

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

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

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

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

Citation

Maurici Pérez Simeón, “La captación de la voluntad testamentaria en el ius commune de la Edad Moderna”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 22 (2025), pp. 243-265 (available at <http://www.glossae.eu>). <https://doi.org/10.64567/glossae.v1i22.747>

Esta obra está bajo una licencia de *Creative Commons*
Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.



La captación de la voluntad testamentaria en el *ius commune* de la Edad Moderna

Undue Influence in Wills in the Modern Age *ius commune*

Maurici Pérez Simeón
Universitat Pompeu Fabra

ORCID ID: 0000-0003-2313-9542

Recibido: 10.09.2025

Aceptado: 16.10.2025

Resumen

El derecho romano era muy tolerante con la influencia sobre la voluntad de los testadores, especialmente si no conllevaba engaño. Sin embargo, los autores del *ius commune*, especialmente en el marco del *novus usus Pandectarum*, hicieron mucho más fácil la anulación de testamentos por captación de la voluntad a través de una redefinición sustancial de *dolus malus*. Los códigos civiles españoles actuales parecen indicar una vuelta al enfoque romano originario, pero los tribunales españoles se han mantenido fieles a los elementos esenciales de la tradición del *ius commune*.

Palabras clave

Captación de la voluntad, testamento, *ius commune*, *dolus*, engaño.

Abstract

Roman Law was very tolerant regarding the exertion of influence on the will of testators, especially when no deception was involved. However, *ius commune* scholars, especially in the framework of the *novus usus Pandectarum*, made it much easier to have testaments voided on the grounds of undue influence by means of a substantial redefinition of *dolus malus*. Present-day Spanish civil law codes seem to point at a return to the original Roman approach, but Spanish courts have stuck to the core tenets of the *ius commune* tradition.

Keywords

Undue influence, last will, *ius commune*, *dolus*, deception.

Sumario: 1. Introducción; 2. El dolo testamentario en los textos romanos compilados en el Corpus Iuris Civilis; 3. *Dolus bonus* y *dolus malus* en la literatura romanística de la Edad Moderna; 4. La captación de la voluntad en la literatura y en la jurisprudencia francesas de la Edad Moderna; 5. Conclusiones. Apéndice bibliográfico

1. Introducción

A principios del siglo XVI, en Nápoles, Catalina Carrasa¹ estaba gravemente enferma en su lecho de muerte y llamó a un notario para hacer testamento. El marido, Escipión Buczuti, entró en la habitación por una puerta secundaria, sin que le viesen el resto de los parientes que estaban en la casa, se colocó junto a la cabeza de la testadora y, hablándole al oído, por dos veces la instó a que le legase la casa. Catalina no respondía nada. El marido se dirigió entonces al notario y le pidió que escribiese que la testadora le legaba la casa. El notario, incómodo con la situación, le preguntó de nuevo a Catalina, si

¹ Este caso aparece referido en Afflictis, M. (D’Afflito, M.), *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani, Venetiis*, 1557, decisión 59 (p. 63 reverso).

quería dejar la casa a su marido y ella movió la cabeza, asintiendo. El notario incluyó entonces el legado en el testamento².

El padre de Catalina impugnó el legado diciendo que el consentimiento que ella había prestado no había sido libre, al haberla sometido el marido a una presión excesiva en su lecho de muerte. El *Sacro Regio Consiglio* de Nápoles resolvió anular el legado, al considerar que la testadora había otorgado la disposición presionada por el marido.

Lo más interesante del caso es que, para conseguir la anulación del legado, el padre de la testadora había debido alegar que el marido había actuado con dolo. Esta alegación parece complicada de sostener porque el marido no mintió a la testadora en nada ni tampoco hizo ningún tipo de maquinación. Es cierto que el marido entró en la habitación de forma subrepticia, sin que le vieran otros parientes, pero, suponiendo que esto pueda considerarse una actuación dolosa frente al suegro, no es fácil de defender que también lo fuese frente a la esposa testadora, que es lo relevante en el caso. El *Consiglio* concluyó que existía dolo “*cum hic nedum fuerunt blanditiae, sed importunae preces et persuasiones, et interfuit dolus...*” (“...ya que aquí no hubo solo halagos, sino ruegos y actos de persuasión inadecuados, existió pues dolo...”).

En la sentencia se hace una interpretación extensiva del concepto romano de dolo testamentario concluyendo que puede concurrir sin necesidad de engaño ni de maquinaciones, por el mero hecho de haberse hecho al testador *importunae preces et persuasiones*. Esta redefinición del dolo testamentario nace en la literatura jurídica y en la praxis jurisprudencial de la Edad Moderna pero su incorporación a los derechos civiles europeos actuales se ha hecho de forma dubitativa e irregular. En algún caso, como el Código civil de Cataluña, la desafortunada sustitución del término “dolo” por “engaño” parecería incluso una ruptura con esta tradición del *ius commune*. Un estudio pausado de cómo se gestó la doctrina moderna del dolo testamentario puede contribuir a poner orden en una cuestión clave del derecho sucesorio actual: el límite entre la lícita influencia sobre un testador y la ilícita captación de su voluntad³.

² *Dicitur quantum ad legatum domus, q domus non fuit in veritate legata per dictam Catharinam. Nam dicit frater Thomas confessor, et frater Petrus & Antonella testes examinati, q illa Catharina disponens de rebus suis cum confessore, nihil dixit de domo. Et postea maritus stabat supra caput Catharinae; & posuit faciem suam super faciem Catharinae, & bis requisivit rogando ipsam Catharinam, ut vellet sibi domum relinquere, & et ipsa nihil respondit, & Scipio praedictus dicebat, Scriue notario che me lassa la casa. Et tandem notarius eam interrogavit, & illa movebat caput; & tandem precibus importunis Scipionis qui per ingannum et dolum intravit cameram, dicta testatrix dixit, q sic.. Afflictis, Decisiones, decisión 59 (p.63 reverso).*

³ La expresión “captación de la voluntad” no aparece en el texto articulado de ninguna de nuestras normas civiles vigentes. En el art. 423-19 del C.C.Cat. aparece la expresión “*condicions captatòries*” en el sentido que estas condiciones tenían en el derecho romano. Vid. Azaustre Fernández, M. J., “Captación de voluntad en los testamentos y prohibición de confesores de Roma a la actualidad”, *Glossae* 14 (1917), pp. 80-81. El sentido moderno de la expresión se puede ver en la exposición de motivos de la Ley 10/2008 de 10 de julio, en la que se dice que se ha exigido que las disposiciones a favor de personas que prestan servicios asistenciales se hagan en testamento notarial abierto “*a fi de reduir el risc de captació de la voluntat*” y también en la exposición de motivos de la Ley 25/2010 de 29 de julio en referencia a las escrituras de nombramiento de tutor otorgadas poco antes de instarse la incapacitación, que se consideran sospechosas de “*captació de la voluntat per part del designat*”. La jurisprudencia y la doctrina utilizan la expresión “captación de la voluntad” para indicar el efecto del dolo sobre la persona del testador. En este sentido, *dolus malus* y captación de la voluntad son términos muy cercanos, aunque no idénticos. En el derecho romano no hay una identificación entre dolo y captación de la voluntad. Azaustre Fernández, “Captación...”, p. 75 n.29 y Furgole, J.B., *Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, tomo 1, Paris, 1779, p. 299. En la literatura del *ius commune* se

2. El dolo testamentario en los textos romanos compilados en el *Corpus Iuris Civilis*

Las fuentes literarias clásicas parecen sugerir que, por lo menos hasta el siglo II d.C., los romanos eran bastante tolerantes con los intentos de influir en la voluntad testamentaria ajena⁴. El adulador que explotaba la vanidad humana para conseguir beneficios sucesorios es un personaje prototípico de la literatura latina⁵. Es muy probable, por lo tanto, que la sensibilización de los juristas y de los órganos jurisdiccionales frente a las conductas captatorias de la voluntad testamentaria apareciese de forma relativamente tardía, en el siglo II d.C.⁶, y que la intervención estuviese centrada en los casos de violencia (*vis*), intimidación (*metus*) o dolo (*dolus*)⁷.

Sabemos que el emperador Adriano⁸ habría ordenado que fuese indigno quien dolosamente hubiese hecho que alguien testase (o se lo hubiese impedido). La consecuencia de la indignidad habría sido el decomiso del beneficio sucesorio en favor del fisco. Se trataría, por lo tanto, de una intervención de derecho público que es llamado incluso *crimen* en las fuentes⁹. La indignidad habría conllevado también la denegación de acciones civiles hereditarias¹⁰. Estos textos, sin embargo, usan un lenguaje en el que se parece presuponer un elemento coercitivo claro (*prohibuit*¹¹, *intercesserat*¹², *compulsus*¹³) y en cambio excluyen expresamente las conductas persuasivas, como es el caso del marido que convence a su esposa airada de que no cambie el testamento mediante unas palabras que la aplacan¹⁴ o el que la convence de que teste a su favor¹⁵.

distingue entre la captación de herencias (que a veces puede ser lícita) y la captación de la voluntad (que siempre es ilícita). Leyser, A., *Meditationes ad Pandectas*, vol. 6, Lipsiae et Guelpherbyti, sp. 375, IV, (pp. 788-790)-

⁴ Un caso paradigmático es el de Regulus que se menciona en una carta de Plinio el joven (Plin. 25). Sobre este caso, puede verse Tellegen, J. W., *The Roman Law of Succession in the Letters of Pliny the Younger*, Zutphen, 1982, p.53.

⁵ Sobre los captadores de herencias en el mundo romano pueden verse, entre otros muchos, Azaustre Fernández, “Captación”, pp. 71-72, Champlin, E., “Creditur Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum: Why the Romans Made Wills?”, *Classical Philology* 84,3 (1989), pp. 211-212, Hopkins, K., *Death and renewal*, Cambridge, 1983, pp. 235-247, Veyne, P., *Historia de la vida privada*, I, Madrid, 1987, p.152, Friedlander, L., *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México-Buenos Aires, 1982, pp. 258 ss. y, más recientemente, Cecco, E. E., Mansilla, A. M., “Una profesión insólita y lucrativa: la *captatio testamenti*”, *Revista de Estudios Clásicos* 36 (2009), pp. 97 ss., con un detenido estudio de las fuentes literarias. La existencia del tópico literario no implica que los cazadores profesionales de herencias fuesen muy numerosos. Vid. Champlin, E., *Final Judgements: Duty and Emotion in Roman Wills, 200 B.C. – A.D. 250*, Berkeley, 1991, p. 100.

⁶ Vid. Dropsie, M., *Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in the Event of Death*, Philadelphia, 1892, pp.44-45.

⁷ Azaustre Fernández, “Captación...”, p. 74.

⁸ D.29,6,1pr Ulp. 48 ad Ed. y C.6,34,1. Sobre estos textos, puede verse Voci, P., *Diritto ereditario romano. Introduzione. Parge Generale*, vol. 1, 2ª ed., Milano, 1967, pp. 470-472, Scotti, F., *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012, p. 614-615 y Guasco, A., *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*, Napoli, 2018, p. 63-64.

⁹ Tellegen, J. W., “*Captatio* and *crimen*”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* 387 (1979), pp. 389-391. Según Tellegen, el término *crimen* que aparece en los textos se referiría al decomiso de la herencia por parte del fisco por indignidad y no a un delito en sentido técnico.

