

# «UNA PORCIÓN HEREDITARIA PARA JESUCRISTO». LA INFLUENCIA DEL CRISTIANISMO SOBRE EL DERECHO DE SUCESIONES\*

Andreas Wacke  
Universidad de Colonia

1. La Influencia de las doctrinas de los Santos Padres de la Iglesia en el Derecho de la Antigüedad tardía forma el tema central de los intereses científicos de Juan de Churruca. Por tanto, parece una excelente idea que las contribuciones de los oradores de esta mañana se refieran a este tema base. En el ciclo de la vida humana, nacimiento y bautizo, boda y muerte, son momentos destacados que vinculan a la persona creyente de modo especial a la Divinidad. Un rito antiguo consiste en la aclamación de Dios al inicio del testamento. El Profesor Louis Carlen de Fribourg, en una de las varias conferencias sobre folklore jurídico organizadas por él, relató una experiencia personal suya clave. Hace unas décadas, siendo él aún un recién admitido notario, se presentó un campesino de un valle suizo con el deseo de otorgar su testamento. Según el deseo del testador, el testamento empezaría así: «Mi alma la lego a Dios, mi patrimonio mundano será para mis hijos...» El notario le advirtió que un testamento contenía exclusivamente disposiciones patrimoniales; por ello una aclamación a Dios no era necesaria. Tras esta información del notario el testador cedió, aunque con reparos. Por tanto, el notario protocoló el testamento sin el inicio «mi alma la lego a Dios». Al día siguiente, el testador apareció de nuevo en el des-

---

\* Conferencia pronunciada el 20 de abril de 1998 con ocasión del Homenaje al profesor Juan de Churruca con motivo de su 75 cumpleaños en el Salón de Grados de la Universidad de Deusto (Bilbao). Por la traducción al Castellano agradezco la ayuda de mi colaborador cand.jur. Miguel Félix Rodríguez y Rowinski. La lic.jur. Andrea Macía Morillo (Universidad Autónoma de Madrid) ha tenido la amabilidad de revisar el texto en su conjunto durante su estancia de investigación en mi Instituto. El profesor Pablo José Gómez Blanes (Universidad de Gran Canaria) fue el primer lector crítico del texto.

pacho del notario: en toda la noche no había podido dormir a causa de la omisión de la aclamación de Dios en el testamento. Así el notario re-dactó el testamento de nuevo, esta vez tal como el testador lo había deseado: *con* el legado de su alma a Dios. El joven notario que quería informar al viejo campesino en un sentido jurídico, tuvo que aprender una lección a su vez: el respeto a los sentimientos religiosos de personas creyentes forma parte de los deberes del jurista; aunque él para sí mismo piense: *superflua non nocent*.

La *invocatio Dei* en el inicio del testamento tiene una larga tradición en la historia del Derecho. Muestra la seriedad con la cual los testadores, en general, perseguían la intención de que se cumplieran sus disposiciones de última voluntad. Teniendo la muerte presente, las declaraciones suelen hacerse con conciencia de sus deberes. *Nemo de morte cogitans ludere velle consetur*<sup>1</sup>. En las fuentes jurídicas romanas rara vez aparecen testamentos de tipo casi humorístico, con los cuales el testador quería burlarse del heredero<sup>2</sup>; pero éstos han de estimarse más bien como ejemplos teóricos de valor didáctico (*Kathederbeispiele*), que como casos reales de la práctica jurídica.

Actualmente, la *invocatio Dei* sigue existiendo en los preámbulos de las Constituciones de varios Estados<sup>3</sup>. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz*) comienza con las palabras: «Consciente de su responsabilidad ante Dios y los hombres...». En la constitución federal suíza leemos: «¡En nombre de Dios Todopoderoso!». La constitución griega comienza patéticamente con las palabras: «En nombre de los Santos y de la Trinidad Indivisible». La constitución irlandesa empieza con las palabras: «En nombre de la Santísima Trinidad ... nosotros, el pueblo de Irlanda, reconocemos con humildad, todas nuestras obligaciones frente a nuestro divino Señor Jesucristo». Todavía en los umbrales del siglo XXI, Estados nuevamente constituidos, como Polonia y Sudáfrica, se decidieron a favor de una aclamación a Dios en el inicio de sus constituciones. En el preámbulo de la constitución sudafricana leemos: «My God protect our people ... God bless South Africa.» También en Alemania sigue manteniéndose actualmente la referencia a Dios en el preámbulo de la Ley Fundamen-

<sup>1</sup> LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln etc.* (6. ed. 1998) no. N 43.

<sup>2</sup> Por ejemplo D. 28,7,16; BACKHAUS, *Casau perplexus* (1981) 51 ss. (otros ejemplos sobre instituciones de heredero perplejas pp. 32 ss.); WACKE, «Logische Paradoxien in der Jurisprudenz», en: *Festschrift der Jurist. Fak. 600 Jahre Universität Köln* (1988) 325, 341 s.

