

# ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LOS TESTAMENTOS ACTUALES Y LOS DEL DERECHO ROMANO.



TRABAJO FINAL DE GRADO  
FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

Autor: Lorena Climent Escrivà.

Titulación: Grado Derecho, UMH. Tutor: Eva María Polo Arévalo.

Curso Académico 2015-2016

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.</b> .....	3
<b>1.-INTRODUCCIÓN.</b> .....	4
<b>2.-APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE TESTAMENTO.</b> .....	5
<b>2.1-El testamento.</b> .....	5
<b>2.2- Requisitos para la validez del testamento.</b> .....	7
<b>2.3- Características del testamento.</b> .....	9
<b>3.-FORMAS DE TESTAR.</b> .....	10
<b>3.1- Derecho Antiguo. Ius Civile.</b> .....	11
<b>3.1.1- Testamento calatis comitiis.</b> .....	12
<b>3.1.2- Testamento in proscinctu.</b> .....	13
<b>3.2- Formas Clásicas de testar. Siglo V a.C.</b> .....	14
<b>3.2- El testamento pretorio.</b> .....	17
<b>3.4- Testamentos en el Derecho Postclásico. Derecho Imperial.</b> .....	19
<b>3.4.1- Testamento privado.</b> .....	19
<b>3.4.2- Testamentos públicos.</b> .....	20
<b>3.4.3- Especial referencia al testamento per holographam scripturam.</b> .....	20
<b>3.6- Testamentum Militis.</b> .....	26
<b>3.7- Testamentos extraordinarios.</b> .....	28
<b>3.7.1- Testamento del ciego.</b> .....	29
<b>3.7.2- Testamento del analfabeto.</b> .....	30
<b>3.7.3- Testamento hecho en el campo.</b> .....	31
<b>3.7.4- Testamento en tiempos de epidemia.</b> .....	31
<b>3.7.5- Testamentum parentum inter liberos.</b> .....	32
<b>4.- APROXIMACION A UNA COMPARACION DEL TESTAMENTO EN EL CODIGO CIVIL ACTUAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO ROMANO....</b>	33
<b>4.1-Concepto de testamento en el Código Civil actual.</b> .....	33
<b>4.2 Requisitos para la validez del testamento.</b> .....	34
<b>4.3 Características del testamento actual.</b> .....	38
<b>5.- ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LAS ANTIGUAS FORMAS DE TESTAR Y LAS DEL DERECHO CÍVIL ACTUAL.</b> .....	40
<b>5.1- Formas comunes.</b> .....	40
<b>5.1.1- Testamento ológrafo.</b> .....	41
<b>5.1.2- Testamento abierto.</b> .....	46
<b>5.1.3- Testamento Cerrado.</b> .....	49
<b>5.2- Formas comunes excepcionales.</b> .....	52

5.2.1- Testamento abierto del ciego y del sordo.....	53
5.2.2- Testamento en inminente peligro de muerte.....	54
5.2.3- Testamento otorgado en caso de epidemia.....	56
5.3- Formas especiales.....	57
5.3.1- Testamento militar.....	58
5.3.2- Testamento marítimo.....	61
5.3.3- Testamento otorgado en país extranjero.....	63
6.- CONCLUSIONES.....	64
7.-BIBLIOGRAFÍA.....	67
6.1- Webgrafía.....	68



## ABREVIATURAS.

a.C	Antes de Cristo
Art.	Artículo
Cc.	Código Civil
Coord.	Coordinador
D.	Digesto
d.C	Después de Cristo
ed.	Edición
I.	Instituciones
I.G.	Instituciones Gayo
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil
Nov. Val.	Novela de Valentiniano
P.	Página
ss.	Siguientes
TS	Tribunal Supremo
Vº. Bº.	Visto Bueno

## 1.-INTRODUCCIÓN.

Toda persona integrada en una civilización, más o menos organizada, acumula a lo largo de su existencia bienes, derechos y obligaciones que le hacen participe en la sociedad y que, a su muerte, quedan sin titularidad. La continuidad de las relaciones jurídicas y el destino que se debía dar a los bienes y derechos en el momento del fallecimiento ha sido, ya desde el derecho romano, una de las preocupaciones fundamentales debido a las implicaciones jurídicas que esta situación produce en relación con terceras personas. Por ello, se crearon para los ciudadanos romanos una serie de instituciones para dar amparo a las últimas voluntades del *paterfamilias*, siendo la más relevante por su singularidad y significado para la sociedad de Roma el testamento, que supuso el acto jurídico más importante que realizaba el *cives* a lo largo de su vida, hasta el punto de que se consideró un deshonor el hecho de morir sin testamento.

Se puede afirmar que el *testamentum* era un acto jurídico unilateral y personalísimo por el cual, un ciudadano romano designaba al sucesor o sucesores, en este caso ciudadano romano *sui iuris*, de todos o parte de sus bienes y derechos, es decir, mediante este acto jurídico, se daba destino a sus relaciones jurídicas. Es un acto de última voluntad, de suma importancia, ya que garantizaba la continuidad del núcleo familiar al designar heredero.

En la Roma arcaica, lo que existía era la copropiedad familiar integrada por el padre y sus descendientes, por tanto no era necesario designar heredero en testamento, solo en el caso de que el *paterfamilias* no tuviese descendencia se hacía testamento. No obstante con el paso del tiempo, los ciudadanos romanos empezaron a realizar este acto jurídico llamado testamento, ya que era de suma importancia la unidad y continuidad de la familia agnaticia, liderada por el *paterfamilias*.

Otro de los motivos por los cuales se realizaba el testamento fue para satisfacer los intereses de los acreedores, ya que si el *paterfamilias* moría intestado éstos no podían cobrar sus deudas. En definitiva, con el testamento se aseguraba la transmisión de los bienes y derechos de la familia a sus descendientes. En épocas posteriores podremos observar la pérdida de importancia de la familia agnaticia a la hora de heredar.

El *testamentum* era considerado un acto privado y formal, es decir, debía ajustarse a las exigencias de la ley y en la mayoría de los casos requería de ciertas solemnidades. El testamento, también era considerado un acto *mortis causa*, del cual solo surtían efectos después de la muerte del causante y al que solo podían acceder los *cives romani*, es decir, solo podían hacer testamento y ser herederos los ciudadanos romanos.

Por tanto el objeto del derecho hereditario en la antigua Roma, no era otro que el de regular el patrimonio de una persona, más concretamente, de un ciudadano romano, después de su fallecimiento. A raíz de lo anterior, mediante testamento el ciudadano romano, de forma solemne podía disponer de sus bienes tras su muerte.

No obstante todo lo dispuesto en los párrafos anteriores, en nuestro estudio centraremos nuestra atención a las diferentes clases o formas de testar que existieron en las diferentes épocas del Imperio romano, desde el testamento *calatís comitiis* hasta el llamado testamento *tripertitum*, pasando por los testamentos extraordinarios de las diversas épocas. Todas las formas de testar de la antigua Roma fueron variando su contenido, más bien fueron evolucionando, teniendo en cuenta la organización social, religiosa y política de cada momento. Los juristas romanos introdujeron cambios y formularon nuevas formas de testar teniendo en cuenta el contexto histórico de cada época, y las necesidades patrimoniales de los ciudadanos romanos.

Como ya hemos avanzado en el párrafo anterior, en nuestro estudio expondremos cada uno de los testamentos que existieron en las diferentes épocas del Imperio romano, para posteriormente realizar una labor comparativa con nuestras formas actuales de testar contempladas en nuestro Código Civil.

## **2.-APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE TESTAMENTO.**

### **2.1-El testamento.**

El testamento, como ya hemos adelantado en la introducción de nuestro estudio, es el acto por el cual un ciudadano romano designa a uno o varios herederos, acto de última voluntad del testador. La palabra testamento viene de *testatio mentis*, lo cual

significaba testimonio de voluntad. De esta manera, el testador regulaba el destino de sus bienes, derechos y obligaciones, una vez falleciese.

El *pretor* SERVIUS SULPICIUS definió el testamento de forma condicional, al afirmar que *el testamento es una manifestación de nuestra voluntad, hecha solamente, para valer después de nuestra muerte*<sup>1</sup>. Del mismo modo, MODESTINO, discípulo de ULPIANO, formuló un concepto semejante al de SERVIUS, al formular que *el testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte*<sup>2</sup>.

Según ULPIANO, *testamentum* es *mentis nostrae iusta contestatio, id in solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*<sup>3</sup>, es decir, testamento es la expresión legítima de nuestro pensamiento, hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte, texto que podemos encontrar en el *Tituli ex corpore Ulpiani*<sup>4</sup>. El autor VOLTERRA lo describe de la siguiente manera: *Con él, un sujeto designaba, de determinadas formas, al propio heredero y además, eventualmente, daba disposiciones en orden al destino de todos sus bienes o de parte de ellos...*<sup>5</sup> Dicho autor se está refiriendo al diferente contenido que podía albergar un testamento, es decir, los legados, manumisiones, fideicomisos, nombramiento de tutores, entre otras cosas.

Por otra parte, y siguiendo la misma línea que los autores anteriormente citados, VOLTERRA señala que *estas manifestaciones de voluntad tenían eficacia jurídica sólo en el momento de la extinción de la persona física del testador*<sup>6</sup>. La muerte del causante, era requisito fundamental para que surgiese efecto de todo lo estipulado en el testamento. No obstante, para que el testamento fuese válido debía reunir ciertos requisitos que a continuación pasaremos a analizar.

Tras lo expuesto anteriormente, podríamos llegar a formular una noción

---

<sup>1</sup> I, 2,10.

<sup>2</sup>D.28.1.1 *Modestinus 2 pand: Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.*

<sup>3</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997, p. 480.

<sup>4</sup> Tit. Ulp. 20,1.

<sup>5</sup>VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado*, Madrid, 1986, p. 723.

<sup>6</sup>VOLTERRA, E: *Instituciones...*, op. cit, p. 723.

aproximada de lo que sería el testamento, compartiendo nuestro punto de vista con los autores DAZA y RODRIGUEZ<sup>7</sup>. De esta manera, consideraríamos al testamento como un acto libre, formal, unilateral, personalísimo, de última voluntad y revocable por el cual, un ciudadano romano designaba uno o varios herederos, en todo o en parte de sus bienes y derechos tras su muerte.

## 2.2- Requisitos para la validez del testamento.

Como ya hemos adelantado anteriormente en nuestro estudio, el testamento requería ciertos requisitos para que éste fuese totalmente válido y desprendiese todos sus efectos, es decir, se necesitaba la concurrencia de diversos requisitos en el testamento, para que las disposiciones de última voluntad hechas por el testador se realizasen.

El principal requisito del *testamentum* era la institución de heredero, ya que sin este el testamento era inválido. Toda disposición de última voluntad redactada en el testamento, sin que éste tuviese designado heredero, no producía efecto alguno, y debía hacerse de forma solemne. A su vez el heredero debía tener la capacidad para ser investido como tal, es decir, para ser *heres*. Nos estamos refiriendo a lo que en la antigua Roma se denominaba *testamenta factio*, en este caso *testamenta factio pasiva*, es decir, la capacidad que tiene una persona para poder ser nombrada heredero. En contraposición, la *testamenta factio activa*, era la capacidad para hacer testamento y designar heredero o herederos, términos acuñados por la Doctrina romanística, así lo consideran los autores DAZA y RODRIGUEZ<sup>8</sup>.

La *testamenta factio activa* correspondía únicamente al ciudadano romano con capacidad de obrar, lo que los romanos denominaba *sui iuris*, es decir, aquel ciudadano romano libre, que no se encuentra sometido al mando de otros, a diferencia de los *alieni iuris*, los cuales estaban sometidos a otros. Por tanto, debía ser ciudadano romano, libre y *pater familias*. Los *peregrinos*, no podían testar, solo podían hacerlo según el derecho de su ciudad, ni los *dedictios*, ya que estos no pertenecían a ningún ciudad. Tampoco tenían capacidad para testar las mujeres *sui iuris*, las cuales requerían una autorización de

---

<sup>7</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 480.

<sup>8</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p.489.

su tutor lo que en la antigua Roma se conocía como *auctoritas tutoris*<sup>9</sup>, y los esclavos, no obstante, en estos últimos existían cierto tipo de esclavos que si podían dejar testamento, los *servi publici*<sup>10</sup>.

A todo esto, cabe destacar que no todo ciudadano romano con capacidad para testar, es decir, con *testamenta factio activa*, podía hacerlo, ya que existían ciudadanos con ciertos impedimentos. Nos estamos refiriendo a los locos, los pródigos, los sordos y los mudos, no obstante, en estos últimos casos si hubiesen hecho testamento antes de que sobreviniese la incapacidad, éste produciría todos sus efectos<sup>11</sup>. Más adelante en nuestro estudio, podremos ver como en épocas posteriores varían tales requisitos.

Por otra parte, la *testamenta factio pasiva*, o capacidad para ser nombrado heredero, la ostentaba el ciudadano romano libre y capaz. También podían ser instituidos herederos los *alieni iuris*, a los cuales nos hemos referido anteriormente, no obstante, todo lo que adquirirían se lo quedaba el *pater familias*. Los esclavos, también podían heredar, siempre que la institución de heredero fuese acompañada de la manumisión<sup>12</sup>, del mismo modo que las personas jurídicas y los *latini*. Por otro lado, no podían serlo las personas inciertas, ya que el testador debe tener un idea clara sobre quién debe resultar su heredero, ni los extranjeros, ni los herejes, ni los hijos de los condenados por alta traición, ni las mujeres, no obstante en el Derecho de la época del Emperador JUSTINIANO éstas podían testar una vez liberadas de la tutela.

No obstante, cabía la posibilidad de que el testador muriese intestado si su heredero la renunciaba o falleciese prematuramente. En estos casos se podía constituir un heredero bajo condición suspensiva, esta se llamaba sustitución vulgar, o pupilar, en el caso de que el hijo heredero muriese antes de alcanzar la pubertad, por tanto los impúberes también ostentaban la *testamenta factio pasiva*<sup>13</sup>.

Por otra parte, para que el testamento fuese totalmente válido debía reunir ciertos

---

<sup>9</sup> BETANCOURT, F: *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, 2014, p. 533.

<sup>10</sup> Los extranjeros prisioneros de Roma pasan a ser propiedad del Estado, el cual los destina a servicios públicos –*servi publici*–, los vende a particulares –*emptio sub corona*– o, lo que es menos frecuente, los cede a los soldados. [www.derechoromano.es](http://www.derechoromano.es)

<sup>11</sup> DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 489.

