

ESPECIALIDADES TESTAMENTARIAS DE LOS INDIOS*

FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

El mecanismo jurídico hallado por los conquistadores españoles para justificar ideológicamente su dominio colonial y, al mismo tiempo, canalizar los inevitables conflictos surgidos como consecuencia del brutal choque cultural que trajo consigo el descubrimiento y conquista de América, no fue otro que la consideración de los indígenas americanos como personas 'miserables'. La 'miserabilidad', una categoría jurídico-social nacida en el Derecho romano del Bajo Imperio, y recibida en el Derecho hispano medieval, con la finalidad de ofrecer cierta tutela o protección jurídica a determinadas categorías sociales consideradas débiles e incapaces de defenderse por sí mismas frente a los abusos de los grupos sociales más poderosos,¹ fue oportunamente empleada por los teólogos y juristas formados en el seno del *ius commune* a fin de proporcionar un marco jurídico tuitivo para los indios americanos, sometidos a indefectibles abusos por parte de los conquistadores europeos. Sin embargo, su aplicación a los indios sometidos no dejaba de presentar características peculiares, que se alejaban notoriamente del expreso precedente romano, comenzando por su extensión lineal a todos los miembros de las comunidades indígenas, configurando así un '*status* jurídico de raza' ausente del modelo romano y de la recepción. Como es obvio, esta concepción jurídica (o, propiamente, jurídico-moral) del mundo indígena respondía a un modelo

* La base de este texto fue presentada como comunicación en el IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, celebrado en Orense (16-18 de abril de 1998). Agradezco al profesor Francisco Cuena Boy sus sugerencias y la ayuda prestada para esta mi primera incursión en el campo del Derecho indiano; las inexactitudes, obviamente, sólo son imputables a quien esto suscribe.

¹ *Vid.* Const. Cod. 3.14.1 = CTh. 1.22.2 = Brev. 1.9.2; Part. 3,18,41; cfr. también Part. 3.3.5 y 3.23.20.

paternalista, encubridor de la explotación real, que concedía a la mayoría indígena una serie de tratos de favor, pero al precio de condenarla a un estado permanente de desigualdad jurídica y sometimiento efectivo. Pero no es esta cuestión tan apasionante la que nos proponemos ahora discutir en su totalidad,² sino únicamente un aspecto concreto derivado de la misma.

En efecto, la condición de los indios como personas ‘miserables’, en el sentido antedicho, marcaba todas las relaciones jurídicas en que éstos pudieran tomar parte y afectaba a todas las áreas del Derecho privado, incluido naturalmente el Derecho de Sucesiones. Esto no podía ser de otro modo, en la medida en que el mecanismo de la ‘miserabilidad’ se había constituido en el principal instrumento de mediación necesario para la aplicación a las nuevas tierras del Derecho castellano, impuesto de forma abrupta a una realidad tan profundamente diferente como era la sociedad indígena de las Indias occidentales. Las instituciones jurídicas castellanas sólo pudieron introducirse en el mundo americano a través de un importante proceso de revisión y adaptación que, en ocasiones, las acababa llevando a una profunda transformación y a un alejamiento sustancial de sus modelos hispanos y, más aún, romanos.

En el marco del Derecho de Sucesiones quizá la figura que experimentó mayores modificaciones en su aplicación a la sociedad indígena fue la de la sucesión testamentaria. Efectivamente, a los indígenas americanos les fue permitido, como a los restantes súbditos del rey de Castilla, otorgar testamento en los casos y formas previstos en las leyes castellanas. Éstas, a partir del Ordenamiento de Alcalá de 1348 (ley 1, título 19), habían atenuado algo las formalidades propias del testamento romano justiniano. Frente a los siete testigos, ciudadanos romanos púberos, simultáneos y rogados al efecto, del testamento *per nuncupationem*³ el testamento abierto castellano podía hacerse ante escribano público y tres testigos, vecinos del lugar, o sin escribano, ante cinco testigos vecinos, o siete si fuesen foráneos.⁴ En cuanto al testamento cerrado, se mantiene la exigencia del testamento *per scripturam* justiniano de la firma exterior de siete testigos, además de la del disponente, que aseguren que aquella es la voluntad del testador, así como su entrega al escribano, que también debe firmar; pero, a diferencia de lo que establecía el Derecho justiniano, que en caso de que el testador no pudiese firmar establecía por regla general la intervención de un octavo *subscriptor*,⁵ la le-