¹⁰ D.29,6,1pr Ulp. 48 ad ed. Lenel, O., “Das erzwungene Testament”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung - Romanistische Abteilung* 10 (1889), pp. 71 ss.

¹¹ D.29,6,1pr Ulp. 48 ad ed.

¹² D.29,6,3 Pap. 15 resp.

¹³ C.6,34,1.

¹⁴ D.29,6,3 Pap. 15 resp.

¹⁵ C.6,34,3.

Puede que la explicación de esta regulación restrictiva del dolo testamentario se encuentre en que los problemas de captación de la voluntad se vehiculaban en época clásica generalmente a través de las acciones de inoficiosidad y no por la vía de los remedios previstos para casos de vicio de la voluntad¹⁶. En un juicio de inoficiosidad el potencial sucesor *ab intestato* de un testador podía impugnar un testamento si había sido desheredado o preterido de forma injusta, esto es, sin un motivo socialmente aceptable. El pariente se consideraba preterido, aunque hubiese sido instituido heredero, si había recibido menos de una cuarta parte de lo que le habría correspondido en la sucesión intestada. La inoficiosidad, por lo tanto, era un mecanismo jurisdiccional de control sobre la libertad de testar, ya que un tribunal tenía la posibilidad de anular un testamento, si alguno de los parientes más cercanos del testador había quedado excluido de la herencia sin un motivo comprensible y aceptable, en beneficio de otros parientes o de extraños¹⁷.

La clave de este tipo de procedimientos, por lo tanto, era la prueba de si el familiar que había quedado excluido de la herencia se lo merecía o no. Para determinarlo se solía hacer una comparación de los méritos del impugnante frente al de las personas instituidas en el testamento. Se valoraba como mérito la cercanía del parentesco, la relación personal de cada una de las partes con el testador y también si la persona instituida podía haber abusado de la cercanía o confianza con el testador para convencerle de que tratase injustamente a un familiar excluyéndolo inmerecidamente de la sucesión. El caso prototípico era el de la *noverca*, la segunda esposa del causante que había explotado el enamoramiento del testador para atraer la herencia hacia ella o hacia sus hijos¹⁸.

La inoficiosidad termina por convertirse en un remedio para los casos de captación de la voluntad, puesto que, en muchos casos la exclusión inexplicable de parientes cercanos no tendrá más explicación que una conducta captatoria, es decir, el abuso de alguna debilidad del testador. Pero es importante remarcar que el enfoque de la cuestión es sustancialmente distinto del que tendrá en la tradición romanística y del que se puede observar en la jurisprudencia contemporánea de la mayor parte de ordenamientos jurídicos occidentales.

En los litigios de inoficiosidad se comparan los méritos para suceder de dos personas cercanas al testador, el pariente que impugna y el instituido que defiende el testamento (que puede no ser familiar del testador). No se analiza si la voluntad testamentaria se ha formado libremente ni si ha existido un abuso de una situación de vulnerabilidad física o mental del testador. Si el pariente del testador gana frente a la esposa instituida es porque demuestra que él se merecía heredar más que ella, independientemente de si el testador había actuado libremente o no. En el derecho romano

¹⁶ La cuestión de determinar qué remedios eran estos en el derecho Romano es muy controvertida porque las fuentes disponibles son muy escasas. Como hemos vistos, parece que Adriano consideró que el dolo era causa de indignidad, pero no está claro cómo se regulaba la cuestión en épocas anteriores, o si también podía utilizarse la denegación de acciones y la *exceptio doli*. Ante lo parco de las fuentes, la literatura jurídica del *ius commune* intentó sistematizar la respuesta del derecho a estas situaciones elaborando diversas construcciones jurídicas. Un tratamiento exhaustivo puede verse en Azaustre Fernández, “Captación...”, p. 77-78.

¹⁷ Así lo indican claramente algunos textos como D.5,2,4 Gai. liber sing. ad legem Glitiam.

¹⁸ Sobre la acción de inoficiosidad romana pueden verse mis trabajos *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el derecho romano*, Madrid, 2001, pp. 265-359 y “La facultas agendi en la querela inofficiosi testamenti clásica”, *Iura* 65 (2017), pp. 239-276.

se habla de *color insaniae*¹⁹: el hecho de que el testador haya excluido a sus parientes más cercanos de la herencia sin un motivo claro permite presumir que el testador no estaba totalmente lúcido cuando otorgó el testamento. No se trata de que se haya probado la locura realmente, sino que esta se infiere del mero hecho de que el testador hubiese hecho un testamento inexplicable desde el punto de vista de las expectativas sociales, en el que los parientes más cercanos habían quedado fuera sin un motivo comprensible. Es una especie de demencia social.

El hecho de que la inoficiosidad fuese el principal riesgo para los cazadores de herencias tuvo efectos sobre sus estrategias: los testadores sin hijos eran un objetivo especialmente seguro, puesto que una impugnación por inoficiosidad instada por un colateral era mucho más difícil de ganar que la promovida por un descendiente, ya que dejar fuera de la herencia a un hermano, a un tío o a un primo era más fácil de entender que excluir a un hijo o a un nieto. Finalmente, si el cazador de herencias había sido co-instituido junto con los parientes más cercanos del testador, no había manera de anular la disposición testamentaria, siempre que los familiares legitimados para impugnar hubiesen recibido, por lo menos, la cuarta parte de lo que les habría correspondido en la sucesión intestada del causante.

En época postclásica parece que los juicios de inoficiosidad se complementan con un mayor control de la libertad del testador a través de facilitar las impugnaciones de testamentos (o la defensa por medio de excepción) por concurrencia de los tradicionales vicios de la voluntad. La verdad es que estamos muy mal informados sobre esto, y cualquier afirmación debe tomarse *cum grano salis*. Sea como fuere, lo relevante a los efectos de este estudio es que en los textos compilados en el *Corpus Iuris Civilis* no existe una base casuística amplia y clara que permita a los intérpretes delimitar la constelación de casos que pueden llevar a una anulación de un testamento por dolo. Dicho en otras palabras: será tarea de los juristas medievales y modernos delimitar los casos admisibles de *dolus bonus* frente a los inadmisibles de *dolus malus*.

3. *Dolus bonus* y *dolus malus* en la literatura romanística de la Edad Moderna

La literatura jurídica medieval no modifica de manera sustancial el enfoque romano del dolo testamentario. Siguen proponiendo una versión bastante restrictiva. Bartolo de Sassoferrato, por ejemplo, lo limita a los casos de engaño²⁰ y En las *Siete Partidas* se habla de fuerza (“faziendo fuerça”) e intimidación (“premia”) en la Part.6, tit.1, l.27 y se menciona el “engaño” en la Part.6, tit.1, l.28 y 29. Hay algunos puntos en los que el dolo se interpreta de una forma más amplia que en época romana²¹, en especial para proteger a las expectativas sucesorias de los parientes más cercanos²², pero esta ampliación no alcanza un carácter sistemático²³.

¹⁹ D.5,2,2 Marc. 4 inst.

²⁰ Comentario a C.6,34,3 “*hic nulla est deceptio*”. Vid. la p.36 de la edición del comentario a la segunda parte del Codex de Turín (*Augusta Taurinorum*) de 1577.

²¹ Du Plessis, J., Zimmermann, R., “The Relevance of Reverence: Undue Influence Civilian Style”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 10-4 (2003) pp. 345 y 347.

²² Baldo en el comentario citado a C.6,34,3.

²³ Un resumen de las opiniones de los principales juristas medievales puede verse en Farinaceus, P. (Farinacci, P.), *Variarum questionum & communium opinionum criminalium liber quintus: De falsitate et simulatione titulus decimus sextus*, Lugduni, 1612, quaestio 161 (pp. 210-211).

En alguno autores y textos legislativos medievales se adopta una visión objetivizada de dolo testamentario. Se considera que concurre dolo si en un testamento se excluye a los parientes más cercanos del testador en beneficio de extraños, sin una justa causa, especialmente si los instituidos son personas que se consideran socialmente deshonestas, como esclavos del testador o personas de mala fama. Baldo incluso llega a justificar como *dolus bonus* el engaño si una persona disuade a un testador de que instituya a una persona deshonesto diciéndole falsamente que ha muerto²⁴. Esta visión puede verse también en la Part.6, tit.8, l.2, “*se aquel que fuese establescido por heredero fuesse ome de mala fama, o ouiesse seydo sieruo del testador, u otro quel ouiesse aforrado*”. Aunque estos casos se tratan como supuestos de dolo testamentario, ya que, a fin de cuentas, se presume que las personas deshonestas han manipulado al testador en su beneficio, en realidad estamos ante una evolución medieval de la *querela inofficiosi testamenti* como remedio para casos de preterición o desheredación injusta y de ahí la clave del asunto, más que el vicio de la voluntad, sea la determinación de si es justa la desheredación o la preterición comparando los méritos del instituido y del potencial sucesor *ab intestato*. Por consiguiente, no estamos realmente ante una redefinición del dolo testamentario sino ante una adaptación de la *querela* que introduce elementos del dolo para determinar si una desheredación o una preterición es justa. Por este motivo, se trata de un remedio con un ámbito de aplicación muy limitado, ya que requiere la desheredación o preterición.

La jurisprudencia humanista tuvo un interés muy limitado en el problema de la captación de la voluntad testamentaria. La metodología de trabajo propia de los humanistas, totalmente desvinculada de la praxis jurisdiccional, tenía poco que aportar en un ámbito en el que apenas existían fuentes romanas que analizar desde un punto de vista filológico o anticuarista. En aquellos casos en los que autores más académicos se pronuncian, lo suelen hacer para defender un concepto de *dolus malus* restrictivo, en línea con el de los romanos, que es el que encuentra un fundamento textual sólido²⁵.

El análisis novedoso del problema de la captación de la voluntad testamentaria se encuentra en la literatura jurídica centroeuropea de vocación más actualizadora del derecho romano conocida como *novus usus Pandectarum* en sentido amplio. Como se ha dicho ya, las fuentes romanas en la materia son muy parcas y, en cambio, este tipo de problemas era muy frecuente en la práctica de los tribunales modernos. Los operadores jurídicos necesitaban un tratamiento de la cuestión que relegase los textos antiguos a un segundo plano. Se demandaba una doctrina clara que sirviese de guía práctica a jueces y abogados.

La literatura romanística moderna relativa a la captación de la voluntad testamentaria viene condicionada por el hecho de que los juicios de inoficiosidad romanos de época clásica sufren cambios muy profundos al incorporarse al *ius commune*, en gran medida porque problema de la desheredación o de la preterición se enfocaron desde una perspectiva totalmente distinta basada en las innovaciones de derecho justinianeo²⁶. Por

²⁴ Comentario a C.6,34,3 Vid. la p. 121 reverso, punto 15, de la edición de Venecia de 1599.

²⁵ Hubnerius, M. (Hübner, M.), *Commentaris de differentiis iuris omnibus in scholis et foro versantibus*, Francofurti, 1616, centuria 2, quaestio 87, p.177.

