

DEL TESTAMENTO ROMANO AL MEDIEVAL

LAS LINEAS DE SU EVOLUCION EN ESPAÑA

En memoria de PAULO MERÉA,
maestro y crítico cordial de mi obra.

S U M A R I O

- I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: 1. Estado de la cuestión.—2. La valoración de la literatura jurídica romana postclásica.—3. Los distintos niveles del Derecho.—4. El Derecho romano y visigodo oficial y el vulgar.—5. Los medios de conocimiento del Derecho vulgar
- II. LA POSIBILIDAD DE DISPONER "POST MORTEM": a) *La facultad de disposición*: 6. La disposición testamentaria.—7. La disposición fideicomisaria. 8. La fusión de ambas.—b) *Los modos de disposición*: 9. La donación "mortis causa".—10. La confusión de las disposiciones entre vivos y sucesorias.—11. Las disposiciones "post mortem" en los tiempos medievales.—c) *La repercusión de la facultad de disponer "mortis causa" en las formas de disposición* (12).
- III. FORMAS DE DISPOSICIÓN ESCRITAS: a) *En el Derecho romano postclásico*: 13. Las formas de *testamentum*.—14. Las disposiciones sucesorias irregulares.—15. Las donaciones "post obitum" y "reservato usufructo".—16. Donaciones y testamentos en los siglos V y VI.—b) *En el Derecho vulgar visigodo y en el altomedieval*: 17. La distinción isidoriana entre testamento y donación.—18. Las donaciones "mortis causa".—19. Las disposiciones testamentarias.—c) *La legislación visigoda tardía y su persistencia en Cataluña* (20).
- IV. EL TESTAMENTO ORAL: 21. Su concepto.—a) *En el Derecho romano postclásico*: 22. Las declaraciones ante testigos.—23. El testamento ante la curia.—b) *En el Derecho visigodo*: 24. En el Derecho vulgar y en la ley.—c) *En el Derecho altomedieval*: 25. El testamento oral.—26. El testamento ante el párroco.
- V. LA PUBLICACIÓN Y EJECUCIÓN DEL TESTAMENTO: a) *La publicación* (27).—b) *La ejecución*: 28. Las cuestiones que entraña la ejecución.—29. Los ejecutores testamentarios y su función.—30. Los documentos otorgados

por los ejecutores.—31. La naturaleza jurídica de la ejecución testamentaria.—32. El origen de los ejecutores.

DEL TESTAMENTO ALTOMEDIEVAL AL MODERNO (33).

I. PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

1. Estudios recientes sobre la sucesión voluntaria en el Derecho romano postclásico de Occidente¹, el visigodo² y el altomedieval español³ han enriquecido considerablemente nuestros conocimientos sobre la materia. A la vista de ellos se aprecian claramente los cambios que en los tiempos postclásicos se operan en el viejo testamento romano, las nuevas formas de éste que se introducen al admitir Teodosio II en el año 439 el nuncupativo y Valentiano III siete años después el ológrafo, y al mismo tiempo, que las donaciones *mortis causa* —en buena parte ahora *pro anima*— se generalizan y aproximan al testamento, hasta el punto de que en ocasiones se equiparan o confunden con él. También se constata cómo, en substancia, este mismo sistema se mantiene en la época visigoda, en tanto que en la Alta Edad Media la situación es muy distinta. En efecto, salvo en Cataluña, las antiguas formas testamentarias establecidas en las le-

1. Véase M. KASER, *Das romische Privatrecht*, II² *Die nachklassischen Entwicklungen* (Munich 1975) 463-93, con amplia bibliografía. Interesa también recordar los estudios de J. L. MURGA, *Donaciones y testamentos "in bonum animae" en el Derecho romano tardío* (Pamplona 1968) y en especial, P. SAMPER POLO, *La disposición "mortis causa" en el Derecho romano vulgar*, en *AHDE* 38 (1968) 87-227.

2. M. M.^a PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar* (Granada 1975); no obstante la fecha de publicación el estudio se reproduce, con levísimas adiciones, tal como fue realizado en 1969, por lo que apenas recoge los datos o resultados de otros estudios fechados en 1968 o posteriormente.

3. M. ALONSO LAMBÁN, *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, en *Revista de Derecho Notarial* 5-6 (1954) 1-190, y 9-10 (1955) 1-159. J. BASTIER, *Le testament en Catalogne du IX^e au XII^e siècle: une survivance wisigothique*, en *Revue historique du Droit français et étranger*, 4.^a serie 51 (1973) 373-417 (inexplicablemente, no toma en consideración los Formularios notariales de Ripoll y Santes Creus, ni la obra de Balari [Véase nota 156], que ofrece gran número de datos).—F. DE ARVIZU Y GALARRAGA, *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona 1977).

yes desaparecen por completo o sólo excepcionalmente se encuentran, siendo desplazadas y sustituidas en la práctica cotidiana por las donaciones *post obitum o reservato usufructo* y escrituras de carácter ambiguo. A su lado, en todas partes se encuentran testamentos orales que en nada recuerdan al nuncupativo romano, puesto que en ellos la declaración verbal del testador no se recoge por escrito ni se inscribe en libros o registros. Y al mismo tiempo aparecen en los documentos los modernamente llamados "ejecutores testamentarios". Esta situación no es exclusiva de España, pues en términos análogos se documenta en países de tradición jurídica similar a la española, como son Francia ⁴ e Italia ⁵ y aun en los predominantemente germánicos ⁶.

4. H. AUFFROY, *Evolution du testament en France des origines au XIII^e siècle* (París 1899).—P. VIOLLET, *Histoire du Droit civil français* ³ (París 1905; reimpr. Aalen 1964) 859-972.—E. CHÉNON, *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815* I (París 1926) 452-58; II (París 1929) 260-271.—J. BRISSAUD, *Manuel d'Histoire du Droit privé* ² (París 1935) 645-98. R. AUBENAS, *Cours d'Histoire du Droit privé. Anciens Pays de Droit écrit. III, Testaments et successions dans les anciens Pays de Droit écrit au Moyen-Age et sous l'Ancien Régime* (Aix-en-Provence 1954).—G. LEPOINTE, *Droit romain et ancien Droit français, Régimes matrimoniaux, libéralités, successions* (París 1958) 56-68, 106-30 y 305-37.—P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé. III, Le Droit familiale* (París 1968) 299-537.

5. C. NANI, *Storia del Diritto privato italiano* (Turín 1902) 563-608.—F. SCHUPFER, *Il Diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia* IV (Roma 1909).—G. SALVIOLI, *Storia del Diritto italiano* ⁹ (Turín 1930) 539-36.—E. BESTA, *Le successioni nella storia del Diritto italiano* (Padua 1935; 2.^a ed. Milán 1961).—P. S. LEICHT, *Storia del Diritto italiano Il Diritto privato, parte seconda Diritti reali e di successione. Lezioni* (Milán 1943) 167-267.—G. VISMARÀ, *Famiglia e successioni nella storia del Diritto* ³ (Roma 1975).

6. O. VON GIERKE, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, en *Enzyklopadie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung* de F. VON HOLTZENDORFF y J. KOHLER I ⁷ (Munich-Leipzig-Berlín 1915) 294-99.—C. VON SCHWERIN, *Deutsche Rechtsgeschichte mit Ausschluss der Verfassungsgeschichte* ² (Berlín 1915) 149-52.—R. SCHRÖDER y E. FRIH VON KÜNSSBERG, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte* ⁷ (Berlín-Leipzig 1932) 356-68 y 820-828.—R. HUBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts* ⁵ (Leipzig 1930) 780-798.—H. PLANITZ *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de C. MELÓN INFANTES (Barcelona 1957) 363-74.—H. MITTEIS, *Deutsches Privatrecht* (Munich-Berlín 1950) 146-49. — H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte I. Frühzeit und Mittelalter* (Karlsruhe 1954) 216-20 y 559-60.

Los estudiosos, atento cada uno a caracterizar con marcada preocupación dogmática el sistema y campo temporal y espacial de su investigación, no se han preocupado de modo expreso de indagar los lazos que unen un sistema con otro, con la excepción de Paulo Merêa⁷. Pero este gran maestro se limitó a considerar el Derecho romano postclásico, el visigodo y el altomedieval del noroeste peninsular, y dada la fecha en que llevó a cabo sus investigaciones no pudo utilizar los estudios realizados sobre las distintas regiones españolas, lo que sin duda le hubiera permitido profundizar aún más en el tema y precisar sus interpretaciones.

Parece claro que hay que desechar el origen germánico de las disposiciones por causa de muerte, pues, como dijo rotundamente Tácito, entre los germanos "nullum testamentum"⁸. Por el contrario, el testamento escrito medieval, lo mismo que cualquier tipo de acto documental, puesto que los germanos primitivos desconocieron la escritura, parece que ha de tener un origen romano, cualesquiera que sean las diferencias que aquél presente con el de la época romana. Es, en cambio, discutible la influencia que en esto ha podido ejercer la Iglesia⁹. La difusión del cristianismo, en especial cuando

7. Constituye excepción Paulo MEREIA, al que debemos una serie de estudios magistrales: *Sobre a palavra 'manda'*, en sus *Novos estudos de História do Direito* (Barcelos 1937) 109-18; *Sobre doações 'causa mortis'*, en sus *Novos estudos* 119-29; *Sobre o testamento hispânico no século VI*, en *AHDE* 16 (1945) 71-111 y en sus *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra 1948) *Direito hispânico medieval* I (Coimbra 1952) 173-98; *Origens do executor* 105-19; *Sobre a revogabilidade dos doações per morte*, en sus *Estudos de testamentario*, en sus *Estudos Dir. hisp. med.* II (Coimbra 1953) 1-53.