² Sobre el tema *in extenso*, vid. OLIVEROS, M. Norma, ‘La construcción jurídica del régimen tutelar del indio’, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene* 18 (1967), 105 ss.; y CASTAÑEDA DELGADO, P., ‘La condición miserable del indio y sus privilegios’, *Anuario de Estudios Americanos* 28 (1971), 245 ss. Más referencias, en CUENA BOY, F., ‘Utilización pragmática del Derecho romano en dos Memoriales indianos del siglo XVII’, nota 2, de próxima publicación en el libro de homenaje al profesor G. Galdolfi.

³ Vid. Theod.-Valent. Cod. 6.23.21.4 (439) (= Nov. Theod. 16.6); Iust. *eod.* 26/29/31; Inst. 2.10.14.

⁴ Nueva Recopilación 5.4. 1 = Novísima Recopilación 10. 18. 1. Cfr: Fuero Juzgo 2.5.1 l; Fuero Real 3.5. 1; Part. 5.14.3 l; 6. 1. 1.

⁵ Theod. -Valent. Cod. 6.23.2 1. 1.

gislación castellana pedía en tal supuesto que los testigos firmasen unos por otros, de manera que quedasen ocho firmas, además de la del escribano.⁶

Con todo, la pretensión de aplicar tales requisitos jurídicos en el ámbito de la sociedad indígena resultaba en gran medida absurda, tratándose de personas totalmente ajenas a la tradición jurídica occidental y situadas en lugares donde el aparato administrativo-judicial castellano estaba en su mayor parte ausente. De ahí que los juristas se vieran obligados a buscar algún expediente que permitiera asegurar el juego formal de la institución testamentaria en un terreno inhóspito. El artificio jurídico empleado fue, una vez más, el de la condición ‘miserable’ del indio, de modo que, en virtud de las circunstancias concretas de la vida indígena, pudieran debilitarse los requisitos formales de la legislación general y extenderse a los nuevos territorios excepciones normativas recogidas ya en la legislación castellana, como era el caso del testamento de los llamados ‘rústicos’ o ‘aldeanos’, esto es, personas que habitaban en medios rurales poco poblados y alejados de los lugares dotados de escribano y aparato administrativo suficiente para el cumplimiento de las formalidades propias del testamento abierto o cerrado. Las Partidas (Part. 6,1,6) preveían para estos supuestos la posibilidad de dictar testamento abierto ante cinco testigos, vecinos y rogados del testador, aun sin la presencia del escribano público. Tal disposición no es en realidad más que la transposición adaptada a nuestro Derecho histórico del antiguo *testamentum ruri conditum* del Derecho romano, regulado por una constitución de Justiniano del año 534,⁷ en que se otorgaba la facultad de hacer testamento ante cinco testigos fuera de los núcleos urbanos, donde podía resultar dificultoso encontrar los siete testigos exigidos para el testamento ordinario; en todo caso, se exigía que el testamento fuera escrito y apareciera firmado por los testigos, que debían conocer el contenido del mismo, si bien se admitía aquí la posibilidad de que los testigos que supieran escribir firmaran por quienes no supiesen, prestando éstos juramento de su conocimiento de la voluntad del testador. En este punto, pues, destaca ante todo el rasgo de la continuidad histórica de la norma. Sin embargo, la ley de Partidas vino a atenuarse ulteriormente en el Ordenamiento de Alcalá (ley 1, título 19), donde se acepta la validez de tal testamento dictado ante tres testigos, aun sin la presencia de escribano, siempre que los testigos sean vecinos del lugar y, efectivamente, resultara imposible hallar los cinco testigos requeridos de ordinario.⁸

Con todo, ni siquiera este artificio de la asimilación de los indios a los rústicos fue suficiente para adaptar el Derecho europeo a la realidad indígena, puesto que, como nos indica don Alonso de la Peña y Montenegro en su *Itinerario para pá-*

⁶ L.Taur. 3 = Nueva Recopilación 5.4.2 = Novísima Recopilación 10. 18.2. Cfr. Fuero Real 3.5.1; Part. 6.1.2.