²⁶ C.3,28,30 (528 d.C.) y, sobre todo, las Novelas 115 (542 d.C.) y 118 (543 d.C.) establecieron como remedio general a la preterición o a la desheredación injusta la acción de petición de legítima o de su suplemento, que sustituyó a la *querela inofficiosi testamenti* de efectos anulatorios del testamento. Justiniano sigue una línea iniciada ya en el bajo imperio (C.Th. 2,19,4). Sobre este proceso puede verse Gutiérrez Masson, L., “*Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa*: la

consiguiente, la alternativa de los autores del *ius commune* era, o bien mantener la laxitud de las fuentes romanas relativas a la posibilidad de ejercer influencia sobre los testadores o bien buscar la forma de introducir cortapisas superando el tenor literal de las fuentes del *Corpus Iuris*.

Hay un elemento cultural que desempeñó un papel clave en la interpretación de los juristas modernos: la libertad de testar²⁷, que había sido uno de los rasgos más característicos del derecho sucesorio romano, convive con la idea arraigada en las culturas germánicas de que la herencia debe transmitirse, por lo general, dentro del grupo familiar. El gran peso que se da a las expectativas sucesorias de los parientes del causante conlleva que un testamento en el que se da a la herencia un destino distinto se vea como un expolio, en especial cuando la persona beneficiaria es quien ha inducido o promovido el testamento²⁸. La costumbre de testar a favor de la Iglesia o de algunas de sus instituciones crea con frecuencia conflictos entre los parientes del testador y las autoridades eclesiásticas que son vistas como depredadoras del patrimonio familiar.

Un segundo factor resulta también determinante: el derecho canónico desarrolló un escudo muy firme para proteger las disposiciones testamentarias *ad pias causas* o a favor de la Iglesia, dificultando enormemente su anulación por causa de dolo²⁹. Una parte importante de la doctrina civilística buscará poner coto a conductas abusivas ampliando el concepto de *dolus malus*, de modo que los familiares del causante dispongan de un remedio para defender sus expectativas sucesorias frente a instituciones eclesiásticas.

La consecuencia de todo esto es que la literatura civilística del medievo y, en especial, de la Edad Moderna, reevaluó de forma radical el tratamiento de la captación de la voluntad testamentaria que se podía leer en las fuentes de la compilación justiniana. La relativa tolerancia de los romanos frente a la injerencia en el otorgamiento de testamentos ajenos se considera inadecuada para un mundo en el que el ejercicio de la libertad de testar se considera sospechosa cuando perjudica las expectativas sucesorias de la familia cercana.

Este cambio de paradigma fue más sencillo en aquellos territorios en los que la compilación de justiniano no formaba parte del derecho en vigor (o tenía un papel residual) puesto que se pudieron crear nuevos conceptos autóctonos que sustituyesen a la *vis*, *metus* y *dolus* romanos. En la literatura romanística el nuevo paradigma tiene más

preterición testamentaria parcial en derecho romano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”* 103/104 (2000/2001), p. 201.

²⁷ Hay un factor adicional importante, que es la redefinición filosófica de lo que es un acto voluntario. En la escolástica medieval, los actos inducidos por violencia, intimidación o engaño no conllevan responsabilidad moral de quien los hace, al no ser realmente voluntarios. En cambio, quien actúa inducido por actos de persuasión no pierde voluntad y, por consiguiente, mantiene su responsabilidad moral. En este sentido es muy claro Duns Scotus, J., *Reportata Parisiensia*, en *Opera Omnia*, Parisiis, 1894, lib. 4, distinctio 29 (p.401). Esta idea se mantendrá en algunos autores de la Edad Moderna. Delbene, Th., *De officio S. inquisitionis circa haeresim*, Lugduni, 1666, tomo 2, Sectio 17, n. 9-12 (p. 604). Sin embargo, otros moralistas modernos considerarán que la intimidación y los actos de persuasión son equiparables en sus efectos sobre la voluntad, ya que ni el intimidado ni el persuadido dejan de ser libres y de tener voluntad. Es el caso, por ejemplo, del jesuita C. Iohn (Iohn, C., *Institutiones philosophiae activae*, Pragae, 1772, § 33 p. 11). Si se equipara la intimidación y la persuasión, no es ilógico que ambas vicien la voluntad testamentaria de forma idéntica.

²⁸ Este enfoque se ve ya en algunos juristas medievales como Baldo en el comentario citado a C.6,34,3.

²⁹ Azaustre Fernández, “Captación...”, pp. 88-91.

dificultades para desarrollarse porque los textos romanos de referencia son un escollo importante para redefinir la captación de la voluntad.

En la literatura jurídica de la Edad Moderna, siguiendo el precedente romano, se parte siempre de la regla general de que es legítimo persuadir a una persona para que teste de una determinada forma (o deje de hacerlo) siempre que no intervenga dolo (*dolus malus*)³⁰, violencia (*vis*) o intimidación (*metus*). Estos actos lícitos de persuasión no serían dolosos. Sin embargo, muchos autores redefinen de forma radical los conceptos de *dolus malus* y de *metus*, de forma que, comparado con el panorama que muestran las fuentes romanas, muchas más conductas de persuasión quedarían incluidas y constituirían causa de anulación de las disposiciones testamentarias³¹.

El texto de referencia en la materia es el tratado del jurista neerlandés Petrus Peckius (padre)³² titulado *Tractatus de testamentis coniugum* publicado en Lovaina en 1564 y reeditado en varias ocasiones³³, aunque el tratamiento más amplio de la cuestión se puede leer en el capítulo IV de la *disputatio* del alemán Samuel Stryckius³⁴ *De iure blanditiarum* (Francofurti ad Viadrum, 1672)³⁵. La autoridad de Stryckius convertirá a su opúsculo en la cita obligada de todos los autores posteriores³⁶ y –salvo alguna excepción– en la opinión mayoritaria.

Samuel Stryckius parte del principio general de la licitud de los actos tendentes a persuadir al testador para que incluya o deje de incluir determinadas disposiciones en su testamento³⁷: “*Initio autem formamus Regulam; Blanditias in ultimis voluntatibus esse permissas*”. El fundamento de esta regla radicaría en que la persuasión no afecta a la libertad del testador, que tiene en sus manos la decisión final. Además, todo el mundo debe tener la libertad de perseguir su propio interés, aunque de forma indirecta conlleve el perjuicio de los intereses de los demás. Sin embargo, Stryckius³⁸ advierte que con frecuencia las palabras persuasivas conllevan dolo: “*cum blanditiae raro sine dolo committantur*”.

El término latino *blanditia* se refiere aquí no solo a una adulación o halago (que es el sentido moderno de blandicia en la lengua española, un cultismo que, si bien existe en el diccionario de la Real Academia, es de uso muy raro) sino que engloba todo tipo de acciones con finalidad persuasoria, tanto de refuerzo positivo (caricias, miradas, lisonjas, etc.) como como negativo (dejar de hablar a alguien, hacer reproches, negar la cooperación, etc.). No hay un equivalente exacto en español, así que aquí lo traduciremos como “actos de persuasión”.

³⁰ Los casos de engaño son obviamente ilícitos. Leyser, *Meditationes*, sp. 375, p. 805, expone el ejemplo del testador al que se hace creer falsamente que una persona es su pariente consanguíneo.

³¹ El fenómeno ha sido estudiado por Wagner, S. *Interzession naher Angehörigen. Eine Untersuchung in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2018, p. 337-339.

³² Peck, Pieter (1529-1589). Sobre la vida de este jurista puede verse voz “Peck, Pieter” en Blok, P. J., Molhuysen, P.C., *Nieuw Nederlandsch biografisch woordenboek*, tomo 9, Leyden, 1933, p.779.

³³ Aquí se ha consultado la reimpresión de Colonia de 1665.

³⁴ Strick, Samuel (1640-1710). Landsberg, E., “Samuel Stryk”, *Allgemeine Deutsche Biographie (ADB)*, tomo 36, Leipzig, 1893, pp.699–702.

³⁵ Se trata de la *disputatio* defendida en Viadrina (Frankfurt am Oder) el 28 de febrero de 1672. Nosotros hemos podido consultar la reimpresión de 1684.

³⁶ Stryckius es la referencia incluso en obras de carácter básico como la de Estor, J. G., *Der Deutschen rechtsgelahrtheit ander teil*, Marburg, 1758, § 3540 y Hofacker, C. C., *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, tomo 1, Tübingen, 1788, § 207, p.162.

³⁷ Stryckius, S. *De iure*... p.36.

³⁸ Stryckius, S. *De iure*... p.38.

La clave del asunto, por lo tanto, radicaría en trazar la sutil frontera que separa lo que es persuadir y lo que es captar la voluntad. Decimos sutil frontera porque, en la práctica, con frecuencia no es fácil ver donde termina lo uno y dónde empieza lo otro. Los juristas del *novus usus* intentan clarificar la cuestión presentando una constelación de casos en los que debe considerarse que concurre *dolus malus* aunque no haya ninguno de los rasgos más típicos de la institución (engaño, maquinaciones, etc.).

El principal punto de referencia que encontrarán son las famosas definiciones de *dolus malus* de Servio y de Labeón que están compiladas en D.4,3,1,2. Servio propone una definición muy restrictiva de dolo, al que equipara con el engaño (*machinationem quandam alterius decipiendi causa* –“cualquier maquinación para engañar a alguien”–) mientras que Labeón propone una definición más amplia, que es la seguida por los juristas del Principado: (...*dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* –“...que el dolo malo es toda astucia, falsedad o maquinación empleada para enredar, encandilar o engañar a otro”–)³⁹. Según la definición labeoniana el engaño no es un elemento imprescindible del dolo, sino que se puede dar también en los casos que en terminología moderna calificaríamos de manipulación, abuso de confianza o explotación de una situación de vulnerabilidad⁴⁰.

Estas definiciones de dolo no están pensadas para el dolo testamentario de forma específica, sino que pretenden tener un alcance general que englobe también contratos. Sin embargo, servirán para que los juristas de la Edad Moderna encuentren un punto de apoyo suficiente como para desarrollar su doctrina del dolo como vicio de la voluntad testamentaria. En realidad, muchos autores irán mucho más allá de lo que permiten las definiciones transcritas y considerarán que concurre dolo incluso en aquellos casos en los que se ha ejercido presión excesiva sobre el testador.

Los casos más interesantes son los de las *blanditiae importunae et immodicae*. Según Stryckius⁴¹ nos encontraríamos ante este tipo de “actos de persuasión inadecuados e inmoderados”, por ejemplo, en el caso de la esposa deniega el acceso carnal a su marido, si no la instituye heredera o bien si, con idéntico propósito, “*si aspectum mutando vultuque tanquam saccum infuscando maritum gemere faciat*” (“cambia su aspecto y hace gemir al marido oscureciendo su rostro como un saco”)⁴².

³⁹ La traducción de este texto al español es muy difícil, puesto que aparecen tres sustantivos y tres verbos sinónimos con unos matices difíciles de expresar en español. Azaustre Fernández, “Captación...”, p. 74, traduce “*astucia, falacia o maquinación empleada para sorprender, engañar o defraudar a otro*”.

⁴⁰ El caso prototípico de engaño que muchos autores de la Edad Moderna tienen *in mente* es el de Jacob que se hace pasar por Esaú para que el padre de ambos, Isaac, lo bendiga como heredero, pese a no ser el primogénito, que era a quien correspondía la sucesión en el derecho hebreo. Este caso se relata en Gen. 27, Vid. Molinaeus, C. (Du Moulin, Ch.), *Commentarius in Codicem Sacratissimi Imperatoris Iustiniani*, Hanoviae, 1604, comentario a C.6,34 (p. 303).

⁴¹ Stryckius, S. *De iure*... p.40.