8. TÁCITO, *Germ.* 20.—Sobre el Derecho sucesorio germánico, además de la obra de SCHUPFER citada en la nota 5 y de las mencionadas en la 6, véase: K. VON AMIRA, *Grundriss des germanischen Rechts*³ (Estrasburgo 1913) 173-77; 4.^a ed. revisada por K. A. ECKHARDT II (Berlín 1967) 66-72.—C. VON SCHWERIN, *Germanische Rechtsgeschichte, ein Grundriss* (Berlín 1936) 176-82.—H. PLANITZ, *Germanische Rechtsgeschichte*² (Berlín 1941) 30-31, 88-93 y 198-200; repetido en su *Deutsche Rechtsgeschichte* (Graz 1950) 21-22, 65-66 y 144-46.—G. VISMARA, *La successione volontaria nelle leggi barbariche*, en *Studi di Storia e Diritto in onore di Arrigo Solmi* II (Milán 1941).

9. Sobre su valoración en general, véase el examen de la antigua bibliografía en U. ALVAREZ SUÁREZ, *Influencia del Cristianismo en el Derecho romano*, en *Revista de Derecho Privado* 25 (1941) 317-32.—B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano* (Milán 1954, 3 vols.).—J. V. SALAZAR ARIAS, *Dogmas y cánones de la Iglesia en el Derecho romano* (Madrid 1954).—I. GAUDEMET,

se generaliza en los siglos IV y V, ha podido favorecer la mayor frecuencia de las disposiciones entre vivos o sucesorias *mortis causa*, ya existentes antes, pero ahora efectuadas *pro anima*, así como la atenuación del rigor de las normas jurídicas romanas¹⁰. Pero es más problemático que haya dado lugar a la aparición de nuevos tipos institucionales; cuando en cualquier caso éstos aparecen bajo el influjo eclesiástico se construyen con principios y criterios jurídicos del Derecho secular. Por ello, al no encontrar un posible precedente a instituciones que sólo se documentan en la Edad Media, no han faltado investigadores que las han considerado nacidas en esta.

No se pretende aquí llevar a cabo una detenida investigación de conjunto sobre la evolución de las formas de sucesión voluntaria desde la época romana a la medieval, que por épocas ha sido ya realizada, sino tan sólo intentar destacar algunos rasgos característicos de ella y buscar su posible explicación. Por ello, descansando en buena parte en los datos aportados en los estudios realizados, aquí se trata de relacionarlos buscando la dinámica del sistema y la línea general de su evolución. La referencia concreta a las fuentes se limita a aquellos casos en que el tenor de las mismas es claramente expresivo de lo que se quiere destacar, o a ciertos textos que aquí son interpretados y valorados desde un punto de vista que no es el habitual.

2. El estudio del testamento romano en Occidente en la época postclásica, base de partida del que en una u otra forma se prolonga en tiempos posteriores, se ha realizado sobre las fuentes escritas de la misma; es decir, sobre la legislación imperial y especialmente sobre las obras de los juristas, consideradas estas últimas como exponentes de lo que se llama Derecho romano vulgar. Estas obras son, como es sabido, las *Sententiae* atribuidas a Paulo, formadas hacia el 295 y objeto de posteriores reelaboraciones¹¹; el

La formation du Droit séculier et du Droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles (París 1957) 177 y ss., y *L'Eglise dans l'Empire romain, IV^e-V^e siècles* (París 1958) 507-13. — O. HEGGELBACHER, *Vom römischen zum christlichen Recht* (Friburgo 1959). Sobre la bibliografía más reciente, KASER, *Rom. Privatrecht* II^o 11-13.

10. Véase el estudio de Murga citado en la nota 1

11. E. LEVY, *Pauli Sententiae. A palinogenesia of the opening titles as a specimen of research in west Roman vulgar law* (Ithaca 1945) data la re-

Epitome atribuido a Ulpiano, elaborado entre el 305 y el 320; el *Epitome Gai*, refundición de las Instituciones de Gayo llevada a cabo en la segunda mitad del siglo v, y las *interpretationes* a los Códigos de Gregorio, Hermogeniano y Teodosio, a las *novellae* posteriores y a las *Sententiae* de Paulo. La compilación de leyes y textos de juristas de que son parte los *Fragmenta Vaticana* (hacia el 325) y la paráfrasis de la Instituta de Gayo conservada parcialmente en el código de Autun (*Fragmenta Augustodunensia*), aunque obras post-clásicas son demasiado fieles a los modelos que utilizan y sólo en muy escasa medida reflejan las tendencias de la época.

En todas estas obras, incluso en las primeramente citadas, sus anónimos autores son juristas de espíritu conservador, que se sienten continuadores de la tradición jurídica clásica, respetuosos con los conceptos, planteamientos y terminología de ésta, y tratan de exponerla en sus obras, incluso en aquello que ha caído en desuso, carece de sentido y es derecho muerto. Su conocimiento de la literatura jurídica clásica es, sin embargo, muy inferior a su espíritu clasicista; no sólo la desconocen en su mayor parte, sino que se muestran poco capaces de manejarla y entenderla. Esto les lleva a simplificarla y refundirla en pequeñas obras de carácter elemental, y aun a facilitar una *interpretatio* de ellas para la formación de futuros juristas. La carencia de una rigurosa formación jurídica técnica —la que poseen la adquieren en escuelas de gramática o retórica y no de Derecho— disminuye su sentido jurídico: no aciertan a valorar los principios o naturaleza de las instituciones y en cambio aprecian en ellas su mera apariencia. Cuando ante situaciones de hecho dominantes se ven forzados a adaptar las viejas normas, su clasicismo les priva de capacidad creadora para dar nueva forma o regulación a las mismas, y prescindiendo de criterios jurídicos buscan adaptarlas atendiendo a consideraciones extrajurídicas de tipo

dación de la obra poco antes del 300, y destaca distintas fases y autores de alteración de la misma. En Occidente, por un jurista, que él tipifica como B, entre el 300 y el 450; por otro, C, que lo hace entre el 400 y el 450, siendo su redacción utilizada por el autor de la *interpretatio* a la misma; y finalmente, por los redactores del Breviano de Alarico (V), en el 506. En Oriente destaca modificaciones anteriores a Justiniano y otras realizadas al incorporar el texto en el Digesto, en el 533. El análisis de Levy se limita sólo al libro primero de la obra y no abarca, por consiguiente, los textos de la misma de carácter sucesorio.

morál o afectivo. Como se ha destacado, revelan estos juristas y obras, en comparación con los clásicos, un nuevo y muy diferente "estilo"; o acaso, más bien, una falta de estilo.

Pero, en cualquier caso, y esto importa destacarlo, su clasicismo y academicismo les hace desinteresarse en absoluto de la vida jurídica real. Su preocupación única es exponer en forma resumida y clara lo que encuentran en sus modelos clásicos. Es cierto que, al hacerlo, más de una vez, bajo el influjo de la vida jurídica que les rodea, su clasicismo se contamina de esta realidad ambiental y se introducen en sus obras elementos no clásicos. En qué medida esto es consciente —por un deseo de acomodarse a la realidad— o inconsciente, es difícil precisarlo. Pero, en cualquier caso, esta infiltración en sus obras de elementos procedentes de la vida jurídica real es siempre limitada y accesorio, y no revela en modo alguno cuál es esta. La distancia que media entre esta vida jurídica real y la que se expone en la literatura jurídica del siglo v se aprecia comparando la regulación de aquélla en el palimpsesto de París —esencialmente romana y no gótica¹²— y la que se contiene en el Breviario de Alarico, incluso en su *interpretatio*, y en el *Epitome Gai*, textos coetáneos de aquél.

3. Al estudiar el Derecho de la época romana postclásica conviene tener presente de modo muy especial que el mismo, como cualquier otra manifestación de la cultura, no se conoce y usa —y es significativa esta expresión romana— de la misma manera por todos. Aun hablando una misma lengua no siempre utilizan las mismas palabras ni construyen sus frases de igual manera el hombre letrado y culto que el ineducado. Ni tienen los mismos conocimientos sobre plantas y su cultivo el labrador que el hombre de la ciudad. Ni poseen los mismos conocimientos sobre las enfermedades y sus remedios el médico y el profano. La cultura de un pueblo se integra con la suma de ideas y conocimientos de cuantos lo forman; pero hay siempre distintos niveles de conocimiento y aplicación. Estos niveles se manifiestan también en el campo del Derecho. Hay un Derecho oficial constituido por las fuentes jurídicas a las

12. Esto resulta evidente a la vista del amplio y excelente comentario de A. D'ORS, *El Código de Eurico, Edición, palinogenesia, índices* (Roma-Madrid 1960; en "Estudios visigodos" II).

que se reconoce por la autoridad valor normativo. Hay un nivel culto que se refleja en las obras de los juristas y estudiosos. Hay un nivel de aplicación efectiva que se manifiesta en los actos de los gobernantes, de los jueces y de los redactores de los documentos de la vida ordinaria. Y hay también un nivel popular —en el que cabe distinguir distintos subniveles según grados de cultura—, de la gente no perita en cuestiones jurídicas, que conoce mejor o peor el Derecho establecido y aplicado y aun trata de ajustar su comportamiento a él, aunque no siempre acierte a hacerlo correctamente por su deficiente conocimiento del mismo; o porque sus ideas e intereses, de muy varia índole, difieren de él¹³. Este nivel popular de conocimientos jurídicos tiene una importancia que no cabe menospreciar, pues no puede olvidarse que la mayor parte de los actos jurídicos que realizamos —incluso de gran transcendencia, como es el matrimonio— los efectuamos sin asesorarnos en cada caso de un profesional del Derecho, guiándonos sólo por nuestros conocimientos del mismo, y únicamente en caso de duda o de conflicto acudimos a la consulta de un experto. El nivel de aplicación efectiva es abierto y no está en contradicción con ninguno de los otros; por un lado, en circunstancias normales trata de aplicar el Derecho oficial, aunque adaptándolo a las exigencias o circunstancias de la vida real; por otro, es permeable a las ideas, necesidades y situaciones de la sociedad, es decir, a lo popular en sentido amplio.