⁷ Cod. 6.23.31; también Nov. 73.9 (a. 538). Al respecto, *vid.* referencias en M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 2, 2 ed. (München, 1975), 482 n.43.

⁸ Nueva Recopilación 5.4. 1 = Novísima Recopilación 10. 18. 1. *Vid.* Gregorio López, gl. En *poridad*, a Part. 6.1.6.

rrocos de indios,⁹ ‘en los testamentos que los indios hacen en sus pueblos y en sus retiros, en los montes, en las estancias, con total ignorancia de lo que dispone el derecho, es muy dificultoso acertar con lo que pide la ley’.¹⁰ Se hará preciso, pues, que los indios reciban a este respecto un trato aún más favorable que los rústicos, a fin de que sus últimas voluntades (sus ‘mandas’) sean válidas y surtan efectos jurídicos desde el punto de vista del Derecho castellano; según la opinión común entre los juristas, bastará con la presencia de dos testigos, sin necesidad de que sean vecinos ni rogados al efecto, ni de que asista escribano público, para que el testamento del indio sea válido. No obstante, existían diferencias de apreciación en cuanto al alcance de este privilegio: por un lado, Solórzano Pereira¹¹ sostiene que el testamento debía ser escrito por uno de los gobernadores o caciques de los indios, interviniendo dos o tres testigos, y validado posteriormente por el juez competente; por el contrario, Peña y Montenegro¹² llega admitir ‘incluso que la ‘memoria’ del indio se dicte sólo ante dos testigos, citando al respecto la autoridad de Covarrubias en relación con los casos de especiales dificultades para testar, como es en supuestos de epidemias o calamidades, a las que se equipara la situación de los indios más apartados de los lugares colonizados. En cualquier caso, se permite la intervención de toda clase de testigos que se hallen junto al testador, ya sean vecinos o itinerantes, varones o hembras, en lo que también supone el testamento del indio una innovación respecto al Derecho castellano, puesto que en las Partidas se prohibía absolutamente la asistencia de mujeres como testigos en las solemnidades testamentarias, sobre la base del precedente romano.¹³

La introducción de tales innovaciones jurídicas fue producto de la labor de los juristas y teólogos de la época según los métodos del *ius commune*, y no resultado de ninguna disposición legislativa.¹⁴ En la base de estas consideraciones se en-

⁹ Obra publicada por primera vez en 1668, con sucesivas reediciones; *vid.* la reciente edición crítica de C. Baciero, M. Corrales, J.M. García Añoveros y F. Maseda (Madrid, 1995).

¹⁰ *Itinerario* 1, 1 1, sección 3, n. 1 (vol. 2, tomo 1, Madrid, 1995, 349).

¹¹ *Política Indiana* (Madrid, 1647) 2, 28, 55 (*vid.* la edición de F. Ramiro de Valenzuela, Madrid, 1930, tomo 1, 429; hay una edición reciente de F. Tomás y Valiente y A.M. Barrero, Madrid, 1996); *cfr.* *idem*, *De Indiarum iure* (Lugduni, 1672) 2, 1, cap. 27, n. 74.

¹² *Itinerario para párrocos* (*cit. supra* en nota 9), 349-350.

¹³ Part. 6.1.9; *cfr.* Inst. 2.10.6. *Vid.* el comentario de Antonio Gómez a L.Taur. 3, n. 9 (*Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro*, por Pedro Nolasco de Llano, Madrid, 1785 [=Valladolid, 1981], 19-20).