⁴² Esta frase tan extraña proviene de la definición de la mujer malvada del libro bíblico del Eclesiástico (traducción vulgata latina), cap.25, versículo 23 (17 en las ediciones modernas) “*Mulieris nequitia eius adspectum immutat, et vultum tanquam saccum infuscat*”. Stryckius toma este ejemplo del Comentario de su suegro Iohannes Brunnemanus a C.6,34,3, n.9. Esta frase no se debe tomar literalmente, sino que significaría –en terminología moderna– que la esposa hace el vacío al marido adoptando una actitud pasivo-agresiva hasta que éste la instituya como heredera.

Algunos autores son especialmente radicales a la hora de considerar que concurre *dolus malus*. Para ellos sería ilícito cualquier intento de convencer al testador para que cambie una disposición testamentaria⁴³ privando a una persona de la expectativa sucesoria que tenía por haber sido instituido en un testamento previo⁴⁴ o por ser el heredero llamado a la sucesión intestada⁴⁵.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de esta posición extrema es la *disputatio* de Gothofredus Funklerus (Gottfried Funkler)⁴⁶ publicada en 1774 en la que, sobre la base de los principios generales del derecho romano en favor de la libre expresión de la voluntad testamentaria, se argumenta que cualquier injerencia de tercero debe tener eficacia invalidante. Esta tesis maximalista – que se contradice frontalmente con el tenor literal de los textos romanos – no tuvo una gran acogida en su tiempo⁴⁷. La recensión crítica de Schott⁴⁸ es un claro ejemplo.

Sichardus sostiene también una opinión bastante radical: “*quando blanditiae tantum mihi, qui blandior, sint utiles, et alteri non adferunt damnum vel incommodum: tunc illae blanditiae permissae sunt. Si autem blanditiae tenderent in alterius damnum, tunc vergerent in dolum, et ideo faciunt actum nullum*” (“cuando los actos de persuasión solo son útiles para mí, que los hago, y no causan daño o perjuicio a otro, entonces estos actos de persuasión están permitidos. Pero si los actos de persuasión estuviesen dirigidos a causar daño a otro, incurrirían en dolo, y por ello harían nulo el acto”). Esta opinión tiene muchos seguidores en la literatura de la Edad Moderna⁴⁹. Para estos autores, los actos de persuasión que persiguen una finalidad moral serían admisibles incluso si hubiese intermediado engaño (*dolus bonus*)⁵⁰, de modo que sería admisible por ejemplo,

⁴³ Farinaceus, *Variarum*, quaestio 161, n.76 (p. 209), Zoesius, H. I. (Zoes, H. J.), *Commentarius in Codicem iustinianum*, Venetiis, 1757, comentario a C.6,34, anotatio b) (p. 398) y Sichardus, J., *In Codicem iustinianum praelectiones*, Francofurti ad Moenum, 1586, comentario a C.6,34, n.13 (p. 897).

⁴⁴ Farinaceus, *Variarum*, quaestio 161, n. 91 (p.209) y 97 (p.211), y Peregrinus, M. A., *Resolutionum forensium de iure et privilegiis Fisci libri quatuor*, Coloniae Agrippinae, 1683, p.78.

⁴⁵ Menochius, I. (Menochio, G.), *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causibus centuriae sex*, Coloniae Allobrogum, 1630, libro 2, casus 395, núm. 45. Otros lo niegan Peckius, *De testamentis*, c.9 n.9 n.10.

⁴⁶ Funklerus, G. (Funkler, G.), *De testamento quod quis blanditiis invitatus condidit invalido*, Lepzig, 1774, p.1 ss. Funkler hace un repaso de todas las instituciones romanas que buscan preservar la libertad de testar (en esencia la prohibición de las *institutiones captatoriae*, la indignidad de quien impide a otro testar y las restricciones a las donaciones entre cónyuges) y –pasando por alto los textos que defienden el *dolus bonus*– concluye que el derecho romano sólo se consideraba válido el consentimiento prestado con la más absoluta libertad y sin la más mínima injerencia ajena. Desde un punto de vista histórico esta tesis es insostenible.

⁴⁷ Schott, A. F., *Unpartheysche Kritik über die neuesten juristischen Schriften*, Leipzig, 1773, número 51, p. 933.

⁴⁸ Schott, *Unpartheyische*, pp. 933-35.

⁴⁹ Molinaeus, *Commentarius*, p. 304.

⁵⁰ El concepto de *dolus bonus* viene definido en D.4,3,1, 3 Ulp. 11 ad ed. como las argucias utilizadas para vencer a ladrones o al enemigo. Para la gran mayoría de autores del *ius commune*, siguiendo la línea del ejemplo ulpiano, considera *dolus bonus* aquel acto que causa intencionalmente un daño pero que es lícito, como es el caso de un médico que da un medicamento amargo para curar o el de Salomón cuando ordena cortar en dos al bebé para provocar una reacción en las dos mujeres que alegan ser madres que le permita saber cuál es la auténtica, o el del abogado que presenta su caso de la manera más favorable para que su cliente sea absuelto, aunque crea que es culpable. Brem, J. G., *Dolum bonum advocati*, Jenae, 1698 (una tesis dirigida por G. A. Struve en 1679). Cortiada, M., *Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Lugduni, 1677, tomo 2, Decisio 65, p. 48. Otto, E., “Dissertatio de dolo bono ad l.1 §.3 D. de dolo malo”, *Dissertationes iuris publici et priva pars prima*, Trajecti ad Rhenum, 1723, p. 503. En este sentido, lo que haría *bonus* el *dolus* sería la finalidad perseguida. Por lo tanto, en el caso de la persuasión del testador, la clave para determinar que hay *dolus bonus* sería la bondad del contenido del

convencer a una persona que quería instituir a su concubina como heredera para que no lo haga utilizando incluso artimañas⁵¹.

Otros autores adoptan posiciones más moderadas pero la línea general es incluir dentro de los casos de *dolus malus* muchos supuestos de hecho que conllevan una influencia muy moderada sobre el futuro causante. Mullerus considera *dolus malus* la remisión al testador de una serie insistente de cartas sin otro motivo que impulsarle al cambio de un testamento⁵². Wernherius sostiene que la crítica calumniosa de otros parientes, especialmente de los instituidos en un testamento anterior⁵³, sería un caso de dolo malo. Farinaceus considera que un marido joven y pobre que había implorado a su esposa moribunda, mayor y rica, que le hiciese heredero incurre en *dolus malus*⁵⁴. Sichardus cree que instar a una persona para que teste de forma secreta ya sería suficiente como para considerar que la voluntad testamentaria queda viciada⁵⁵. Para muchos autores la *immodica persuasio*, esto es, la mera petición insistente y pesada, equivale siempre a la violencia o a la intimidación⁵⁶.

Otros casos que se pueden leer en la literatura se acercan más a lo que hoy en día se consideraría una conducta abusiva. No habría muchas dudas de que el aislamiento del testador respecto de sus parientes y amigos es una técnica de manipulación psicológica que sobrepasa lo admisible⁵⁷ o que el abuso de la debilidad de un testador enfermo y moribundo⁵⁸ tampoco puede tolerarse. Estos dos casos que aparecen en la literatura de la Edad Moderna son clásicos que se repiten una y otra vez en la jurisprudencia hasta el día de hoy.

testamento que se otorga. En este sentido, si los medios empleados para persuadir al testador son lícitos (por ejemplo, una mera sugerencia, si hacer presión de ningún tipo), no estaríamos en un caso de *dolus bonus* sino que no habría *dolus*. Covarrubias, D., *Variarum ex iure Pontificio, Regio & Cesareo resolutionum libri III*, Salmanticae, 1552, cap. 2 num. 1 (p. 6). Sobre los diversos sentidos del *dolus bonus* y la relativa ambigüedad del término puede verse Bargalii, C. (Bargaglio, C.), *De dolo*, Hanoviae, 1604, pp. 10-56.

⁵¹ Molinaeus, *Commentarius*, p. 303 y Leyser, *Meditationes*, sp. 375, XXVI, (p. 803).

⁵² Mullerus, P. (Müller P.), *Georgi Adami Struvi Syntagmati Iuris Civilis cum additionibus Petri Mulleri*, Francofurti et Lipsiae, 1698, Th.8. letra δ de her inst. (p. 733).

⁵³ Wernherius, M. G. (Werner, M. G.), *Lectissimae commentationes in Pandectas*, Segunda parte, Francofurti / Lipsiae, 1779, p. 751. Algunos autores consideran que serían admisibles los actos de persuasión en perjuicio de los herederos legales, pero no si perjudican a los instituidos en un testamento previo.

⁵⁴ Farinaceus, *Variarum*, quaest. 161 n.87 y 89 (p.210). El caso providene de Odofredus. En cambio, los autores suelen ser más tolerantes con las esposas que intentan influir sobre sus maridos. Véase, por ejemplo, De Mean, C., *Observationes et res iudicatae ad Jus Canonicum, Commune, seu Civile Romanorum, Leodiensium, Mosae-Trajectensium, et feudale*, tomo 3 (parte 3), 3ª edición, Leodii, 1740, p. 239 “uxori licitum esse blanditiis mariti captare haereditatem praepudicio successuri ab intestato, quia liceat cuique procurare propriam utilitatem etsi indirecte, et per consequentias alteri noceat.”

⁵⁵ Sichardus, *In Codicem*, comentario a C.6,34, n.13 (p. 897).

⁵⁶ Menochius, *De arbitrariis*, libro 2, casus 136, núm. 10, casus 395, núm. 41 y Mascardus, J. (Mascardi, G.), *Conclusiones probationum*, Francofurti, 1661, vol. 1. Concl. 193, núm. 9 (p. 359) y Leyser, *Meditationes*, sp. 375, VIII, (p. 792-793), entre otros muchos. Algunos autores ponen como ejemplo el caso de las instancias ejercitadas por Dalila sobre Sansón (Jueces, 16). Otto, E. “Dissertatio...” p. 549.

Mascardus, *Conclusiones*, vol. 1, p. 359, considera que las blandicias de la autoridad deben equipararse a la intimidación. Esta opinión también puede leerse en algunos canonistas. Sperellus, A. (Sperelli, A.), *Decisiones Fori Ecclesiastici*, Venetiis, 1698, Decisio 150, n. 25 (p. 335).

⁵⁷ Molinaeus, *Commentarius*, pp. 299-300, considera que este caso es violencia y no dolo. Este mismo supuesto de hecho aparece en De Cossio, A., “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil* XV (1962), p. 278 i ss.

⁵⁸ Peckius, *De testamentis*, lib.1 c.17 n.2 y Farinaceus, *Variarum*, quaest. 161, n.60 (p.208).

La delimitación de una constelación de casos no es la única forma que tienen los juristas del *novus usus* para transmitir la idea de su nueva visión del *dolus malus*. Algunos autores definen determinados indicios de hecho que conllevarían una presunción *iuris tantum* de captación de la voluntad⁵⁹. El caso más claro sería el hecho de que el beneficiario de la disposición testamentaria fuese un extraño ajeno al núcleo familiar del testador, especialmente en los casos de testamentos otorgados *in articulo mortis* en los que el disponente se limita a asentir a la propuesta que le ha redactado un tercero⁶⁰. Esta inversión de la carga de la prueba es una técnica muy usada en el *common law* pero que resulta extraña a la tradición jurídica de cuño romano, en la que el dolo siempre debe ser probado por la parte que lo alega. Ya en la literatura de la Edad Moderna esta idea de presumir la existencia de dolo si concurren determinados indicios fue objeto de acalorados debates, que se han heredado en la civilística más reciente.

