. sobre el tema HANNAN (1934); MERZBACHER (1968).

²⁹³ GARCÍA-GALLO (1977), Págs. 444–452; COING (1996), Tomo 1, Pág. 704.

disposiciones por actos de caridad (*causae piae*) o a favor del alma del difunto, consideradas como *caput atque fundamentum* del acto de última voluntad,²⁹⁴ en la línea cultivada por la Iglesia desde antiguo de fomentar entre sus fieles la práctica de la limosna.²⁹⁵ Lo que se difundió por Europa, por tanto, a partir del siglo XII, no fue con exactitud el testamento romano, sino un constructo similar, pero con rasgos sensiblemente distintos.

Entre los rasgos distintivos respecto del testamento romano²⁹⁶ se encuentran la relajación de los requisitos formales del acto testamentario (*favor ultimae voluntatis*): se admite como manifestación de última voluntad cualquiera que se hubiera hecho efectivamente y sin su plantación, sin necesidad de ajustarse a los rígidos formulismos técnicos del derecho romano, que podían ser dejados sin efecto por costumbre.²⁹⁷ Cualquier requisito formal se interpreta más bien como *ad probationem*, y su falta no puede suponer la nulidad del testamento, que se ve como una medida excepcional (y que, además, no acarrea de por sí la pérdida de vigor de las disposiciones particulares que contuviera). Se ve potenciada, por tanto, la cláusula codicilar o cualquier otra que resulte sanatoria del acto de última voluntad.

Se admite la validez del testamento que agote el importe de la herencia en legados, o que instituya como heredera al alma del testador, o que haga atribuciones patrimoniales exclusivamente *pro salute animae*, a favor de *causae piae* o de colectividades genéricas (pobres, parientes u otros grupos), sin institución de heredero, o que consistan en la dotación de una capellanía, patronato o institución pía. Y se permite la revocación meramente parcial de un testamento o la coexistencia de distintos testamentos no incompatibles entre sí (se elimina, por tanto, la regla secular *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decidere potest*).

Además, se considera que todas las personas tienen derecho a ordenar su sucesión por derecho natural:²⁹⁸ en consecuencia, muchas de las limitaciones que imponía el derecho romano quedan orilladas (mujeres casadas sin licencia marital, hijos de familia, menores sujetos a tutela o curatela, condenados a muerte civil, religiosos profesos, siervos y esclavos o pródigos, etc.). Y se elimina la concepción del testamento como acto personalísimo, puesto que se admite la posibilidad de delegar su redacción en otra persona (comisario).

Por último, se produce una aproximación total entre las figuras del testamento y el codicilo, y se permite la utilización de instrumentos de expresión de la última voluntad distintos del testamento, incluidos los contratos sucesorios (prohibidos en el derecho romano como actos *contra bonos mores*),²⁹⁹ así como las capitulaciones matrimoniales, las donaciones *mortis causa*,³⁰⁰ los actos de fundación, la concesión de una dote, etc. Se admiten asimismo modos

²⁹⁴ VISMARA (1965), Pág. 24.

²⁹⁵ DUMAS (1957), Col. 1190.

²⁹⁶ Detalles en RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 601–618.

²⁹⁷ Ya desde el último tercio del s. XII el papa Alejandro III había eximido a los fieles de observar al pie de la letra las reglas del derecho romano (X. 3.26.10): cfr. BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 160–163.

²⁹⁸ D.1. c.7 y gl. ad h.1.; gl. *voluntatem* ad X. 3.26.17; cfr. BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 119–121.

²⁹⁹ Dig. 45.1.61; Cod. Just. 2.3.15.

³⁰⁰ A la que se imponen algunas limitaciones formales propias del testamento: X. 3.36.10. Vid. HANNAN (1934), Págs. 31, 42 y ss.

de testar inusitados en derecho romano, como el testamento por comisario, el testamento codicilar o los testamentos de hermandad. Ello se conecta con la ampliación de la noción de voluntad *mortis causa*, que ya no se limita a la consideración de acto de contenido patrimonial, sino que puede contener toda clase de manifestación de compromiso con la divinidad que afecte al destino del alma del causante, y con toda clase de “mandas” más allá de los tradicionales legados y fideicomisos: se admite cualquier contenido del acto siempre que no incurra en *turpitud*. No hay inconveniente tampoco en que someta la institución de heredero a término final o a condición resolutoria (dejando sin efecto, pues, la vieja regla *semel heres, semper heres*).

En conexión con todo esto, se entiende que la última voluntad ha de ser cumplida “religiosamente”, ya que no solo obliga en el foro externo, sino sobre todo *in foro conscientiae* de los sucesores, y de toda la sociedad en general. En consecuencia, se acentúa el carácter subjetivo de la interpretación del testamento, tendiendo a identificar la auténtica voluntad del causante y a la eliminación de todo tipo de mecanismo de captación de esa voluntad y de toda clase de cláusulas afectadas de “causa falsa” o ilícita. Para garantizar ese cumplimiento riguroso de la verdadera voluntad del difunto, cobran gran importancia las disposiciones de ejecución testamentaria (albaceas, fiduciarios, comisarios, contadores, etc.), apenas esbozadas en los textos legales romanos.