<sup>12</sup> DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 491.

<sup>13</sup> RASCÓN, C., *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*. Madrid, 2008, p. 350.

requisitos de forma y contenido exigidos en el *ius civile*.

Si no se observaban los requisitos exigidos el testamento era totalmente nulo. Por tanto, para que este fuese válido debía ser único, es decir, si se confeccionaba otro, el anterior era nulo. Debía contener la institución del *heres*, el cual, como ya sabemos debía ostentar la *testamenti factio pasiva*, del mismo modo, el testador debía tener capacidad para otorgar testamento, la *testamenti factio activa*. También era nulo, si el heredero renunciaba a la herencia o si este fallecía<sup>14</sup>.

De igual modo, no nos podemos olvidar de su requisito más esencial, las solemnidades. El testamento era un acto puramente formal, el cual requería ciertas formalidades y solemnidades que imponía la ley para cada tipo de testamento y que variaban según las épocas históricas del derecho sucesorio en Roma. A título de ejemplo, destacamos el *testamentum per aes et libram*, que fue uno de los que más formalidades presentaba, ya que el testador para otorgar su patrimonio (se transmitía su patrimonio al *familiae emptor*) debía pronunciar unas frases solemnes mientras el *familiae emptor* golpeaba una balanza con un trozo de cobre que daba al testador a modo de pago por haber adquirido su patrimonio. Todo esto lo veremos con más detalle más adelante en nuestro estudio.

No obstante, pese a todas las formalidades y solemnidades que exigían las leyes para formar testamento, este acto era de carácter gratuito.

### **2.3- Características del testamento.**

La primera de las características fundamental del testamento romano, a la que ya hemos hecho referencia al principio de nuestro estudio, es el hecho de que se trate de un acto *mortis causa*. Era característica, y a su vez, condición indispensable a la hora de disponer de los bienes y derechos. Solo cuando el *de cuius*, así denominaban al testador en la antigua Roma, fallecía, surtían efectos del testamento, y el heredero se subrogaba en todas sus relaciones jurídicas. Cabe destacar, que el *heres*, lo era de todo lo designado

---

<sup>14</sup> BETANCOURT, F: *Derecho Romano...*, op. cit., p. 534.

en el testamento, tanto de sus bienes y derechos, como de sus obligaciones y cargas.

El testamento era un acto de última voluntad del testador, no obstante, era un acto revocable, ya que éste podía cambiar el destino de su herencia. El autor del testamento podía renovarlo en cualquier momento antes de fallecer. El testamento tenía carácter provisional desde que se celebraba hasta que el *de cuius* falleciera. Por tanto, podía revocar el testamento en cualquier momento antes de su muerte. Así lo expresa ULPIANO, de la siguiente manera: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*<sup>15</sup>, lo cual significa que la voluntad del testador es cambiabile hasta el último momento de su vida.

Del mismo modo, el testamento era considerado un acto o negocio jurídico libre, por el cual el testador manifestaba su entera y real voluntad. Es decir, la voluntad debe nacer del propio testador, no de ningún tipo de fraude, hecho dolosamente o con violencia. Todo testamento otorgado mediante algún tipo de engaño o fraude será completamente nulo.

El testamento era un acto unilateral y personalísimo, ya que el testador era el que tenía que emitir su voluntad, sin delegados o intermediarios. La voluntad debía nacer del mismo testador y no se exigía que el heredero aceptase la herencia, de ahí el carácter unilateral. También era un acto jurídico de carácter personalísimo, solo el causante podía decidir el destino de sus bienes, derechos y obligaciones, ya que solo él podía reflejar en el testamento cuál era su última voluntad. Para el nacimiento del testamento bastaba con la única manifestación de voluntad del testador.

### **3.-FORMAS DE TESTAR.**

Una vez expuesto el concepto y las distintas características y requisitos del testamento en la antigua Roma, abordaremos en este epígrafe, las diferentes formas de testar que existían en las distintas épocas del Derecho sucesorio romano. El testamento,

---

<sup>15</sup>D. 34.4.4.- *Ulpianus 33 ad sab: Quod si iterum in amicitiam redierunt et paenituit testatorem prioris offensae, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur: ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.*

como otras instituciones, evolucionó a lo largo de la historia, adaptándose a las diferentes circunstancias políticas, sociales y religiosas de las épocas y de los ciudadanos romanos.

En el Derecho antiguo romano encontrábamos las formas primarias de testar tales como el testamento *calatis comitiis* y el *in procinctu*. Más adelante, durante la época clásica (durante la República), apareció el testamento *per aes et libram*, para superar las deficiencias de las dos formas anteriores. Posteriormente, al final de la República, se instauró el Testamento Pretorio. En épocas posteriores, el derecho postclásico reconoció dos tipos de testamentos, el privado y el público, a su vez, el testamento público albergaba dos tipos de testamento, el *testamentum apud acta conditium* y el *testamentum principi oblatum*. Finalmente, ya en la época del Derecho Justiniano, apareció el testamento *Tripertitium*, reconocido en las constituciones imperiales de la época. Del mismo modo, en ésta época encontramos diversos tipos de testamentos que se adaptaban a diversas circunstancias, nos referimos a los testamentos extraordinarios.

### 3.1- Derecho Antiguo. Ius Civile.

GAYO (120 d.C - 178 d.C), jurista de reconocido prestigio en la antigua Roma, señala que las formas más antiguas de testamento fueron el *calatis comitiis* y el *in procinctu*.

*Gai, Inst. II, 101-102.- Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per*

*mancipationem peragitur.*<sup>16</sup>

En el texto anterior, GAYO nos viene a decir que antiguamente se usaban dos clases de testamentos, uno para tiempos de paz, el *calatis comitiis*, y otro para tiempos de guerra, el *in procinctu*.

A continuación, los analizaremos separadamente y de forma detallada.

### 3.1.1- Testamento calatis comitiis.

Esta forma antigua de testar, se realizaba ante el *populus*, es decir, los ciudadanos romanos que residían en Roma, considerados *patricios*<sup>17</sup>, en tiempos de paz, en las reuniones que los comicios dedicaban a la confección de testamentos. El comicio era convocado por una *calata*, heraldo de los sacerdotes, es decir, una persona encargada de anunciar noticias importantes, de ahí el nombre de *calatis comittis*.

Presidido por el Pontífice Máximo, estas reuniones dedicadas exclusivamente a la realización de testamentos se celebraban dos veces al año, una el 24 de marzo y la otra el 24 de mayo<sup>18</sup>.

Algunos autores, como CAPOGROSSI COLOGNESI, entienden que la *adrogatio* *appare a prima vista una forma arcaica di testamento*<sup>19</sup>, es decir, que la *adrogatio* fue una forma antigua de testamento. Aclaremos en este sentido, que la *adrogatio* se trataba

---

<sup>16</sup>I.G. 2.101.-*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. 102.-Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

<sup>17</sup>Los patricios fueron la primera clase social de Roma que descendían de los padres fundadores de la misma. De ahí el nombre Patricios, el cuál proviene de la palabra *pater*, que significa padre en latín. [www.derechoromano.es](http://www.derechoromano.es)

<sup>18</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 481.

<sup>19</sup>CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009, p. 41.

de un acto de adopción de un *sui iuris*, destinado a crear un *heres*. No obstante, los testamentos también podían contener una *adrogatio*, por tanto, estas dos instituciones no eran lo mismo, así lo defiende el profesor CASTRO SAEZ<sup>20</sup>.

En el acto, el *pater familias* debía declarar de forma oral ante los comicios, sus disposiciones testamentarias, así como la designación del heredero o herederos. Del mismo modo, se procedía también a la desheredación, la cuál debía estar justificada.

Esta clase de testamento presentaba ciertos inconvenientes, y es que muchos no podían asistir a los comicios por estar enfermos o ausentes, ya que esta forma de testar sólo se realizaba dos veces al año, por tanto otro inconveniente que presentaba es que muchas personas morían sin poder testar, o simplemente no estaban en Roma y perdían su oportunidad para poder hacerlo.

Por lo tanto, el testamento *calatis comitiis* se trataba de un acto público y religioso, hecho en tiempos de paz, dos veces al año, para designar heredero.

### **3.1.2- Testamento in proscinctu.**

Este tipo de testamento se realizaba justo antes de una inminente guerra. Como el propio nombre del testamento indica, *proscinctu*, que en latín se refería al ejército que iba a entrar en batalla, estaba destinado a aquellos soldados *pater familias* que iban a entrar en batalla y que deseaban testar, ante la posibilidad de morir.

Con dicho testamento solo se realizaba el nombramiento del heredero, de forma urgente, ya que la situación de guerra así lo requería. Este acto se consumaba ante los legionarios, compañeros del testador y ante los demás soldados que actuaban como testigos.

En el caso de que el testador saliese victorioso del conflicto bélico, el testamento perdía toda validez. Esta clase de testamento existió aún hasta el año 150 a.C, cayendo en desuso al final de la República.

---

<sup>20</sup>CASTRO SAEZ, A., *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002. p. 85.

### 3.2- Formas Clásicas de testar. Siglo V a.C.

El *testamentum in calatiis comitiis* y el *in procinctu* fueron las dos primeras formas de testar de la antigua Roma. Pese a ser un gran avance en el derecho sucesorio de la época, estas dos formas de realizar el testamento presentaban multitud de limitaciones, ya que en el caso del *calatiis comitiis* solo se podía realizar dos veces al año, y en el caso del *testamentum in procinctu* en tiempos de guerra. Por tanto, si un ciudadano romano deseaba testar, por creer que su muerte es inminente fuera de esos periodos, fallecía intestado.

Para superar esas limitaciones se creó el *testamentum per aes et libram*. GAYO, por su parte lo definió de la siguiente manera:

*Gai, Inst. II, 10.1: Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur; altero, cum in proelium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus romanis, puberibus, praesentibus, et eo qui familiae emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt. Quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, atamen partim et hoc in usu esse desiit<sup>21</sup>.*

Esta clase de testamento nació a raíz de la *mancipatio familiae*. Los ciudadanos romanos recurrían a la *mancipatio familiae*, cuando sentían próxima su muerte y no habían hecho testamento. Por tanto, mediante *mancipatio* transmitían su patrimonio a una persona de confianza (*familiae emptor*), encomendándole la entrega de sus bienes a determinadas personas, es decir, a los verdaderos *heres*, una vez falleciese el mancipante.

---

<sup>21</sup>I.G. 2.10.1

GOMEZ MORAN<sup>22</sup> considera, que la figura del *familiae emptor*, fue un antecedente histórico de lo que hoy en día conocemos como el albacea, ya que ambos tenían la misión de realizar la última voluntad del causante, custodiando para posteriormente transmitir los bienes a los herederos originales.

Esta forma de transmitir el patrimonio, ofrecía algunos inconvenientes, ya que si el testador no fallecía, carecía de acción para recuperar sus bienes. De la misma forma, si el *familiae emptor* no cumplía con su cometido, los herederos carecían de acción para obligarle a cumplir su obligación.

Para solucionar estos inconvenientes y darle validez jurídica a los actos realizados por el testador, se creó el *testamentum per aes et libram*, más bien fue como una evolución de la *mancipatio familiae*. Los autores DAZA y RODRÍGUEZ<sup>23</sup> afirman que dicha evolución está plasmada en dos disposiciones de las XII Tablas; *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (como haya legado sobre el patrimonio y la tutela de su familia, así sea derecho). Según estos dos autores en esta disposición, *veía la jurisprudencia el fundamento de la potestad de disponer por testamento.*<sup>24</sup>

La otra disposición, afirmaba; *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasit, ita ius esto* (cuando alguien efectúe una mancipación, ya sea con efecto obligatorio, ya con efecto alienativo, sea derecho lo que declare). Con esto se daba eficacia jurídica a la declaración unilateral del testador.

Según GAYO, este peculiar testamento se realizaba delante de cinco testigos (ciudadanos romanos) y el *libripens*, es decir, el encargado del empleo de la balanza, que disponía el patrimonio del testador a otra persona, el *familiae emptor*, que debía formular las palabras siguientes: *familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo ut iure testamentum facere possis, secundum legem publicam hoc aere esto mihi empta*<sup>25</sup>. Con esto, afirmaba, que el patrimonio del testador estaba bajo su custodia, para que, conforme a la ley, pudiese hacer testamento a su favor.

---

<sup>22</sup>GOMEZ MORAN, L., *Tratado Teórico Práctico de Particiones*, Madrid, 1950, p. 72 y 55.

<sup>23</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 482-483.

<sup>24</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho... op. cit.*, p. 482

<sup>25</sup>I.G. 2.104

Seguidamente el *familiae emptor* golpeaba una balanza con un trozo de cobre que daba al testador a modo de pago por haber adquirido su patrimonio.

El testador, por su parte, sosteniendo unas tablas de madera enceradas que contenían el testamento, pronunciaba unas palabras solemnes denominadas *nuncupatio*. Estas palabras solemnes eran las siguientes: *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*<sup>26</sup>, lo cual significaba que el testador daba y legaba todo lo escrito en las tablas al *familiae emptor*, en presencia de los testigos.

*Gai, Inst. II, 104: Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori uelut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare.*<sup>27</sup>

La *nuncupatio*, en aquella época donde las solemnidades primaban ante todo, era la parte esencial del testamento. La *mancipatio* también era fundamental, y debía realizarse conjuntamente con la *nuncupatio*, en un mismo acto y sin ningún tipo de interrupción.

ULPIANO se refiere a este requisito formulando las siguientes palabras:

---

<sup>26</sup>I.G. 2.104

<sup>27</sup>I.G. 2.104

D. 28.1.21.3: *Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*<sup>28</sup>.

Es decir, se debía hacer en un solo contexto de acto. Esta unidad solo existe cuando no se intercala un acto ajeno al testamento, no obstante si se hiciese alguna cosa relativa al testamento, este no se vicia por ello.

Lo que se conseguía con este acto era la venta ficticia de la herencia del testador, con las formalidades de la *mancipatio*, al *familiae emptor*, que a la vez era el heredero. Es decir, si no podía ser investido heredero la persona designada por el testador, se realizaba la *mancipatio* en favor de una persona de confianza del *paterfamilias*, es decir, del *familiae emptor*, el cual *se comprometía a entregar la herencia a la persona cuyo nombre se consignaba en las tablas selladas que recibía, ante 5 testigos*<sup>29</sup>.