Finalmente es importante destacar que a veces el *dolus malus* se manifiesta a través del ejercicio de amenazas que, si bien no son suficientes como para constituir *metus*, valen como prueba del dolo. Este sería el caso, por ejemplo, si un hijo indica a su padre anciano e inválido de que lo abandonará si no testa de determinada forma⁶¹ o si un marido que maltrata habitualmente a la esposa y que cesa en el maltrato cuando pide a su mujer que teste a favor suyo, ya que se entiende que hubo intimidación porque la esposa temió que volviera el maltrato⁶². La mezcla de persuasiones con amenazas se considera equivalente a *dolus malus*⁶³.

De todas las fuentes analizadas se puede concluir que, si bien no hay unanimidad entre los autores, la tendencia general es a ampliar de forma notable el ámbito de actos que se consideran *dolus malus*, de modo que el *dolus bonus* queda circunscrito a casos en los que los medios para influir han sido muy poco incisivos⁶⁴. Sería lícito, por ejemplo, exponer los méritos propios para ser heredero, llorar, adular al testador, hacerle favores e

⁵⁹ La admisibilidad de la prueba por presunciones es muy controvertida. Según algunos autores resultaría totalmente inadmisibile. No solo eso: si el demandado jurase que no ha habido dolo ni intimidación, se rechaza la demanda salvo que hubiese una prueba muy grande. Hommelius, C. F. (Hommel, K. F.) *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium*, Baruthi, 1769, Obs. 428, n.1, p. 591. Si la prueba es solo por testigos, no se considera plena, sino que debe encontrar corroboración en otros hechos (Hommelius, *Rhapsodia*, Obs. 428 n.2 (pp. 591-593). En cambio, Mullerus, *Syntagmatis*, p.733, considera que se puede presumir captación de la voluntad si un padre instituye a su segunda esposa, o a los hijos de esta, y deshereda a los hijos nacidos de un primer matrimonio. Es obvio que la plena prueba del dolo raramente será posible, al ser normalmente discretas las maniobras captatorias, de modo que, o se admite una prueba indiciaria, o el dolo como institución deja de tener efectos prácticos.

⁶⁰ Ziegler, C., *Dissertatio inaugurale jurídica de testamento tempore pestis privilegiato. Vom privilegio eines zu Pest-Zeiten errichteten Testaments*, Wittemberg, 1742, p.18. La disertación es de fecha 24 de agosto de 1682 y se refiere al derecho propio sajón relativo al testamento en tiempo de epidemia. Menochius considera que el testamento *in articulo mortis* es una *coniectura doli*. Menochius, I. (Menochio, G.), *De praesumptionibus coniecturis, signis et indiciis commentaria*, Genevae, 1686, libro 4, praesumptio 12 (tomo 2 p. 27).

⁶¹ Wernherius, *Lectissimae*, p. 751.

⁶² Menochius, *De arbitrariis*, libro 2, asus 395, núm. 41 y Sichardus, *In Codicem*, comentario a C.6,34, n.14 (p. 897).

⁶³ Sichardus, *In Codicem*, comentario a C.6,34, n.14 (p.897).

⁶⁴ Manzius, C., *Tractatus rationalis de testamento valido vel invalido*, Francofurti, 1681, p.59.

incluso donaciones⁶⁵. Aunque respecto del llanto, no falta quien lo considera *dolus malus*⁶⁶.

Una excepción importante a la extensión del concepto de dolo malo es el caso del marido respecto del testamento de la esposa⁶⁷. Muchos autores consideran que la reverencia debida por la mujer frente al marido autorizaba a este último a inmiscuirse en las decisiones de su esposa con una intensidad especialmente grande, de modo que su injerencia no debía considerarse contraria a derecho mientras no conllevase violencia, intimidación o engaño⁶⁸. Es la llamada doctrina del *maritalis sermo*⁶⁹, una expresión cogida de D.29,6,1pr y C.6.34.3. Sin embargo, la reverencia hacia el marido es un arma de doble filo, ya que otros autores⁷⁰ consideran que precisamente el deber de reverencia es lo que permite presumir en estos casos la existencia de temor reverencial, de modo que la influencia del marido, aunque fuese con buenas palabras, viciaría el testamento.

El nuevo concepto amplio⁷¹ de *dolus malus* tendrá un papel relevante en la disputa sobre la validez del testamento de Carlos II de España a favor del futuro Felipe V, puesto que uno de los argumentos para sostener un derecho preferente del Archiduque Carlos de Austria será, precisamente, que el testamento de Carlos II sería nulo por concurrir dolo, al haberse extraído el consentimiento del monarca en abuso de su debilidad mental⁷².

⁶⁵ Lancellotti, G. (Lancilotto, G.), *In consuetudinem Alexandrinam prohibentem, maritum ultra certum modum uxori relinquere commentarium*, Alexandria, 1579, p.12.

⁶⁶ En el proyecto de *Corpus Iuris Fridericianum* elaborado por S. Cocceius, parte 2, libro 7, título 17, considera que “zur bösllichen Induction gehöret auch, wann der Testator durch des Erben Importunität, wiederholte Bitte und Thränen, induciet worden.” (“concorre también inducción dolosa cuando el testador es inducido por las importunaciones del heredero, peticiones reiteradas y lágrimas”). Véase *Zweyter Theil des Corporis Iuris Fridericiani*, Halle, 1751, p. 227.

⁶⁷ Algunos autores equiparan a este caso la influencia de la esposa sobre el testamento del marido. Sichardus, *In Codicem*, comentario a C.6,34, n.13 (p.897).

⁶⁸ Azaustre Fernández, “Captación...”, p. 76 n. 36.

⁶⁹ Puede verse, Barthius, Th. G. (Bahrdr, Th. G.), *Observationes ad L III si quis aliquem testari prohib de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa*, Vitemberga, 1757, p. 13 ss. En España esta doctrina también se encuentra en numerosos escritos, por ejemplo, en Pérez, D. *Ordenanzas reales de Castilal recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Madrid, 1779, el comentario a la Ley 7 p. 869.

⁷⁰ Por ejemplo, Christinaeus, P. (van Christijnen, P.), *Practicarum quaestionum rerumque in Supremis Belgarum Curiis iudicatarum observatarumque*, vol.2, Antverpiae, 1636, Dec. 115, núm. 7 y ss. (p. 151) o Peckius, *De testamentis*, lib. 1, cap. 9, núm. 7 “Sed et metus reverentialis uxoris legatum invalidum reddit [...] ut si maritus lachrymabundus miseris precibus et obtestationibus legatum impetret [...] quia reverentia mariti pro iusto metu habetur”. En el mismo sentido Peregrinus, *Resolutionum*, p. 76.

⁷¹ Los moralistas, sin embargo, tienden a defender un concepto de dolo mucho más restringido, incluso cuando se refieren a negocios jurídicos. La idea básica es que los actos de persuasión no anulan la libertad ni la responsabilidad moral. Uno de los escolásticos medievales clave en este posicionamiento es Duns Scotus, J., *Reportata Parisiensia*, en *Opera Omnia*, Parisiis, 1894, lib. 4, distinctio 29 (p.401). Esta idea se mantendrá a los efectos de delimitar la responsabilidad penal y por los pecados. Delbene, Th., *De oficio S. inquisitionis circa haeresim*, Lugduni, 1666, tomo 2, Sectio 17, n. 9-12 (p. 604). También se aplicará para delimitar la validez de contratos, desde el punto de vista iusnaturalista o moralista. Comitolo, P., *Doctrina de contractu universe ad scienciae methodum revocato*, Lugduni, 1615, p. 90, Baldelli, N., *Disputationum ex morali Theologia libri quinque*, Lugduni, 1637, p. 82.

⁷² Leyser, *Meditationes*, sp. 375, VIII, (p. 793) y Kreittmayr auf Offenstetten, W. X, A., *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum bavaricum civilem*, 3ª parte, München, 1821, p. 200. Véase la alegación en el panfleto *Lo spartimento del favoloso leone verifi cato dal Rè di Francia nell'intrusione del Duca d'Angiò allà Corona di Spagna, con il giusto diritto dell'Imperadore, e della sua Casa a questa Corona*, Parte seconda, Colonia, 1701, citado por González Tornel, P., “Arte y propaganda en Italia ante la muerte de Carlos II de España. Imágenes, libro y panfletos entre Austrias y Borbones” *Potestas* 6 (2013), p. 234. Las principales obras en las que se expone el argumento son Buddaeus, J. F.

Esta extensión tan grande del concepto de *dolus malus* se intenta fundamentar en las fuentes romanas apelando a algunos textos en los que, de forma puntual, se considera que ha habido una influencia inadmisibles en la voluntad de un disponente. Pero, en realidad, como se ha indicado *supra*, las fuentes que tenemos más bien indican una posición tolerante a la influencia sin violencia, intimidación, maquinación o engaño⁷³.

Con todo, el fundamento textual en el *Corpus Iuris Civilis* del concepto de *dolus malus* testamentario de la literatura del *novus usus pandectarum* es extremadamente débil porque los romanos nunca fueron tan exigentes.

La tradición del *novus usus* que hemos estudiado no tendrá una importante influencia en el derecho alemán, ya que la pandectística⁷⁴ defenderá, de forma mayoritaria, un retorno a un concepto más restringido de *dolus malus*, en la línea del que se desprende de la literalidad de los textos romanos. De esta forma resultará innecesario forzar el tenor literal del *Corpus Iuris Civilis* para resolver los problemas que nos ocupan. Desde la promulgación del BGB, los problemas de captación de la voluntad se enfocarán de forma primordial sobre la base de la nulidad de los negocios jurídicos contrarios a las buenas costumbres⁷⁵.

La literatura francesa de la Edad Moderna, en cambio, sí desarrollará unas ideas muy cercanas a las del *novus usus* que influirán de manera decisiva en las codificaciones decimonónicas y que son el germen del derecho español vigente.

4. La captación de la voluntad en la literatura y en la jurisprudencia francesas de la Edad Moderna

La tolerancia del derecho romano-justiniano frente a los intentos de influir en el contenido de testamentos ajenos encuentra una importante crítica en la literatura jurídica y en la jurisprudencia francesas de la Edad Moderna, en especial cuando el testamento perjudica las expectativas sucesorias del círculo familiar más cercano del testador. Este

(Büdden, J. F.), *De testamentis summorum imperantium, speciatim Caroli II Hispaniae Regis*, Halle, 1701, c.2, §. 5 y 6 y De la Torre, A., *Memoires et negotiations secretes de diverses Cours de l'Europe*, La Haye, 1722, tomo 2, p. 99.

⁷³ Se citan los casos de *restitutio in integrum* de los menores de 25 años, en los que se presume abuso de su inexperiencia, si actuaron sin curador. No son casos de testamento. Por eso se busca, como supuesto de hecho más cercano, el de la constitución de dote. En este sentido se cita, por ejemplo, C.2,33,1, el caso de una mujer que dio en dote todo su patrimonio. Se trata de un caso en el que se solicita una *restitutio in integrum* por ser la mujer menor de 25 años de edad y considerarse que hubo abuso de su inexperiencia. Hiltropius, F. (Hiltrop, F.), *Processus judicarius ad celebriorum moderni saeculi Tribunalium practicam observationem perspicua brevitate accommodatus*, Coloniae Agrippinae, 1735, parte 4, título 10, p. 829.