Con independencia de esta posición central del testamento (o, mejor, del acto de última voluntad), el derecho de sucesiones canónico también incorporó otras características que lo hicieron distinguirse sustancialmente del modelo romanista. Así, a pesar de la preponderancia de la sucesión voluntaria frente a la legal (sobre todo si aquella servía para realizar actos de generosidad), sin embargo, se imponen rigurosos límites a la última voluntad de los sujetos en favor de los vínculos naturales y los deberes hacia la familia de sangre, incluidos los hijos ilegítimos: incluso los actos caritativos deben ceder ante la herencia de los sucesores naturales (los hijos); y no se admite la preterición de los parientes de sangre frente a los extraños.³⁰¹

Esta consideración llevó a dar una mayor importancia a la sucesión legítima respecto de la que presentaba en el derecho romano: las legítimas sucesorías se ven como mandatos de derecho natural o divino, por lo que van más allá de las relaciones familiares fundadas en el santo matrimonio (si bien los deberes jurídicos hacia los parientes no legítimos se fundaban solo *ex aequitate* y obligaban solo *in foro conscientiae*).³⁰² No obstante, se conserva el *favor matrimonii* y, en consecuencia, se mejoran los derechos del cónyuge viudo y no se ven con disciplinaria las fidencias sucesorias entre cónyuges ni los testamentos de hermandad ni siquiera los contratos sucesorios entre ellos, y se fomenta asimismo la equiparación casi total de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio. Por otra parte, en conexión con esa consideración *iure naturae* de los herederos de sangre, la *portio legitima* de los parientes no se hace depender de la institución de heredero ni de la validez de la preterición, y podía ampliar su extensión por derecho propio, y no por derecho de acrecer, como exigía el derecho romano.

³⁰¹ VISMARA (1965), Pág. 24.

³⁰² RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 597–598.

En tanto que piedra angular del derecho de sucesiones canónico, el testamento requería de una tutela especial, y esta fue conferida desde antiguo a los obispos (particularmente en relación con las liberalidades piadosas contenidas en el acto de última voluntad).³⁰³ Esto dio pie a que, con el andar del tiempo, sobre todo ya entre los siglos XI y XII, los tribunales eclesiásticos se reconocieran competentes para entender sobre toda clase de pleitos sucesorios, particularmente en materia testamentaria, en la medida en que se consideraba que todas estas cuestiones estaban referidas a la salud del alma de los difuntos, y por tanto había un interés que trascendía la mera dimensión temporal,³⁰⁴ lo que concuerda muy bien con el hecho de que las cláusulas del testamento han de ser cumplidas “religiosamente”.³⁰⁵

La Iglesia pretendió ostentar una jurisdicción exclusiva sobre estos asuntos, pero, a medida que los poderes territoriales se fueron fortaleciendo, los tribunales civiles fueron reclamando también una jurisdicción concurrente. Para la distribución de los casos se impuso un criterio de prevención: quedaba en manos de los interesados el determinar a qué tribunal preferían someter la cuestión; y a veces era el propio causante el que dejaba señalado a qué tribunal confiaba la ejecución de su testamento. Pero a mediados del siglo XVI, cuando el Estado moderno comenzó a imponerse en la mayor parte de los territorios de la Europa occidental y a monopolizar las fuentes de creación del derecho, la jurisdicción secular empezó a reclamar la exclusividad de la competencia en materia hereditaria con base en el carácter accesorio y no principal de las disposiciones piadosas en el conjunto de la sucesión hereditaria. A finales del siglo XVI este proceso estaba ya culminado en casi toda Europa, y los tribunales laicos sustituyeron completamente a los eclesiásticos en esta materia, así como el derecho real vino a aplicarse en lugar del derecho canónico (si bien este nuevo derecho en muchos lugares había acogido la mayor parte de las innovaciones canónicas que hemos señalado, como sucedió en Castilla).³⁰⁶

En efecto, en el reino de Castilla, a mediados del siglo XIII la legislación alfonsina (*Especulo, Fuero Real*, sobre todo las *Siete Partidas*) introdujo el derecho romano-canónico en la versión dada por los glosadores boloñeses. El *ius commune* trató de imponerse sobre una compleja amalgama de normas de distinta procedencia que habían venido formándose consuetudinariamente a un nivel local a lo largo de la Alta Edad Media en el contexto de un ordenamiento vasallático-estamental, pero con un creciente poderío del monarca en virtud de las particulares características de la llamada Reconquista en el territorio que se incorporaría posteriormente la Corona castellana. El derecho castellano altomedieval estaba integrado por normas romano-vulgares conservadas por las leyes visigodas, más o menos deformadas, junto con prácticas locales tradicionalmente consideradas de origen germánico³⁰⁷ (pero en

³⁰³ Cod. Just. 1.3.45 pr.; gl. *leges ad X. 3.26.6*; cfr. BUSSI (1939), Tomo 2, Pág. 230.

³⁰⁴ Máxime cuando la última voluntad del causante estaba reforzada por un juramento, o cuando en ella se contenían cláusulas a favor de la Iglesia o de las *piae causae*: gl. *ex hac decreta* y gl. *decretorum ad X. 3.26.12*; Cfr. BUSSI (1939), Tomo 2, Págs. 117–118; RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 589–590; CONDORELLI (2009).

³⁰⁵ C.13 q.2 cc. 4, 9 y 11; gl. *ex hac decreta* y gl. *decretorum ad X. 3.26.12*; cfr. BUSSI (1939), Tomo 2, Pág. 118.