El *testamentum per aes et libram* era oral, no obstante, con el paso del tiempo, esta formalidad cayó en desuso y se instauró la costumbre de redactar el testamento por escrito y la posibilidad de que éste tuviese carácter secreto. Esto significaba un gran avance, en cuanto al valor probatorio del testamento. En este sentido, los autores DAZA y RODRIGUEZ consideran que a raíz de este suceso, *junto al testamento civil oral se configura el escrito, y, por consiguiente, el documento escrito no tiene ya un mero valor probatorio, sino que constituye el soporte de la propia declaración testamentaria*<sup>30</sup>.

### 3.2- El testamento pretorio.

Con el paso del tiempo, el *testamentum per aes et libram* se simplificó. Ya no se exigía la *mancipatio*, es decir, se reducían las solemnidades características de este tipo de testamento.

Así nació el testamento pretorio, que venía a ser lo mismo que el testamento anteriormente nombrado. El pretor no exigía las solemnidades características de la

---

<sup>28</sup>D. 28.1.21.3.

<sup>29</sup>CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho romano privado*, Granada, 2003, p. 86.

<sup>30</sup> DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...*, *op. cit.*, p. 483.

*mancipatio*, simplemente concedía la *bonorum possessio*, es decir, la posesión de los bienes a la persona designada en unas tablas (testamento) donde el testador disponía su patrimonio y designaba al heredero. Estas tablas, se presentaban ante siete testigos al menos (*tabulae testamenti*), los cuales estampaban sus respectivos sellos para dar garantía y seguridad a lo establecido en las tablas.

La idea del *pretor* fue crear una forma de testar que permitiese a los peregrinos, es decir, a los ciudadanos que no vivían en Roma, sino en las provincias, un medio para poder dejar en herencia sus bienes y derechos, ya que estos no podían testar bajo la forma del *per aes et libram*, reservada exclusivamente a los ciudadanos de Roma.

El Derecho pretoriano lo que esencialmente hizo fue reducir las solemnidades del testamento *per aes et libram*, es decir, eliminó el carácter contractual que le daba la *mancipatio*, eliminó al *libripens* y al *familiae emptor* sustituyéndolos por dos testigos más. Estos siete testigos debían estampar sus sellos en las tablas, ofreciendo así garantía y seguridad al texto testamentario.

En este acto se presumían, por tanto, la *nuncupatio*, dando valor jurídico de testamento a las tablas, es decir, al escrito donde el testador manifestaba su última voluntad. En realidad, no se trataba de una nueva forma de testar, sino que el pretor concedía la *bonorum possessio* a la persona designada en el testamento, es decir, el pretor concedía la posesión de los bienes consignados en el testamento a favor de determinadas personas, las cuales podían ser *heres* o no.

Nos estamos refiriendo al hecho de que según el *ius civile* de la época, los parientes cognaticios no podían ser *heres*, no obstante, si podían disponer de los bienes de la herencia mediante la posesión de los mismos. Por tanto, estos no eran *heres* sino *bonorum possessores*.

Esta forma de testar tuvo sus problemas, ya que surgía una confrontación frente al *ius civile*, el cual requería de ciertas formalidades, tales como la *nuncupatio*, para considerar a las *tabulae* verdaderos testamentos.

Según el derecho civil de la época, en estos casos, debía abrirse la sucesión

intestada y debían ser los herederos legítimos consignados en el *ius civile* los que realmente debían heredar. Éstos podían reivindicar los bienes dispuestos en la herencia que ostentaban los *bonorum possessores*, no obstante, PIO (86 d.C - 161 d.C) concedió a éstos últimos, un poder especial llamado *exceptio doli mali*, el cual les habilitaba para poder rechazar las exigencias de los *heres ab intestato*.

*Gai, Inst. II, 120: Sed uideamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali*<sup>31</sup>.

De esta manera, se impuso el testamento pretorio frente al testamento característico del *ius civile*.

### **3.4- Testamentos en el Derecho Postclásico. Derecho Imperial.**

En este apartado de nuestro estudio, se expondrán nuevas formas de testar cuyo contenido se asemeja más a las formas actuales. No obstante, todavía presentaban ciertas solemnidades características de la época. Se dividían en dos tipos de testamentos, los públicos y los privados, y buscaban compatibilizar las dos formas anteriores de testar, tanto la pretoria como la del *ius civile*.

#### **3.4.1- Testamento privado.**

Una vez desaparecido el *testamentum per aes et libram*, en el año 439 d.C nació una nueva forma de testamento, impulsada y reglada por una constitución<sup>32</sup> de ese mismo año, perteneciente a TEODOSIO II y VALENTINIANO III.

El testamento privado podía ser oral o escrito. El escrito, podía ser abierto, cuando

---

<sup>31</sup>I.G. 2.120. *Sed uideamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

<sup>32</sup> C. 6, 23, 21.

se lee en voz alta ante la presencia de testigos, y también podía ser cerrado, cuando el testador presenta un documento, que en ese mismo instante se cierra y se sella ante la presencia de los testigos, los cuales debían suscribirlas (poner su nombre) conjuntamente con el testador. En ambos casos, se requería la presencia de siete testigos voluntarios, encargados de sellar el testamento. Éste podía ser redactado por el mismo testador, lo que hoy en día sería el testamento ológrafo (*per holographam scripturam*) que expondremos a continuación, o por un tercero, aunque por otra parte, podía realizarse también, oralmente ante los siete testigos.

No obstante, el requisito más importante de este tipo de testamento era la *unitas actus*, es decir, se tenía que practicar de una sola vez y sin ningún tipo de interrupción en la realización de los actos solemnes. En el año 446 d.C, se estableció, por medio de VALENTINIANO III y TEODOSIO II, la innecesaridad de los testigos si el testamento era redactado por el propio testador, es decir, si se trataba de testamento ológrafo.

### **3.4.2- Testamentos públicos.**

En cuanto a las formas de testar de carácter público, destacamos dos tipos de testamentos: el *testamentum apud acta conditium* y el *testamentum principi oblatum*.

El primero de ellos consistía en una *exposición oral que hacía el testador de su voluntad ante una autoridad judicial o municipal*<sup>33</sup>. Posteriormente, esta exposición oral quedaría reflejada en un escrito, el cual debía ser custodiado por el funcionario correspondiente, en los registros públicos.

En cuanto al *testamentum principi oblatum*, se trataba de un escrito donde el testador exponía su última voluntad y que se presentaba al emperador. Éste último, entregaba el escrito al *magister libellorum*, el cual lo custodiaba y conservaba en los archivos imperiales.

### **3.4.3- Especial referencia al testamento per holographam scripturam.**

El testamento ológrafo en la antigua Roma, o como ellos lo llamaban *per*

---

<sup>33</sup>DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho...*, op. cit, p. 485.

*holographam scripturam*, apareció por primera vez en una Constitución del año 446 d.C, hecha por los Emperadores VALENTINIANO III y TEODOSIO II. Esta forma de testar, no solo está en la Constitución del año 446 sino también en la Novela de VALENTINIANO III<sup>34</sup>.

*Nov. Val. 21, 2: Pr. Quum sciamus, et divos principes et clementiam nostram condenarum legum fomitem frequenter invenisse de precibus, iuvat, ex facto, quod nuper evenit, cunctis profutura sancire. Illustrem feminam pelagiam quum Micce illustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremae prodidit voluntatis. Nam, quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudicii sui paginam caesario viro spectabili, tribuno et notario, fratris sui filio, secura commisit, quem natalium decus et propinquitatis religio fidem cogere servare defunctae. Nec sane electionis suae cura testatricem fefellit. Desideriis amitae caesarius obsecutus chartam fidei suae creditam, iuris et consientiae memor, edem, qua sumpserat, simplicitate vulgavit. Sed illustris heres, ab ambitu cupiditatis aliena, nihil de successione praesumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit, intra hos modestiae terminos manens, ut subdito precibus ultimae voluntatis arbitrio, non prius se putaret heredem, nisi nos causae iustitiam probaremus. Recensitis igitur omnibus, defunctae iudicium roboramus, cui, praeter filium fratris et litteras suas, testes habere non licuit. Idcirco illustris femina Pelagia pro ea parte, qua heres scripta est, defunctae potietur arbitrio.*

21.2.1: *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege discernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere, quos voluerint, non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis*

---

<sup>34</sup>Nov. Val. 21.2

*solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui, velut obsessos, conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim talier sufficiet heredi, adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstrat, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipunt sanctiones, tu in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.*

*21.2.2: Quum tamen testium praesentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi.*

*21.2.3: Necessitatem quoque praecipitem summovemus, quae testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum, festinato nimis, ordiri et implere iudicium. Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem, quam de rebus propriis mente conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et quot voluerint diebus in tantae praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit saepe dictata corrigere.*

*21.2.4: Testes autem subscriptionem suas uno die vel omnes partier, vel, si legitimus numerus exiguum moram fecerit, horis praebere diversis sub obtutibus testatoris iubemus.*

*21.2.5: Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari, quam luce priventur, statimus ac iubemus, ut, si testes rogati paginae, cuius arcana nescierint, coram testatore subscripserint, nihil ex ignorance testium testamentorum firmitatibus derogetur, Albine, parens carissime atque amantissime.*

*21.2.6: Idcirco illustris et praeclsa magnificentia tua iustissimam legem et cunctis generaliter profuturam in omnium celeriter ire notitiam propositis iubebit edictis, ut facile possit agnosci nostrarum salubritas*

*sanctionum.*

A raíz de un suceso narrado en la novela anteriormente expuesta, nació lo que hoy en día conocemos como el testamento ológrafo. Este suceso versa sobre una mujer llamada *Micce*, la cual quería nombrar heredera a *Pelagia*. No obstante, *Micce* no obtuvo los suficientes testigos para realizar el testamento conforme a las formalidades exigidas en la época, por tanto decidió nombrar a su heredera mediante un documento ológrafo, es decir, redactado de su puño y letra.

*Micce* deseaba que lo dispuesto en el documento ológrafo fuese secreto, por tanto confió el texto a su sobrino *Cesar*, para que lo custodiase y ejecutase las disposiciones contenidas en el mismo. No obstante, al fallecer *Micce*, *Cesar* defraudó la confianza depositada en él e hizo público tal testamento. *Pelagia*, que conocía la voluntad de *Micce*, no se consideró a sí misma heredera hasta que el Emperador lo aprobase. El Emperador revisó todas las circunstancias del texto ológrafo y decidieron corroborar la voluntad de *Micce*. Por tanto, el Emperador validó la última voluntad de la causante difunta manifestada por escrito de su puño y letra, conservada en secreto y sin el requisito de la presencia de testigos.

El fundamento de la decisión tomada por el Emperador radica en que ha de primar siempre la voluntad última del causante y así conseguir que ninguna persona muera intestada.

Otra de las razones que llevaron a los Emperadores de la época a crear esta clase de testamento fue la dificultad que tenían muchos de los testadores para encontrar los testigos necesarios para poder realizar válidamente el testamento, ya sea por enfermedad, por la distancia entre las poblaciones o por el fallecer alguno de ellos. Por tanto esta clase de testamento podía realizarse sin la presencia de testigos.

Por tanto, el testamento *per holographam scripturam* era un acto de última voluntad escrito por el propio testador, de carácter secreto, que no requería la presencia de testigos. La veracidad de esta clase de testamento se constataba por el Emperador, ya que el texto no estaba firmado ni por el testador ni por los testigos, cuya presencia no era necesaria.

### 3.5- Derecho Justiniano.

En esta época, la del emperador Justiniano, más que introducir cambios en materia testamentaria, lo que se hizo fue fusionar las formas de testar existentes, características del *ius civile*, del Derecho Pretorio y del Derecho Imperial, lo que en Roma se conocía como el *ius Tripertitum*.

*Inst. II, 10, 3: Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur, altero, cum in proelium exituri essent, quod procinctum dicebatur. accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram, scilicet quia per emancipationem, id est imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus Romanis puberibus, praesentibus et eo qui familiae emptor dicebatur. sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit. Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur. postea vero ex edicto praetoris alia forma faciendorum testamentorum introducta est: iure enim honorario nulla emancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria. Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripertitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium ex sacrarum*

*constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et numerus testium ex edicto praetoris. Sed his omnibus ex nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manum testatoris vel testium nomen heredis exprimatur et omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant*<sup>35</sup>.

Se trataba de un tipo de testamento que recogía las características y requisitos más esenciales de los testamentos ya existentes hasta la época. Esta clase de testamento se redactaba por escrito, el cual debía llevar la firma del otorgante y la de los siete testigos allí presentes, los cuales debían sellarlo, realizándose éste acto el mismo día y en un sólo acto.

Del *ius civile* se recogía la exigencia de la presencia de los testigos y de que se practicasen las solemnidades de una sola vez y sin interrupción (*unitas actus* o *uno contextu actus*)<sup>36</sup>.

Del derecho pretorio se tomó como requisito indispensable para este *testamentum tripertitum*, la obligación de estampar los sellos y el número de los testigos.

Por último, los requisitos de las Constituciones Imperiales que el *Tripertitum* conservó fueron la obligación de la firma del testador, y de los testigos.

En esta época, también se mantuvo la doble opción de realizar los testamentos de carácter privado, nos referimos al hecho de que se podían efectuar tanto de forma escrita, como de forma oral.

El testamento escrito era realmente el *testamentum Tripertitum*, ya que reunía todas las características anteriormente mencionadas. Es decir, que consistía en la presentación de un escrito por parte del testador, en el cual declaraba su última voluntad estampando su firma, y afirmando ser éste su testamento, ante la presencia de siete testigos, que igualmente lo sellaban y firmaban. Este testamento podía ser redactado por

---

<sup>35</sup> I. 2, 10, 3.

<sup>36</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...*, op. cit., p. 732.

el mismo testador (ológrafo) o por un tercero (alógrafo). No obstante, siempre se requería que el testador hubiese escrito personalmente el nombre del heredero o de sus herederos en el testamento, así lo dispone el autor VOLTERRA<sup>37</sup>. En caso de imposibilidad, debía declararlo ante los testigos. Todos los actos, como anteriormente hemos comentado, debían hacerse en *unitas actus*, es decir, al mismo tiempo y en un solo acto.

Por otra parte, el testamento también podía ser oral, y consistía en la declaración, por parte del testador, de la institución del heredero, es decir, en este acto se designaba oralmente quién o quienes iban a ser los *heres*. También podían ser declaradas otras disposiciones testamentarias ante los siete testigos.

En ambos casos, tanto en el testamento oral como en el escrito, los testigos debían tener la *testimenta factio*, y por tanto, existían ciertos ciudadanos romanos que no podían serlo, tales como los sordos, los mudos, las mujeres, los declarados pródigos, los impúberes, los dementes (excepto en sus momentos de lucidez).