El Derecho de una sociedad en una determinada época es uno sólo y el mismo¹⁴, aunque en él puedan darse distintos niveles de

13. El Derecho *popular* tal como aquí se entiende nada tiene que ver con el *Volksrecht* que destaca L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den osten Provinzen des römischen Kaiserreichs* (Leipzig 1891; reimpr. Hildesheim 1963), que es propiamente el Derecho nacional que pervive en las provincias del Imperio y se enfrenta con el romano. Ni con el *Volksrecht* que los germanistas contraponen en los reinos bárbaros al *Konigsrecht*, por su distinto origen: las *leges barbarorum* aprobadas por el pueblo son expresión del primero y los capitulares dictados por el rey del segundo. El que aquí se considera Derecho *popular*, en cualquier tiempo, es el que siente y vive el pueblo; esté o no de acuerdo con el Derecho vigente; parte de él, aunque no todo, se trasluce en el folklore jurídico.

14. A esto no contradice el hecho de que en un mismo lugar y tiempo puedan coexistir grupos sociales diferentes —se trate de pueblos, gentes o

conocimiento y aplicación. El Derecho romano es uno, aunque en él se den diferentes niveles. El nivel oficial lo dan las leyes imperiales y las obras jurídicas a las que se reconoce valor normativo; en la época postclásica de modo especial, en virtud de las llamadas "leyes de citas" de 321, 322 y 426. El nivel culto se refleja en la época clásica en la abundante literatura de los prudentes —no en la de los retóricos cuando se ocupan de cuestiones jurídicas— y en la postclásica en las obras antes mencionadas y otras perdidas; que la calidad de éstas sea muy baja no les priva de este carácter; son obras de escuela y de técnicos, que en último término representan el más alto grado de elaboración que se alcanza en una época decadente. El nivel de aplicación efectiva se manifiesta en la actuación de las autoridades, en las decisiones de los jueces y la práctica judicial —el *forum*¹⁵— y en la redacción de los documentos relacionados con la vida del Derecho. En qué medida el Derecho oficial llega a ser conocido y aplicado en la época postclásica, no lo sabemos con exactitud; sin duda varía de unos lugares a otros. El conocimiento general de las *leges* antes de ser compiladas no ha debido ser fácil, dado que la mayor parte de ellas se dictan y dirigen a autoridades determinadas¹⁶. Las obras de los juristas clásicos parecen olvidadas desde fines del siglo III, y aun de las que se autorizan en la ley de citas del 426 las de Papiniano y Modestino sólo excepcionalmente se utilizan y las de Gayo, Paulo y Ulpiano lo son en refundiciones. Incluso en Oriente, donde por el mantenimiento de las escuelas jurídicas el nivel es sin duda superior, Justiniano reconoce que en los tribunales, por imposibilidad de adquirir los libros o por ignorancia, apenas se alegan las leyes y los libros de Derecho y los jueces se ven forzados a fallar conforme a su propio criterio¹⁷. La importancia de la vida jurídica

testamentos distintos—, cada uno con su propio sistema jurídico total o reducido a lo peculiar del grupo. En cualquier caso se trata de comunidades distintas.

15. Véase A. GARCÍA-GALLO, *Aportación al estudio de los Fueros*, en *AHDE* 26 (1956) 390-91.

16. Concretamente de las *novellae* posteodosianas sabemos de su difusión en Occidente a través de diferentes redacciones, que presentan distinto contenido. Vid. P. H. MEYER, *Leges novellae ad Theodosianum pertinentes* (Berlín 1935) págs. XI-LX.

17. *Dig.*, Constit. 'Tanta', De confirm. Digest. (a. 533): "Homines ete-

a nivel popular sin duda ha debido ser considerable en los siglos IV y V, lo mismo que en los posteriores, dado que en ellos la mayor parte de la población vive diseminada en medios rurales y la escasez de técnicos en Derecho ha debido hacer prácticamente imposible a la mayoría de las gentes acudir a ellos. A este nivel ha debido formarse un amplio Derecho consuetudinario.

4. Hace cerca de un siglo descubrió Brunner la existencia de un Derecho romano vulgar, al suponer que de él derivaban prácticas jurídicas documentales, constatadas en tiempos medievales, de indudable origen romano, pero que no podían entroncarse con lo que se regulaba en los textos jurídicos del Derecho oficial. De entonces acá, y en especial en el último medio siglo, el Derecho romano vulgar ha sido objeto de atenta investigación por los romanistas. Pero lo que se entiende por Derecho romano vulgar no siempre ha sido lo mismo. Para unos fue una derivación y defectuosa aplicación del Derecho clásico. Para otros una supervivencia de los Derechos indígenas prerromanos; o una mezcla de éstos con el romano. Hoy día de modo general se identifica substancialmente con el recogido en los *iura* postclásicos (Sentencias de Paulo, Epítomes de Ulpiano y Gayo, *interpretatio*, etc.), aunque también llega a penetrar en alguna medida en las *leges* imperiales¹⁸. Personalmente, no estimo vulgar¹⁹ el Derecho expuesto en estas obras, no sólo porque recogen un nivel especializado y culto —aunque sea de escasa calidad—, sino también porque, en mi opinión, como se desprende de lo que luego se examina, no refleja la vida jurídica tal como se presenta generalizada en la realidad (ya antes he señalado el desinterés de los autores por ésta). Lo

nim, qui antea [de la promulgación] lites agebant, licet multas leges fuerant posita, tamen ex paucis lites preferebant vel propter inopiam librorum, quos comparare eis impossibile erat, vel propter ipsam inscienciam, et voluntate iudicium magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur".

18. Véase en KASER, *Rom. Privatrecht* II² 5-6 y 17-31 amplia información y bibliografía sobre el tema. Mis puntos de vista fueron ya expuestos en *Ius y Derecho*, en *AHDE* 30 (1960) 35 n. 85.

19. De las varias acepciones de la palabra *vulgar*, algunas de ellas peyorativas —contra las que reaccionó F. CALASSO, *Medio evo del Diritto* (Milán 1954) 57-59—, acepto la que como *vulgar* considera lo que es común o general en contraposición a lo especial o técnico.

que no quiere decir que desconozca que en los *iura* y las *leges* se recogen en alguna medida ideas y situaciones vulgares. Lo mismo ocurre en la época visigoda. A diferencia del Código más antiguo —reproducido parcialmente en el palimpsesto de París—, que recoge el Derecho vulgar, el Breviario de Alarico y las leyes recopiladas en el *Liber iudicum* ofrecen el Derecho oficial recogido o sancionado por las leyes reales.

El Derecho medieval, como las lenguas romances, no nace de un nivel culto; éste, en aquél y en éstas, va desapareciendo progresivamente a partir del siglo v y sólo se restablece muchos siglos después, antes en el Derecho que en la lengua. El Derecho medieval nace a la vez en el nivel de aplicación efectiva y en el popular, y es en éstos donde ha de buscarse el origen de sus rasgos característicos. Aquí —y no en las *leges* y los *iura*— es donde, con toda probabilidad, el sistema de sucesión voluntaria romano ha experimentado en la época postclásica la profunda transformación que se percibe ya operada de un modo generalizado en los diferentes territorios europeos. Salvo en Cataluña, donde se mantiene el Derecho oficial del *Liber iudicum*, en las restantes regiones es el vulgar el que se abre paso e impone, sin que en este tiempo los reyes traten de encauzarlo o corregirlo.

5. La constatación de este hecho tropieza con la dificultad de conocer estos niveles de aplicación y popular del Derecho romano. Del Derecho oficial y del culto han llegado a nosotros textos que nos permiten llegar a conocerlos. Estos, en cambio, son casi inexistentes respecto de aquellos, no sólo porque se han perdido, sino también porque, probablemente, en una gran mayoría de casos los actos jurídicos nunca llegaron a formalizarse por escrito. Algunos datos suministran las leyes imperiales, cuando refiriéndose a prácticas existentes salen al paso de las mismas para reprimirlas o incluso aceptarlas en alguna medida, o cuando la defectuosa formación técnica de sus autores les hace expresarse en forma vulgar. Esto último se encuentra también en los *iura*. Pero no lo primero, porque sus autores tienen a la vista sólo obras anteriores en que tales situaciones no se daban o no eran recogidas, y porque pendientes de exponer lo que en ellas encuentran establecido carecen de autoridad —que en cambio tienen los emperadores— para modificarlo. En este sen-

tido, son más útiles para conocer los cambios que se producen en el Derecho romano postclásico las *leges* que los *iura*. Carecemos prácticamente de documentos de aplicación del Derecho²⁰. Ni las tablillas Albertini²¹ ni los documentos visigodos en pizarra²² reproducen textos sucesorios. En la colección de Fórmulas visigodas, aunque compilada tardíamente, se reproducen algunas que por su contenido y forma debieron ser redactadas hacia el año 400²³. Igualmente romano en todas sus fórmulas, aunque procede del año 576, es el testamento del obispo de Huesca Vicente²⁴. Como es normal en los documentos que se ajustan a un formulario y con más razón en este mismo, la fidelidad al modelo hace que se repitan expre-

20. De la obra de M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*. I, *Le forme classiche di testamento* (Florenia 1966) no se ha publicado, que yo sepa, el segundo tomo, que se referiría a la época que aquí se estudia. V. ARANGIO-RUIZ, *Negotia* (Florenia 1943, en *Fontes iuris romani anteuustiniani* III) sólo reproduce del Occidente del Imperio un acta de apertura de testamento del año 474 (núm. 58, págs. 175-79). Una traducción y comentario del mismo, y de otras dos actas de apertura de 521 y 552 reproducidas en el mismo papiro, en A. D'ORS, *Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico*, en *Centenario de la Ley del Notariado*. Sección primera, *Estudios históricos*. I (Madrid 1964) 142-52. Aunque no se trate de un texto propiamente jurídico, ofrece sumo interés, por ajustarse a las fórmulas habituales, la parodia del testamento del cerdo elaborada en la segunda mitad del siglo IV: véase su edición, traducción y comentario por A. D'ORS, *Testamentum porcelli*, en *Suplementos de "Estudios clásicos"* serie de textos núm. 3 (Madrid 1953) 74-83.