³⁰⁶ DUMAS (1957), Cols. 1195–1196 y 1199–1200; FAJARDO FERNÁNDEZ (2012), Pág. 563.

³⁰⁷ CASTÁN TOBEÑAS (1971), Tomo 6, Vol. 1, Págs. 65–66; LACRUZ BERDEJO (1993), Págs. 16–17.

realidad más bien de desarrollo autóctono, con algunas influencias ya tempranas de las representaciones canónicas).³⁰⁸

El derecho de sucesiones de este periodo presenta en Castilla características similares a los de otros territorios peninsulares,³⁰⁹ como son el predominio de la sucesión legítima sobre la voluntaria: el testamento deja de ocupar la posición central de la sucesión hereditaria y difumina sus rasgos hasta confundirse con otros instrumentos que sirven igualmente para exteriorizar la última voluntad del causante, como las donaciones *mortis causa* o las transmisiones de bienes *reservato usufructu*.³¹⁰ Por consiguiente, se permite la posibilidad de disponer de los bienes en vida mediante donaciones *post obitum*, en las que, con el consentimiento de los familiares, se transmiten bienes fuera del entorno familiar, generalmente la Iglesia. De esa manera, se fue consolidando la cuota *pro anima* incluso en ausencia de testamento.

A consecuencia de lo anterior, se desfiguraron las instituciones técnicas del heredero y el legatario tal como existían en la tradición romana, y apareció un amplio abanico de beneficiarios de atribuciones *mortis causa* de bienes singulares, muchas de ellas englobadas bajo el concepto difuso de “mandas”. Se diferenció entre diferentes masas de bienes con distinto destino sucesorio (bienes troncales, bienes vinculados, bienes gananciales, peculios, bienes dotales, donaciones nupciales, etc.). La idea central es que los bienes, en la mayor medida posible, quedasen en el seno de la familia (sucesión vincular, que se convierte en un régimen ordinario de sucesión *mortis causa*, merecedor incluso de un *favor iuris*). En este contexto, pierden relevancia las legítimas de los descendientes y ganan peso, en cambio, los derechos de cónyuge viudo respecto de lo que existía en el acervo romanista.

Por influencia de la Iglesia, hay una mayor protección de la expectativa hereditaria del *nasciturus* y del plazo de viabilidad para adquirir la herencia por los hijos póstumos. Hay una equiparación inicial de los derechos hereditarios de todos los hijos, ya fueran legítimos o ilegítimos, pero se da una tendencia a la exclusión de estos por el simple expediente de omitirlos, o bien por la exigencia de un reconocimiento previo de derechos por el padre. Se admite además la posibilidad de que el padre mejore la asignación de bienes a algunos hijos frente a otros, rompiendo el principio romanista de la igualación de todos los herederos forzosos.

A finales del siglo XIII, las *Siete Partidas* intentaron revertir este panorama y sustituirlo por los principios del derecho romano justiniano, con algunas innovaciones debidas al derecho canónico y a la nueva *scientia civilis* renacida en Italia. Sin embargo, este intento fue en vano, puesto que al poco tiempo el *Ordenamiento de Alcalá* (1348)³¹¹ y, sobre todo, las *Leyes de Toro* (1505)³¹² desplazaron a las *Partidas* (reduciéndolas formalmente a la mera condición de derecho supletorio, aunque en la práctica su influencia fuera muy superior) y consolidaron un ordenamiento castellano de acusada personalidad, en la que, sobre los moldes romanos, se consagran muchas de las aportaciones de la tradición propia altomedieval y, sobre todo, del

³⁰⁸ RUBIO GARRIDO (2022), Págs. 572–587.

³⁰⁹ GARCÍA-GALLO (1959); LALINDE ABADÍA (1970), Pág. 713–730; MORÁN MARTÍN (2002), Pág. 391.

³¹⁰ GARCÍA-GALLO (1977), Págs. 461–470 y 476–497; ARVIZU (1977).

³¹¹ Ordenamiento de Alcalá, Títs. 18 y 19.

³¹² GÓMEZ (1981 [1785]), Leyes de Toro, Leyes 3–46.

derecho canónico, según se ha podido ver. El testamento volvió a ser el centro de la sucesión hereditaria (pero ya no es el testamento romano como tal, sino un nuevo testamento con las modulaciones que se han dicho),³¹³ y el principio fundamental de la sucesión voluntaria volvió a ser el de la libertad de testar y el de la igualdad entre los hijos (si bien por influencia de la Iglesia se restringieron los derechos de los hijos ilegítimos). Se mantuvo la parte de libre disposición y la legítima de los familiares, aunque estas figuras quedaron algo desdibujadas por la existencia de vinculaciones del patrimonio (mayorazgo). Y se profundizó en la institucionalización del usufructo vidual, al igual que en otros territorios de la península.³¹⁴

Sobre estas fuentes surgirá también desde la Baja Edad Media una potente doctrina jurídica de rasgos bastante peculiares, construida no tanto por autores académicos, sino sobre todo por juristas muy cercanos a la praxis (funcionarios de la administración real, abogados, consultores y, en el ámbito eclesiástico, asesores de los obispos o confesores), que tratan principalmente de determinar el alcance –meramente declarativo o de desarrollo o correctivo– de estas normas propias respecto a las civiles, valiéndose no solo de explicaciones académicas eruditas, sino en especial de exposiciones de cuestiones prácticas, respuestas o dictámenes, o comentarios de sentencias de los altos tribunales del reino o de la Iglesia.³¹⁵

Principalmente fue jurisdicción real la que aplicó esta masa de normatividad, pero la jurisdicción eclesiástica no perdió su competencia³¹⁶ (máxime después del concilio de Trento, cuyos capítulos se declararon legislación vinculante en España), y no debe minusvalorarse el papel de los confesores a los efectos de un enjuiciamiento *in foro conscientiae*.³¹⁷

16. Fuentes y bibliografía

Archivo

Archivo General de Indias (AGI)

AGI, Indiferente general, Leg. 2883.