<sup>3</sup> Para lo siguiente, véase ENNUSCHAT, «Gott und Grundgesetz: Zur Bedeutung der Präambel für das Verhältnis von Staat und Religion», *Neue Juristische Wochenschrift [NJW]* 1998, 953-957.

tal. La comisión constitucional común (*Gemeinsame Verfassungskommission*) que se convocó hace 6 años, después de la reunificación de las dos Alemanias, desestimó con amplia mayoría una propuesta acerca de eliminar la referencia a Dios. El parlamento de Baja Sajonia proclamó una nueva constitución en el año 1993 sin referencia a Dios; sin embargo, a causa de una iniciativa popular, la aclamación a Dios fue reintegrada sólo un año después. Como demuestran estos ejemplos, muchos pueblos afirman la aclamación a Dios. Llama la atención que en las constituciones vigentes de Estados con una vinculación tradicionalmente católica, como Italia y España, falta una aclamación a Dios. La separación entre Iglesia y Estado, de este modo, parece llegar a un máximo.

En la Edad Media, documentos papales y otros de tipo eclesiástico empezaban frecuentemente invocando a Dios o Jesucristo<sup>4</sup>. Esta costumbre tiene sus fundamentos en la exhortación del apóstol Pablo en el Nuevo Testamento, según la cual el hombre debe hacer todo lo que haga en nombre de Dios (Col. 3, 17). La invocación del poder celestial elevaba el acto jurídico a la esfera de lo sagrado y solicitaba la bendición de Dios. Ya el emperador Justiniano inició sus obras legislativas con las palabras «In nomine Domini (Dei) nostri Jhesu Christi» (*Constitutio Maiestatem* y *Constitutio Tanta*). Justiniano, emperador cristiano, compitió con su admirable esposa Teodora en la religiosidad. Sin embargo, su legislación: Instituciones, Digesto y en la mayor parte también su Codex, representan en su contenido un derecho meramente secular, profano y pagano. En ello se muestra la postura clasicista de Justiniano de mirada al pasado. No encontramos una aclamación al Dios cristiano o a los Santos en el contenido de las tres primeras partes del *Corpus iuris civilis*. Aparece sólo muy esporádicamente en algunas pocas constituciones imperiales de la Antigüedad tardía<sup>5</sup>. Sólo más tarde de Justiniano se relata la *invocatio Christi* en documentos bizantinos. En las resoluciones conciliares en Europa occidental la invocación de la Santísima Trinidad expresa también el enfrentamiento frente al Islam.

2. Fritz Schulz denominó la extrapolación de la esfera específicamente jurídica respecto a otras vinculaciones humanas no jurídicas con la palabra «aislamiento»<sup>6</sup>. Este es un resultado impresionante ya de la

---

<sup>4</sup> W. KOCH, «Art. Invocatio», en: *Lexikon des Mittelalters [LexMA]* V (1991) 483s.

<sup>5</sup> Por ejemplo en C. 1,1,8 (a. 534). Otras referencias en la *Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA)*.

<sup>6</sup> SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934, reimpresión 1954) 13ss.

temprana jurisprudencia pontifical<sup>7</sup>. En un principio, la administración de la justicia se encontraba en las manos de los sacerdotes los *pontifices*. Ellos cuidaron de que se respetase el calendario; por tanto sabían los días en los que estaba permitido ejercer actividades jurídicas y en cuáles no (según la diferenciación entre *dies fasti* y *dies nefasti*). Los pontífices poseían un archivo, por tanto conocían los ritos que habían de ejercerse y conocían las palabras solemnes que debían ser pronunciadas para que se produjesen efectos jurídicos. Sin embargo, los pontífices no fueron meramente sirvientes del culto religioso, retirados de todo lo mundano; el término «sacerdote», en cuanto a ellos, provocaría asociaciones equívocas. Los documentos de carácter negocial de que se ocuparon, se refieren sobre todo al derecho secular. La separación entre derecho divino y humano, es decir entre *fas* y *ius* entre *nefas* e *iniuria*, también se realizó ya por completo en las Doce Tablas, 450 años antes de Cristo. Ciertos delitos de magia, como por ejemplo la sanción del embrujamiento de los frutos del campo, sólo prueban que los Romanos entonces aún no habían superado por completo la superstición. Nos encontramos todavía con ciertos actos jurídicos de carácter religioso, por ejemplo la conclusión del matrimonio como *confarreatio*; ésta, sin embargo, desaparece más tarde. Para la adopción de un hijo era necesario el consentimiento de los sacerdotes, porque antes de pasar a una nueva familia debía estar asegurada la continuación del culto de los penates. Mediante *sponsio* solamente podían asumir obligaciones los ciudadanos romanos, porque con el verbo *spondere* estaba vinculada una aclamación de los Dioses romanos. Sin embargo, el *praetor peregrinus*, en el ámbito del *ius gentium*, desarrolló las fórmulas estipulatorias sustitutivas de la *fidepromisso* y *fideiussio* con las cuales cada persona libre podía asumir obligaciones, independientemente de su nacionalidad. Ya en el año 242 a. C. nació la necesidad de crear el nuevo oficio del *praetor peregrinus* para los litigios entre ciudadanos romanos y no-ciudadanos (*peregrini*). Esto nos da una idea sobre el gran número de inmigrantes que ya entonces debían haber vivido en la *Urbs* de Roma. La tolerancia frente a los peregrinos es un rasgo fundamental del derecho privado romano, que ha de evaluarse muy positivamente: contiene «derecho civil en sí», independientemente de la pertenencia a una cierta nación, raza o religión<sup>8</sup>. Esta ventaja se muestra con claridad en comparación con los ordenamientos jurídicos determinados específicamente

---

<sup>7</sup> Respecto a lo siguiente, véase especialmente WIEACKER, «Altrömische Preisterjurisprudenz», en: *Iuris professio, Festgabe Kaser zum 80. Geburtstag* (1986) 347-370.