Por último, en lo que al testamento público se refiere, se reconocían en la época de Justiniano, dos formas de testar ya existentes y a las cuales ya hemos hecho referencia en el apartado anterior: el *testamentum apud acta conditium* y el *testamentum principi oblatum*.

### **3.6- Testamentum Militis.**

Esta clase de testamento surgió de forma temporal, en las primeras épocas del derecho Romano, más concretamente en tiempos de CÉSAR (100 a.C – 44 a.C), posteriormente TITO, DOMICIANO, NERVA y TRAJANO<sup>38</sup> de forma definitiva, concedieron a los soldados el privilegio de poder testar sin las formalidades exigidas. Esta clase de testamento permitía regular de una forma particular, aplicable a los *milites*, su voluntad última.

No solo los *milites* podían disponer de este tipo de testamento y de sus privilegios, sino que también se les concedió esta capacidad a los marines de las escuadras imperiales

---

<sup>37</sup> VOLTERRA, E: *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 732-733.

<sup>38</sup> VOLTERRA, E: *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 730.

y a los civiles que acompañaban al ejército en sus batallas. No obstante, para éstos últimos los efectos del testamento militar dejaban de surtir una vez dejaban el ejército y volvían a sus casas. Por el contrario, para los soldados los efectos del testamento duraban desde que éstos se alistaban hasta el momento de la licencia, incluso un año después del servicio seguía produciendo efectos el *testamentum militis*.

Decimos que es un testamento particular ya que permitía realizar diferentes actos, limitados en las formas ordinarias de testar, es decir, este tipo de testamento obviaba ciertas normas y solemnidades que sí contemplaban los demás tipos de testamentos.

Nos estamos refiriendo al hecho de que el *filius familias miles*, es decir, el hijo no emancipado alistado en el ejército, aunque no tuviese la *testamenta factio activa*, podía hacer testamento de la forma que quisiese y en el momento que quisiese en lo referido a su *peculium castense*<sup>39</sup>, es decir, el conjunto de bienes que el hijo adquiriría de su familia cuando éste ejercía la profesión militar. De la misma manera, el *filius familias miles* también podía instituir herederos a personas privadas de la *testamenta factio pasiva*, como los peregrinos o latinos, no obstante, VOLTERRA afirma que *sólo estaban excluidos los esclavos y los herejes*<sup>40</sup>.

Por otra parte, tampoco era de aplicación el principio *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, el cual establecía que nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. Si el militar lo deseaba podía hacer testamento solo en una parte de los bienes, abriéndose la sucesión intestada para la parte que quedaba.

El *militis* también disponía de la facultad de instituir herederos cosas determinadas a determinadas personas. En el caso de que uno de los herederos renunciase a su parte, o a su cuota de la herencia, ésta iría a los herederos legítimos, y no incrementaría la cuota de los demás herederos testamentarios. Debemos recordar que los herederos legítimos son aquellos designados por ley, en el caso de no existir testamento, y por tanto, herederos designados como tales.

---

<sup>39</sup>: D. 49, 17, 2. *Ulpianus 67 ad ed: Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.*

<sup>40</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones... op. cit.*, p. 730.

Del mismo modo el testador, podía realizar varios testamentos destinados a varias personas, o instituir herederos bajo condición o término, es decir, los *heres* solo se convertían en tales cuando se cumplía cierta condición impuesta por el testador o cierto plazo. En cuanto a los legados, no se aplicaba la *lex Falcidia*, la cual prohibía al testador la posibilidad de legar más de las tres cuartas partes de la herencia, quedando una cuarta parte reservada exclusivamente al heredero<sup>41</sup>.

Este tipo de testamento fue un privilegio para los *milites*, ya que ofrecía la posibilidad de eludir o evitar ciertas solemnidades características de los testamentos ordinarios, con el fin de acelerar el proceso de elaboración del testamento, ya que así lo requerían las situaciones excepcionales en las que se encontraban los militares.

Por tanto, la voluntad del testador, como así establecen varios textos jurídicos de la época<sup>42</sup>, era la que imperaba en esta clase de testamento, y no todas las formalidades y solemnidades que daban valor jurídico y validaban los testamentos ordinarios. Esta excepción otorgada a los militares, por parte de los Emperadores de la época, debía ser de carácter excepcional ya que esta forma de testar no debía ser utilizada por todos los militares, sino solo por aquellos que estaban en situaciones bélicas, es decir, en pleno conflicto armado, donde su vida corriese un verdadero riesgo, y por tanto la realización del testamento fuese urgente.

### 3.7- Testamentos extraordinarios.

En el apartado anterior de nuestro estudio, habíamos hecho referencia a los diferentes ciudadanos Romanos, que por sus especiales condiciones, tanto físicas como mentales, no podían testar ni ser testigos en la ejecución del testamento.

---

<sup>41</sup> La *lex Falcidia* (40 a.C.) arbitró una limitación tan eficaz de los legados que las anteriores disposiciones cayeron en desuso. Esta ley, aún en vigor en Derecho justiniano, prohibió que el testador pudiese legar más de las tres cuartas partes de la herencia, reservando la cuarta parte restante (*quarta Falcidia*) al heredero, animándolo así a aceptar (Gayo 2, 227). [www.derechoromano.es](http://www.derechoromano.es)

<sup>42</sup> D. 29. 1.1, *Ulpianus 45 ad ed: Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus iulius caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus titus dedit: post hoc domitianus: postea divus nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. caput ex mandatis: " cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris".*

En las últimas épocas del derecho JUSTINIANO se reconocieron varias formas de testar, junto con las ordinarias, que permitían a esos ciudadanos romanos con condiciones especiales, poder disponer de testamento. Asimismo, estas formas de testar estaban destinadas también, para varias situaciones que afectaban a todos los ciudadanos por igual, es el caso de conflictos armados y epidemias.

Estos tipos de testamentos son de carácter extraordinario, y son; el testamento del ciego, el testamento del analfabeto, el testamento hecho en el campo, el testamento en tiempos de epidemia o *Pestis Tempore* y por último, el *Testamentum parentum inter liberos*. Cabe destacar, que el derecho Justiniano reconoce al *testamentum militis* o testamento militar como forma extraordinaria.

A continuación, expondremos detalladamente cada uno de ellos.

### 3.7.1- Testamento del ciego.

Esta forma de testar fue creada por el Emperador JUSTINO, que la reguló en la Constitución del año 521<sup>43</sup> y que posteriormente fue acogida por JUSTINIANO<sup>44</sup>:

C. 6. 22. 8. pr.- *Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis seu morbo vel ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceat, deinde exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis unciis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. iustinus a. demostheni p p. a 521 d. k. iun. constantinopoli iustiniano et valerio cons.*

---

<sup>43</sup> C. 6, 22, 8.

<sup>44</sup> I. 2, 12, 14.

Esta clase de testamento debía hacerse de forma oral. El testador dictaba ante la presencia de siete testigos su última voluntad, es decir, dictaba el testamento de forma oral. Además de los siete testigos, se requería la presencia de un *tabularius*, lo que a día de hoy consideraríamos como un funcionario del Registro Notarial, es decir un archivero<sup>45</sup>, que debía redactar por escrito las disposiciones dictadas por el testador. No obstante, consideramos que el *tabularius* también puede considerarse un antecedente histórico de lo que hoy en día conocemos como el Notario<sup>46</sup> ya que ambos desempeñan funciones muy similares. El ciego podía también dictar su última voluntad a un tercero, pero el texto debía ser leído por el *tabularius* o en caso de ausencia de éste, por un octavo testigo.

Un pequeño inconveniente que presentaba esta clase de testamento es su privacidad. El testamento del ciego no era secreto ya que las disposiciones hechas por el testador eran conocidas por los testigos y por el *tabularius*.

Por otra parte, el ciudadano sordo mudo también podía testar pero solo si el testamento había sido confeccionado antes de que se produjese su invalidez, ya que los sordo-mudos de nacimiento eran totalmente incapaces de testar.

### **3.7.2- Testamento del analfabeto.**

En la época clásica del derecho romano, quién no sabía escribir ni leer no tenía la facultad de testar, por tanto, el Emperador THEODOSIO (408 d.C-450 d.C) decidió crear este tipo testamento para los analfabetos.

*Nov. Theod. 16, 3: Quod si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus*<sup>47</sup>

El testamento especial para los analfabetos debía ser escrito, y requería, como en el caso anterior, la presencia de un octavo testigo. Éste último testigo debía firmar el

---

<sup>45</sup> FERNANDEZ ROMERO, I., “*Tabularium: el archivo en la época romana*”, en *Anales de Documentación*, Madrid, 2003, pp. 59-70.

<sup>46</sup> [www.notariado.org](http://www.notariado.org)

<sup>47</sup> Nov. Theod. 16, 3.

testamento por el testador, para que éste fuese válido, dando fe de todo lo estipulado en el texto.

### 3.7.3- Testamento hecho en el campo.

Esta forma de testar estaba regulada en una constitución del Emperador JUSTINIANO del año 534 d.C<sup>48</sup> y exigía menos solemnidades.

*C. 6. 23. 31 pr.: Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est litterarum peritia quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? ideo ad dei humanitatem respicientes necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire.*

El testamento hecho en el campo o *testamentum rure conditium*, se trataba de una clase extraordinaria de testar que solamente se podía realizar en el campo o en lugares alejados de la civilización, y donde resultaba más complicada la presencia de “*hombres letrados*”<sup>49</sup>.

Éste se realizaba de forma oral y ante la presencia de cinco testigos. No obstante, si se realizaba por escrito los testigos que sabían escribir firmaban por los que no sabían, siempre que todos los testigos estuviesen presentes, para dar fe de la voluntad última del testador. En el caso de que ninguno de los testigos presentes supiese escribir o no pudiesen hacerlo, el testamento seguía siendo válido siempre que los testigos afirmasen bajo juramento, después de la muerte del testador, que el texto era legal.

### 3.7.4- Testamento en tiempos de epidemia.

---

<sup>48</sup> CJ. 6, 23, 31. *Imperator Justinianus*

<sup>49</sup>RASCÓN, C., *Síntesis...*, op. cit., p. 351.

Modalidad de testar introducida por DIOCLECIANO en su constitución del año 290 d.C.,<sup>50</sup> el cuál al igual que el *testamentum rure conditium* reducía las formalidades exigidas.

*Cod. Dio, 6. 23. 8 pr: Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitatis perempta est.*

El *testamentum pestis tempore*, como su propio nombre indica, se realizaba en lugares infestados por algún tipo de epidemia, la más común en aquella época era la peste. No era necesario que el testador estuviese infectado al momento de realizar el testamento, simplemente con que en aquella época existiese la epidemia era suficiente.

Para evitar el contagio de la enfermedad causante de la epidemia, como medida de precaución, no se requería de la presencia conjunta de los siete testigos, es decir, esta clase de testamento afectaba de manera directa al requisito solemne de la unidad de acto.

### **3.7.5- Testamentum parentum inter liberos.**

Esta clase de testamento fue regulada en una constitución de CONSTANTINO del año 324<sup>51</sup>, posteriormente acogida por TEODOSIO II<sup>52</sup> y finalmente, con ciertas modificaciones, por JUSTINIANO<sup>53</sup>.

En el *testamentum parentum inter liberos* el testador instituía como herederos a sus propios hijos. De esta forma el padre testador podía regular a su antojo la sucesión de sus hijos. Simplemente bastaba que el testador, de su puño y letra, escribiese el nombre de los hijos que deseaba que fuesen sus herederos, la cuota correspondiente a cada uno de ellos, la fecha del día que se realizaba el acto solmene y su firma en el testamento. Cabe destacar, que no se admitían atribuciones a extraños, no obstante, en la época del emperador JUSTINIANO, esta situación cambió, estableciendo la necesidad de la

---

<sup>50</sup> C. 6, 23, 8.

<sup>51</sup> C. Th. 2, 24, 1.

<sup>52</sup> Nov. Th. 16, 1, 5.

<sup>53</sup> Cfr. Nov. 107.

conurrencia de siete testigos, en los casos de atribuciones singulares a terceros ajenos<sup>54</sup>.

Una vez expuesto todo lo anterior, en relación a la sucesión testamentaria en la antigua Roma, en el siguiente apartado de nuestro estudio analizaremos las diversas similitudes y diferencias existentes entre el derecho sucesorio de la Roma antigua y nuestro Derecho Civil actual. Haremos referencia al concepto de testamento y a sus diversas características y los diferentes tipos de testamentos existentes a día de hoy, los cuales son un fiel reflejo del Derecho sucesorio romano.

#### **4.- APROXIMACION A UNA COMPARACION DEL TESTAMENTO EN EL CODIGO CIVIL ACTUAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO ROMANO.**

##### **4.1-Concepto de testamento en el Código Civil actual.**

En la actualidad, el concepto de testamento lo podemos encontrar en nuestro Cc, más concretamente en su art.667 el cual afirma que *el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.*

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de noviembre de 1958, establece otra versión del concepto de testamento al afirmar que *el testamento es un acto o negocio jurídico solemne, unilateral y esencialmente revocable, otorgado por persona capaz con la intención seriamente declarada de producir, para después de la muerte de su autor, consecuencias eficaces en Derecho*<sup>55</sup>.

A diferencia del concepto ofrecido por el Cc, ésta última noción de lo que es el testamento es mucho más extensa y nos define cuáles son sus características esenciales. La doctrina, en este sentido, es partidaria del concepto elaborado por el TS, al considerar el artículo del Cc inexacto, incompleto e inútil. De esta manera, *“no es completo, porque olvida recoger los caracteres esenciales del testamento, de los cuales depende su validez y eficacia. No es exacto, porque atribuye al testamento un sentido exclusivamente*

---

<sup>54</sup> Cfr. Nov. 107..

<sup>55</sup> VV.AA. (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.): *Compendio...*, op. cit., p. 69.

*patrimonial, cuando en realidad puede contener disposiciones o declaraciones relativas a las personas (...). Finalmente, no es útil, porque la definición legal no tiene ninguna aplicación práctica, y sus supresión en nada perjudicaría la economía del Código*<sup>56</sup>.

Queda patente pues, que el concepto de testamento que nos ofrece el TS es más completo y posiblemente más acertado, al definir los diferentes caracteres del mismo y ciertos requisitos de los cuales depende su validez, no obstante, el artículo 667 del Cc define el testamento de forma más escueta, pero como más adelante podremos ver, los diversos caracteres y requisitos del testamento (que sí reúne la definición del TS) los encontraremos recogidos en los diferentes artículos del texto normativo civil.