Fuentes primarias del corpus DCH

HEVIA BOLAÑOS, JUAN DE, Curia Philipica, Madrid, Por Ramón Ruiz, de la Imprenta de Ulloa, 1790.

³¹³ COING (1996), Tomo 1, Pág. 708.

³¹⁴ MORÁN MARTÍN (2002).

³¹⁵ RUBIO GARRIDO (2022), Pág. 574.

³¹⁶ Sobre la competencia de los tribunales eclesiásticos sobre legados *pro piae cause* o a las iglesias, etc., aunque en eso de lejos también pueden ocuparse los tribunales civiles por ser causas *mixti fori*, HEVIA BOLAÑOS, Curia Philipica, Parte I, Párrafo 1, Págs. 4–5.

³¹⁷ Vid. referencias en POOLE (2018), Págs. 312 y ss.

LÓPEZ, GREGORIO, *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alonso el Nono nuevamente glosadas*, Salamanca, 1555.

MURILLO VELARDE, PEDRO, *Cursus juris canonici, hispani, et indici, in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones ...*, 3^a Ed., Matrixi, Typographia Ulloae a Ramone Ruiz, 1791 [1743].

PEÑA MONTENEGRO, ALONSO DE LA, *Itinerario para Parochos de Indios ...*, En Madrid, Por Ioseph Fernández de Buendía, 1668.

Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias mandadas a imprimir, y publicar por la magestad católica del rey Carlos II, 4 Tomos, En Madrid, Por Iván de Paredes, 1681.

Sanctum prouinciale concilium Mexici celebratum anno dni millessimo quingentessimo octuagessimo quinto, Mexici, Apud Ioannem Ruiz, Excudebatq[ue] 1622.

SOLÓRZANO PEREIRA, JUAN DE, *Política Indiana*, Madrid, En la oficina de Diego Díaz de la Carrera, 1648.

VILLARROEL, GASPAR DE, *Govierno Eclesiástico-Pacífico, Y Unión de los Dos Cuchillos Pontificio, y Regio*, Tomo Madrid: En la Oficina de Antonio Marín, 1738.

WOHLMUTH, JOSEPH, *Dekrete der Ökumenischen Konzilien*, Vol. 3, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2002.

Fuentes primarias adicionales

ÁLVAREZ, JOSÉ MARÍA, *Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, 2 Vols., México D. F.: UNAM, 1982 (Reimpr. Facsímil de la 2^a ed. revisada, corregida y aumentada del original de México en dos Tomos de 1826, New York, Casa de Lanuza y Mendía, 1827).

AQUINO, THOMAS DE, *Summa Theologiae*, en: <http://www.corpusthomisticum.org/iopera.html#OM>

ARISTÓTELES, ÉTICA A NICÓMACO; Ética a Eudemo, traducido por Julio Pallí Bonet, introducción por Emilio Lledó, Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, Gredos, 2019.

AZEVEDO, ALPHONSIUS, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*, Tomo III, Duaci, Baltasar Bellerus Typographus, 1612.

BALDUS DE UBALDIS PERUSINUS, *Commentariorum iuris utriusque... Prima Pars in Digestum Vetus*, S. L., s. n., 1540.

CAÑETE, PEDRO VICENTE DE, [s.f.] *Syntagma de las resoluciones prácticas cotidianas del Derecho del Real Patronazgo de las Indias*, Ed. y estudio preliminar de José M. Mariluz Urquijo, Buenos Aires, Talleres gráficos mundial, 1973.

Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro, por Pedro Nolasco de Llano, Madrid, 1785 (Reimpr. Valladolid, 1981).

Corpus Iuris Canonici. *Editio Lipsiensis Secunda post Aemilii Ludouici Richteri. Curas ad librorum manus scriptorum et editiones romanae fidem recognouit et adnotatione critica instruxit Aemilis Friedberg*, 2 Vols., Graz: Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1959 [Unveränderter Nachdruck der 1879 in Leipzig bei B. Tauchnitz erschienenen Ausgabe].

COVARRUBIAS Y LEYVA, DIEGO DE, *Variarum ex iure pontificio, regio, et caesareo resolutionum libri III*, en: *Opera omnia*, Tomus I, Genevae, Fratrum de Tournes, 1762.

ESPINO DE CÁCERES, DIEGO, *Speculum testamentorum, sive Thesaurus Universae Iuris Prudentiae, Venetiis, Apud Daminaum Zenianum*, 1598.

El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble rey Don Alonso IX, Madrid, Pantaleon Aznar, 1781.

Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los mas antiguos y preciosos codices por la Real Academia Española, Estudio prelim. Santos M. Corona, Madrid, ed. de la Real Acad. Española, 1815.

Fuero Real de España: diligentemente hecho por el noble rey do Alonso IX glosado por el egregio doctor Alonso Diaz de Montaluo ..., Burgos, Juan de Junta, 1541.

GÓMEZ, ANTONIO, Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro, por Pedro Nolasco de Llano, Madrid, 1785 [=Valladolid, 1981].

GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, JUÁN MANUEL MONTALBÁN (1861), Elementos del derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica, Madrid: Librería Sánchez.

GONZÁLEZ TÉLLEZ, EMANUEL, Commentaria perpetua in singulos textus quinque Decretalium Gregorii IX, Tomus III, Lugduni: Sumptibus Anisson et Joannis Poguel, 1715.

JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO, IGNACIO Y MIGUEL DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, Instituciones del derecho civil de Castilla, 4^a ed., Madrid, En la imprenta de Ramón Ruiz, 1792.

LAUTERBACH, WOLFGANG, Collegii theoretico-practici a Libro Primo Pandectarum, Pars Prima, Tubingae, Joh. Georgii Cottae, 1707.

LESSIUS, LEONARDUS, De Iustitia et Iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri IV, Brixiae, Sumptibus Dominicini Grumi, 1696.

LUGO, JUAN DE, Disputationum De Iustitia et Iure. Tomus II, Lugduni, Sumptibus Petri Prost, 1642.

MOLINA, LUÍS DE, De iustitia et iure, Tomo 2, Coloniae Allobrogum, Marci-Michaelis Bousquet & Soc. Bibliop. et Typograph, 1733.

MOLINA, LUÍS DE, De primogenitorum Hispanorum origine atque natura libri IV, Venetiis, Apud Nicolaum Pezzana, 1757.

MURILLO VELARDE, PEDRO, Curso de Derecho Canónico Hispano e Indiano, Trad. Alberto Carrillo Cázares et al., 4 Vols., Vol. 3, Zamora, El Colegio de Michoacán - UNAM, Facultad de Derecho, 2005.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, 5 Vols., Madrid, en la Imprenta Real, 1805.

Nueva Recopilación, o Las Leyes de Recopilación, Madrid: Tomo I Imprenta de Pedro Marín, Tomo II Imprenta Real de Gazeta, 1775.

Ordenamiento de Alcalá: El ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y cuarenta y ocho, publicarlo con notas Ignacio Jordán de Asso y de Río y Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid, Joaquín Ibarra, 1774 (reimp. facsímil, Valladolid, Lex Nova, 1983).

Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación, y servicio de sus exercitos, Tomo III, Madrid, En la Oficina de Antonio Marín, 1768.

SALA, JUAN, Ilustración del derecho real de España, Tomos I y II, Madrid: Imprenta de Gregorio Lomas, 1837 (reimp. Pamplona: Analecta, 2002).

SÁNCHEZ, THOMAS, Consilia seu opuscula moralia, Tomo II, Lugduni, Iacobi Prost, 1635.

SOTO, DOMINGO DE, De iustitia et iure, Salmanticae, Excudebat Andreas à Portonariis, 1553.

TEJADA Y RAMIRO, JUAN, Colección de cánones y de todos los Concilios de la Iglesia de España y de América (en latín y castellano), Tomo 4, Madrid, Imprenta de Pedro Montero, 1859.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, FERNANDO, De successionibus et ultimis voluntatibus, Francofurti, Apud Ioannem Saurium, impensis Francisci Nicolai Rothii, 1610.