21. *Tablettes Albertini. Actes privés de l'époque vandale, fin du V^e siècle*, edités et commentés par Ch. COURTOIS, L. LESCHI, Ch. PERRAT y Ch. SAUMAGNE (París 1952, 2 vols.).

22. M. GÓMEZ MORENO, *Documentación goda en pizarra* (Madrid 1966), y la revisión y crítica de esta obra por M. DÍAZ Y DÍAZ, *Los documentos hispano-visigóticos sobre pizarra* en *Studi medievali di Spoleto* 7 (1966) 75-107.

23. Además de la edición de C. ZEUMER, *Formulae Merovingici et Karolini aevi* (Hannover 1885; reimpr. facsímil 1963, en *MGH V*) 572-95, véase la nueva ed. anotada de J. GIL, *Miscellanea wisigothica* (Sevilla 1972) 69-112. Sobre las Fórmulas, A. GARCÍA-GALLO, *Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y la costumbre visigodas*, en *AHDE* 44 (1974) 400-7. En la edición de Zeumer se encuentran otros formularios no españoles, como el Andecavense, que aunque tardíos tienen un remoto origen romano.

24. Publicado por F. FITA, *Patrología visigótica*, en el *Boletín de la Real Academia de la Historia* 49 (1906) 148-66.

siones o conceptos que carecen ya de sentido²⁵, a la vez que los mismos se acomodan a las nuevas necesidades.

La falta de escasez de textos coetáneos que reflejen el nivel de aplicación del Derecho romano postclásico no impide, sin embargo, de un modo absoluto llegar a conocerlo. La coincidencia substancial de las instituciones sucesorias en tiempos tardíos y territorios muy distintos que tienen un pasado común, como partes que fueron del Imperio romano, sólo puede explicarse o por creación independiente en cada uno de ellos, o por difusión de las formadas en un determinado lugar, o como pervivencia en los diferentes países de las que en un tiempo pasado fueron comunes. Las dos primeras hipótesis tropiezan con graves dificultades. Es plenamente admisible que ante unas mismas situaciones un idéntico modo de pensar pueda dar lugar a la adopción de unas mismas soluciones o normas jurídicas en lo substancial; pero ya no que la coincidencia se dé también en lo puramente accidental o formal, como se da en este caso, máxime, como ocurre a partir del siglo v, cuando tras las invasiones germánicas la sociedad ya no ofrece la misma homogeneidad en su composición y forma de pensar. Que un código o una obra jurídica cualquiera se difunda ampliamente fuera del ámbito en que se forma es un hecho comprobado en esta misma época²⁶. Pero no es concebible la difusión por todas partes y hasta los más apartados rincones —en un medio esencialmente rural, en un tiempo en que, tras la caída del Imperio romano, se acentúa el aislamiento de los distintos países— no ya de un texto escrito, sino de prácticas consuetudinarias que en la mayor parte de los casos no han sido plasmadas documentalmente. La formación de una costumbre o práctica, inicialmente con cierta simultaneidad y con independencia en cada lugar o región, aunque luego resulte común en tan extenso ámbito geográfico, sólo ha podido operarse en un tiempo en que la

25. Así, la distinción de testamento civil y pretorio, cuando ya no existe (véase la nota 94). En el testamento de Vicente (citado en la nota anterior) a un siervo y sus hijos se les hace "cives romanos", en el año 576. Análogos anacronismos se encuentran en las Fórmulas visigodas.

26. Es el caso, v. gr., del más antiguo código visigodo de Teodorico II (comúnmente atribuido a Eurico), que influye en las leyes de los burgundios, salios y bávaros; también, del Breviario de Alarico y del *Liber iudicum*. Véase GARCÍA-GALLO, *Consideración crítica* 459-64. ◊

misma situación se planteó en todas partes, en que la actitud mental de quienes se enfrentaron con ella era la misma y en el que los recursos jurídicos de que pudieron valerse eran también los mismos; lo que nos lleva al siglo iv o principios del v.

La coincidencia substancial del sistema de sucesión voluntaria en España, Francia e Italia en los primeros siglos de la Edad Media presupone la existencia del mismo ya en los últimos tiempos del Imperio romano, aunque de él no hablen de modo expreso ni las *leges* ni los *iura*, estos últimos inspirados en un clasicismo decadente. El propósito de superar la práctica *anima* desde mediados del siglo vii a los reyes visigodos, que tratan de restaurar las disposiciones dictadas por los últimos emperadores romanos. Pero aunque los juristas y los legisladores han pretendido ignorar la existencia real de un sistema sucesorio, en sus obras o leyes se deslizan expresiones o referencias a situaciones que la revelan y que a nosotros nos sirven para constatar su vigencia efectiva. Por ello, en cuanto expresión del Derecho vulgar visigodo, cuya vigencia se prolonga en la Alta Edad Media española, se examinan y analizan luego la mayor parte de los documentos datados en ésta.

II. LA POSIBILIDAD Y LA FACULTAD DE DISPOSICION "POST MORTEM"

a) *La facultad de disposición*

6. La facultad y posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte, que hoy se nos presenta como algo natural e indiscutible, no fue conocida en tiempos antiguos. El Derecho romano que atribuye al hombre con plena capacidad (*sui iuris*) un poder absoluto de actuación en vida, hasta época muy avanzada no le reconoce la facultad de proyectar su voluntad después de su muerte, realizando actos que sólo producirán efectos luego de extinguida su personalidad y capacidad. Incluso el *mandatum* dado a otra persona para que actúe en interés del mandante se extingue con la muerte de éste²⁷. En el antiguo Derecho romano los actos jurídicos

27. GAYO 3, 160.—*Epit. Gai* 2, 9, 19. Sobre la dudosa existencia de un "mandatum post mortem mandatoris" véase AMELOTTI, *Il testam. rom.* I 150-52.

que crean situaciones después de la muerte del que los realiza se efectúan y consuman entre vivos. Así, el testamento en los comienzos coloca en el momento mismo de efectuarse al futuro heredero como familiar, de tal modo que por serlo en su día sucederá legítimamente al testador. En el testamento *per aes et libram* hay un acto efectivo aunque formal en el que encontrándose en trance de muerte el testador vende en mancipación su *familia*, es decir, su patrimonio, a otra persona, el *familiae emptor*, aunque con el ruego confidencial —calificado de *mandatum*—, de que a su muerte entregue la herencia a la persona o personas que se le indican; el *familiae emptor* recibe la herencia en su custodia y a la muerte del testador, en acto entre vivos, la entrega a las personas señaladas. Ese *mandatum*, primero declarado de palabra (*nuncupatio*) y a continuación recogido por escrito de modo especificado en *tabulae*, descansa estrictamente en la *fides* y carece en los tiempos antiguos de eficacia jurídica. Que el testamento se haga en trance de muerte y la declaración de voluntad se recoja en tablillas de cera expuestas a fácil deterioro, presupone que, habitualmente, se presume entre el otorgamiento y la muerte del testador un corto transcurso de tiempo, y no se teme que el *familiae emptor* o mandatario sea desleal y retenga la herencia sin transmitirla luego a los designados por el testador. Sólo en tiempo más avanzado esta complicada tramitación se hace formal, lo mismo que la función del *emptor*; la voluntad se declara directamente en las *tabulae* y, lo que aquí más importa destacar, se considera que el testador directamente, sin intermediario, instituye heredero a la persona que él desea²⁸. Lo mismo ocurre con lo que dispone el testador sobre sus propias cosas en concepto de legado con carácter imperativo —con expresiones como *do* o *lego*—, ya que se entiende que el legatario las recibe directamente del testador en cuanto la herencia es aceptada por el heredero, sin necesidad de que éste le entregue la cosa; por ello, el legatario, por ser ya propietario de ella, si el heredero no se la entrega puede reivindicarla como cualquiera otra de su propiedad (de ahí que tal legado se califique *per vindicationem*)²⁹. Con ello se llega a admitir

28. GAYO 2, 103-104.

29. GAYO 2, 193-200; *Epit. Ulp.* 24, 1-15.—Por el contrario, en el legado *per damnationem* (donde el testador impone al heredero la obligación de entregar o hacer) y en el *sinendi modo* (porque se obliga al heredero a per-

que la voluntad de una persona puede actuar de modo imperativo directa y efectivamente después de su muerte. Esto lo aceptan los juristas de la época clásica y su doctrina, en lo esencial, se mantiene inalterada por los postclásicos, serviles repetidores de ella salvo en lo que su incompreensión les desvía de la misma.

Pero esta facultad de disponer directamente para después de la muerte tiene ciertas limitaciones, que todavía se recogen a principios del siglo IV en el *Epitome* atribuido a Ulpiano. En primer lugar, la facultad de otorgar testamento únicamente la tienen los ciudadanos romanos *sui iuris* y púberes, y carecen de ella los sujetos a patria potestad y los latinos o dediticios. Sólo puede ejercitarse en favor de persona cierta que al tiempo de suceder sea ciudadano romano o de un siervo al que se concede la libertad, pero no de las ciudades o templos, salvo alguna excepción³⁰. En todo caso, la facultad de disposición *mortis causa* es más restringida que la de disponer entre vivos, pues está sujeta a diversas limitaciones. Disponer por testamento supone hacerlo de la herencia entera y no sólo de partes de la misma. Y en cualquier caso, el testamento ha de ajustarse a rígidas formalidades en cuanto a los actos de su otorgamiento, condición y número de los testigos, expresión de la voluntad, institución de heredero o desheredación de los hijos, mujer o nuera en potestad, aceptación de la herencia, etc.³¹. Cualquier defecto en el otorgamiento del testamento, o un cambio ulterior en la condición de las personas, lo rompe o hace írrito, con la única excepción de los otorgados por los militares³².