Si comparamos las definiciones de nuestro derecho actual, ofrecidas tanto por el Cc como por el TS, con el concepto de testamento del antiguo Derecho Romano, elaborado por diferentes juristas de la época, podríamos llegar a afirmar que pese gran diferencia temporal existente, no existen, bajo nuestro punto de vista, grandes diferencias entre uno y otro.

El testamento sigue siendo a día de hoy un acto de última voluntad emitido por una persona capaz, después de su muerte, en el cuál destina todos o parte de sus bienes a ciertas personas, llamadas herederos. Definición muy próxima a la ofrecida por los antiguos juristas romanos. No obstante, debemos dejar patente que ciertas características, formalidades y requisitos de los testamentos romanos han ido evolucionando y adaptándose a nuestros días.

## **4.2 Requisitos para la validez del testamento.**

El TS en su Sentencia de 24 de noviembre de 1958<sup>57</sup>, en la cual nos define el concepto de testamento, hace referencia a un de los requisitos más importantes para que éste sea válido, y que, no obstante, el Cc no anota en su definición del art.667 pero si en el art.662 del mismo, nos estamos refiriendo a la capacidad para hacer testamento y para heredar, lo que en el antiguo Derecho romano se conocía como la *testamenta factio activa*

---

<sup>56</sup> VV.AA. (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.): *Compendio..., op. cit.*, p. 69.

<sup>57</sup> VV.AA. (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.): *Compendio..., op. cit.*, p. 69.

y pasiva.

El art. 662 establece que *pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*. Actualmente todo el mundo está capacitado para testar, las personas que no tienen esa capacidad son una excepción. Antiguamente, en el Derecho Romano, como bien sabemos, no todo el mundo estaba capacitado para disponer en testamento, solamente podían los ciudadanos romanos *sui iuri*. Ni los locos, ni los impúberes, ni los esclavos, ni las mujeres podían testar, no obstante estos dos últimos, en épocas posteriores se les concedió tal privilegio bajo ciertas condiciones<sup>58</sup>.

Actualmente, nos encontramos en un Estado Social, Democrático y de Derecho en el cual prima la igualdad entre todas las personas, y la no discriminación de ningún tipo. Por tanto, las incapacidades a la hora de testar que encontramos reflejadas en nuestro Código actual están referidas a la capacidad de obrar de las personas, y no al hecho de pertenecer a un sexo u otro, o a la raza de las mismas.

Por tanto, según nuestro Cc estarán incapacitados para testar, *los menores de 14 años de uno y otro año y el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*. Así lo establece el art 663 Cc. No obstante, debemos destacar, en el mismo sentido que el autor LASARTE<sup>59</sup>, que la edad mínima para poder testar en el caso del testamento ológrafo es de 18 años, y no de 14 como indica el Cc para las demás formas testamentarias.

No obstante, es cierto que encontramos ciertas personas que tanto en la antigua Roma como en nuestro Derecho actual carecen de capacidad para testar, ya sea por la edad o por sus condiciones mentales e incluso físicas, ya que existe cierto testamento, el cerrado, que no puede ser realizado por los ciegos, y tampoco por los analfabetos (art 708 Cc)

Por otra parte, en cuanto a la institución de heredero, es decir, la *testamenta factio pasiva*, en el antiguo Derecho Romano era de suma importancia, ya que si se omitía la cláusula testamentaria de la institución de heredero, el testamento era totalmente nulo<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> BETANCOURT, F., *Derecho Romano... op. cit.*, p. 533.

<sup>59</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones: Principios del derecho civil*, Madrid, 2007, p. 54.

<sup>60</sup> RASCÓN, C., *Síntesis...*, *op. cit.*, p. 347.

En aquella época no tenían la *testamenta factio pasiva*, los herejes, los hijos de los reos condenados por alta traición, las mujeres (no obstante, en épocas posteriores se les permite ser herederas), las personas inciertas tampoco podían serlo, ni los extranjeros, exceptuando los *latini*. Por tanto solo podían ser instituidos como herederos, los ciudadanos romanos libres, con capacidad de obrar y *paterfamilias*, aunque también lo podían ser los esclavos, siempre y cuando se les manumitiese<sup>61</sup>.

En la actualidad, el testador puede instituir como heredero a quién él quiera, siempre respetando el sistema de las legítimas que existe en nuestro Derecho Civil, el cual establece que si el causante tiene descendientes, ascendientes o cónyuge, ciertas partes o cuotas de la herencia van dirigidas a ellos obligatoriamente<sup>62</sup>. De este modo, con la parte o cuota que resta el testador podrá designar como herederos a quién él considere, ya sea a personas físicas como jurídicas.

En este sentido cabe destacar que la institución del heredero no es un requisito esencial en la actualidad, así lo dispone el art. 764 del Cc al afirmar que *el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos*. He aquí la diferencia más destacable entre ambas formas de testar. Antiguamente en el Derecho romano era fundamental la institución del *heres* para que el testamento fuese válido, y sobre todo para que el legado familiar continuase a lo largo de los siglos, a ser posible, dentro de la propia familia.

En otro sentido, destacamos que existen ciertas personas que el Cc no acepta como herederos, así viene establecido en varios artículos del texto normativo. Así, por ejemplo, en el art 752 Cc establece que *no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad en favor del sacerdote que en ella le hubiese confesado, de los parientes del mismo dentro del cuarto grado, o de su iglesia, cabildo, comunidad o instituto*. Por tanto en este caso los sacerdotes no pueden ser

---

<sup>61</sup> DAZA MARTINEZ, J y RODRIGUEZ ENNES, L: *Instituciones de derecho...*, op. cit., p. 491.

<sup>62</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...* op. cit., p. 8.

herederos.

Otro caso es el del art.753 del Cc, el cual nos dice que *Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.* En este caso se refiere al testador.

Por último el art.754 del Cc establece que *El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.*

El motivo por el cual estas personas no pueden ser instituidas como herederos es por su gran capacidad para alterar la última voluntad del testador a su favor. Estas personas, al convivir con el causante poco antes de su muerte, ostentan un poder de captación que puede determinar la voluntad última del testador.

Por último, no podemos olvidarnos de uno de sus requisitos más cambiantes, y es que durante las diferentes épocas del derecho romano antiguo y sus diversas clases de testamentos, las diversas formalidades y solemnidades han ido variando conforme al paso del tiempo. El carácter formal y solemne al que hacemos referencia, es muy relativo. En la actualidad, claro está, no se observan las mismas solemnidades que en el Derecho de la época del Emperador JUSTINIANO.

En la antigua Roma, todas las formalidades y solemnidades eran primordiales para que el testamento desplegara todos sus efectos. A día de hoy, también se considera nulo el testamento que no respete las formalidades establecidas para su confección así lo establece el art. 687 del Cc, tales como la omisión de la institución del heredero en el testamento, o la falta de capacidad del testador, no obstante, éstas no son tan rigurosas ni tan numerosas como las que encontrábamos en el Derecho Romano antiguo.

Todo esto, lo veremos más detalladamente cuando analicemos las diversas clases de testamentos existentes a día de hoy.

Por último, debemos destacar la existencia de cierta clase de testamentos que en nuestra legislación actual están prohibidos. Nos estamos refiriendo al testamento mancomunado y el hecho por comisario o mandatario, así lo establecen los arts. 669 y 670 del Cc. Por tanto, todo testamento que contenga tales formas será totalmente nulo.

### **4.3 Características del testamento actual.**

De la misma forma que en el Derecho Romano antiguo, las características de los testamentos actuales guardan mucha relación y semejanza con las antiguas formas de testar. Pese a la gran cantidad de siglos que separa a ambas formas de testar, podremos observar que muchas de las características del testamento romano antiguo se conservan a día de hoy.

La primera característica es, que el acto jurídico por el cual el causante dispone de todo o parte de su patrimonio, es un acto *mortis causa*. Es decir, a efectos de disponibilidad de los bienes, derechos y obligaciones habilitados en el testamento, es necesaria la muerte del testador. La muerte del causante es un hecho jurídico, sin el cual el testamento no produce todos sus efectos jurídicos, así queda establecido en el art.667 del Cc. Esta característica fundamental y por otra parte, condición necesaria (en lo que respeta a la muerte del causante), lo era también en el Derecho Romano antiguo.

Otra de las características, a la cual ya hemos hecho referencia al principio de nuestro estudio, es que se trata de un acto unilateral. El testador, por sí mismo, realiza y otorga el testamento sin la intervención de ningún intermediario en el proceso, sin perjuicio, de la intervención del Notario o de ciertos testigos, los cuales están habilitados para dar fe de la libre voluntad del testador. Del mismo modo que se trata de un acto unilateral, el testamento, es también un acto unipersonal. Es decir, no cabe que dos personas testen a la vez, o que dispongan en un mismo testamento su última voluntad, así lo establece el art.669 del Cc: *No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.*

No obstante, en algunas comunidades, sus legislaciones forales, permiten testar mancomunadamente a los cónyuges, así lo establece el art.94 y ss. de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la Ley 199 y ss. del Fuero Nuevo de Navarra, y los arts. 49 y ss. de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco<sup>63</sup>.

Otra característica muy similar a las dos anteriores, es que el testamento se considera un acto personalísimo. Muy en consonancia a lo dicho anteriormente, el testador, por sí mismo, tendrá que destinar sus bienes y nombrar a sus herederos sin la intervención de cualquier otra persona, así lo establece el art.670.1 del Cc. señalando que *el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*

Del mismo modo, en el siguiente párrafo añade que *tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.*

No obstante, en el art.671 del Cc. observamos una posible excepción a lo comentado en el párrafo anterior, y es que el mencionado artículo nos dice que *podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.* Lo cual nos hace pensar que un tercero si puede llegar a intervenir en el destino de los bienes del testador e incluso modificar la voluntad última de éste.

No obstante, como bien señala el autor LASARTE *no puede considerarse una excepción a lo dicho, pues verdaderamente la asignación hereditaria ha sido ya realizada por el testador, quien se limita a encomendar a un tercero que determine cómo han de distribuirse los bienes*<sup>64</sup>... Como podría ser el caso del cónyuge viudo el cual tiene la misión de distribuir los bienes del difunto entre los hijos, así los establece además, el Cc en su art. 831.

---

<sup>63</sup> VV.AA. (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.): *Compendio...*, op. cit., p. 71.

<sup>64</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 53.

Por otra parte el testamento, al igual que en la antigua Roma, era considerado un acto jurídico libre. Nos referimos al hecho, de que el testador debe manifestar su última voluntad, de forma espontánea, de propio impulso, sin ningún tipo de condicionante. Así lo establece el art.673 del Cc, señalando que *será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude.*

Otra de las características que ha perdurado en el tiempo, es la revocabilidad del testamento. Ya en la antigua Roma, el testador podía modificar su testamento en el momento que quisiese antes de su muerte. A día de hoy también cabe tal posibilidad, y así lo afirma el art.737, al disponer que *Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquéllas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento, si no la hiciera con ciertas palabras o señales.*

## **5.- ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LAS ANTIGUAS FORMAS DE TESTAR Y LAS DEL DERECHO CÍVIL ACTUAL.**

Una vez analizados los diferentes requisitos y características del testamento, necesarios para que de éste puedan surtir todos sus efectos y sea plenamente válido, pasaremos a analizar en este apartado los diferentes testamentos que existen en la actualidad y que están reflejados en nuestro Cc, comparándolos con los ya descritos testamentos del Derecho Romano antiguo.

Nuestro Cc actual intenta clasificar los diferentes tipos de testamentos existentes en dos grupos, por una parte está el testamento común, el cual *puede ser ológrafo, abierto o cerrado*, y por otra parte el testamento especial, el cual puede ser *militar, marítimo y el hecho en país extranjero*. Así lo establecen los arts. 676 y 677 Cc.

### **5.1- Formas comunes.**

Como ya habíamos adelantado anteriormente las formas comunes de testamento existentes en la actualidad están recogidas en el Cc. El art.676 en su segundo párrafo

establece que *El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado*. Como podemos ver, no existe una gran cantidad de formas de testar como en el antiguo Derecho Romano, no obstante, guardan mucha relación unos con otros pese al tiempo que les separa.

### 5.1.1- Testamento ológrafo.

El testamento ológrafo, como bien señala LASARTE<sup>65</sup>, equivale a autógrafo. Esta forma testamentaria la encontramos recogida en el art.678 del Cc, el cual dispone que; *Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688*. Es decir, el testamento ológrafo es un documento testamentario caracterizado por estar íntegramente escrito por el propio testador, sin la intervención de terceros. Según el mismo autor, esta clase de testamento *tiene una relativa presencia práctica, sobre todo, por las facilidades y ventajas que presenta su redacción para el testador*<sup>66</sup>.

Sus requisitos los podemos encontrar en el art.688 del Cc, el cual establece que; *1.El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. 2. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión de año, mes y día en que se otorgue. 3. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. 4. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma*.

El testador ha de ser mayor de edad, no caben los menores emancipados, como en otros supuestos donde sí se permiten a los menores de 14 años la posibilidad de realizar testamento, ya que según ciertos autores, a estas edades *no suele la caligrafía estar totalmente formada*<sup>67</sup>.

Queda totalmente claro, por otra parte, que el testador sabe y puede escribir y leer, ya que el texto testamentario debe ser escrito íntegramente por él mismo. Por tanto, el testamento ológrafo exige que el testador sea mayor de edad y capaz, y que sepa leer y escribir.

---

<sup>65</sup> LASARTE, C., Derecho de Sucesiones..., *op. cit.*, p. 72.

<sup>66</sup> LASARTE, C., Derecho de Sucesiones..., *op. cit.*, p. 73.

<sup>67</sup>VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, *op. cit.*, p. 98.

Esta forma de testar presenta varias ventajas, entre las cuales podemos destacar que es barato, pues no se exige intervención notarial. Su contenido es secreto, el testador podrá redactar su última voluntad sin que nadie la sepa, ya que no se exige la presencia de Notario ni de testigos. Es práctico y fácil de confeccionar, ya que el testador tiene total libertad para redactar el texto, siempre y cuando se respeten unos requisitos mínimos. Y por último, supone una ventaja para los extranjeros, ya que les permite la posibilidad de testar en su propio idioma.