Bibliografía secundaria

- ABONNEAU, HENRI (1957), v. Mort, en: NAZ, RAOUL (dir.), *Dictionnaire de Droit Canonique*, Vol. 6, Paris: Librairie Letouzey et Ané, Cols. 943–954.
- ALBALADEJO, MANUEL (1991), *Derecho Civil*, Vol. 5 *Derecho de sucesiones*, 4^a ed., Barcelona: Bosch.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (1974), *Derecho patrimonial de los religiosos: cuestiones civiles*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- ANDRÉS SANTOS, FRANCISCO JAVIER (1999), Especialidades testamentarias de los indios, en: *Revista de Estudios Históricos-jurídicos*, No. 21, Págs. 105–109.
- ARGOUSE, AUDRE (2016), *Je le dis pour mémoire. Testaments d'indiens: lieu d'une justice ordinaire*: Caja-marca, Pérou, XVII^e siècle, Paris: Les Indes Savants.
- ARVIZU Y GALARRAGA DE, FERNANDO (1977), *La disposición *mortis causa* en el Derecho Español de la Alta Edad Media*, Pamplona: Universidad de Navarra.
- BARIOS SOTOS, JOSÉ LUIS (2011), *Vida, Iglesia y Cultura en la Edad Media. Testamentos en torno al cabildo toledano del siglo XIV*, en: *Espacio, tiempo y forma. Serie III, Historia medieval*, No. 26, Págs. 452–454.
- BORJA SANTA CRUZ, RUTH E. (2014), Testamentos de indios a inicios de la colonia. *Revista del Archivo General de la Nación*, Vol. 29, No. 1, Págs. 229–241.
- BORJA SANTA CRUZ, RUTH E. (2015), *Mujeres Indígenas: Testamentos, religiosidad y poder a inicios de la colonia*, en: *Arqueoantropológicas*, No. 5, Págs. 65–72.
- BRUNDAGE, JAMES A. (1995), *Medieval Canon Law*, London: Longman.
- BUSSI, EMILIO (1939), *La formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune*, Tomo II, Padova: CEDAM.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ (1971), *Derecho civil español, común y foral*, Tomo VI, Vol. 1, 10^a ed., Madrid: Reus.
- CHRISTENSEN, MARK, JONATHAN TRUITT (eds.) (2016), *Native Wills from the Colonial Americas. Dead Giveaways in a New World*, Salt Lake City: The University of Utah Press.
- CLAVERO, BARTOLOMÉ (1989), *Mayorazgo: propiedad feudal en Castilla 1369–1836*, 2^a Ed., Madrid: Siglo XXI.
- CLINE, SARAH L. (1986), *Colonial Culhuacan, 1580–1600. A Social History of an Aztec Town*, Alburquerque: Univ. of New Mexico Press.
- CLINE, SARAH, MIGUEL LEÓN-PORTILLA (eds.) (2023), *The Testaments of Culhuacan, Nahuatl Studies Series*, No. 1, Los Angeles: UCLA Latin American Center Publications.
- COING, HELMUT (1996), *Derecho privado europeo* (trad. esp. de Antonio Pérez Martín), Tomo I: *El Derecho común más antiguo*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- CONDORELLI, ORAZIO (2009), *Il testamento confermato dal giuramento tra diritto civile e diritto canonico (secoli XIII–XVIII)*, en: CONDORELLI, ORAZIO et al. (eds.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Band 1, Págs. 311–336.
- CUENA BOY, FRANCISCO (2001), Sobre bienes mostrencos y vacantes (especialmente en la doctrina de Solórzano Pereira), en: *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*, Buenos Aires, 18 a 21 de septiembre de 1999, Madrid: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (Reimpresión: CUENA BOY, Págs. 165–184).
- CUENA BOY, FRANCISCO (2010), Las renuncias de una novicia: comentario a un testamento, en: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (coord.), *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas de XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*: Derecho,

- instituciones y procesos históricos, Vol. 2, Valparaíso: Ediciones universitarias: Págs. 585–595 [Reimpr. en: CUENA BOY (2016), Págs. 423–444].
- CUENA BOY, FRANCISCO (2016), Escritos romanísticos de tema indiano, Santiago de Compostela: Andavira.
- DANWERTH, OTTO (2018), Últimas voluntades y voces indígenas, en: Rechtsgeschichte – Legal History Rg (Kritik), Vol. 26, Págs. 429–433.
- DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS (2006), Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte, en: Derecho de sucesiones: presente y futuro: XI [i.e. XII] Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Págs. 13–172.
- DÍAZ REMENTERÍA, CARLOS (1992a), II. La sociedad política Indiana en su diversidad, en: SÁNCHEZ BELLA, ISMAEL et al. (eds.), Historia del derecho indiano, Madrid: Editorial MAPFRE, Págs. 173–190.
- DÍAZ REMENTERÍA, CARLOS (1992b), II. Familia, en: SÁNCHEZ BELLA, ISMAEL et al. (eds.), Historia del derecho indiano, Madrid: Editorial MAPFRE, Págs. 335–338.
- DUMAS, AUGUSTE (1957), v. Testament, en: NAZ, RAOUL (dir.), Dictionnaire de Droit Canonique, Vol. 6, Paris: Librairie Letouzey et Ané, Cols. 1190–1200.
- DUVE, THOMAS (2008), Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius *singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum* in Alter und Neuer Welt, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- DUVE, THOMAS (2016), v. Miserables personae, en: CORDES, ALBRECHT et al. (eds.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Vol. 3, 2^a ed., Berlin: Erich Schmidt Verlag, Págs. 1546–1459.
- ENCISO CONTRERAS, JOSÉ (2000), Testamentos y autos de bienes de difuntos de Zacatecas (1550–1604), Zacatecas: Tribunal Superior de Justicia de Zacatecas.
- ESCRICHE MARTÍN, JOAQUÍN (1876), Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Tomos III y IV, Nueva ed., Madrid: Imprenta del Colegio de Sordo-mudos.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, FRANCISCO JAVIER (2012), v. Sucesión por causa de muerte, en: Diccionario General de Derecho Canónico, Tomo VII, Cizur Menor (Navarra): THOMSON REUTERS ARANZADI, Págs. 440–441.
- FÜRST, CARL GEROLD (1975), Ecclesia vivit lege Romana?, en: Zeitschrift der Savigny-Stiftung (Kanonist Abt.), Vol. 61, Págs. 17–36.
- GABBI, ALICIA VIRGINIA, ELVIRA MARTÍN DE CODONI (1996), Mendoza en sus testamentos, siglos XVI, XVII y XVIII, Tomo 1, Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo.
- GARCÍA-GALLO, ALFONSO (1959), El problema de la sucesión ‘mortis causa’ en la Alta Edad Media española, en: Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo X, Págs. 249–276.
- GARCÍA-GALLO, ALFONSO (1977), Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España, en: Anuario de Historia del Derecho Español, Vol. 47, Págs. 425–497.
- GAUDEMÉT, JEAN (1957), Un problème de la codification théodosienne: Les constitutions géminées, en: Revue internationale des droits de l’antiquité, Vol. 4, Ser. 3, Págs. 253–268.
- GÓMEZ CAMACHO, FRANCISCO (1998), Economía y filosofía moral: la formación del pensamiento económico europeo en la Escolástica española, Madrid: Síntesis.
- GÓMEZ NAVARRO, SOLEDAD (1998–99), Testamento y tiempo: historia y derecho en el documento de última voluntad, en: Trocadero. Revista de historia moderna y contemporánea, No. 10–11, Págs. 49–72.
- GUTIÉRREZ ALVIZ, FAUSTINO (1941/1942), Los bienes de difuntos en el derecho indiano, en: Anuario de la Universidad Hispalense (1941/3), Págs. 35–70; (1942/1), Págs. 73–106; (1942/2), Págs. 43–49.