7. Estas limitaciones se soslayan, con evidente fraude del derecho establecido, aunque los juristas no lo consideren tal, acudiendo de nuevo a compromisos que descansan estrictamente en la *fides* y suponen, como en el primitivo testamento libral, una disposición *post obitum* indirecta³³. De este modo, el que quiere disponer

mitir que el legatario se apropie de una cosa del testador o del heredero), el legatario adquiere la cosa del heredero: GAYO 2, 213.

30. *Epit. Ulp.* 20, 10-16; 22, 1-13.

31. *Epit. Ulp.* 20, 2-9; 21; 22, 14-32.

32. *Epit. Ulp.* 23, 1-10.

33. GAYO 2, 289 diferencia los fideicomisos de lo que "directo relinquuntur".

para después de su muerte, mediante un *fideicommissum* hace intervenir como fiduciario al futuro sucesor para que éste realice lo que él no puede realizar conforme a derecho. La finalidad de esta disposición suele ser, como en los legados, la asignación de bienes singulares o actos concretos de liberalidad, aunque también puede afectar a la herencia entera (*fideicommissum hereditatis*)³⁴. El carácter confidencial del fideicomiso se manifiesta en el tono precativo de las palabras con que se establece, que en ningún caso pueden ser imperativas³⁵: a *peto*, *rogo*, *volo* y *fidei commito*, que cita Gayo³⁶, se añaden luego otras semejantes: *mando* —que se había utilizado en el testamento libral al dirigirse el testador al *familiae emptor*—, *depreco*, *cupio*, *desidero*, claramente rogatorias, y aún otras que implican un cierto tono imperativo, como *iniungo* e *impero*, en tanto que quedan como inexpresivas e ineficaces *relinquo* y *commendo*, esta última antes válida³⁷. Pero el carácter confidencial de este tipo de disposición, que en un principio deja su efectividad en manos del heredero³⁸, desaparece de hecho cuando, ya desde tiempo de Augusto, se puede exigir judicialmente su cumplimiento³⁹. Con mucha más libertad que si se actúa ejercitando la estricta facultad de disponer conforme al *ius civile*, mediante fideicomiso se puede favorecer en un principio a quienes no pueden ser herederos.

34. GAYO 2, 273: "qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint".—*Epit. Gai* 2, 7, pr.: "Potest aliquis recto iure heredem instituere et rogare eum, ut hereditatem suam aut omnem aut ex parte alii per fideicommissum redat".

35. *Epit. Ulp.* 24, 1: "Legatum est quod legis modo, id est imperative testamentum relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur"; 25, 1: "Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis".—*Sent. Pauli* 4, 1, 6.

36. GAYO 2, 249.—*Epit. Ulp.* 25, 2.

37. *Sent. Pauli* 4, 1, 5. 6.

38. CICERÓN, *De finibus bonorum et malorum* 2, 17, 55 habla de un caso en el que el instituido heredero en testamento se negó a entregar la herencia a la hija del testador, como éste le había rogado; en 2, 18, 58 se refiere a otro caso similar, en el que el heredero restituyó la herencia. AMELOTI, *It testam. rom.* I 10.

39. GAYO 2, 278.—*Epit. Ulp.* 25, 2.—*Sent. Pauli* 4, 1, 3; 4, 1, 18: "ius omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit".

o legatarios⁴⁰, y se puede disponer no sólo de bienes propios —sean cosas singulares o toda la herencia—, sino incluso ajenos⁴¹. Considerando el *testamentum* como disposición sucesoria básica de la herencia, y que las disposiciones fideicomisarias se refieren por lo general a cosas singulares, los juristas se fijan más en el alcance del acto dispositivo que en el carácter estrictamente jurídico o confidencial del mismo y asimilan en cierta medida, sin perjuicio de destacar su mayor libertad, el *fideicommissum* y el *legatum directum*⁴². Pero aún esta distinción se supera pues si bien el heredero fiduciario conserva por lo general su condición de heredero⁴³, cuando el fideicomisario lo es sobre la herencia entera llega ser considerado *heredis loco*, es decir, como heredero directo del fideicomitente⁴⁴.

Esto hace que, de hecho, se atenúe la diferencia entre la estricta disposición para después de la muerte testamentaria y la más libre fideicomisaria. Por otra parte, así como la atribución de la herencia, y aun la de los legados, presupone la institución de heredero precisamente en un testamento, el establecimiento de un fideicomiso puede hacerse con pleno efecto no sólo en un testamento o en un codicilo, sino también en cualquier escrito e incluso de palabra o con un gesto⁴⁵; y no sólo sobre el instituido heredero, sino también sobre el futuro sucesor intestado y sobre un fideicomisario⁴⁶. De

40. GAYO 2, 273-277. Sobre posibilidades más amplias, prohibidas en su tiempo, 2, 285-288.

41. GAYO 2, 273.—*Sent. Pauli* 4, 1, 7-8.

42. GAYO 2, 268 tras destacar las analogías entre legado y fideicomiso advierte que, sin embargo, "multum differunt" y señala dieciséis puntos en que esto ocurre. Pero el *Epit. Gai* 2, 7, 8 reduce éstos a siete y habla sólo de "quedam distantiae" entre ambas instituciones.

43. GAYO 2, 251.

44. GAYO 2, 251. 253. 255.—*Sent. Pauli* 4, 2, 1, y 4, 3, 3 se limita a indicar que las acciones del heredero se transfieren al fideicomisario.

45. Aluden a fideicomisos establecidos fuera del testamento, *Dig* 31, 34 § 2. 89 § 3. Establecidos por escrito, *Dig.* 31, 64. 75. 77; 32, 37. Oralmente. *Dig.* 32, 39 § 1. GAYO 2, 270: "Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinet, fideicommissum alicui relinquere".—*Sent. Pauli* 4, 1, 6 a = *Dig.* 32, 21, pr.: "Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus et impedimento sit".—*Epit. Ulp.* 25, 3: "Etiam nutu relinquere fideicommissum usu receptum est".

46. GAYO 2, 269-271.

este modo puede llegarse, puesto que el cumplimiento del fideicomiso puede ser exigido, a imponer la voluntad del fideicomitente no sólo de modo próximo al fiduciario o fideicomisario que reciba la herencia o bienes determinados, sino incluso a personas futuras alejadas en el tiempo ⁴⁷.

8. De este modo la posibilidad de disponer para después de la muerte, condicionada en el testamento, adquiere mucha mayor amplitud mediante el fideicomiso. Bien entendido, que dentro de la dogmática de la época si la disposición de última voluntad no se ha hecho precisamente en *testamentum*, se considera que el disponente muere intestado; lo que no impide que la misma sea plenamente válida *ab intestato* ⁴⁸. Pero al dejar de ser el fideicomiso un encargo confidencial y convertirse en expresión de una voluntad que ineludiblemente ha de ser cumplida, aunque los juristas la mantengan, de hecho se borra la primitiva distinción entre la disposición testamentaria y la fideicomisaria, puesto que ambas de hecho poseen el mismo carácter imperativo ⁴⁹. Que la voz latina *mandare*, de tono originariamente precativo utilizada para expresar el encargo confidencial en el antiguo testamento libral y en los fideicomisos, posea en sus derivados romances (castellano, gallego, portugués, catalán, francés e italiano) ⁵⁰, sentido imperativo, revela claramente que éste lo poseía ya en los últimos tiempos del Imperio romano. La preocupación de no morir sin disponer para después de la muerte se hace general ⁵¹, y ello lleva a admitir, más que en la legislación en la práctica, el hacerlo de cualquier forma. La disposición de última voluntad deja de identificarse en este tiempo con el *testamentum* ⁵², y por

47. GAYO 2, 277.

48. Véase el texto de Gayo reproducido en la nota 45.—*Form. vis.* 21. 22.—576, Testamento del obispo Vicente (nota 24).

49. El fideicomiso se ve no como encargo confidencial sino como forma simple y no solemne de testamento, en la *interpretatio* al *C. Theod.* [= *Br. Alar.*] 4, 9, 7: "vel si codicillis quod est fideicommissum".

50. Véase MEREÁ. *Sobre a palavra 'manda'*, citado en la nota 7.

51. 446, *Nov. Valent.* 21 [= *Br. Alar.* 4], 2, 1: "Nostrae post hac beneficio sanctionis intestatus nemo moriatur".