⁷⁴ Los pandectistas vuelven al tenor literal de los textos romanos y deshacen en gran parte el camino de interpretación extensiva del *novus usus*. En este sentido puede verse, por ejemplo, Koch, C. F., *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem un nach Preußischem Recht*, vol.2, Berlin, 1859, p.100 y Glück, Ch. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, vol.33, Erlangen, 1830, pp. 438-439.

⁷⁵ Los negocios jurídicos contra las buenas costumbres se regulan en el § 138(2) BGB. A veces la nulidad se vehicula por infracción de ley (§ 134 BGB). Sobre este punto puede verse el clásico Thielmann, G., *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin, 1973, pp. 90-321 y más recientemente Christandl, G., *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft*, Tübingen, 2016, pp. 94-95.

enfoque del problema es el germen del tratamiento del problema que encontramos en el Código civil napoleónico y en muchos de sus epígonos, incluido el Código civil español.

En la literatura francesa de la Edad Moderna la cuestión se enfoca a partir de dos conceptos esenciales: la “*suggestion*” y la “*obsession*”. El sentido de estos términos no es el mismo que tienen en los estudios de psicología del siglo XX, sino que se enmarca en las ideas humanísticas e ilustradas sobre la formación de la voluntad humana.

La “*suggestion*” según de la Ferrière⁷⁶ “*c’est quand un testament a esté suggeré à un testateur, & fait à la sollicitation de quelqu’un; comme si un Notaire ou autre interrogeoit un testateur, “ne voulez vous pas faire un tel vostre legataire universel”. Ou si on apporte un testament tout écrit pour estre trasncrit tout entier par les Notaires, & par apres estre signé du testateur”*. La “*obsession*” según Denisart es “*l’action, par laquelle on se rend maître de l’esprit ou de la maison de quelqu’un [sic.], empêchant à cet effet les autres personnes d’y entrer*”⁷⁷.

En estos términos se encuentra el germen de lo que será la captación de la voluntad en la literatura decimonónica. La “*suggestion*” no implica ni violencia, ni intimidación ni engaño, sino que es “*une voie artificieuse, par laquelle on abuse de la faiblesse, de la simplicité ou de l’état où se trouve la personne, pour en extorquer une disposition contraire à au droit commun ou à l’équité naturelle*”⁷⁸. No todo intento de persuadir al testador es una *suggestion* sino que “*ce qui fait la suggestion réprouvée, c’est lorsqu’on se sert d’artifices, de mensonges, d’imputations contre des successibles, pour séduire un esprit naturellement faible ou affaibli par la maladie, et susceptible de toutes sortes d’impressions. Ainsi, pour former cette suggestion dont la preuve fait tomber une disposition, il faut premièrement qu’il y ait dol ou fraude de la part de celui que est l’auteur de la suggestion ou qui en profite directement; en second lieu, qu’il y ait faiblesse et illusion de la part de celui qui dispose; et en troisieme lieu, que la disposition ne soit pas saine en elle-même, c’est-à-dire que’elle blesse l’orde de succession, et qu’ell porte préjudice à un tiers...*”⁷⁹.

Lo interesante de la *suggestion* es que redefine el concepto tradicional de dolo eliminando la necesidad del engaño. La prueba de la *suggestion* permite anular disposiciones testamentarias que se hayan otorgado a instancia de un tercero siempre que se haya influido de forma relevante sobre la voluntad del testador.

Además, la *suggestion* puede presumirse si concurren diversos indicios: “*La suggestion es prouvée par des présomptions suivant les auteurs; la plus forte est prise de l’état du testateur, qui, par la force du mal ou par la faiblesse de son esprit, est aisé à persuader [...] La seconde présomption est prise, de ce que la disposition est faite au*

⁷⁶ De la Ferrière, C., *Introduction a la pratique*, Paris, 1679, p. 294.

⁷⁷ Denisart, J. B., *Collection de décisions et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, 7ª ed., Paris, 1771, p. 481.

⁷⁸ Fournier (no consta nombre de pila) / Tarte, J., *Décisions notables de la Cour d’Appel de Bruxelles avec les Arrêts les plus remarquables des Cours d’Appel de Liège et de Trèves, et quelques remarques sur des points essentiels de jurisprudence et de procédure civile*, Vol. 1 de 1808 (13º de la colección), Bruxelles, 1808, p. 353. Aunque se trata de una decisión de un tribunal de Bruselas, la disposición de última voluntad impugnada se otorgó en 1800, tras la anexión francesa de los Países Bajos austríacos y también son de esta época la decisión del tribunal y su publicación. Por ello, nos referimos a las citas transcritas como derecho francés.

⁷⁹ Fournier, Tarte, *Décisions*, p. 355.

*préjudice des proches parens, quando proximiores fraudantur...*⁸⁰ juego de las presunciones –no muy lejano a lo que ocurre en la *undue influence* inglesa– rompe con el principio romano de que el dolo no se puede presumir, sino que debe ser probado por quien lo alega.

En la literatura francesa del XVIII, por lo tanto, encontramos una redefinición del dolo testamentario que lo amplía notablemente, al eliminar el requisito del engaño y que facilita su prueba por la vía de permitir su presunción *iuris tantum* si concurren ciertos indicios objetivos. En este sentido, las obras jurídicas francesas de la Edad Moderna se encuentran alineadas con algunas de las posturas más radicales de los romanistas del *novus usus*.

El Código Napoleón no recogerá el concepto de la *suggestion*, de modo que será dudoso si se mantiene esta causa de impugnación tras su entrada en vigor⁸¹. El art. 901 del *Code* menciona únicamente la necesidad de que el testador está en pleno uso de sus facultades mentales (“*sain d’esprit*”). Se deberá esperar hasta la reciente reforma de la Loi n° 2006-728 de 23 de junio de 2006 (en vigor desde el 1 de enero de 2007) para que aparezca el concepto de dolo como vicio del consentimiento⁸². Un problema parecido se planteará en Italia, donde la doctrina francesa de la *suggestion* había tenido un éxito relevante, sin que pasase, sin embargo, tampoco, al texto codificado del *Codice civile*⁸³. En definitiva, la jurisprudencia francesa posterior al *Code Civile*, si bien seguirá admitiendo las impugnaciones por dolo testamentario, será mucho más restrictiva en su aplicación que los tribunales y la doctrina de la Edad Moderna.

5. Conclusiones

El análisis del tratamiento de la captación de la voluntad en la literatura de la Edad Moderna permite observar cómo la categoría romana de *dolus malus* se expande para englobar situaciones en las que una persona, sin necesidad de recurrir al engaño, ha abusado de la debilidad física o psicológica de una persona para inducirla a hacer una disposición testamentaria que, en otras circunstancias, no habría hecho. De hecho, el concepto de *dolus malus* se extiende tanto que son contados los casos en los que un intento de influir sobre el testamento ajeno no lo dejará viciado. La relativa permisividad de los romanos con las conductas dirigidas a influir en la voluntad de un testador queda reemplazada por un nuevo régimen de control jurisdiccional que permite anular las disposiciones en las que el testador ha quedado sujeto a una influencia externa determinante. Este giro tan relevante en el enfoque de la cuestión se intenta fundamentar en las reglas generales de libertad de testar y en algunos textos romanos del bajo imperio.

⁸⁰ Fournier, Tarte, *Décisions*, p. 357.

⁸¹ Pothier, R. J., *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, vol.7, Paris, 1825, p. 303, sostiene, sin embargo, una visión amplia de la *suggestion* en línea con la posición mayoritaria de la literatura jurídica francesa del XVIII.

⁸² La jurisprudencia francesa, sin embargo, admitía la posibilidad de anulación de disposiciones testamentarias por dolo antes de la reforma, aunque era frecuencia mezclar la acción de anulación por dolo con la de nulidad por falta de capacidad, en especial en aquellos casos en los que se había abusado de una debilidad del testador, la cual cosa generaba graves problemas cuando el demandado alegaba caducidad de la acción. En este sentido puede verse, por ejemplo, la sentencia de la Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 4 novembre 2010, 09-68.276, que se refiere a un testamento de 1993 y a una sucesión abierta en 1994.

⁸³ Smilari, A., *La suggestione nelle disposizioni testamentarie*, Napoli, 1891, pp.2 ss.

La redefinición de dolo en el *novus usus* centroeuropeo y el concepto de *suggestion* de la literatura jurídica francesa de la Edad Moderna explican que para muchos civilistas españoles⁸⁴—y una línea jurisprudencial consolidada en España⁸⁵— la captación de la voluntad sea, en realidad, una modalidad del dolo malo testamentario citado en el art. 673 C.c. (o en el art. 422-1 C.C.Cat.).

Este enfoque de la cuestión difiere de forma sustancial de lo que puede leerse en los códigos civiles, que parecen retornar a una idea más restrictiva de *dolus malus*. En España, sin ir más lejos, la definición del art. 1.269 C.c. parece exigir el engaño (o, por lo menos, las maquinaciones insidiosas⁸⁶). El derecho civil catalán habla directamente de “*engany*” en lugar de dolo. Esto era ya así en el art. 126 del Codi de Successions como en el art. 422-2 C.C.Cat. con lo cual en Cataluña todavía es más disfuncional intentar subsumir los supuestos de captación de la voluntad sin engaño como una modalidad del “*engany*”.

Esta aparente vuelta de los códigos españoles hacia el concepto romano de *dolus malus* no ha conseguido prevalecer del todo porque tanto la doctrina académica⁸⁷ como la jurisprudencia no han abandonado el concepto ampliado de dolo testamentario que se fraguó en el *novus usus* y en la literatura jurídica francesa anterior al Código Napoleón. Esto es así porque no se ha considerado adecuado con los valores sociales actuales la tolerancia de situaciones en las que se da un claro abuso de una vulnerabilidad del testador, sin la concurrencia de mentiras o falsedades.

En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales españoles de los siglos XX y XXI ha dejado claro que el dolo malo testamentario no requiere necesariamente engaño ni maquinaciones⁸⁸ y la doctrina también lo ha admitido expresamente en importantes

⁸⁴ Del Pozo Carrascosa, P., Vaquer Aloy, A., Bosch Capdevila, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, 2013, p. 82. La influencia de la literatura francesa decimonónica en el derecho español ha sido puesta de manifiesto, entre otro, por Rojo Ajuria, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, p.251, si bien, en mi opinión, el origen de las ideas que acoge el derecho español está en la Edad Moderna.

⁸⁵ STS de 1 de junio de 1962 (RJ 1962/2619): “*tal captación no es más en el sistema sucesorio que una modalidad del dolo causal específicamente dirigido a excluir, en todo o en parte de una sucesión, a determinados sujetos que en otro caso serían llamados a ella por ley o por el testador*”.

⁸⁶ En la jurisprudencia tradicional dictada en aplicación del Código Civil, el término dolo también suele ir definido en relación con el engaño. Véanse entre otras las SSTs de 1 de marzo de 1949 (RJ 281), de 28 de febrero de 1969 (RJ 1034) o de 27 de enero de 1988 (RJ 151). Sin embargo, en la jurisprudencia más reciente se considera que puede haber “*maquinaciones insidiosas*” sin engaño y que también serían constitutivas de dolo testamentario. Basta la captación por astucia, maquinación o artificios empleados por una persona y dirigidos a desviar la libre determinación de las decisiones del causante y conseguir bien la institución a su favor o bien a que excluya de la herencia a personas que de otra forma serían llamadas a la sucesión.