¹⁴ Únicamente encontramos una referencia a estas reglas testamentarias en los ‘Privilegios concedidos a los indios del Perú por los Reyes de Castilla y de León (Espirituales, convencionales, judiciales, testamentarios)’, recogidos en el siglo XVII por el licenciado don Gaspar de Escalona y Agüero, en una ‘Representación’ fundada en reales cédulas de 26 de julio de 1561 y 13 de noviembre de 1564 (reproducidos por P. Castañeda Delgado en su artículo citado *supra* en nota 2, 323 ss.); en el Privilegio 43 de los mismos se dice: ‘El testamento del Indio hecho en presencia del cura doctrinero y de dos testigos, es válido’ (*ibid.*, 327). Esta norma, en todo caso, es de alcance limitado a los indios del Perú, y además contiene el requisito de la presen-

cuentra siempre la concepción del indio como persona 'miserable'; pero los juristas indios también recurrieron a técnicas comunes para la justificación teórica de las especialidades mencionadas. Así, se acude a la analogía con los privilegios legales de que gozaban los indios en cuanto a los pleitos y a la aplicación de las penas, a fin de extender la misma atenuación formal respecto a los testamentos.¹⁵ También se invoca el precedente, como es el caso citado de los testamentos dictados en situación de peste o epidemia, para aplicarlo igualmente a las difíciles circunstancias de los indios situados en lugares de complicado acceso.¹⁶ Incluso se echa mano del argumento de autoridad, apelando al propio emperador Justiniano como ejemplo de ausencia de rigorismo en los casos en que las dificultades exigen una relajación de los requisitos formales de la ley.¹⁷ Todos estos argumentos tenían por finalidad el permitir la necesaria adaptación formal de la norma a las circunstancias reales en que pretendía aplicarse, del todo ajenas a aquéllas que dieron lugar a su aparición. Ello, en todo caso, no se produjo con ausencia de debate. Peña y Montenegro¹⁸ nos informa de las diversas posiciones planteadas en la discusión jurídica -o, más bien, jurídico-moral- respecto a la validez del testamento hecho por indios sin cumplir las solemnidades del Derecho vigente. El autor oscila entre la opinión que defiende la obligatoriedad moral de cumplir siempre la voluntad del causante y la que sostiene la necesaria nulidad del testamento dictado sin cumplir las solemnidades legales y la consiguiente apertura de la sucesión abintestato, sin definirse cerradamente por ninguna de las dos soluciones. Debían ser, por tanto, las diversas circunstancias de los casos las que prescribiesen una u otra opción, y no una deducción lógico-formal de carácter especulativo.¹⁹ Se trata, pues, de una muestra más de la flexibilidad y amplitud de miras del viejo *ius commune* en su aplicación práctica, capaz tanto de servir de vehículo de transmisión del Derecho europeo a la distante -y muy distinta- realidad del Nuevo Mundo, como también de generar soluciones jurídicas aceptables para dicha realidad.

cia del doctrinero, lo que contrasta justamente con el empeño manifestado en el Derecho real de poner freno a las presiones o engaños que los doctrineros pudieran practicar sobre los indios, tendientes a torcer su voluntad testamentaria en favor suyo o en el de sus iglesias, lo que quedó plasmado en una real cédula de 1588 (= *Recopilación de leyes de los reinos de Indias*, lib. 6, tít. 1, ley 32) que mandaba a los Virreyes vigilar con especial atención estos comportamientos, complementada por una disposición de Felipe III de 1609 en el mismo sentido, ratificada después por Felipe IV (*Recopilación de leyes de los reinos de Indias*, lib. 1, tít. 13, ley 9). Por lo tanto, está descartado que el privilegio citado en esos términos hubiera tenido un alcance general, o que la presencia del doctrinero fuera requisito indispensable para la validez del testamento hecho ante dos testigos con las condiciones que mencionamos en el texto.

¹⁵ PEÑA Y MONTENEGRO, *Itinerario* (cit. *supra* en nota 9) 1, 11, secc. 3, n. 2 (p. 350).

¹⁶ Cfr. *supra* en nota 12.

¹⁷ SOLÓRZANO PEREIRA, *Política Indiana* (loc. cit. *supra* en nota 11).

¹⁸ *Itinerario* (cit. *supra* en nota 9) 1, 11, secc. 2, 346 ss.).

¹⁹ V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema* (Buenos Aires, 1992), 444 ss.