52. Aunque insistiendo en que el testamento es la expresión de la última voluntad, se reconoce la facultad de expresarla de cualquier modo en el año 439 en la *Nov. Theod.* 16 [= *Br. Alar.* 9], pr.: "ut pro suo quisque

ello se generaliza para aludir a ella el uso de *voluntas*, o de *suprema voluntas* o *supremum iudicium*⁵³, al mismo tiempo que cae en desuso la palabra *fideicommissum*⁵⁴.

b) *Los modos de disposición*

9. Al lado de esta facultad de disposición para después de la muerte ejercida indistintamente, según terminología de la época, mediante testamento o *ab intestato*, y que ahora se efectúa siempre con carácter imperativo, coexiste la facultad de disponer entre vivos *mortis causa*. Este tipo de disposición se caracteriza inicialmente por ser la consideración de la muerte lo que motiva el acto, que, en sí puede realizarse y consumarse en vida del otorgante. Sólo con el tiempo la muerte deja de ser causa de motivación para convertirse en el hecho o momento en que el acto, ahora sucesorio, se consuma. Esta facultad de disponer se ejercita, ya en la época clásica, mediante donaciones *mortis causa*, realizadas bien sea estando el donante en plena salud y sin peligro de muerte, bien se prevea ésta, permaneciendo en la casa o en la milicia, en paz o en guerra, en tierra o mar. Como donación entre vivos, la propiedad de la cosa se transmite de modo inmediato. El modo de efectuarse estas donaciones en la época clásica se ajusta exclusivamente a la voluntad del donante, que puede hacerlas simplemente o sujetándolas a ciertos modos o condiciones; aunque, por lo común, las efectuadas *mortis causa* se diferencian de las “*verae et absolutae*”, que son siempre irrevocables, porque pueden estar sometidas a normas es-

testetur arbitrio, ut in potestate sua suam habeat voluntatem, ut invitus nemo nec taceat nec loquatur. Illud quippe est proprie testamentum quod testantis meram continet voluntatem”. Estas expresiones desaparecen en *C. lust.* 6, 23, 21 al reproducir esta constitución.

53. Véase PÉREZ DE BENAVIDES, *El testam. visig.* 4-5 y 79-80.

54. Sólo los juristas siguen hablando de *fideicommissum*; v. gr., *Epit. Gai* 2, 7; la *interpr.* a *Sent. Pauli* 4, 1; los Epítomes del Breviario. La Fórm. visigoda 22 —reproduce un modelo de hacia el año 400— menciona los fideicomisos como documentos paralelos a los testamentos y codicilos. Pero en las leyes visigodas y en las burgundias no se habla de él. Tampoco los glosarios latinos de Silos explican la palabra: E. GARCÍA DE DIEGO, *Glosarios latinos del Monasterio de Silos* (Murcia 1934).

peciales⁵⁵. Así, el donante puede disponer que la donación sea firme e irrevocable en todo caso, aunque sane de la enfermedad que le mueve a hacerla, o puede reservarse la facultad de revocarla en este caso; y puede poner la condición suspensiva de que la donación sólo será efectiva si el donante muere antes que el donatorio, o de que la donación sólo será válida si fallece con ocasión de la enfermedad en que la hace⁵⁶. Pero con el tiempo la realización de estas donaciones *mortis causa* parece se restringe en la práctica a los casos de peligro de muerte y las posibles modalidades sobre su validez se tipifican. A fines del siglo III de las donaciones *mortis causa* parecen ya generalizadas las que se hacen *post obitum*, aplazándolas a la muerte del donante⁵⁷. En esta época en las *Sententiae* atribuidas a Paulo se consideran sólo las realizadas por el donante en viaje por mar, en guerra o estando enfermo⁵⁸, y en todos los casos, dadas las expresiones que se emplean, parece que en virtud de la donación se transmite de inmediato la propiedad de la cosa; ahora bien, en la efectuada con ocasión de viaje por mar o de guerra la propiedad de la cosa está sometida a la condición resolutoria de que el donante no regrese, pues si éste regresa ha de restituirse lo donado⁵⁹; en la efectuada en caso de enfermedad, si ésta se supera la donación no se anula, pero el donante puede revocarla mediante una *paenitentia*⁶⁰.

55. PAULO, en *Dig.* 39, 6, 35 §§ 2. 3.

56. Estos supuestos los contempla PAULO, en *Dig.* 39, 6, 35 § 4.

57. Una constitución de Diocleciano del 286 (en *Fragm. Vat.* 283) rechaza de hecho la posibilidad de que se done —no dice que se haga *mortis causa*— la propiedad de un predio estipendiario “ut post mortem eius que accepit ad te rediret”, declarando que tal “donatio inrita est, cum ad tempus proprietatis transferri nequiverit”. Esta donación sería lícita conforme al texto de Paulo citado en la nota anterior si se hubiera hecho *mortis causa*. *C. Iust.* 8, 54, 2 al recoger esta constitución altera el texto, refiriendo la donación a cualquier tipo de predio (no sólo al estipendiario) y declarándola válida “cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest”. Véanse las notas 59 y 60.

58. *Sent. Pauli* 2, 23 [= *Br. Alar.* 24], 1; 3, 7 [= *Br.* 10], 1. 2.

59. *Sent. Pauli* 3, 7 [= *Br. Alar.* 10], 1: “Mortis causa donat qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet condicione, ut si reversus fuerit, sibi restitatur, si perierit, penes eum remaneat cui donavit”; carece de interpretación.

60. *Sent. Pauli* 3, 7 [= *Br. Alar.* 10], 2: “Donatio mortis causa, cessante valetudine et sequente sanitate, paenitentia etiam revocatur; morte enim

Con esto parece se marca un camino hacia el condicionamiento de la donación a la muerte del donante y hacia su revocabilidad. Siglo y medio más tarde, a mediados del v, sin distinguir la ocasión en que la donación se efectúa, se alude a aquélla en que el donante *mortis causa* se “reserva” (*sibi reservat*) la cosa mientras vive; cuando esto se establece, si el donante muere antes que el donatario la cosa pasa a éste y no a los herederos de aquél; pero si el donatario muere antes que el donante la cosa “permanece” (*permaneat*) en poder de éste ⁶¹. El texto no precisa si lo que el donante se “reserva” o “permanece” en él es la propiedad o el usufructo de la cosa; pero de la referencia que luego se hace a otro tipo de donación, en la que el donante se reserva por cierto tiempo la posesión, puede deducirse que lo que se reserva es la propiedad ⁶².

10. Esta doble forma de disposición para después de la muerte —la testamentaria-fideicomisaria, ahora confundidas, y la de donación entre vivos *mortis causa*— en lo que afecta a los bienes de hecho no presenta radicales diferencias. Cuando la disposición se efectúa en trance de muerte, como suele ser frecuente en cualquiera de los casos, el advenimiento próximo de esta priva de trascendencia efectiva al hecho de que los bienes se transmitan en el momento de disponerse de ellos o de morir el disponente. Tan sólo si la muerte

tantummodo conualescit”: sin interpretación. Sobre el origen del glosema “*paenitentia etiam*”, MEREÁ, *Sobre revogabilidade das doações por morte* 187 n. 38.

61. *Interpr. a C. Theod.* 8, 12 [=Brev. 5], 1: “Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur. Donatio directa est, ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator dum advivit, rem quam donat, sibi reservat, scribens: ‘si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donante res perveniat’; quod si prius moriatur cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris. Est et alia donatio, ubi donator obligat illum cui donat, ut aliquid faciat aut non faciat. Est item et alia, in qua sibi donator certum tempus possessionis reservat”.

62. SAMPER, *Las donac. mortis causa* 173-74 entiende que en este texto, aunque la donación con reserva de usufructo es en rigor una donación directa entre vivos, se la considera como una categoría intermedia entre esta y la *mortis causa*. Pienso que en el texto nada se dice, ni tampoco se la aproxima a esta; se la menciona tras otro tipo de donación sin duda entre vivos con condición de hacer alguna cosa.

de éste se distancia ésto crea situaciones distintas. En el caso de disposición por donación directa originariamente el derecho sobre las cosas se transmite en el acto de efectuarla⁶³; pero, como se dice en las *Sententiae Pauli*, si se ha efectuado en ocasión de un viaje por mar o de ir a la guerra, se anula al regresar el disponente. Con el tiempo la *traditio* de la cosa, que es distinta de la transmisión del derecho sobre ella, ya no se efectúa en el momento de hacerse esta última si el donante se reserva el usufructo de la misma⁶⁴, pues es evidente que retiene la posesión. Pero aún se llega más lejos: la cosa no sólo no se entrega al donatario si la donación se hace *post obitum* del donante, sino que la transmisión del derecho sobre ella queda aplazado a la muerte de éste, y en consecuencia el acto puede ser libremente revocado⁶⁵. Es decir, tanto en caso de donación

63. Una constitución de Constantino del año 316 (en *C. Theod.* 8, 12 [= *Br. Alar.* 5], 1) dispone que toda donación, "sive directa sit sive mortis causa instituta" debe ser efectuada por escrito con ciertas formalidades "et corporaliter traditio subsequatur".

64. La *interpretatio* a la constitución citada en la nota anterior, fiel al texto que explica, reitera lo dicho por el; pero al mismo tiempo señala como evidente la excepción arriba indicada, aunque, como puede verse en la nota siguiente, ya en la fecha en que se redacta la entrega de la cosa no se efectúa en las donaciones *post obitum*: "et hanc ipsam donationem —cualquiera que sea su clase— et gestorum sollemnitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia donantur, praesentibus plurimis tradantur; si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest, ut inde donator abscedat et novc domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usufructum donatur non reservaverit".