⁸⁷ Este fenómeno no es solo español, sino que también se da en Francia y en Italia. Véase Smilari, *La suggestion*, p. 21-25. Para Italia puede verse Pacifici-Mazzoni, E., *Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze, 1875, vol. 2, p. 131 y Ricci, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol.3, Torino, 1878, p.134.

⁸⁸ SSTs 10 de mayo de 1972 (RJ 1972/2135) y de 3 de febrero de 1977 (RJ 1977/293). En la SAP A Coruña (Sec. 4ª) núm. 132/2009 de 18 marzo (AC 2009/520) se refiere el caso de una testadora llevada al notario por algunos de sus hijos que sutilmente la intentaron presionar para que testase repartiendo la herencia de forma desigual. En este caso no hay engaño ni intimidación sino únicamente presión moral. En la SAP Alicante (Sección 6ª) de 20 de octubre de 2016, Id Cendoj 03014370062016100255 se dice: “[d]entro de las modalidades que el dolo como vicio testamentario puede revestir nos encontramos también con los supuestos de captación o sugestión de la voluntad del testador, referida a inducir al testador a

trabajos⁸⁹, y ello aunque, como se ha dicho, esta interpretación no se compadezca con la letra de la ley en vigor (tanto en el C.c. como, especialmente, en el C.C.Cat.). La explotación de una debilidad del testador es suficiente como para apreciar la concurrencia de dolo malo. La debilidad puede ser mental⁹⁰, psicológica (una adicción⁹¹, una sensación de soledad⁹²), o puede ser una relación de confianza abogado-cliente⁹³. Sigue habiendo casos de engaño y de maquinaciones⁹⁴ pero, en realidad, hoy en día, son los menos.

Sin embargo, los tribunales y la doctrina españoles no han asumido en su integridad las opiniones más radicales de los autores del *novus usus*, sino que han adoptado una postura mucho más respetuosa con la libertad de testar. A fin de cuentas, resulta paradójico que, para proteger al testador de la indebida influencia ajena, algunos derechos sujeten sus decisiones a un control jurisdiccional de adecuación a los valores sociales que, al final, resulta mucho más intrusivo.

De conformidad con la sentada jurisprudencia de nuestros tribunales, hoy en día no se permite la anulación de disposiciones testamentarias en las que ha habido una interferencia moderada sobre la persona del testador. No solo se consideran lícitas las “*atenciones o cuidados especiales*” con los que una persona “*trata de dirigir a su favor la voluntad testamentaria*”⁹⁵ sino que también se considera lícito concertar una cita en el notario para que el testador otorgue testamento⁹⁶ o incluso acompañarlo al acto de otorgamiento⁹⁷. Se ha considerado que no existe dolo cuando el contenido del testamento

disponer a favor de quien la realiza o a favor de terceros; distinción que tiende a abandonarse por inútil, dado que ambas conductas son subsumibles dentro de la maquinación dolosa. Las formas o maneras en que esta captación o sugestión se puede producir son de la más variada índole, señala la doctrina, que a los efectos de determinar si concurre un supuesto de captación dolosa de la voluntad testamentaria, es importante considerar las circunstancias subjetivas del testador y entre ellas su fortaleza de espíritu”.

⁸⁹ Puede verse, por todos, Romero Coloma, A. M., “Dolo, fraude, violencia e intimidación: problemática jurídica de los vicios testamentarios”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 57, 2012, p.3 y De Lamo Merlini, O., “Los vicios de la voluntad testamentaria: Apuntes para una interpretación del artículo 673 del Código civil” *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1 (2007), p.50.

⁹⁰ Por ejemplo, la enfermedad mental, SAP Valencia (Sección 8ª) de 15 de febrero de 2023, Id Cendoj 46250370082023100022 o la pérdida de facultades provocada por la senectud, SAP A Coruña, Sec. 4ª, núm. 132/2009 de 18 marzo (AC 2009/520). En muchos casos la alegación de nulidad por falta de capacidad se mezcla con la anulación por dolo, lo cual, en sentido estricto, serían peticiones incompatibles que se deberían ejercitar, en su caso, como principal y subsidiaria, ya que, si falta la capacidad no puede haber una voluntad viciada. En este sentido es clara la SAP Barcelona (Sección 19ª) de 8 de julio de 2022, Id. Cendoj 08019370192022100418: “*no deja de ser en cierta forma contradictorio afirmar a la vez que el testador no tuviera capacidad mental para testar pero sí para sufrir coacciones que determinaran su voluntad*”.

⁹¹ Por ejemplo, el alcoholismo en la SAP Sevilla, Sec. 6ª, núm. 52/2005 de 14 febrero (JUR/2005/158746).

⁹² En algunos casos son los propios beneficiados por la disposición testamentaria los que fomenta la situación de vulnerabilidad, por ejemplo, aislando a la persona de su entorno familiar. En este sentido puede verse la SAP Alicante (Sección 6ª) de 9 de mayo de 2017, Id. Cendoj 03014370062017100133.

⁹³ Es el caso de la SAP Barcelona (Sección 14ª) de 22 de febrero de 2022, Id. Cendoj 08019370142022100098, en la que una testadora con unas facultades mentales limitadas instituyó como heredero a su abogado.

⁹⁴ Por ejemplo, en la STS (Sección 1ª) de 25 de noviembre de 2014, Id. Cendoj 28079110012014100639, se refiere el caso de unas personas que llevaron al testador, ya anciano, a un notario que no era el suyo habitual de confianza para hacerle cambiar el testamento.

⁹⁵ SAP Alicante (Sección 9ª) de 21 de noviembre de 2023, Id. Cendoj 03065370092023100563 que sigue la STS de 25 de noviembre de 2014.

⁹⁶ SAP Barcelona (Sección 19ª) de 25 de mayo de 2023, Id. Cendoj 08019370192023100252.

⁹⁷ SAP A Coruña (Sección 4ª) de 21 de abril de 2023, Id Cendoj 15030370042023100321 y SAP Asturias (Sección 7ª) de 28 de febrero de 2020, Id. Cendoj 33024370072020100086.

apunta a un pacto entre los instituidos y el testador para que los primeros cuiden al segundo durante su vejez, a cambio de adquirir la herencia⁹⁸. En el caso de parejas, la amenaza de romper la relación, si no se otorga un testamento determinado, también ha sido considerada lícita⁹⁹, a diferencia de lo que hemos vistos en la literatura del *novus usus* comentada anteriormente. Tampoco se ha considerado *dolus malus* que la persona beneficiada en un testamento privase a la testadora de contacto con otros parientes cercanos, si no se puede probar que esta falta de relación fue determinante de un cambio en el testamento¹⁰⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia española ha centrado el concepto de dolo en el elemento de la inferencia ilícita en la voluntad ajena, evitando imponer al testador un control jurisdiccional sobre la corrección de las decisiones adoptadas por el testador, a la vista de los valores sociales predominantes¹⁰¹. A diferencia de lo que propugnan muchos autores del *novus usus*, en España hoy no se puede anular un testamento alegando que el testador ha tratado injustamente a su círculo más cercano, en beneficio de terceros que – por razones personales o sociales – tienen muchos menos méritos objetivos para suceder. Las legítimas son protección suficiente para los parientes más allegados del testador, de modo que, al margen de estas, debe respetarse su libertad para testar como considere conveniente.

Este desarrollo jurisprudencial ha acercado al derecho español a la idea de *undue influence* del *common law*¹⁰². El acercamiento no se ha producido por influencia del derecho inglés o norteamericano, sino que es el resultado de una convergencia desde la propia tradición jurídica continental, de matriz romanística.

Todo este importante desarrollo jurisprudencial se ha tenido que hacer al margen del tenor literal de los Códigos (o incluso en clara contradicción con él). Resulta urgente que se reforme el Código civil y, en especial, Código civil de Cataluña para incorporando al texto codificado la redefinición del concepto de dolo como vicio de la voluntad testamentaria que ha hecho la jurisprudencia. Una categoría bien definida de dolo testamentario podría resolver, además, las graves disfuncionalidades que derivan de usar la regulación de las inhabilidades para suceder como instituciones profilácticas para prevenir la captación de la voluntad¹⁰³. Esta técnica legislativa –que ha sido objeto de

⁹⁸ SAP Lugo (Sección 1ª) de 26 de octubre de 2022, Id. Cendoj 27028370012022100632. En este caso en el testamento se dice “Ruega a los herederos nombrados que cuiden y asistan a la testadora hasta el día de su fallecimiento”, petición que resultaría absurda en un testamento que se mantiene secreto hasta la apertura de la sucesión.

⁹⁹ SAP Granada (Sección 3ª) de 12 de noviembre de 2021, Id. Cendoj 18087370032021100764.

¹⁰⁰ SAP Valencia (Sección 8ª) de 27 de mayo de 2019, Id. Cendoj 46250370082019100162 y SAP Jaén (Sección 1ª) de 11 de abril de 2018, Id. Cendoj 23050370012018100190.

¹⁰¹ En este sentido, el enfoque del derecho español se separa del que tiene el BGB alemán. Vid. *supra* nota 75.

¹⁰² La bibliografía sobre *undue influence* es inmensa. Puede leerse una buena introducción para el lector español en Vaquer Aloy, A., “La protección del testador vulnerable”, *Anuario de Derecho Civil* 68 (2015), fascículo 2, pp. 331-339. Un interesante estudio comparado con los derechos francés y alemán puede verse en Scalise Jr., R. J., “Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative Analysis”, *Duke Journal of Comparative and International Law* 19 (2008), pp. 41-106.

¹⁰³ Así, por ejemplo, el art. 421-5.1 del C.C.Cat. establece que son inhábiles para suceder “a) *El notari que autoritza l'instrument successori, el seu cònjuge, la persona amb qui conviu en parella estable i els parents del notari dins del quart grau de consanguinitat i el segon d'afinitat.* b) *Els testimonis, els facultatius, els experts i els intèrprets que intervinguin en l'atorgament de l'instrument successori, i també la persona que escriu el testament tancat a prec del testador.* c) *El religiós que ha assistit el testador durant la seva darrera malaltia, i també l'orde, la comunitat, la institució o la confessió religiosa a què aquell*

importantes críticas en la civilística reciente¹⁰⁴ – presenta el problema grave de forzar a los Tribunales a anular disposiciones, aunque se demuestre que responden a la libre voluntad del testador¹⁰⁵.