HANNAN, JEROME D. (1934), *The Canon Law of Wills. A Historical Synopsis and Commentaries*, Washington D.C.: Catholic University of America.

HENGEL, J. IÑÍGUEZ (1983), *Propiedad y riqueza en el cristianismo primitivo: aspectos de una historia social de la Iglesia antigua*, Bilbao: Desclée de Brouwer.

INVERNIZZI SANTA CRUZ, LUCÍA (2002), *Imágenes de la mujer en testamentos chilenos del siglo XVI*, en: *Revista Chilena de Literatura*, Vol. 61, Págs. 21–28.

JIMÉNEZ GÓMEZ, JUAN RICARDO (2012), *Práctica notarial y judicial de los otomíes: manuscritos coloniales de Querétaro*, México: Editorial Miguel Ángel Porrúa.

KASER, MAX (1971), *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: ...*, 2^a ed., München: Beck.

KASER, MAX (1975), *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen*, 2^a ed., München: Beck.

KASER, MAX et al. (2022), *Derecho privado romano* (trad. esp. de Francisco J. Andrés Santos y Patricio Lazo), Madrid: BOE.

KELLOGG, SUSAN, MATTTHEW RESTALL (1998), *Dead Giveaways: Indigenous Testaments of Colonial Mesoamerica and the Andes*, Salt Lake City: University of Utah Press.

KORDIĆ RIQUELME, RAÏSSA, CEDOMIL GOIĆ (2005), *Testamentos coloniales chilenos*, Madrid: Iberoamericana Editorial.

KUNZ, LENA (2015), *Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung (Von der kanonischen *voluntas pia* zur Gestaltungsmacht des Erblassers im deutsch-spanischen Rechtsvergleich)*, Jena: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS (1993), *Estudios de derecho privado común y foral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.

LALINDE ABADÍA, JESÚS (1973), *Derecho histórico español*, Barcelona: Ariel Derecho.

LEÓN PORTILLA, MIGUEL, SARAH L. CLINE (eds.) (2023), *El libro de los testamentos de Culhuacán. Vida y muerte entre los Nahuas del México central, siglo XVI*, México D. F.: Universidad Iberoamericana.

LEVAGGI, ABELARDO (1994), *El testamento en América Latina (siglos XVI a XX)*, en: *Actes à cause de mort/Acts of Last Will (Quatrième Partie/Forth Part)* (= Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, vol. LXII), Bruxelles: De Boek Université, Págs. 255–275.

LEVAGGI, ABELARDO (2001), *República de Indios y República de españoles en los Reinos de Indias*, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, No. 23, Págs. 419–428.

LUQUE COLOMBRES, CARLOS (1980), *El Formulario de Testamentos del P. Gerónimo de Zevallos, S. J.*, en: *Revista de Historia del Derecho*, No. 7, Págs. 347–433.

MARTÍNEZ BAEZA, SERGIO (2010), *Testamentos privilegiados en los Derechos romano, castellano, indiano y patrio*, en: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (coord.), *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los Derechos patrios de América. Actas de XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Derecho, instituciones y procesos históricos*, Vol. 2, Valparaíso: Ediciones universitarias, Págs. 569–583.

MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, ANA MARÍA (2010), *Morir al siglo*, en: GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (ed.), *El Derecho de las Indias Occidentales y su pervivencia en los derechos patrios de América. Actas del 16º Congreso del Instituto de Historia del Derecho Indiano*, Valparaíso: Ediciones Universitarias, Págs. 547–568.

MERZBACHER, FRIEDRICH (1968), *Das Testamentsrecht des Corpus Iuris Canonici*, en: *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht*, Vierteljahresschrift, Vol. 19, Págs. 289–307.