<sup>8</sup> Sobre estas premisas para la recepción del Derecho romano, compárese WACKE, en: *Estudios* (infra nt. 14) 15ss.

te de modo religioso, como el judío y el mahometano. Los recientes movimientos fundamentalistas en algunos Estados árabes, con sus excesos que llegan hasta asesinatos, nos demuestran de modo terrorífico que resulta difícil, si no imposible bajo su régimen, una convivencia pacífica para personas con diferentes creencias. En cambio, el ordenamiento jurídico de los romanos, a causa de su carácter neutral, estaba predispuesto para que se produjese la recepción por parte de sociedades medievales y modernas de carácter socio-cultural completamente diferentes, tanto en Europa como en otros continentes, piénsese sólo en el sur de Africa, donde el derecho romano sigue estando en vigor aún hoy, sin que esté codificado. También la Iglesia católica podía, por tanto, en la Edad Media, adoptar el derecho romano (según el principio proverbial *Ecclesia vivit lege Romana*)<sup>9</sup>, y las innovaciones por parte del derecho canónico se limitaban a cuestiones singulares esporádicas, como el reconocimiento de la posibilidad de accionar a raíz de todo tipo de contratos (*Pacta sunt servanda*) y, como en la usucapión, el efecto nocivo de la mala fe posterior (*Mala fides superveniens nocet*).

3. Después de la tolerancia del cristianismo por el emperador Constantino y su reconocimiento como religión del Estado por Teodosio, tampoco puede decirse que el derecho privado haya experimentado una cristianización completa. Juan de Churruga subraya esto con toda razón en su manual, que escribió en colaboración con Rosa Mentxaka<sup>10</sup>. Objeto de las leyes imperiales de la Antigüedad tardía fue, entre otros aspectos, ordenar la vida de los conventos y de los religiosos, sobre todo mediante el otorgamiento de privilegios. De ello resultaron los comienzos de un Derecho eclesiástico. De estos privilegios formó parte, más tarde, el testamento clerical, menos estricto, otorgado ante el obispo en presencia de dos o tres testigos.

Hace unos años, curiosamente, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) afirmó un derecho especial para la sucesión en cuanto a los derechos de autor de una monja<sup>11</sup>. La monja Innocentia (con nombre civil Berta Hummel) había conseguido un patrimonio de varios mi-

---

<sup>9</sup> Este dicho contiene, sin embargo, una exageración. Respecto a sus necesarias limitaciones, compárese ERLER, en: «Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte», [HRG] I (1971) 798s.

<sup>10</sup> CHURRUGA/MENTXAKA, *Introducción historia al Derecho romano* (8. ed., Bilbao 1997), en la 4.ª ed. 1987, disponible para mí, pág. 233s.

<sup>11</sup> Sentencia del 22 feb. 1974, en: *NJW* (supra nt. 4) 1974, 904. Sobre esta sentencia, véase, también en su dimensión histórica, H.J. BECKER, «Vermögensfähigkeit und Freiheit der Person: Zur Rechtsgeschichte des § 310 BGB», en: *Festschrift für Klemens Pleyer* (Köln 1986) 485-496.

llones de marcos con la venta de deliciosas figuritas (representando por. ej. niños), que había dibujado entre los años 1931 y 1946 y que fueron publicadas miles de veces. Este patrimonio lo exigían sus parientes, residentes en los Estados Unidos, siendo sus herederos legítimos. Aunque no existía testamento ninguno, el Tribunal Supremo alemán decidió, en cambio, que el convento de las Franciscanas había adquirido ese patrimonio ya *inter vivos*, porque la monja fallecida, que vivió en pobreza absoluta, había dedicado su vida entera y toda su obra artística a los servicios de su orden religiosa, de este modo habían traspasado sus derechos de autor tácitamente al convento, estando ella aún viva.

Aparte del antiguo y complicado testamento mancipatorio (con sellos de siete testigos), los tipos de testamentos que fueron introducidos en la Antigüedad tardía, tampoco presentan una influencia cristiana específica. Estos tipos, aplicados hasta el día de hoy, son antecesores de los testamentos notariales: *el testamentum apud acta conditum* (otorgado mediante protocolo judicial o ante la autoridad pública) y el *testamentum principii oblatum* (mediante entrega al emperador). Un aligeramiento notable se produjo con la introducción del testamento ológrafo por Valentiniano III en el año 446 d.C. Su definición válida hasta hoy nos la da Isidoro de Sevilla, a cuyas «Etimologías» Juan de Churruga dedicó su tesis; esta definición dice así: *Holographum testamentum est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum* (Ety. 5, 24, 7).