No obstante, el testamento ológrafo presenta también ciertos inconvenientes, ya que al no exigirse la presencia de un Notario, el cual tiene por misión dar fe de todo lo dispuesto en el texto y de darle publicidad registral anotándolo en el Registro General de Actos de Última Voluntad, hace que el testamento pueda resultar desconocido para los herederos, pudiéndose llegar a la sucesión intestada por falta de conocimiento de la existencia del testamento ológrafo<sup>68</sup>. Por otra parte, la posibilidad de la captación de la voluntad última del testador, por parte de terceros interesados en la herencia, es mayor, ya que no se requiere la presencia de testigos ni de Notario, así lo considera el profesor FERNANDEZ DOMINGO<sup>69</sup>.

En cuanto a los requisitos formales destacamos la necesidad de que el testamento este totalmente escrito por el testador. No cabe la posibilidad de que ciertas partes del mismo estén redactadas por otra persona. Así lo dispone el art.688 del Cc, el cual recalca que *para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador (...)*. Del mismo modo tendrá que estar firmado por el propio testador.

El mismo art.688 del Cc continua diciendo que el testamento deberá contener *el año, mes y día en que se otorgue*. Es decir, se recogerá la fecha en que se otorgue el testamento.

Por último, el art.688 del Cc en su párrafo tercero, añade que si el testamento *contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma*. En caso de que las palabras enmendadas o tachadas, no estén salvadas con la firma del testador, y estas afectasen a la voluntad del mismo, el testamento sería nulo.

---

<sup>68</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, op. cit., p. 97

<sup>69</sup> FERNANDEZ DOMINGO, J. I., *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, p. 45.

Por lo que se refiere al antiguo Derecho Romano, el testamento ológrafo, o como ellos lo llamaban, *per holographam scripturam*, aparece por primera vez en una Constitución hecha en Roma el 26 de diciembre del año 446<sup>70</sup>, por los Emperadores TEODOSIO II y VALENTINIANO III, época del Derecho postclásico, donde se diferenciaban los testamentos entre privados y públicos. Esta clase de testamento nació de la necesidad de querer testar de una forma más privada y secreta, y de la imposibilidad de conseguir testigos suficientes para otorgar válidamente el testamento.

Ante la posibilidad de que los ciudadanos romanos pudiesen morir intestados, los Emperadores TEODOSIO II y VALENTINIANO III, acordaron la validez del testamento redactado íntegramente por el testador. Así pues, en la Nov. de VALENTINIANO III donde se recoge todo lo estipulado en aquella Constitución del año 446, establece que:

*Nov, Val. 21. 2, 1: Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, Mansura iugiter lege decernimus, tu, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem*<sup>71</sup>.

Es decir, que si cualquier persona prefiere establecer su última voluntad a través de la escritura ológrafa, podrá hacerlo.

*Nov, Val. 21. 2, 1: Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitris. Multis enim casibus saepe contingit, tu morientibus testium nuemrus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae*

---

<sup>70</sup> MOMMSEN. TH. y MEYER. P., *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, Berlín, 1962. P. 110.

<sup>71</sup> Nov. Val 21.2.1 *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege decernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere, quos voluerint, non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui, velut obsessos, conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitris: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficet heredi, adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstrat, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipuius sanctiones, tu in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.*

*deficientis pericula causatio si propriae manus literis scribere, quo voluerint, non sinantur heredes.*

Este precepto nos viene a decir, que la decisión de establecer este tipo de testamento radica, como bien hemos comentado anteriormente, en la probabilidad de morir intestado ante la imposibilidad de encontrar los testigos necesarios, y en el respeto absoluto a la última voluntad concedida al testador.

En cuanto a los requisitos exigidos en el testamento ológrafo de la antigua Roma, debemos señalar que la mayoría de ellos coinciden con los requisitos actuales de dicho testamento.

En primer lugar, cabe destacar que el testamento ológrafo se trataba de un acto de última voluntad escrito íntegramente por el testador. Ningún tercero debía interferir ni redactar ninguna disposición contenida en el mismo. Así los establece el art 688 de nuestro Cc. Del mismo modo se estipula en la Nov. de VALENTINIANO III

*Nov, Val. 21, 1. 1: (...)quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem (...) si holographa manu testamenta condantur, probata scripturae veritate mittatur<sup>72</sup>.*

En cuanto al idioma en el que debe ser redactado el testamento, en el texto constitucional VALENTINIANO III, no hace referencia a la obligatoriedad o necesidad de redactar el texto en ningún idioma concreto. Por tanto, al igual que nos dice nuestro Cc, el testamento ológrafo podrá redactarse en cualquier idioma.

En segundo lugar, destacamos que el contenido de este tipo de testamento era secreto, tanto en el derecho Romano antiguo como en la actualidad. El causante es el único que conoce lo estipulado en el texto testamentario hasta el momento de su apertura y publicación.

En tercer lugar, en lo referido a los testigos, era requisito esencial en todos o en la

---

<sup>72</sup>Nov, Val 21.1.1

mayoría de los testamentos de las diferentes épocas del Derecho Romano, y tenía una finalidad probatoria. No obstante, el testamento ológrafo se creó a raíz de la imposibilidad de reunir los testigos necesarios, así lo establece SAMPER PAOLO al afirmar que *como se observará la facultad de hacer testamento ológrafo en la Novela de Valentiniano es amplia, a pesar de que los ejemplos enumerados podrían inducir a creer que sólo es posible en los casos en que por las circunstancias resulta difícil contar con testigos*<sup>73</sup>, por tanto este tipo de testamento no requería la presencia de ninguno de ellos.

En cuarto lugar, destacamos la necesidad de la firma autógrafa hecha por el propio testador, para dar valor probatorio a todo lo consignado en el testamento. En la época de VALENTINIANO III, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, no se exigía la *subscriptio* a modo de requisito *ad substantiam*, es decir, a efectos probatorios no era requisito esencial la firma del causante, solo era suficiente la escritura de todo el testamento de puño y letra por parte del testador, así queda establecido en la Constitución de JUSTINIANO del año 530<sup>74</sup>.

*Cod, Just. 6. 23. 28. 6: Cum autem constitutione, quae de testamentis ordinandis processit, cavetur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur et subscriptio a testatore fiat vel alio pro eo, et constitutio sic edixit: "octavo subscriptore adhibito", et quidam testamentum suum omne manu propria conscepsit et post eius litteras testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt aliaque omnia sollemniter in testamento peracta sunt et testamentum ex hoc, de quo dubitatur, irritum factum est, eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit et hoc specialiter in scriptura reposu erit, quod sua manu hoc confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura et non alia subscriptio requiratur neque ab eo neque pro eo ab alio, sed sequantur huiusmodi scripturam et litterae testium et omnis quae expectatur observatio, et sit testamentum validum, et codicillus. Si quinque testium litterae*

---

<sup>73</sup>SAMPER POLO, F., "La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar", en Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 1968, pp. 99-100.

<sup>74</sup>C. 6.23.28.6.

*testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneat, et nemo callidus machinator huiusmodi iniquitatis in posterum inveniatur.*

Por último, tampoco se exigía la fecha, es decir, no era requisitos para la eficacia del testamento. En el texto de la *Novella* de VALENTINIANO III omiten toda referencia a la fecha, a efectos probatorios o de eficacia del testamento. Por tanto, en esta época tanto la firma como la fecha no eran requisitos esenciales para que del testamento surgiesen todos sus efectos, todo lo contrario de lo que sucede en la actualidad, donde la ausencia de estos requisitos vicia de nulidad el testamento.

### **5.1.2- Testamento abierto.**

El Cc actual define en su art.679, el testamento abierto de la siguiente forma: *Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.*

En los art.694 y ss del Cc, se establecen los diferentes requisitos exigidos para la total validez del acto jurídico. Estos requisitos los podemos diferenciar en dos grupos, los requisitos subjetivos y los formales.

En cuanto a los requisitos subjetivos, se precisa la concurrencia del testador, los testigos y del Notario *hábil*<sup>75</sup>. En cuanto al testador, debe tener plena capacidad para otorgar testamento, establecida en el art.662 y ss del Cc, y que sea identificado, arts. 685 y 686 Cc. Por otra parte, deberán concurrir al acto dos testigos, cuando el testador no sepa o no pueda firmar el testamento, cuando este sea ciego o no sepa leer, o cuando lo soliciten el testador o el Notario. Por último, según el art.694 *El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.*

Por otra parte, tenemos los requisitos formales o solemnidades exigidas para este tipo de testamento. Según el art.695.1 Cc *El testador expresará oralmente o por escrito*

---

<sup>75</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, op. cit., p. 92.

*su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos.*

Lo que viene a decirnos este precepto, es que el testador tendrá que manifestar por sí mismo la voluntad de otorgar testamento, el cual deberá estar redactado y leído por el Notario. Una vez leído el texto, el testador tendrá que aprobar su contenido, afirmando que coincide con su voluntad última. El testador tendrá que firmarlo, y si este no puede hacerlo, lo hará uno de sus dos testigos. Otro requisito fundamental es la unidad de acto, es decir, *todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.* Así lo establece el art.699 del Cc. El acto testamentario tendrá que realizarse de una sola vez y sin interrupciones, ya que la inobservancia de este requisito viciará de nulidad el testamento. No obstante, cabe destacar que el TS considera que *la unidad de acto no abarca todas las formalidades testamentarias, sanó, únicamente desde la lectura del testamento hasta la autorización por el notario*<sup>76</sup>.

Como ya hemos visto este tipo de testamento presenta ciertos requisitos indispensables para que su otorgamiento sea totalmente válido. A su vez, gracias a dichos requisitos, este tipo de testamento presenta ciertas ventajas con respecto a los demás, ya que cuenta con la garantía de la intervención del Notario, el cual lo depositará en el Registro correspondiente, dotándolo así de la fuerza propia de los documentos públicos. Por otra parte, otra de sus múltiples ventajas es que no está sujeto a plazos de caducidad.

No obstante, varios autores consideran que el testamento abierto presenta el inconveniente *de que el testador tiene que dar a conocer sus disposiciones no sólo al*

---

<sup>76</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 8952/1987 de 10 de abril de 1987.

*Notario (...), si no a los testigos también, lo cual suele ser peligroso*<sup>77</sup>.

En cuanto a sus antecedentes históricos en el Derecho romano, el testamento abierto actual guarda muchas similitudes con los antiguos testamentos romanos, incluso podríamos llegar a considerar la *nuncupatio* su más antiguo precedente, ya que este acto se hacía públicamente y en voz alta ante la presencia de testigos.

En cuanto a las clases de testamentos romanos más antiguos y que más se asemejan al testamento abierto actual, destacamos el *in calatis comitis*, el cual se celebraba ante la presencia del pueblo dos veces al año, y el testamento *per aes et libram*, en el cual se realizaba la solemnidad del bronce y la balanza.

Por otra parte, en la época del derecho postclásico apareció el *testamentum apud acta conditium*, el cuál guarda muchas semejanzas con el actual, y que consistía en un acto de carácter público que se realizaba de forma oral ante la presencia de la autoridad judicial, la cual tenía la misión de protocolizar la última voluntad del testador redactándola en un documento que sería custodiado en los registros oficiales de la época, labor que hoy en día pertenece al Notario.

En esta época, la del derecho Postclásico, encontrábamos también el testamento privado abierto, que del mismo modo que testamento abierto actual debía ser redactado, aunque en este caso por el testador, y no por un Notario hábil como en la actualidad. Aunque lo que más caracterizaba este tipo de testamento fue, al igual que el testamento abierto actual, la unidad de acto. Éste acto debía realizarse todo de una vez y sin ningún tipo de interrupción.

A su vez, debemos destacar el testamento *tripertium*, que aunaba todas las características del *ius civile*, del Derecho Pretorio y del Derecho Imperial, es decir, se recogía la exigencia de la presencia de los testigos y de que se practicasen las solemnidades de una sola vez y sin interrupción (*unitas actus*)<sup>78</sup>, características del *ius civile*. Del derecho pretorio se tomó como requisito indispensable, la obligación de estampar los sellos y el número de los testigos. Por último, los requisitos de las

---

<sup>77</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>78</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 732.

Constituciones Imperiales que el *Tripertitum* conservó fueron la obligación de la firma del testador, y de los testigos.

Por tanto, podemos considerar que el testamento abierto actual no guarda relación con un único testamento romano antiguo, sino que viene inspirado por varias formas de testar existentes en la época, ya que de los testamentos *in calatis comitis* y *per aes et libram* recoge su carácter oral y público, ya que se celebraban ante el pueblo y a viva voz.

Por otra parte, de la época del derecho postclásico, el *testamentum apud acta conditium*, podríamos considerar que es el que más se asemeja al actual, ya que se realizaba de forma oral ante la autoridad judicial, la cual debía redactar la última voluntad del causante y archivarla en el registro correspondiente. No obstante, este acto testamentario carecía de ciertos requisitos característicos del actual testamento abierto, tales como la unidad de acto, la presencia de testigos o la firma del testador. Dichos requisitos, a excepción de la firma del causante, si estaban presentes en el testamento privado abierto de la época, no obstante el documento testamentario no se protocolizaba y por tanto no se guardaba en ningún registro.

Por último, cabe destacar el testamento *Tripertitum*, el cuál recogía todas las características anteriormente mencionadas, a excepción de la protocolización del texto testamentario y su posterior archivo en los registros oficiales de la época.

### **5.1.3- Testamento Cerrado.**

El testamento cerrado, como su propio nombre indica, es un acto jurídico en el cual el causante dispone sus bienes en un escrito que tendrá que cerrarse en un pliego, ocultando así su contenido hasta el momento de la muerte del testador.

El art.680 del Cc dispone que *el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han autorizado el acto.*

Al igual que en el testamento abierto, el testamento cerrado necesita ciertos requisitos para que éste sea totalmente eficaz y puedan surtir de él todos sus efectos.

En cuanto a sus requisitos subjetivos, al igual que en el testamento abierto, es necesaria la concurrencia del testador, de un Notario hábil y dos testigos.

El testador deberá tener la capacidad para otorgar testamento. De esta manera, atendiendo al art.708 del Cc no podría realizar testamento ni los ciegos, ni aquellas personas que no saben o no pueden escribir. No obstante el art.709 dispone que *Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1. ° El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706. 2. ° Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él. 3. ° A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso.*

En cuanto al Notario, este tendrá que ser hábil, de la misma forma que ocurría con el testamento abierto.

En lo referente a los testigos, ocurre exactamente lo mismo que en el testamento abierto. De este modo el art.707.5 Cc establece que *Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso las personas que deban concurrir, y la autorizará el Notario con su signo y firma. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.* Por tanto deberán intervenir dos testigos si el testador no sabe o no puede firmar el testamento, o si lo solicitan el Notario o el propio testador. (art.707.7 Cc).