- MONTAGUT ESTRAGUÈS, TOMÀS DE (1992), *El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes*, Barcelona - Santiago: Ministerio de Justicia.
- MORÁN MARTÍN, REMEDIOS (2002), *Historia del derecho privado, penal y procesal*, Tomo I, Madrid: Universitas.
- MOUTIN, OSVALDO RODOLFO (2012), *La salus animarum como un posible acercamiento a la historia global*, en: *Rechtsgeschichte – Legal History*, Vol. 20, Págs. 377–378.
- OSPINAS JIMÉNEZ, CATALINA (2024), *Between sombreros and diadems: a pictorial testament from colonial central Mexico*, en: *Colonial Latin American Review*, Vol. 33, Fasc. 2, Págs. 150–182.
- OTS CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA (1921), *El derecho de familia y el derecho de sucesión en nuestra legislación de Indias*, Madrid: Instituto Ibero-American de Derecho comparado.
- OTS CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA (1945), *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Buenos Aires: Editorial Losada.
- OTS CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA (1946), *El Estado Español en las Indias*, México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- OTS CAPDEQUÍ, JOSÉ MARÍA (1968), *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid: Aguilar.
- PALOMAR BARÓ, A. (1976), v. *Herencia*, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo 10, Barcelona: VV.AA. Editorial Francisco Seix, Pág. 907–936.
- PANIAGUA PÉREZ, JESÚS (2009), *Morir en Cádiz (1650-1850). La vida y la muerte de las gentes de los obispados de Astorga y León en Cádiz, así como de Oviedo en la provincia de León*, León: Lobo Sapiens.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, JOSÉ MANUEL (1973), *Historia del Derecho español*, Madrid: Ediciones Darro.
- PIZZIGONI, CATERINA LUIGIA (2006), *Testaments of Toluca*, Stanford: Stanford University Press.
- POOLE, STAFFORD (2018), *The Directory for Confessors 1585* (trad. y ed.), Norman: University of Oklahoma Press.
- RAHNER (1965), v. *Tod IV*, en HÖFFNER, JOSEF, KARL RAHNER (eds.), *Lexikon für Theologie und Kirche*, Vol. 10, 2^a ed., Freiburg: Herder, Cols. 221–226.
- REDER GADOW, MARION (1986), *Morir en Málaga: testamentos malagueños del siglo XVIII*, Málaga: Universidad de Málaga.
- RETAMAL ÁVILA, JULIO (2001), *Testamentos de “indios” en el Chile colonial (1564–1801)*, Santiago de Chile: Universidad Andrés Bello.
- RODRÍGUEZ, PABLO (2006), *Testamentos de indígenas americanos. Siglos XVI–XVII*, en: *Revista de Historia*, No. 154, Págs. 15–35.
- RODRÍGUEZ MANZANO, MARTA (2020), *Vida y muerte en el México colonial. Estudio de testamentos e inventarios de bienes de difuntos novohispanos (siglos XVI–XVIII)*, Sevilla: IEAL/E.R.A.
- RUBIO GARRIDO, TOMÁS (2022), *Fundamentos del derecho de sucesiones*, Madrid: Fundación Notariado.
- RUBIO RODRÍGUEZ, JUÁN JOSÉ (1976), *Las causas pías en los juristas clásicos españoles de los siglos XVI y XVII (Estudio histórico-jurídico)*, Sevilla: Publicaciones de la Universidad.
- RUBIO GONZÁLEZ, JUÁN JOSÉ (1986), *Disposiciones testamentarias „ad pias causas“ mediante comisario*, en: *Revista general de legislación y jurisprudencia*, No. 261, Fasc. 2, Págs. 231–244.
- SALAS LÓPEZ, FERNANDO DE (1992), *Ordenanzas Militares de España e Hispanoamérica*, Madrid: MAPFRE.
- SARRIÓN GUALDA, JOSÉ (2005), *El testamento por comisario en los comentaristas de las Leyes de Toro y en los formularios notariales*, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 75, Págs. 213–276.

- SEOANE, MARÍA ISABEL (1985), *Sentido espiritual del testamento indiano*, Buenos Aires: FECIC.
- TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR (1982), *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del medievo castellano al siglo XIX*, 2^a ed. revisada, Buenos Aires: Macchi.
- TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR (1992), *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- TEJERO, ELOY (2020), v. *Expolio*, en: *Diccionario General de Derecho Canónico*, Tomo 7, 2^a ed., Cizur Menor (Navarra): THOMSON REUTERS ARANZADI, Págs. 863–872.
- TOVAR PULIDO, RAQUEL (2021), *Mujeres y derecho sucesorio en la España del Setecientos: un estudio a través de los protocolos notariales de Córdoba y Jaén*, Córdoba: UCOPress.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO (1966), *La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de los bienes*, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, No. 36, Págs. 189–254.
- VARGAS ROCANCIO, IVÁN DARÍO (2008), *En torno a la construcción de la identidad indígena a través del discurso jurídico colonial* *testamentos indígenas del siglo XVI y XVII en Santa Fe de Bogotá*, en: *Pensamiento Jurídico*, No. 22, Págs. 293–332.
- VISMARA, GIULIO (1965), *Scritti di storia giuridica: Le successioni ereditarie*, Tomo 6, Milano: Giuffrè (reimp. 1988).
- VIVAS, MARIO CARLOS (2000), *Las disposiciones de última voluntad hasta la vigencia del Código civil*, en: *Cuadernos de Historia*, No. 10, Págs. 33–70.
- VON GERMETEN, NICOLE (2003), *Death in Black and White: Testaments and Confraternal Devotion in Seventeenth-Century Mexico City*, en: *Colonial Latin American Historical Review*, Vol. 12, No. 3, Págs. 275–301.
- WITTE JR., JOHN (2008), *Introduction*, en: Witte Jr., John, Frank S. Alexander (eds.), *Christianity and Law: An Introduction*, Cambridge: Cambridge University Press, Págs. 1–32.
- ZÁRATE TOSCANO, VERÓNICA (2000), *Los nobles ante la muerte en México. Actitudes, ceremonias y memoria. 1750–1850*, México: El Colegio de México/Instituto Mora.