65. Esto se recoge ya en un texto coetáneo de la *interpretatio* reproducida en la nota anterior, como es el Palimpsesto de París § 308: "Res donata, si in praesenti traditur, nullo modo a donatore repetatur, nisi causis certis et probatis. Qui vero sub hac occasione largitur ut* post eius mortem ad illum cui donaverit res donata pertineat, quia similitudo est testamenti, habebit licentiam inmutandi voluntatem suam quando voluerit, etiam si in nullo laesum fuisse se dixerit". Chindasvinto al reproducir este testo (véase en *L. iud.* 5, 2, 6), en el lugar indicado con* interpola "eandem rem ipse, cui donat, usufructuario iure possideat, et ita". Con ello restablece el régimen anterior establecido en la *interpretatio*, que sólo excluía de la *traditio* en el acto de la donación a la efectuada con reserva de usufructo y no a las restantes donaciones *mortis causa*. No creo que se trate de un mero error de calificación jurídica de la situación del donante respecto de la cosa donada, explicando como reserva de usufructo la que en realidad es de dominio, como supone SAMPER, *Las donac. mortis causa* 183.

post obitum como de disposición testamentaria-fideicomisaria, la transmisión del derecho sobre la cosa se suspende hasta que se produce la muerte del disponente. La diferencia, importante, entre una disposición testamentaria-fideicomisaria y una donación *post obitum* o con reserva radica en que mientras en el caso de la primera al morir el disponente queda la herencia yacente y se abre el trámite de adición de la herencia y distribución de los bienes, en el de la segunda, por haberse efectuado ya la transmisión de éstos, su adquisición es inmediata. Esto es, sin duda, lo que da lugar, cuando se trata sólo de atribuir bienes determinados, a que desde la época postclásica ello se haga no mediante legados (supeditados a la adición de la herencia), sino por donaciones *mortis causa*⁶⁶. Como, por otra parte, no sólo el testamento, sino también las donaciones *mortis causa* otorgadas en caso de enfermedad pueden ser revocadas, queda abierta en todos los casos la posibilidad de dejar sin efecto la disposición efectuada. Esto hace que, de hecho, al margen de las distinciones que con su pseudoclasicismo puedan mantener los juristas postclásicos, se borre prácticamente la distinción entre la facultad de disponer *post mortem* mediante testamento-fideicomiso o por donación, y que se admita que la *voluntas* de una persona pueda actuar ampliamente después de fallecida y que sea inoperante que se manifieste mediante testamento o donación. La equiparación —no confusión— de testamento y donación *post mortem* es ya efectiva a mediados del siglo v, como se ve en el más antiguo código visigodo, cuando dice que la última, “quia similitudo est testamenti”, puede ser revocada sin necesidad de alegar causa alguna, sin aludir a que haya que satisfacer una *paenitentia*⁶⁷. Sólo más tarde, acaso por influencia de la Iglesia, principal beneficiaria de las donaciones *mortis causa pro anima*, se generaliza el hacerlas con carácter irrevocable, de tal modo que si el donante no desea efectuarlas de este modo ha de reservarse expresamente su facultad de revocarlas⁶⁸.

11. Esta situación no se altera al ponerse en contacto con la

66. Dig. 29, 6, 15. A la equiparación que por algunos se hace entre legados y donaciones *mortis causa* alude en el año 530 C. Iust. 8, 56, 4.

67. Véase la nota 65.

68. Véase MEREÁ, *Sobre a revogabilidade das doações por morte*, citado en la nota 7.

población romana la de origen germánico, y mucho menos, en las regiones donde ésta constituye una escasa minoría. Que los germanos no conciban que una persona pueda disponer para después de su muerte y que una disposición de última voluntad sólo pueda hacerse mediante un intermediario, al que se entregan los bienes para que luego de muerto el causante lo transmita a otra persona o personas, como ocurre entre los francos, ripuarios y longobardos —intermediario que tardíamente en Alemania recibe el nombre de *salmann*⁶⁹—, puede explicar que ellos acudan a este complicado procedimiento; pero no que la población romana abandone la idea plenamente arraigada de que puede disponer directamente de sus bienes para después de la muerte. Nada tienen que ver con este *salmann* o intermediario, como a veces se ha supuesto, los ejecutores testamentarios que de un modo generalizado aparecen en los siglos medievales⁷⁰; su origen, como luego se verá, es otro.

En la época visigoda y en la Alta Edad Media la conciencia de que es posible disponer directamente de los bienes para después de la muerte está profundamente arraigada, sin otra limitación que la que la fuerte cohesión familiar impone a la facultad de disponer de ellos, lo mismo entre vivos —requiriendo el consentimiento de los parientes— que con carácter sucesorio —reduciendo los tres cuartos de libre disposición que permitía la ley *Falcidia*⁷¹ a un quinto de libre disposición⁷². Que la disposición de los bienes se haga indistintamente mediante donación entre vivos o por actos de última voluntad, y éstos con gran libertad de forma, prueba plenamente que la posibilidad de efectuar aquélla de modo directo nadie la pone en duda en ninguno de los casos. Que en ciertas ocasiones, al recogerse tardíamente por escrito la voluntad del difunto expresada en su momento de palabra se haga de forma que éste aparece hablando en primera persona, haciendo innecesaria con ello la interpretación de aquella o la intervención de intermediarios⁷³, revela la plena

69. HÜBNER, *Grundzüge* 796-99. — PLANITZ, *Principios* 372-3. — AMIRA, *Germ. Recht* II⁴ 115-16.

70. Véanse luego los núms. 30 y 31.

71. GAYO 2, 224. 227.—*Epit. Gai* 2, 6.—*Sent. Pauli* 3, 8.—*Epit. Ulp.* 24, 32.

72. *L. iud.* 4, 5, 1 Chind; 3, 4, 13 Chind. Se presupone esta misma parte, en 5, 2, 4. 5 *ant.*

73. Véanse las notas 186, 187 y 189.

aceptación de la misma en el aspecto sucesorio. Este respeto a la voluntad del muerto, en primer término a lo dispuesto por él *pro anima*, pero también en cualquier otro sentido, es sin duda alguna favorecido e impuesto por la Iglesia. No se piensa ahora en fundamentar o cualificar con criterios jurídicos, por otra parte ya olvidados, la naturaleza del acto dispositivo: si es testamentario, fideicomisario o entre vivos. Las expresiones precativas en un tiempo empleadas —*mandavit, ordinavit, disposuit*...— adquieren por ello mismo el tono imperativo con que han llegado a nosotros; no expresan ya deseos o ruegos que alguien pueda atender, sino decisiones que hay que cumplir⁷⁴. La introducción de una cláusula penal en las disposiciones de última voluntad, similar a la que se contiene en cualquier documento de enajenación de bienes —compraventa, permuta, donación, etcétera—, revela igualmente que quien las otorga no duda lo más mínimo de su facultad de disponer eficazmente para después de su muerte.

c) *La repercusión de la facultad de disponer "mortis causa" en las formas de disposición*

12. El largo proceso que lleva a afirmar la posibilidad de hacer efectiva la voluntad de una persona después de muerta, condicionada en cada caso por el uso de medios eficaces para ello, actúa a su vez sobre éstos y condiciona su naturaleza y ordenación. El testamento, el acto fideicomisario y la donación *mortis causa* experimentan a lo largo del tiempo cambios importantes como consecuencia de ello. Su aproximación, fusión o confusión se produce a medida que el mismo proceso se opera en la posibilidad de disponer para después de la muerte; y no por contaminación directa de las normas que regulan cada uno por las de los otros. La cuestión de la revocabilidad de las disposiciones de última voluntad⁷⁵ no es, a mi juicio, la que

74. Véanse las notas 227 y 238.

75. En ello pone especial énfasis SAMPER, *La dispos. mortis causa* 94-96, y en consecuencia clasifica los actos de disposición sucesoria revocables (testamento, codicilo, donaciones imperfectas, *mortis causa*, de padres a hijos y de patrono a liberto) e irrevocables o pactos sucesorios (donaciones *reservato usufructo*, *post obitum*, *sponsalitiaie largitate* y universales).

determina su evolución, sino la de la posibilidad jurídica de disponer para después de la muerte de un modo efectivo.

III. FORMAS DE DISPOSICION ESCRITAS

a) *En el Derecho romano postclásico*

13. El *testamentum* constituye en el mundo romano la más antigua forma de disposición de la voluntad para después de la muerte, sujeta a rigurosas formalidades legales, y en este sentido lo define Quintiliano: “ut opinior voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis”⁷⁶. Pero al comienzo de la época postclásica, perdido en parte el rigorismo de su ordenación, y sobre todo el carácter de disposición total de la herencia, se considera sólo como la expresión conforme a derecho de la voluntad de una persona para después de su muerte; así, Modestino, “testamentum est voluntas nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit”⁷⁷. Y más brevemente, sin aludir a formalidades jurídicas o efectos sucesorios, el *Epitome* de Ulpiano dice que “testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est”⁷⁸. De igual forma Teodosio II dice que “illud quippe est proprie testamentum, quod testantis meram continet voluntatem”⁷⁹. De acuerdo con esto la palabra *testamentum* posee en este tiempo en el habla vulgar el amplio sentido de declaración de voluntad, como sinónimo de *documentum* o *instrumentum*, que luego se mantiene y generaliza en los tiempos medievales⁸⁰, aparte su acepción eclesiástica de pacto de Dios con los hombres. Recíprocamente, toda declaración de última voluntad, se haga en testamento o de cualquier otra forma, se designa como *voluntas*, *ordinatio* o *iudicium*, a veces calificados de *posterior* o *supremum*⁸¹. Sin embargo, para los juristas postclásicos, fieles a los conceptos y

76. QUINTILIANO, *Declar.* 308,

77. En *Dig.* 28, 1, 1.

78. *Epit. Ulp.* 20, 1.

79. *Nov. Theod* 16 [= *Br. Alar.* 9], pr.

80. A. SOUTIER, *A glossary of later latin to 600 A. D.*² (Oxford 1957) 111, 212 y 416.—DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* ed. L. FAVRE (París 1883-1887; reimpr. Graz 1954).

81. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento vis.* 4-7.

terminología de las obras que toman como modelo, el *testamentum* es siempre y exclusivamente un determinado tipo de disposición sucesoria, y no califican de tal cualquier otra por muy afín que sea a ella. Se trata de un tipo característico de disposición, que se identifica por sí mismo aunque se denomine de otra forma ⁸².

El *testamentum* postclásico difiere grandemente del antiguo. La institución de heredero que había sido, y aún se declara así a principios del siglo IV en las obras de los juristas, "*caput et fundamentum totius testamenti*" ⁸³, falta con frecuencia, sin que esto impida que ciertas disposiciones contenidas en él sean válidas ⁸⁴, y en consecuencia, que se admita que el testamento pueda carecer de institución de heredero ⁸⁵. Del mismo modo, deja de ser un acto que necesariamente afecta a toda la herencia, pudiendo hacerlo sólo de parte de ella. Deja de redactarse en forma solemne y se admite una mayor libertad de expresión con tal que sea clara la voluntad del testador ⁸⁶.