El favorecimiento de donaciones a la Iglesia, a conventos y fundaciones religiosas es un rasgo elemental del derecho de la Antigüedad tardía. Para ello apenas fueron necesarias reformas por parte del legislador. El cambio se efectuó sobre todo a causa de modificaciones en las costumbres de testar de las personas que ahora se habían convertido al cristianismo, mayoritariamente por las insistentes exhortaciones de la Iglesia. En la época anterior, es decir, en el Principado, fue un deber en las disposiciones de última voluntad, tener en cuenta la casa imperial, al menos para aquellos grupos de la aristocracia que mantenían relaciones con el *princeps*. El testador difícilmente podía eludir este deber; la cláusula en favor del *princeps* era muy frecuente en los testamentos<sup>12</sup>. Además, algunos testadores romanos esperaban obtener honra postmortal gracias a la fundación a través de testamento, por ejemplo, de baños públicos o incluso de una biblioteca, o regalando dinero para el arreglo de una calle o para la celebración de juegos de gladiadores. En lugar de

---

<sup>12</sup> BUND, *Erbrechtliche Geldquellen römischer Kaiser, en Festschrift Wieacker* (1978) 50 ss. CHR. PAULUS, *Die Idee der postmortalen Persönlichkeit im römischen Testamentsrecht* (1992) 93-142.

esto (sobre todo después de la interdicción de los juegos gladiatorios, por su carácter pagano) se establecieron, en la época cristiana, donaciones para la salvación del alma (*in bonum* o *pro remedium animae*), a favor de la Iglesia, a favor de un convento o una fundación religiosa (es decir *ad pias causas*). Lo esencialmente nuevo de la doctrina cristiana: la creencia en la supervivencia en el cielo de la persona tras su muerte, forma el fundamento para ello. Mediante alguna de las buenas obras indicadas, la persona cristiana creía que recibía recompensa celestial (o divina). El principio proverbial vigente para donaciones en general, que nadie regala en vano o porque sí, vale también para este tipo de donativos<sup>13</sup>. El donante esperaba de los destinatarios de sus limosnas que rezasen por la salvación de su alma.

4. El deber moral del testador de legar una *portio* a Jesucristo, se atribuye, a partir de las investigaciones de Alfred Schultze (1928), a San Agustín<sup>14</sup>. La identificación del pobre vecino con la persona de Jesucristo, hijo de Dios, desarrolló, sin duda ninguna, un gran poder sugestivo en el mundo religioso de la Edad Media. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, había tres impedimentos que se oponían a su realización:

- a) Según un principio elemental del derecho sucesorio sólo puede ser heredero quien sobreviva al testador (véase § 1923 BGB). Según este principio de la coexistencia, las vidas del *de cuius* y del heredero deben coincidir por lo menos por algún tiempo. Personas que ya hayan fallecido antes que el *de cuius*, no pueden ser sus herederos. Jesucristo, en cambio, ya murió hacia el año 30 d. C.: entonces ¿Cómo puede llegar a ser, siglos después, heredero de otra persona? Porque, para el cristiano creyente, Jesús resucitó de los muertos, según se dice en el Credo, y posteriormente subió al cielo. «¡Jesús está vivo!», canta la cristiandad en la Pascua. Por tanto, la creencia en la vida eterna de Jesús resucitado supera el impedimento jurídico de la necesaria coexistencia. Sería también imaginable ver la supervivencia de Jesucris-

---

<sup>13</sup> WACKE, «Cinco refranes sobre la donación etc.», en: Wacke, *Estudios de Derecho romano y moderno* (1996) 479 ss.

<sup>14</sup> A. SCHULTZE, «Augustin und der Seelteil des germanischen Erbrechts: Studien zur Entstehungsgeschichte des Freiteilsrechtes» (*Abh. Sächs. Akad. d. Wiss. Bd. 38* Nr. 4, Leipzig 1928). Véase las recensiones por BRUCK, *ZSS* 50 (1930) 654ss. y BEYERLE, *ZRG germ. Abt.* 50 (1930) 394ss.; además SCHULTZE, «Der Einfluß der Kirche auf die Entwicklung des germanischen Erbrechts», *ZRG germ. Abt.* 35 (1914) 75-110. Respecto a una evaluación, compárese OGRIS (infra nt. 17) con ulteriores referencias.

to como ficción jurídica, parecido al caso, aunque al revés, de un hijo concebido que, aunque nacido tras la muerte del *de cuius*, viene a ser tratado jurídicamente como si hubiera nacido ya anteriormente (*Nasciturus pro iam nato habetur*).