Apéndice bibliográfico

- , *Zweyter Theil des Corporis Iuris Fridericiani*, Halle, 1751.
- Afflictis, M. (D'Afflito, M.), *Decisiones Sacri Consilii Neapolitani*, Venetiis, 1557.
- Azaustre, Fernández, M. J. “Captación de voluntad en los testamentos y prohibición de confesores de Roma a la actualidad”, *Glossae* 14 (1917), pp. 70-116.
- Bahrtdt, Th. G. (Barthius, Th. G.), *Observationes ad L III si quis aliquem testari prohib de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa*, Vitemberga, 1757.
- Baldelli, N., *Disputationum ex morali Theologia libri quinque*, Lugduni, 1637.
- Bargalii, C. (Bargaglio, C.), *De dolo*, Hanoviae, 1604.
- Blok, P. J. / Molhuysen, P.C., voz “Peck, Pieter”, *Nieuw Nederlandsch biografisch woordenboek*, Leyden, 1933, p. 779.
- Brem, J. G., *Dolum bonum advocati*, Jenae, 1698 (una tesis dirigida por G. A. Struve en 1679).
- Buddaeus, J. F. (Büdden, J. F.), *De testamentis summorum imperantium, speciatim Caroli II Hispaniae Regis*, Halle, 1701.
- Cecco, E. E., Mansilla A. M., “Una profesión insólita y lucrativa: la captatio testamenti”, *Revista de Estudios Clásicos* 36 (2009), pp. 9-139.
- Champlin, E., “*Creditur Vulgo Testamenta Hominum Speculum Esse Morum*: Why the Romans Made Wills?”, *Classical Philology* 84,3 (jul. 1989), pp. 211-212.
- Champlin, E. *Final Judgements: Duty and Emotion in Roman Wills, 200 B.C. – A.D. 250*, Berkeley, 1991.
- Christinaeus, P. (van Christijnen, P.), *Practicarum quaestionum rerumque in Supremis Belgarum Curiis iudicatarum observatarumque*, vol.2, Antverpiae, 1636.
- Comitolo, P., *Doctrina de contractu universe ad scienciae methodum revocato*, Lugduni, 1615.
- Cortiada, M., *Decisiones Cancellarii et Sacri Regii Senatus Cathaloniae*, Lugduni, 1677.
- De Cossio, A., “Dolo y captación en las disposiciones testamentarias”, *Anuario de Derecho Civil* XV (1962), pp. 277-291.
- Covarrubias. D., *Variarum ex iure Pontificio, Regio & Cesareo resolutionum libri III*, Salmanticae, 1552.
- De la Ferrière, C., *Introduction a la pratique*, Paris, 1679.
- De Lamo Merlini, O., “Los vicios de la voluntad testamentaria: Apuntes para una interpretación del artículo 673 del Código civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1 (2007), p.37-50.
- De la Torre, A., *Memoires et negotiations secretes de diverses Cours de l'Europe*, La Haye, 1722.
- Delbene, Th., *De officio S. inquisitionis circa haeresim*, Lugduni, 1666.
- Del Pozo Carrascosa, P. / Vaquer Aloy, A. / Bosch Capdevila, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, 2013.

partany. d) *El tutor, abans de l'aprovació dels comptes definitius de la tutela, llevat que sigui ascendent, descendent, cònjuge o germà del causant*”. Vid. Gómez Pomar, F., “Comentaris als arts. 412-3 i ss.”, *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya* (Egea Fernández, J. ed.), Barcelona, 2009, p. 121. Sobre el origen de estas prohibiciones es fundamental Azaustre Fernández, “Captación...”, pp. 84-88.

¹⁰⁴ El art. 421-5.2 C.C.Cat., por ejemplo, permite suceder a cuidadores si la disposición testamentaria se ha hecho en un testamento abierto. En estos casos la impugnación de la disposición testamentaria por captación de la voluntad impondrá la carga de la prueba sobre el impugnante. Sobre este supuesto puede verse Vaquer Aloy, “La protección”, pp.347-350. En Alemania los testamentos a favor de cuidadores, con frecuencia son anulados por resultar contrarios a las buenas costumbres (OLG Celle, 6. Zivilsenat, 7.1.21, 6 U 22/20) aunque a veces se mantienen (OLG Frankfurt 21.12.2023, Az. 21 W91/23).

¹⁰⁵ Según la doctrina de la SAP de Girona (Sección 2ª), núm. 103/2011 de 9 marzo (JUR 2011\180291), el mero hecho de concurrir un caso de inhabilidad para suceder habría debido conllevar la nulidad de la disposición, sin que se pudiese entrar en analizar si la decisión de la testadora fue libre o estuvo condicionada por la influencia de quien le prestó asistencia espiritual.

- Denisart, J. B., *Collection de décisions et de notions relatives a la jurisprudence actuelle*, 7^a ed., Paris, 1771.
- Dropsie, M. *Roman Law of Testaments, Codicils and Gifts in the Event of Death*, Philadelphia, 1892.
- Duns Scotus, J., *Reportata Parisiensia*, en *Opera Omnia*, Parisiis, 1894.
- Estor, J. G., *Der Teutschen rechtsgelahrheit ander teil*, Marburg, 1758.
- Farinaceus, P., (Farinacci, P.), *Variarum questionum & communium opinionum criminalium liber quintus: De falsitate et simulation titulus decimus sextus*, Lugduni, 1612.
- Fournier (no consta nombre de pila) / Tarte, J., *Décisions notables de la Cour d'Appel de Bruxelles avec les Arrêts les plus remarquables des Cours d'Appel de Liège et de Trèves, et quelques remarques sur des points essentiels de jurisprudence et de procédure civile*, Vol. 1 de 1808 (13^o de la colección), Bruxelles, 1808.
- Friedlander, L., *La sociedad romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*, México-Buenos Aires, 1982.
- Funklerus, G., *De testamento quod quis blanditiis invitatus condidit invalido*, Lepzig, 1774.
- Furgole, J.B., *Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*, tomo 1, Paris, 1779.
- Glück, Ch. F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar*, vol.33, Erlangen, 1830.
- Gómez Pomar, F., “Comentaris als arts. 412-3 i ss.”, *Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya* (Egea Fernández, J. ed.), Barcelona, 2009, p. 121.
- González Tornel, P., “Arte y propaganda en Italia ante la muerte de Carlos II de España. Imágenes, libro y panfletos entre Austrias y Borbones”, *Potestas* 6 (2013), pp. 225-253.
- Guasco, A., *L'indegnità a succedere tra bona ereptoria e diritto di rappresentazione*, Napoli, 2018.
- Gutiérrez Masson, L., “Actio ad implendam legitimam firmitatem testamenti conservandi causa: la preterición testamentaria parcial en derecho romano”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"* 103/104 (2000/2001), pp. 185-202.
- Hiltropius, F. (Hiltrop, F.), *Processus iudiciarius ad celebriorum moderni saeculi Tribunalium practicam observationem perspicua brevitate accommodatus*, Coloniae Agrippinae, 1735.
- Hofacker, C. C., *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici*, tomo primero, Tubinga, 1788.
- Hommeli, C. F. (Hommel, K. F.), *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium*, Baruthi, 1769.
- Hopkins, K., *Death and renewal*, Cambridge, 1983.
- Hubnerius, M. (Hübner, M.), *Commentaris de differentiis iuris omnibus in scholis et foro versantibus*, Francofurti, 1616.
- Koch, C. F., *Das Recht der Forderungen nach Gemeinem un nach Preußischem Recht*, vol.2, Berlin, 1859.
- Kreittmayr auf Offenstetten, W. X, A., *Anmerkungen über den Codicem Maximilianum bavaricum civilem*, 3^a parte, München, 1821.
- Lancillotti, G. (Lancelotto, G.), *In consuetudinem Alexandrinam prohibentem, maritum ultra certum modum uxori relinquere commentarium*, Alexandria, 1579.
- Landsberg, E., “Samuel Stryk”, *Allgemeine Deutsche Biographie (ADB)*, tomo 36, Leipzig, 1893, pp.699–702.
- Lenel, O., “Das erzwungene Testament”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung - Romanistische Abteilung* 10 (1889), pp. 71-82.
- Manzius, C., *Tractatus rationalis de testamento valido vel invalido*, Francofurti, 1681.
- Mascardus, J. (Mascardi, G.), *Conclusiones probationum*, vol. 1, Francofurti, 1661.
- Menochius, I. (Menochio, G.), *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causibus centuriae sex*, Coloniae Allobrogum, 1630.
- Menochius, I. (Menochio, G.), *De praesumptionibus consecreturis, signis et indiciis commentaria*, Genevae, 1686.
- Molinaeus, C. (Du Moulin, Ch.), *Commentarius in Codicem Sacratissimi Imperatoris Iustiniani*, Hanoviae, 1604.
- Mullerus, P. (Müller P.), *Georgi Adami Struvi Syntagmati Iuris Civilis cum additionibus Petri Mulleri*, Francofurti et Lipsiae, 1698.
- Otto, E., “Dissertatio de dolo bono ad l.1 §.3 D. de dolo malo”, *Dissertationes iuris publici et priva pars prima*, Trajecti ad Rhenum, 1723, pp. 496-561.
- Pacifici-Mazzoni, E., *Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze, 1875, vol. 2.
- Peckius, P. (Peck, P.), *Tractatus de testamentis coniugum*, Coloniae Agrippinae, 1665.

- Peregrinus, M. A., *Resolutionum forensium de iure et privilegiis Fisci libri quatuor*, Coloniae Agrippinae, 1683.
- Pérez, D., *Ordenanzas reales de Castilal recopiladas y compuestas por el Doctor Alonso Díaz de Montalvo*, Madrid, 1779.
- Pérez Simeón, M.,
- *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el derecho romano*, Madrid, 2001.
 - “La facultas agendi en la querela inofficiosi testamenti clásica”, *Iura* 65 (2017), pp. 239-276.
- Du Plessis, J. / Zimmermann, R., “The Relevance of Reverence: Undue Influence Civilian Style”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 10-4 (2003), pp. 345-379.
- Pothier, R. J., *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, Paris, 1825.
- Ricci, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol.3, Torino, 1878.
- Rajo Ajuria, L., *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994
- Romero Coloma, A. M., “Dolo, fraude, violencia e intimidación: problemática jurídica de los vicios testamentarios”, *Revista de Derecho de Familia* 57 (2012), pp.293-310.
- Scalise Jr., R. J., “Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative Analysis”, *Duke Journal of Comparative and International Law* 19 (2008), pp. 41-106.
- Scotti, F., *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012.
- Sichardus, J., *In Codicem Iustinianum praelectiones*, Francofurti ad Moenum, 1586.
- Sperellus, A. (Sperelli, A.), *Decisiones Fori Ecclesiastici*, Venetiis, 1698.
- Stryckius, S., *Dissertatio de iure blanditiarum*, Francofurti ad Viadrum, 1672.
- Smilari, A., *La suggestione nelle disposizioni testamentarie*, Napoli, 1891
- Tellegen, J. W., “Captatio and crimen”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité* 387 (1979), pp. 387-397.
- Tellegen, J. W., *The Roman Law of Succession in the Letters of Pliny the Younger*, Zutphen, 1982.
- Vaquero Aloy, A., “La protección del testador vulnerable” *Anuario de Derecho Civil* 68 (2015), fascículo 2, pp. 327-368.
- Veyne, P., *Historia de la vida privada*, I, Madrid, 1987.
- Voci, P., *Diritto ereditario romano*, vol. 1, 2ª ed., Milano, 1967.
- Wagner, S., *Interzession naher Angehörigen. Eine Untersuchung in historischer und vergleichender Perspektive*, Tübingen, 2018.
- Wernherius, M. G., *Lectissimae commentationes in Pandectas*, Segunda parte, Francofurti / Lipsiae, 1779.
- Ziegler, C., *Dissertatio inauguralis iuridica de testamento tempore pestis privilegiato. Vom privilegio eines zu Pest-Zeiten errichteten Testaments*, Wittenberg, 1742.
- Zoesius, H. I. (Zoes, H. J.), *Commentarius in Codicem iustinianum*, Venetiis, 1757.