Cabe destacar, que en este tipo de testamento existe una figura acuñada por CASTRO LUCINI<sup>79</sup> con el nombre de *amauense*, el cual está reflejado en el art.707.3 del Cc, como *persona ajena* que redacta el testamento a petición del testador. Es decir, en este tipo de testamento cabe la posibilidad de que un tercero, ajeno o no a la voluntad testamentaria, redacte e incluso firme el testamento petición del propio testador.

---

<sup>79</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, op. cit., p. 105.

En cuanto a los requisitos formales, a la hora de redactar el propio testamento el causante tendrá que poner su firma al final del mismo, si ha sido redactado íntegramente por él. En el caso de que no haya sido redactado por el testador, es decir, por *persona ajena*, a la cual hemos hecho referencia en el apartado anterior, ésta misma persona tendrá que firmar todas las hojas del testamento y al pie del mismo, así lo establece el art.706 del Cc.

Una vez redactado, existen una serie de pasos o pautas a seguir establecidas en el art. 707 del Cc, para que el otorgamiento del testamento sea válido. En primer lugar, *El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta, cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta*. Una vez sellado el testamento o sin estar aún cerrado, el testador comparecerá para sellarlo ante Notario.

A continuación, el propio testador ante la presencia del Notario *manifestará [...] por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684, que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego*. Seguidamente *sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*. Por último, será leída el acta y se firmará por el testador y por las personas que deban concurrir, autorizándola con su firma el Notario hábil.

Debemos destacar, que esta forma de testamento actualmente se encuentra en desuso, ya que existen un gran número de formalidades y su apertura y protocolización suponen trámites y gastos<sup>80</sup>.

En cuanto a sus antecedentes históricos, al igual que en el testamento abierto, debemos situarnos en la época de TEODOSIO II y VALENTINIANO III, concretamente en el año 439 d.C, cuando a raíz de la aprobación de una constitución imperial<sup>81</sup> de ese

---

<sup>80</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>81</sup> C. 6, 23, 21.

mismo año, crearon una nueva forma de testar, seguida también en la época de JUSTINIANO.

Esta forma de testar podía ser de carácter público o privado. En cuanto a las formas públicas, como bien hemos señalado en apartados anteriores, teníamos el *testamentum apud acta conditium* y el *testamentum principi oblatum*. Por otra parte, en lo referente a las formas privadas, destacábamos que podía ser oral o escrito, y a su vez el escrito podía ser abierto o cerrado.

Por tanto, en esta época encontrábamos un testamento privado escrito y cerrado que se asemejaba mucho al que tenemos en la actualidad. Este testamento cerrado del antiguo imperio romano consistía en un escrito redactado por el propio testador, sobre unas tablillas enceradas, las cuales las presentaba cerradas antes siete testigos, los cuales debían sellarlas y suscribirlas (poner su nombre) junto con el testador. Todas estas formalidades debían realizarse en unidad de acto, sin ningún tipo de interrupción.

En consecuencia, vemos que el antiguo testamento cerrado no ha cambiado mucho respecto al actual. Si reducimos el número de testigos, añadimos un Notario y sustituimos la suscripción por la firma autógrafa, tendríamos lo que es hoy en día el testamento cerrado<sup>82</sup>.

## **5.2- Formas comunes excepcionales.**

Como bien señalábamos en epígrafes anteriores, en la antigua Roma existían una serie de testamentos que tenían alguna especialidad. Dicha especialidad se debía a que el sujeto que los otorgaba se encontraba en una situación determinada, ya sea por una incapacidad física, mental e incluso jurídica, que le impedía disponer en testamento de una forma normal.

En la actualidad, también podemos encontrar este tipo de testamentos. A continuación los analizaremos detalladamente.

---

<sup>82</sup> Simplificación en la legislación sobre testamentos: Constituciones Imperiales. [www.derechoromano.es](http://www.derechoromano.es)

### 5.2.1- Testamento abierto del ciego y del sordo.

Esta forma de testar la encontramos recogida en el art.697.2 del Cc, el cual dispone que *Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos.2. ° Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.*

Por tanto, cuando el testador sea ciego, sordo, no sepa o no pueda leer, el Notario y los testigos tendrán que hacerlo. Es decir, el testamento se lee dos veces, una por el Notario y otra por uno de los testigos. Posteriormente, el otorgante tendrá que verificar que su última voluntad corresponde a lo establecido en el documento.

En el caso de que el testador sea sordo, el documento debe ser leído por el Notario y por el mismo causante. En el caso de que el testador no sepa o no puede leer, lo hará uno de los testigos, los cuales posteriormente tendrán que firmar que esa es la voluntad del otorgante.

En cuanto a su antecedente romano, encontramos también un testamento especial para ciegos y sordos. Debemos situarnos en la época del Emperador JUSTINO, más concretamente en el año 521 d.C, donde a raíz de una constitución imperial<sup>83</sup> de ese mismo año, se creó esta forma especial de testar.

Esta clase de testamento debía hacerse de forma oral. El testador dictaba ante la presencia de siete testigos su última voluntad. También era necesaria la presencia de un *tabularius*, lo que a día de hoy consideraríamos un funcionario del archivero<sup>84</sup>, no obstante consideramos más acertada la comparación hecha con nuestro Notario actual<sup>85</sup> ya que realiza funciones similares, tales como redactar por escrito las disposiciones dictadas por el testador. El ciego podía también dictar su última voluntad a un tercero, pero el texto debía ser leído por el *tabularius* o en caso de ausencia de éste, por un octavo

---

<sup>83</sup> C. 6, 22, 2.

<sup>84</sup> FERNANDEZ ROMERO, I., *Tabularium...*, op. cit., p. 59-70.

<sup>85</sup> <http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notario/historia-del-notariado>.

testigo.

Por lo tanto, vemos que las dos formas de testar, tanto la antigua como la actual, se asemejan en muchas de sus características, ya que la concurrencia de testigos, siete en la antigua Roma y dos en la actualidad, y la presencia de un Notario o *tabularius*, siguen siendo requisitos indispensables. No obstante, esta clase de testamento solo puede ser abierto, lo que presenta el inconveniente de que los allí reunidos conocían el contenido del mismo.

Por otra parte, en lo que se refiere al testamento del sordo, en el antiguo derecho romano no se permitía testar a los sordos de nacimiento, solo podían llegar a hacerlo si antes el testamento estaba confeccionado antes de que se produjese su incapacidad. En la actualidad los sordos, al igual que los ciegos, están totalmente capacitados para poder testar.

Por último, debemos señalar que el art.697.2 del Cc hace referencia al testador *que no supiese o no pudiese leer*, es decir, lo que se consideraría una persona analfabeta. En derecho romano también existía una clase de testamento para estas personas, más concretamente en la época clásica, el Emperador THEODOSIO<sup>86</sup> (408 d.C-450 d.C), creó esta nueva forma de testar que debía ser escrita, y requería la presencia de un octavo testigo. Éste último testigo debía firmar el testamento por el testador, para que éste fuese válido, dando fe de todo lo estipulado en el texto.

### **5.2.2- Testamento en inminente peligro de muerte.**

Solo en aquellos casos donde el testador se encuentre en peligro inminente y real para su vida, se realizará esta clase de testamento. Así lo dispone el art.700 al señalar que *si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos sin necesidad de Notario.*

Esta clase de testamento requiere ciertos requisitos indispensables para que sea totalmente eficaz, tales como la existencia de un peligro inminente de muerte o como bien

---

<sup>86</sup> Nov. Theod. 16, 3.

expone LASARTE *in articulo mortis*<sup>87</sup>. Con esto nos referimos a la exigencia de una inminencia del riesgo y que sea real. Debe tratarse de una situación de urgencia y por tanto que sea imposible conseguir la intervención de un Notario. En este sentido, esta clase de testamento se tendrá que realizar ante cinco testigos capaces e idóneos, ante la imposibilidad de contar con la presencia del Notario.

No obstante, la imposibilidad de asistencia del Notario deberá ser probada, así lo estableció la sentencia de 22 de marzo de 1983, la cual disponía que *ha de resultarse probado que no pudiera acudir a Notario para otorgar testamento, que es la esencia motivadora de la posibilidad de efectuarlo en la modalidad que autoriza el art. 700 del Código Civil*<sup>88</sup>.

Cabe destacar que el testador, aunque se encuentre en peligro inminente, debe manifestar su voluntad de testar.

Por otra parte, el art.702 del Cc aclara que *se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir*. Por tanto, según el Código esta clase de testamento tendrá que realizarse de forma escrita, so pena de nulidad, no obstante si los testigos o el testador, no saben o no pueden escribir valdrá el testamento oral.

Por último, debemos señalar que esta clase de testamento caduca a los dos meses de salir el testador del peligro de muerte, o si este fallece en dicho plazo y el documento no se ha protocolizado para elevarse a escritura pública en los tres meses siguientes a la muerte del causante (art.703 Cc). En este mismo sentido es requisito esencial que el documento se eleve a escritura pública y se protocolice en la forma establecida en la LEC. (art.704 Cc).

En cuanto a lo que el Derecho romano se refiere, encontramos una clase de testamento muy antiguo que se asemeja al actual en ciertas características. Nos referimos al testamento *in procinctu*. Esta clase de testamento coincide con el actual en que se realizaba cuando los soldados iban a entrar en batalla, es decir, cuando existía un peligro

---

<sup>87</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 69.

<sup>88</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio...*, op. cit., p. 110.

real para la muerte del otorgante. En cuanto a los demás requisitos, no existe parecido alguno, ya que esta forma de testar se realizaba de forma oral ante los soldados allí presentes.

Otra forma que muestra cierto parecido con la forma actual es el *testamentum rure conditium*, o testamento hecho en el campo. Se asemeja con el actual en que, ante la imposibilidad de encontrar hombres letrados, lo que equivaldría hoy en día al Notario, se requería de la presencia de cinco testigos, que debían redactar el testamento si podían hacerlo. En caso contrario, el testamento se realizaba de forma oral, tal y como sucede con el testamento en peligro inminente de muerte, no obstante las semejanzas entre estos dos tipos de testamentos son mínimas.

### **5.2.3- Testamento otorgado en caso de epidemia.**

Esta forma de testar es muy parecida a la anteriormente mencionada. Muchos de sus requisitos son los mismos, por tanto para que se de esta clase de testamento el otorgante ha de tener la capacidad para disponer en testamento, manifestar que lo escrito en el documento testamentario es su verdadera voluntad y elevarlo a escritura pública para posteriormente protocolizarlo según la forma establecida en la LEC<sup>89</sup>. Del mismo modo, los plazos de caducidad según el art.703 Cc son de dos meses desde que cesó la epidemia y si pasados tres meses desde que falleciese el testador en dicho plazo, no se eleva a escritura pública.

El testamento otorgado en caso de epidemia lo encontramos recogido en el art. 701 del Cc, el cual dispone que *en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.*

Como indica su propio nombre, esta clase de testamento solo se realizara cuando en dicho periodo concurriese una epidemia que afecte de forma devastadora a la población y que ponga en serio riesgo la salud de las personas. El Cc no exige que el testador este infectado, bastara con que la epidemia exista en el momento de la realización del testamento.

---

<sup>89</sup> VV.AA., (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio..., op. cit.*, p. 113.

Otro requisito esencial de esta clase de testamento, y que no encontramos en el anterior, es la relativa a la presencia de los testigos. Solo debe concurrir al acto tres testigos idóneos, es decir, mayores de edad, en este caso el Cc establece que sean mayores de dieciséis años. La razón por la que se exige este reducido número de testigos es para evitar contagios entre los presentes al acto.

Hemos de remarcar que tanto el testamento en peligro inminente de muerte como el testamento otorgado en caso de epidemia se pueden realizar sin la presencia del Notario<sup>90</sup>.

En cuanto a su precedente en el Derecho romano, encontramos en la época del Emperador DIOCLECIANO en su constitución del año 290<sup>91</sup>. El *testamentum pestis tempore* se realizaba en lugares infestados por algún tipo de epidemia, la más común en aquella época era la peste. Para evitar el contagio de la enfermedad causante de la epidemia, como medida de precaución, y como sucede en la actualidad, no se requería de la presencia conjunta de los siete testigos.

Estas normas, las que actualmente encontramos en nuestro Cc, son en esencia, un producto de todos aquellos testamentos extraordinarios romanos, que han sobrevivido al paso del tiempo.

### **5.3- Formas especiales.**

En la actualidad encontramos una serie de testamentos que, a diferencia de los extraordinarios, se centran no ya en las condiciones físicas y mentales del propio testador, sino en las situaciones espaciales y coyunturales de la época o del lugar, que afectan directamente al otorgante.

Esta clase de testamentos especiales, los encontramos en el art.677 del Cc y son el testamento militar, marítimo y el otorgado en país extranjero.

A continuación analizaremos cada uno de ellos y procederemos a compararlos con

---

<sup>90</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 68.

<sup>91</sup> C. 6, 23, 8.

sus antecedentes en el Derecho romano.

### 5.3.1- Testamento militar.

El primer párrafo art. 716 del Cc. dispone que *en tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.*

Según el precepto citado, el testamento militar es aquel que se puede otorgar en tiempos de guerra por los militares en campaña, y por los demás individuos que establece el Cc. Por tanto, no solo los soldados podían realizar esta clase de testamento sino todas aquellas personas que se encontraban en el conflicto bélico, tales como médicos voluntarios, rehenes, periodistas, es decir, todas aquellas personas que sigan al ejército, incluso *damas de caridad o cantineras*<sup>92</sup>.

Ésta clase de testamento puede otorgarse de dos formas, abierta o cerrada. A su vez, el testamento abierto se podrá otorgar en circunstancias ordinarias o en peligro de muerte. Del mismo modo el cerrado, se realizará de forma ordinaria y extraordinaria.

En primer lugar, el testamento militar abierto ordinario puede redactarse ante un Oficial que tuviese al menos la categoría de Capitán, los *Tenientes o los Alféreces son inhábiles a los efectos de otorgamiento del testamento militar*<sup>93</sup>. No obstante, si el testador estuviese enfermo o malherido, podrá otorgarse testamento ante *el Capellán o el Facultativo que le asista*, como establece el párrafo tercero del art.716 del Cc. Por otro lado, según el art. 716.4, el testamento podrá llevarse a cabo a persona distinta de las nombradas *si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.*

Por último, cabe decir, que será *necesaria la presencia de dos testigos idóneos* en todos los casos anteriores<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 84.

<sup>93</sup> LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 85.

<sup>94</sup> Párrafo cuarto art.716 Cc.