- b) Los romanos conocían la libertad de otorgar testamentos, también a favor de no-familiares, ya desde siglos; los germanos, en cambio, no conocían ningún tipo de testamento. Según la convicción germánica únicamente Dios determina los hijos como herederos nacidos (*deus solus heredem facere potest, non homo*: Glanville); el testador no tiene el poder de modificar voluntariamente esta sucesión obligatoria (*nullum testamentum*, según Tácito). En el cuadro de esta diferencia característica<sup>15</sup>, la Iglesia defendió indudablemente el punto de vista del derecho romano: junto con la evangelización, los monjes iro-escoceses difundieron la idea de la libertad testamentaria en Europa central. La equiparación simbólica de Jesucristo con un hijo propio facilitaba, por naturaleza, el testar a su favor.
- c) Ya antes del reconocimiento de la libertad de testar, se podía efectuar, en vida, disposiciones para la salvación del alma, bien mediante una donación condicionada por la propia muerte (*donatio post obitum*), bien mediante una donación ya cumplida con reserva de usufructo (*donatio reservato usufructu*). El prototipo para ello fue la *donatio mortis causa* del derecho romano clásico. Esta, sin embargo, en un principio no podía transferirse al derecho francolongobardo, porque, según aquél, las disposiciones del dueño actual que se referían a bienes heredados (sobre todo cuando se trataba de fundos) exigían el consentimiento de sus hijos como futuros herederos. Frente a estas vinculaciones al consentimiento y a los derechos de retracto de los descendientes, la Iglesia creía que su deber consistía en luchar a favor de dejar una «parte a la libre disposición del testador» (un *Freiteil*) que el creyente pudiese dedicar a fines caritativos<sup>16</sup>. En escrituras de donación de la Edad Media, también en testamentos, no son pocos los casos en los que se realza que un bien otorgado a alguien no había sido heredado por parte del disponente, sino que lo había adquirido de otro modo. Sólo tras un desarrollo lento, que duró siglos, se llegó a reconocer la libertad testamentaria más o menos completa, sobre todo en cuanto se refiere a tierras.

---

<sup>15</sup> Compárese WACKE, «Die Entwicklung der Testamente in Antike und Mittelalter», *Orbis Iuris Romani 2 [OIR]* (Brno 1996) 113ss.

<sup>16</sup> OGRIS, Art. «Freiheit», *HRG I* 1.249 ss.



Por consiguiente, la cuota de libre disposición propagada por la Iglesia fue una limitación del originariamente inderogable Derecho de sucesiones de los descendientes como herederos forzosos en el sistema germánico. En su configuración como *quotité disponible* fue recibido por el Code civil francés. El Derecho romano, por el contrario, partió de la plena libertad testamentaria; gracias a la *quarta Falcidia*, en conjunto con la *querella inofficiosi testamenti*, desembocó en una porción legítima en favor de los parientes cercanos.

5. La doctrina de San Agustín acerca de *la portio Christi*, sin duda, llegó a tener gran efecto en Occidente, aunque es menos innovadora de lo que según las investigaciones de Alfred Schultze parece. Ya los Santos Padres griegos defendieron una doctrina parecida, como probó Eberhard Friedrich Bruck en investigaciones posteriores<sup>17</sup>. Entre los Padres griegos, Basilio el Grande fue el primero en crear la idea atrayente de una porción para los pobres, con el fin de obtener la salvación de la propia alma. Sucesores suyos son Gregorio de Nazianzo, Gregorio de Nyssa y Juan Crisóstomo. Probablemente por S. Jerónimo, el sabio mediador entre Oriente y Occidente, la idea llegó a S. Agustín. Los Padres griegos se decidieron en favor de una cuota numéricamente determinada, aunque ésta varía entre un quinto y un tercio, porciones que más tarde encontramos en la legislación visigótica, longobarda y franca<sup>18</sup>. Lo nuevo en la doctrina de S. Agustín fue, en cambio, la flexibilidad de la cuota, dependiente del número de los hijos que el testador tenía que mantener.

Las doctrinas de los Santos Padres significaban una solución practicable. En el Nuevo Testamento se exige de un rico joven para llegar a la perfección, que venda todos sus bienes y que regale el dinero conseguido a los pobres. Este postulado radical contradice las exigencias de la vida práctica<sup>19</sup>, sobre todo viola el deber de atender a los parientes. Los mismos Santos Padres deberían haber sido los primeros, dando un buen ejemplo, en poner en práctica la orden del Evangelio y regalar su patrimonio a los pobres. Pero ni ellos mismos lo hicieron, salvo en el

---

<sup>17</sup> E.F. BRUCK, *Kirchenväter und soziale Erbrecht* (1956); véase las recensiones por WIEACKER, *ZSS* 74 (1957) 482 ss.; LIERMANN, *AcP* 156 (1957) 546 ss.; STEINWENTER, *Gnomon* 29 (1957) 473 ss. - MURGA, *Donaciones y testamentos in bonum animae en el Derecho romano tardío* (1968); rec. por ZILLETI, *SDHI* 35 (1969) 465-477; FERNÁNDEZ BAREIRO, *AHDE* 39 (1969) 817 ss., GAUDEMET, *RH* 48 (1970) 83 ss.

<sup>18</sup> COING (infra nt. 27) 615 s.

<sup>19</sup> CHURRUCA, «La actitud de Clemente de Alejandría ante la riqueza», *Estudios Deusto* 45 (1997) 105-140.

caso de que en el momento de su propia muerte no tuviesen parientes cercanos. S. Agustín mismo, siendo obispo, se negó a aceptar a beneficio de su iglesia la herencia de un hombre que aún tenía hijos que mantener<sup>20</sup>.

6. No se quería obligar por ley a los testadores a que cumplieran las exigencias morales de la Iglesia. Sus grandes maestros no perseguían la intención de crear por ley algo parecido a un impuesto de herencia a favor de la Iglesia, porque sólo las donaciones voluntarias se estimaban obra meritoria y, según el Evangelio, «Dios ama a quien regala alegremente». «*Einen fröhlichen Geber hat Gott lieb*»: esto es el cuadro sugestivo del «*cheerful giver*»<sup>21</sup>. Sin embargo, la Iglesia sabía muy bien cómo hacer eficaz el derecho a su porción frente a los creyentes, ejerciendo sobre éstos una presión moral más o menos fuerte. Al confesar era fácil comprobar si se habían cumplido estas obligaciones. Era posible vincular el otorgamiento de la absolución y de los sacramentos a ciertas condiciones. Las numerosas medidas de la disciplina eclesiástica podían llegar hasta el extremo de negar el entierro cristiano. Es fácil figurarse, según esto, la enorme presión moral que existía en cuanto a donaciones en favor de la Iglesia. Además, en muchos casos, un clérigo estaba presente durante el otorgamiento del testamento; con frecuencia, éste incluso adoptó el papel del protocolante, porque en la Edad Media los clérigos a menudo fueron los únicos que sabían leer y escribir, como puede verse en la etimología de la palabra inglesa '*clerk*' en el sentido de 'contable'<sup>22</sup>. Téngase presente que, por muchos siglos, los testamentos, como todo documento jurídico, se escribían en latín<sup>23</sup>.

Así pues, como hemos visto, la tarea de la legislación mundana no consistió en la introducción de una *portio legitima* en beneficio de la

<sup>20</sup> Compárese LIERMANN (supra nt. 18) 547.

<sup>21</sup> 2. Corintos 9,7. Sobre el concepto bíblico véase BRUCK, citado por WIEACKER (nt. 18) 482 y WENGER, *Die Quellen des röm. Rechts* (1953) 263 nt. 268, 298 nt. 132, 863 nt. 89.

<sup>22</sup> The BARNHART *Dictionary of Etymology* (1988) 178 s.

<sup>23</sup> El latín como idioma de los testamentos se fue sustituyendo poco a poco a lo largo del siglo XIV por el alemán: primeramente en el Sur de Alemania, y posteriormente en el Norte y Noroeste. El Viena desapareció ya hacia el año 1300, en cambio en Lübeck todavía en torno al 1400 la mayoría de los testamentos se redactaba en latín. Véase AHASVER VON BRANDT, *Mittelalterliche Bürgertestamente: Neuerschlossene Quellen zur Geschichte der materiellen und geistigen Kultur* (Heidelberg 1973) 6s. En Italia, los notarios conservaban aún en el siglo XVII/XVIII el latín como lengua testamentaria, o al menos algunas expresiones técnicas latinas; cfr. BERTRAM (infra nt. 28) 68 (1988) 530.

Iglesia, sino que tuvo el deber de eliminar los impedimentos que se enfrentaban a la realización de la voluntad del testador. Por decirlo con otras palabras, no se trataba de imponer obligaciones legales a los testadores en beneficio de la Iglesia, sino más bien de otorgarles más facultades de disposición. En cuanto a esto, existe ya en el Codex de Justiniano un gran número de singulares privilegios referidos a las *piae causae*<sup>24</sup> que se basan en la idea principal de un *favor*. En el caso de las *piae causae* no se exigía, por ejemplo, que el testador otorgara su disposición en persona, ni que fuera concreta la determinación de su contenido. El testador podía legar la ejecución concreta a otras personas, como por ejemplo según un testamento que dice: «Mi esposa será mi heredera universal, ella sabrá también qué disposiciones en beneficio de la Iglesia harán falta para la salvación de mi alma»<sup>25</sup>. El testador podía también encargar la ejecución exacta al obispo. Aquí encontramos el origen de la ejecución testamentaria moderna. Además existían reglas jurídicas para la interpretación de lo que significaba tener en cuenta en un testamento a los pobres, los Santos o Jesucristo mismo. Aunque en el Derecho «mundano» se seguía el principio de que las donaciones no se presumen, según el Derecho canónico regía, para las atribuciones en favor de la Iglesia, la *plenissima interpretatio*.<sup>26</sup> A pesar de que en el Derecho romano imperaba el principio *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, según el sentido de la parte de libre disposición se podía heredar en parte a través de testamento y en parte *ab intestato*. Habiendo desaparecido el fin de una fundación, se permitía con ciertos límites, según D 33,2,16, un cambio de la finalidad de la atribución.<sup>27</sup>

El otorgamiento de un testamento o de una escritura de donación exige la capacidad negocial del testador. Según el *Sachsenspiegel*, antiguo código del derecho sajón del año 1230 d.C., la capacidad de testar estaba indicada si el testador era capaz de montar a un caballo, con escudo y espada en el cinturón, sin ayuda ajena: por su potencia física se deducía que estaba también mentalmente sano. Es probable que la Igle-

---

<sup>24</sup> COING, *Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht* (1985) § 127.