La otra modalidad de testamento militar abierto que podemos encontrar, es la otorgada en caso de peligro de muerte. El art 720 del Cc. establece que *durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero este testamento quedará ineficaz, si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó. Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718.*

Por tanto, esta clase de testamento permitía a los legitimados otorgar testamento verbal ante dos testigos. Es decir, que ante la inminente batalla, y la posible muerte del causante, este tenía la posibilidad de verbalizar su voluntad última antes los testigos allí presentes.

La caducidad de esta forma de testar, como es lógico pensar, era inmediata, ya que si el testador sobrevivía, podría testar de forma ordinaria. Del mismo modo, aunque el causante falleciese en el conflicto armado, si el testamento no es formalizado por los testigos y presentado ante el Auditor de guerra, este sería ineficaz.

En cuanto al testamento militar cerrado ordinario, el art.717 nos dice que *también podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.* Se contempla una forma extraordinaria de testamento cerrado en el art.721 del Cc., al preceptuar que *se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.*

En el apartado correspondiente a la regulación del Derecho romano vimos como el antecedente histórico del testamento militar se encuentra en dos clases de testamento, el testamento *in procinctu* y el *Testamentum Militis*.

En el testamento *in procinctu* guarda una estrecha relación con la modalidad del testamento militar abierto otorgado en peligro de muerte. Ambos se realizaban justamente antes de entrar en conflicto bélico, es decir, cuando existían posibilidades reales de que

el testador pudiese fallecer. Del mismo ambos se realizaban de forma oral ante los allí presentes, no obstante en el caso del testamento actual se requieren dos testigos.

Otra característica que comparten ambos testamentos es la caducidad del mismo, ésta como bien sabemos era inminente si el otorgante sobrevivía al conflicto. No obstante lo anterior, estas dos clases de testamentos diferían en algunas de sus características tales como la exigencia de dos testigos en la forma actual y en que el testamento *in proscinctu* solo servía para nombrar al heredero.

Respecto al *Testamentum Militis*, como ya observamos, surgió en las primeras épocas del derecho Romano, en tiempos de César (100 a.C – 44 a.C)<sup>95</sup>, y permitía regular de una forma particular, la estructura y forma de realizar el testamento de los soldados. Del mismo modo que ocurre con el testamento militar actual, no solo se permitía otorgar tal testamento a los soldados, sino también a todas aquellas personas que se encontraban en el conflicto armado.

Por otro lado, el *testamentum militis* permitía a todas estas personas otorgar testamento en tiempos de guerra, omitiendo todas o la mayoría de las formalidades exigidas en derecho romano que hoy en día ya no se contemplan, tales como el hecho de que el *filius familias miles*, es decir, el hijo no emancipado alistado en el ejército, aunque no tuviese la *testamenta factio activa*, podía hacer testamento de la forma que quisiese y en el momento que quisiese en lo referido a su *peculium castense*.

Cabe destacar, que del mismo modo que en el testamento militar actual, el *Testamentum Militis*, se podía realizar el testamento de forma oral o escrita. La forma oral se tenía que realizar, como en la forma actual, ante dos testigos, no obstante faltaba la presencia del Oficial con rango de Capitán que si se exige en el testamento actual. La forma escrita omitía totalmente la presencia de los testigos, característica que no comparte con la forma actual.

Por último, existe una gran diferencia entre ambos. Nos referimos a la caducidad del testamento. En el antiguo *testamentum militis* la caducidad se producía un año después

---

<sup>95</sup> VOLTERRA, E., *Instituciones...*, op. cit., p. 730.

de haberse realizado el servicio militar. Como bien sabemos, en la forma actual la caducidad es inminente, si no se formaliza el testamento por los testigos y no es presentado ante el Auditor de guerra, una vez fallecido el otorgante.

### **5.3.2- Testamento marítimo.**

El testamento marítimo lo encontramos en el art.722 del Cc y dispone que *los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, se otorgarán en la forma siguiente:*

*Si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su V. ° B. °*

*En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.*

*En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo.*

*Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el artículo 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos e intervención del Notario.*

Como podemos ver, esta clase de testamento se puede realizar de forma abierta o cerrada, con la exigencia de la presencia de dos testigos idóneos. En el caso de que fuese abierto se atenderá a lo expuesto en el art.695 del Cc, es decir, *el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.* En caso de que el testamento fuese cerrado, se establecerán los mismos requisitos que para el testamento cerrado del art.706 Cc, a

excepción del número de testigos y la intervención del Notario.

Otra característica que nos llama la atención de esta clase de testamento, es la posibilidad de poder testar abordo de un buque de guerra o de un buque mercante, ambas posibilidades son aceptadas por nuestro Código.

En el caso de que el buque sea de guerra, el testamento habrá de otorgarse *ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos*.

Por otra parte, en el caso de que se realice el testamento abordo de un buque mercante *autorizará el testamento el Capitán, o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos*.

Para las dos modalidades de testar, el párrafo cuarto del art.722 del Cc establece que los *testigos se elegirán entre los pasajeros*.

En otro sentido, y del mismo modo que ocurría con el testamento militar otorgado en peligro de muerte, existe una modalidad de este tipo de testamento que permite al otorgante que se encuentre en peligro inminente de naufragio, poder verbalizar su voluntad última. De este modo el art.731 del Cc nos dice que *si hubiese peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el art. 720*.

En el antiguo derecho romano no encontramos un testamento que expresamente recoja las características del actual testamento marítimo. No obstante, en el *Testamentum Militis*, los marines de las escuadras imperiales que acompañaban al ejército en sus batallas ostentaban el mismo privilegio que los demás soldados, es decir, podían otorgar testamento obviando la mayoría de las formalidades existentes en la época.

No obstante, los efectos del testamento militar dejaban de surtir una vez dejaban el ejército y volvían a sus casas. Realmente no estamos ante un verdadero testamento marítimo, sino que el *Testamentum Militis* otorgaba la posibilidad de testar bajo la forma de testamento militar, a todas aquellas personas que estaban inmersas en el conflicto bélico. Por tanto, se permitía a los marines poder testar bajo la forma del testamento

militar.

### **5.3.3- Testamento otorgado en país extranjero.**

El art.732 de Cc dispone que *los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la Nación a que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.*

Según el precepto anterior el testamento otorgado por un español en el extranjero puede realizarse con arreglo a las normas establecidas por la Ley del país que se tratase. De igual modo podrán otorgar testamento cuando se encuentren abordo de buques extranjeros, siguiendo las leyes del país de nacionalidad de dicha embarcación. En la misma línea, podrán otorgar testamento ológrafo, aunque la Ley del país donde se encuentre no lo permita.

Todas estas disposiciones reglamentarias, las que consideraríamos como normas generales, presentan una limitación, y es que los españoles que desean testar en país extranjero no lo podrán hacer mancomunadamente, es decir, no se permite en España otorgar testamento mancomunado (art.733 Cc), prohibición expresa del art.669 del Cc.

Por último, cabe destacar que de igual modo que se puede testar en el extranjero siendo español con arreglo a la Ley extranjera, se puede testar en otro país que no sea en España con arreglo a la Ley española. Así, el art.734 del Cc nos viene a decir que *también podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento. En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta de este capítulo.*

En cuanto a su antecedente en el derecho romano, debemos aclarar que tal testamento no existe, ni tan solo uno que se le asemeje, ya que antiguamente solo se permitía testar a los ciudadanos romanos.

## **6.- CONCLUSIONES.**

I.- El concepto de testamento ha variado de forma mínima desde la regulación en Derecho romano hasta la actualidad, manteniendo unos caracteres y requisitos muy similares en ambos ordenamientos. Tanto en Derecho romano como en el Código civil hemos observado que se trata de un acto de última voluntad, realizado por una persona dotada de capacidad suficiente para otorgar ese acto y con efectos después de la muerte de la misma. Todos los elementos que lo definían entonces se encuentran presentes hoy en día en nuestro Código civil y desarrollo jurisprudencial.

No obstante, de nuestro estudio podemos destacar dos diferencias relevantes entre la regulación actual y la del derecho romano. Por una parte, en el testamento romano la institución de heredero se configuraba como un elemento esencial del mismo y, sin embargo, el artículo 764 del Código civil declara la validez del testamento aunque no contenga dicha disposición. Por otra parte, respecto a la capacidad, en Roma, solo los ciudadanos romanos, libres y *sui iuris* podían otorgar testamento, mientras que en la actualidad cualquier persona mayor de 14 años (excepto testamento ológrafo) se considera capaz para otorgar testamento y heredar.

II. El testamento ológrafo, conocido en Roma como testamento *per holographam scripturam*, es, a nuestro juicio, la forma testamentaria del derecho romano que contiene una regulación más similar en la actualidad.

En ambos ordenamientos, el testamento tiene carácter secreto, debe ser redactado por el propio testador y no requiere la presencia ni de testigos ni de Notario. La diferencia más notable la hemos encontrado en que en derecho romano, sólo se concedía la posibilidad de redactar un testamento ológrafo a los ciudadanos romanos mientras que en la actualidad se ha abierto esa posibilidad a los extranjeros y en su propia lengua. Además, ni la fecha, ni la firma autógrafa hecha por el propio testador eran requisitos obligatorios en la regulación romana, mientras que en la actualidad la ausencia de estos requisitos vicia de nulidad el testamento.

III. Por lo que se refiere a las formas de testamento, desde el derecho romano se

podía otorgar testamento abierto y cerrado, permaneciendo las dos formas de testar en la actualidad. Bajo nuestro punto de vista, el testamento abierto guarda similitud con el *testamentum apud acta conditium*, por el carácter público del que están revestidos. No obstante, la presencia de testigos, la *unitas actus* o la firma del causante, son elementos que separan la regulación del *testamentum apud acta conditium* de la actual, sí bien con posterioridad fueron incorporados en el testamento privado abierto del Derecho postclásico y, sobretodo, en el *Tripertitum*.

El testamento cerrado recibe del derecho romano su precedente del testamento que se redactaba por escrito por el propio testador, sobre unas tablillas enceradas y presentadas antes siete testigos, que debían sellar y suscribir junto con el testador. Hemos observado que en la actualidad la regulación del testamento cerrado no ha sufrido demasiada variación, salvo lo que concierne a la reducción del número de testigos, la presencia del Notario y la firma autógrafa del testador.

IV. Por lo que se refiere a las formas excepcionales de testar, hemos constatado la existencia en la regulación actual de diversos testamentos especiales que cuentan con su antecedente en el derecho romano, destacando a este respecto el testamento del ciego y del sordo, cuya regulación actual guarda similitud con el derecho romano, por la concurrencia de testigos, siete en la antigua Roma y dos en la actualidad, la realización oral y la presencia de un Notario o *tabularius*.

Igualmente, encontramos como precedentes del testamento en inminente peligro de muerte dos tipos de testamento romano: el testamento *in proscinctu* y el *testamentum rure conditium*. Tanto en ellos como en la regulación actual, existe una característica fundamental para permitir su validez y es que el peligro de muerte inminente y la imposibilidad de encontrar un Notario (o su equivalente en la antigua Roma) permitían prescindir del mismo.

Por último, el testamento en caso de epidemia tiene su antecedente en derecho romano en el *testamentum pestis tempore*, otorgado, como sucede en la actualidad, para evitar contagios, y no requería de la presencia conjunta de los siete testigos.

V. En el trabajo hemos dedicado una referencia especial a dos formas de

testamento que en derecho romano tenían mucha importancia, que son el militar y el marítimo, ya que el otorgado en país extranjero no tiene antecedentes históricos en el Derecho romano, puesto que en éste sólo podían testar los ciudadanos romanos.

El testamento militar actual encuentra su antecedente en dos formas testamentarias romanas: el testamento *in proscinctu* y el *Testamentum Militis*. El testamento *in proscinctu* hemos observado su gran parecido con el actual testamento militar abierto otorgado en peligro de muerte. Ambos se realizaban justamente antes de entrar en conflicto bélico y de forma oral ante los allí presentes, compartiendo también la característica de la caducidad. No obstante lo anterior, estas dos clases de testamentos diferían en la exigencia de dos testigos en la forma actual y en que el testamento *in proscinctu* solo servía para nombrar al heredero.

El *Testamentum Militis* guarda una similitud con el actual testamento militar, salvo en lo que se refiere a la presencia del oficial con rango de Capitán, que es exigida en el Código civil, y en la caducidad, puesto que en la actualidad debe formalizarse una vez que el militar regresa a su residencia habitual, mientras que en el derecho romano tenía validez durante el año siguiente a la finalización de la campaña militar.

Por último, respecto al testamento marítimo, no hemos encontrado antecedente histórico alguno en la regulación romana, si bien es cierto que el *Testamentum Militis* se encontraba abierto a los marines que acompañaban al ejército en sus batallas, por lo que se puede englobar dentro de la forma anteriormente citada.

VI. No queremos concluir sin añadir una conclusión general de nuestro estudio y es que a lo largo del mismo hemos podido observar que el embrión de la regulación actual del testamento y de las formas de testar se encuentra anclada en el derecho romano, si bien ha tenido que sufrir una adaptación significativa en lo que se refiere a la vigencia que hoy en día tienen principios como la igualdad y la no discriminación, referentes indispensables para nuestro Estado Social Democrático y de Derecho.

## **7.-BIBLIOGRAFÍA.**

- BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, 2014.
- CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho romano privado*, Granada, 2003.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009.
- CASTRO SAEZ, A., *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002.
- DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997.
- FERNANDEZ DOMINGO, J.I., *Derecho de Sucesiones*, Reus-Madrid, 2010.
- FERNANDEZ ROMERO, I., “*Tabularium: el archivo en la época romana*”, en *Anales de Documentación*, Madrid, 2003, pp. 57-70.
- GOMEZ MORAN, L., *Tratado Teórico Práctico de Particiones*, Madrid, 1950.
- LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones: Principios del derecho civil*, Madrid, 2007.
- MOMMSEN. TH. y MEYER P., *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, Berlín, 1962.
- RASCÓN, C., *Síntesis de historia e Instituciones de derecho romano*, Madrid, 2008.
- SAMPER POLO, F., “*La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1968, pp. 99-100.
- VV.AA. (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio de derecho civil; derecho de sucesiones*, V, Madrid, 2004.

-VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado*, Madrid, 1986.

### **6.1- Webgrafía.**

-[www.Derechoromano.es](http://www.Derechoromano.es)

-[www.notariado.org](http://www.notariado.org)

-[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

-[www.Thelatinlibrary.com](http://www.Thelatinlibrary.com)