<sup>25</sup> Ejemplo según AHASVER VON BRANDT (nt. 24) 16. En el Derecho comparado trata del tema ASÚA GONZÁLEZ, *Designación de sucesor a través de tercero* (Madrid 1992).

<sup>26</sup> Conforme a la máxima *favores ampliari*, véase WACKE, *Donatio non praesumitur*, Archiv f. d. civilist. Praxis [ACP] 191 (1991) 2 s. con not. 4. Sobre la *plenior interpretatio* y el *favor ultimae voluntatis* véase G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei Glossatori* (1997) 472ss.; allí pp. 58 ss. sobre la aportación de los canonistas en general, con abundante lit.

<sup>27</sup> COING I 597; ZIMMERMANN, *Cy-près, Festgabe Kaser* (1986) 395 ss.; PAULUS (supra nt. 13) 194 ss.

sia haya tenido cierta influencia en cuanto a que se haya superado la equiparación (primitiva) de cuerpo y mente (según el principio *mens sana in corpore sano*), porque la Iglesia se fijaba en los aspectos internos de la persona, en su alma. Ya Labeón D. 28,1,2 exigía del testador *integritas mentis, non corporis sanitas*.

7. Aunque está claro que la Iglesia no podía eliminar la pobreza, sí era capaz de aliviar notablemente sus más graves efectos. Así que, en total, la doctrina de *la portio Christi*, en el sentido de un derecho sucesorio social, debe haber tenido unos efectos muy benéficos. Además, hay que tener en cuenta que los pleitos que surgían, como los asuntos de las *miserabiles personae* (de los pobres, de las viudas y de los huérfanos), podían ser sometidos a los tribunales eclesiásticos, *rationne materiae* o *ratione personae*. Por tanto, los obispos controlaban el cumplimiento de los testamentos, en parte en la función de ejecutores testamentarios, en parte también como jueces.

Del mismo modo como surge en los impuestos de herencia, se eligió un momento propicio para que se efectuase la carga patrimonial: mientras el moribundo, en general, no sufre los efectos de la carga, los herederos, en cambio, sólo reciben una porción ya reducida por cierta cuota y por tanto aguantan esa carga con más facilidad. En la práctica, la *portio Christi* se habrá parecido a los impuestos, pero con la diferencia de que el testador podía decidir libremente el fin del donativo. Esto, necesariamente, debe haber dado apoyo a la generosidad, a diferencia de la situación actual, en la que esta cuota se junta con el gran número de diversos impuestos en un bloque anónimo en la caja fiscal del Estado.

No se pretendía la abolición radical del derecho a heredar. Hasta este extremo llegaron más tarde los utópicos franceses, defensores de una crítica social (Babeuf, Proudhon), que se pronunciaron tanto en contra de la propiedad (privada) como en contra del derecho de sucesiones, por ser un «*mal public*», siguiendo la divisa: «*La propriété c'est le vol*». En Rusia Soviética, un decreto del año 1918 puso en práctica esta idea radical, aunque sólo durante poco tiempo: Las consecuencias socio-políticas fueron tan negativas, que al cabo de cuatro años se reintrodujo el derecho sucesorio.

En la Edad Media, como hemos dicho ya, se trataba menos de modificar el derecho de sucesiones, que de cambiar las costumbres de testar. Para poder evaluar las consecuencias, haría falta analizar en detalle los documentos testamentarios existentes. La investigación en cuanto a los documentos archivados, que en determinados lugares se conservan en gran número, aún se encuentra en sus comien-

zos<sup>28</sup>. Sin embargo, ya podemos distinguir tres grupos diferentes de beneficiarios en los testamentos<sup>29</sup>:

1. las *piae causae* en beneficio de la salvación del alma,
2. los parientes cercanos,
3. otras personas, menos vinculadas al testador, como por ejemplo los criados domésticos o el ejecutor testamentario.

Donaciones en beneficio de la salvación del alma no faltan casi nunca; sólo están ausentes en aproximadamente el 20% de los casos, como se averiguó por casualidad en una investigación tardía referente a la ciudad de Lübeck<sup>30</sup>. Es decir, un 80% de los testamentos contienen disposiciones de tal tipo. Los destinatarios son, por ejemplo, hospitales (sobre todo en épocas de epidemias), asilos de pobres, conventos, en concreto de los frailes mendicantes, las casas de beguinas para el mantenimiento de mujeres solteras, instituciones caritativas en las afueras de las ciudades para los leprosos incurables; lo son en particular las iglesias en beneficio de sus fondos de construcción y para la erección de altares, etc., pero también expediciones para la redención de cautivos (mediante el pago de ciertos rescates), así como albergues para el alojamiento de peregrinos y cruzados. Como *personae miserabiles*, en un sentido más amplio, se estimaron también chicas pobres, que recibían una dote para poder casarse, o estudiantes a los que se les facilitaban becas o comida. El *Common Law* inglés denomina las referidas disposiciones con la palabra *charities*. Otra cláusula típica de los testamentos consistía en la promesa de los prestamistas de reparar el daño causado a sus deudores por haberles gravado en vida con intereses usuarios<sup>31</sup>.

El *Usus modernus pandectarum* extendió los privilegios de las *piae causae* también a disposiciones en beneficio de la *publica utilitas*,

---

<sup>28</sup> Véase por ej. BRANDT (supra nt. 24); M. BERTRAM, «Mittelalterliche Testamente: Zur Entdeckung einer Quellengattung in Italien», in: *Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken* 68 (Rom, Dt. Hist. Inst. 1988) 509-545; BERTRAM, «Hundert Bologneser Testamente aus einer Novemberwoche des Jahres 1265», *ibidem* 69 (1989) 80-110; BERTRAM, «Bologneser Testamente, Zweiter Teil: Sondierungen in den Libri Memoriali», *ibidem* 71 (1991) 195-240. Más lit. en CHIODI (supra nt. 27) 951 ss.; también en WACKE (supra nt. 16) 119 ss. Para Colonia véase B. KLOSTERBERG, *Zur Ehre Gottes und zum Wohl der Familie: Kölner Testamente von Laien und Klerikern im Spätmittelalter* (1995) 292-310.

<sup>29</sup> Según BRANDT 17s.

<sup>30</sup> A. VON BRANDT p. 18.

<sup>31</sup> Para San Gimignano, véase E. FIUMI, *Archivio Storico Italiano* 119 (1961) 145-162, cit. según BERTRAM (supra nt. 28) 68 (1988) 536.

como por ejemplo para la construcción de caminos y puentes<sup>32</sup>; en cuanto a éstos se puede ver una relación con el derecho profano de la Antigüedad. Si una comunidad de artesanos o los habitantes de una casa de pobres reciben una donación monetaria para un *gaudium et solacium*, es decir, para una fiesta divertida, o un barril de cerveza y cada miembro un panecillo, en la ocasión del aniversario de la muerte del testador, aún puede afirmarse el fin social de esta donación. A veces dominaban, más bien, las intenciones ostentativas de benefactores extravagantes. Una donación de dinero para la importación de 50 kilos de cera extraordinariamente cara, desde Europa oriental, con el fin de que se produzcan velas para una iglesia, era poco apta para aliviar la miseria social. La misma consideración merecen motivaciones de prestigio que condujeron al legado, que de una docena de cucharas de plata se elaborase un cáliz para la eucaristía y que éste se dorase con el oro de 8 anillos. Otro caso análogo fue que una testadora hubiese dedicado su mejor vestido de terciopelo, con un cuello de piel de armiño y 18 pares de brazaletes dorados para la imagen de la Virgen<sup>33</sup>. Para crear un derecho sucesorio verdaderamente social, la Iglesia habría tenido que definir el concepto de buena obra para la salvación del alma en un sentido más preciso. No hay que olvidar que la Iglesia, aparte del socorro a los pobres, siempre ha tenido otras tareas. De todos modos, el juicio de Plinio es siempre válido: los testamentos reflejan las costumbres de los hombres (*Vulgo creditur testamentum hominum speculum esse morum*)<sup>34</sup>.

8. En dos casos, sin embargo, tanto la Iglesia como el Derecho canónico se negaron a admitir un favorecimiento del derecho sucesorio: se trata de los suicidas y de los hijos ilegítimos. La Iglesia se negó a sepultar a los suicidas en la tierra consagrada de los cementerios; y su patrimonio fue confiscado por parte del Estado. Con esto no se acabó hasta la época de la Ilustración, en Prusia por Federico el Grande, y en Francia poco después de la Revolución<sup>35</sup>.

Un hijo ilegítimo podía ser tenido en cuenta en el testamento; el padre, en muchos casos, lo denominaba *puer meus specialis*<sup>36</sup>. Sin embargo, hasta hace unas pocas décadas, los hijos extramatrimoniales esta-

<sup>32</sup> COING I 595, 597.

<sup>33</sup> Ejemplos según A. VON BRANDT 21.

<sup>34</sup> Plinio el joven, ep. 8,18,1; PAULUS (supra nt. 13) 14s.

<sup>35</sup> WACKE, ZSS 97 (1980) 31ss.; también en: HRG IV 1616ss. y LexMA VIII 656s.

<sup>36</sup> A. VON BRANDT 275.

ban excluidos de la herencia legítima; recibían solamente un derecho de alimentos, que en este caso era heredable. También la ley alemana sobre los hijos ilegítimos (*Nichtehelichengesetz*) en vigor hace exactamente 30 años, les otorgaba, a diferencia de sus hermanos matrimoniales, simplemente una porción legítima en dinero. Esta regulación —complicada— se suspende justamente dentro de este año. España, en cuanto a la equiparación completa de los hijos ilegítimos, a través de su Constitución, se ha adelantado al desarrollo alemán en unos 20 años. Este país, con la tradicional vinculación católica, se atrevió por tanto a realizar de repente el paso de la Edad Media al siglo XXI.