En la época clásica, cuando ya se habían relajado las formalidades de la *nuncupatio* y de la venta de la herencia, y de hecho bastaba la presentación de las *tabulae* con los signos o sellos del *emptor familiae*, del *libripens* y de los cinco testigos, aunque en rigor por la omisión de aquellas de acuerdo con el *ius civile* el testamento era inválido, el pretor lo había admitido como válido y otorgado

82. C. Theod. [=Br. Alar.] 4, 4, 3 = C. Iust. 6, 23, 17 (a. 396): "*Testamentum non ideo infirmari debet, quod diversis hoc deficiens nominibus appellavit, cum superflua non noceat. Namque necessaria praetermissa immi-nuat contractus et testatoris officiunt voluntati, non abundans cautelam*"

83. GAYO 2, 229. 248.—*Epit. Ulp.* 24, 15.

84. Véase KASER, *Rom. Privatrecht* I² 686-87 y II² 490.

85. Que a la institución de heredero no se concede importancia capital se comprueba en que el texto de GAYO 2, 229 no tiene paralelo en el *Epit. Gai*; en que no aluden a ella las *Sententiae Pauli*, y en que el pasaje de estas donde se dice que "*ante heredis institutionem legari non potest*" (3, 6, 2) carece de interpretación. No obstante, el *Epit. Gai* 2, 3, pr. exige que el que tiene un hijo en potestad ha de instituirle heredero o desheredarle. En 2, 3, 4 explica que si el instituido en un testamento posterior muere en vida del testador o antes de adir la herencia, o no se cumple la condición bajo la que se le instituyó, el testamento queda invalidado (pues no hay heredero), lo que no impide que el otorgamiento de este segundo testamento rescinda el primero. Véase SAMPER *La dispos. mortis causa* 120-22 y KASER, *Rom. Privatrecht* II² 490.

86. C. Iust 6, 23, 15 (a. 320).

la *bonorum possessio* de la herencia siempre que se presentara el testamento con los sellos al menos de siete testigos ciudadanos romanos⁸⁷. Con esta medida del Derecho pretorio no se había alterado la forma de otorgar testamento, sino tan sólo se habían considerado irrelevantes los actos puramente formales antes requeridos para hacerlo⁸⁸. Pero la carencia de fina matización de los juristas post-clásicos les llevó, fijándose exclusivamente en el diferente número de testigos que se requerían en unos u otros textos⁸⁹, a distinguir un testamento *iure civile* y otro *iure praetorio*, y aun atribuir importancia al hecho de que el mismo se califique de una u otra manera y presente mayor o menor número de testigos; de tal modo que el número de éstos debía corresponder precisamente a la calificación del testamento, declarándose inválido no sólo el pretorio que estuviera sólo signado por cinco testigos, sino incluso el civil que lo estuviera por ocho⁹⁰. Arcadio y Honorio en el año 396 salieron al paso de esto, declarando inoperante que el testamento se calificara de una u otra manera⁹¹. De acuerdo con ello, en la prác-

87. Así en GAYO 2, 119. 147 —*Epit. Ulp.* 28, 6 —En las *Sent. Pauli* 3, 4 *a* no se alude a ello.

88. Véase AMELOTI, *Il testam. rom.* I 191-92.

89. Constantino en una constitución del año 326 se limita a exigir que en el testamento haya cinco o siete testigos: *C. Theod.* [= *Br. Alar.*] 4, 4, 1; en igual sentido la *interpretatio*.

90. Esto se desprende de la constitución e interpretación recogidas en la nota siguiente. También parece aludir a esto en 446 la *Nov. Valent.* 21 [= *Br. Alar.*] 4, 1 § 4: "quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum conveniat inspicere voluntatem, cui multum roboris erit si vel septem vel quinque testibus muniatur "

91. *C. Theod.* [= *Br. Alar.*] 4, 4, 3, pr.: "Testamentum non ideo infirmari debet, quod diversis hoc deficiens nominibus appellavit, cum superflua non noceant. Nec patimur fidem conditi arbitri ob hoc debere convelli, si aut maiorem in principio signatorum aut minorem aut nullum numerum conditor suae praedixerit voluntati, cum quinque huic non ignari subscripserint testamento, licet non eisdem series fuerit recensita, sed is, qui extremum disposuit arbitrium, obsignandum porrexerit testamentum". La *interpretatio* es más expresiva: "Si moriens, cum scribit aut dictat chartulam testamenti, praetermiserit forsitan, ut vocabulum poneret aut civilis, is est quod quinque testium, aut praetorii iuris, quod septem testium erit subscriptione firmandum; unde si maiorem vel minorem testium numerum se testator in principio dixerit evocasse, usque subscriptorem numerum, etiamsi non relegant testamentum, valere permissum est, ita ut, sicut minor impedit

tica documental se introduce entonces una cláusula en la que el testador declara válida su voluntad sea como testamento de derecho civil o pretorio, sea como codicilo o *ab intestato*⁹². Pero es Teodosio II quien en el año 439, aunque sin aludir a ello, pone fin a estas discusiones al regular de modo uniforme el testamento, cualquiera que sea la forma de establecerlo⁹³. En este punto distingue en primer lugar el escrito, que puede serlo de mano del testador o de otra persona, bien sea dando a conocer su contenido a los testigos —lo que equivale a un testamento abierto—, bien simplemente presentando el documento cerrado y envuelto o sellado y atado; en cualquier caso, estando reunidos y presentes en el mismo acto siete testigos ciudadanos romanos púberes, el testador debe subscribirlo ante ellos —y si no sabe o no puede hacerlo, ha de subscribirlo un octavo testigo por él— y a continuación han de subscribirlo y sellarlo los siete testigos. Al lado de este único testamento escrito⁹⁴ —que sea abierto o cerrado no afecta a sus requisitos—, Teodosio II admite que puede hacerse *per nuncupationem, sine scriptura*; es decir, que el testador declare de palabra su voluntad de modo solemne —“non ut suum, ut adsolet fieri, narrantis arbitrium”— ante siete testigos. La admisión de esta *nuncupatio*, que nada tiene que ver con la que se hacía en el viejo testamento libral, responde sin duda al propósito de sujetar a reglas claras la frecuente declaración de voluntad hecha en este tiempo de modo verbal en la práctica. Pero sobre esto se insistirá más adelante.

Este propósito de Teodosio II de someter el testamento a reglas precisas, que sin duda le dan mayor autoridad y garantía, de hecho hace difícil o imposible su otorgamiento fuera de los medios ciu-

voluntati, sic, quidquid supra fuerit, non noceat testamentum; quia et lex ipsa constituit, quod superflua iuri impedire non debeant”. El preámbulo de la constitución se reproduce en *C. Iust.* 6, 23, 17.

92. Así en el acta de presentación en la curia del testamento de Flavio Constancio en el 474 (ARANGIO-RUIZ, *Negotio* núm. 58, pág. 178), en las *Form. visig.* 21 y 22 y en el testamento del obispo Vicente en el 576 (véase la nota 24).

93. *Nov. Theod.* 16 [= *Br. Alar.* 9] y *C. Iust.* 6, 23, 21.

94. Esto no impide que se siga aludiendo al testamento civil y pretorio en la *interpretatio* al *C. Theod.* 4, 4, 3 (véase la nota 91), en la *Nov. Theod.* 16 [= *Br. Alar.* 9], en las *Form vis.* 21 y 22 y en el testamento del obispo Vicente (nota 24). No se alude a ellos en el *Epit. Gai* 2, 2.

dadanos, en los ambientes rurales que son los que predominan en el siglo v, donde no es fácil encontrar quien sea capaz de redactar correctamente un testamento —aun admitida la libertad de forma— ni en un momento dado hallar siete testigos púberes. A los siete años de haber dictado Teodosio II su *novella*, Valentiniano III en el 446 reconoce esta última dificultad de encontrar suficiente número de testigos capaces en la “solitudo villarum”, y ella es la que le mueve, “*intestatus nemo morietur*”, a admitir la posibilidad de una *holografa scriptura*, redactada de su mano por el propio testador, sin necesidad de testigos, si se presenta en la *curia* municipal⁹⁵. Pero esta nueva posibilidad de un testamento ológrafo en realidad abre muy pocas posibilidades para expresar la última voluntad, dado que no debían ser demasiadas las personas capaces de escribir y elaborar por sí mismas un documento de esta clase⁹⁶. Todas estas disposiciones más que encauzar las declaraciones de voluntad mediante testamento lo que hacen es dificultarlas y dar ocasión a otras vías más fáciles.

Las dificultades que entraña el disponer mediante testamento no se reducen al acto de otorgarlo. Las hay también en su conservación. Las primitivas *tabulae* de cera, o el papiro o pergamino en que después se escribe, si se entregan al instituido heredero pueden ser mantenidas ocultas por éste para no cumplir los legados con que se le grava⁹⁷; y si se entregan a otra persona⁹⁸ puede ésta no poner el cuidado necesario en su guarda. El desconocimiento de lo que se dispone en un testamento cerrado lo mismo puede dar lugar a des-

95. *Nov. Valent.* 21 [= *Br. Alar.* 4], 2 § 1: “Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit.”

96. Esta *novella* está provocada por el testamento de “Micee inlustris femina” en favor de Pelagia, también “inlustris femina”, que no pudo encontrar suficiente número de testigos: lo que dada la condición de ambas, que sin duda habían de tener servidores o gentes a su alrededor, no deja de ser significativo.

97. Ya en el Edicto Perpetuo 232 se permite exigir de él “*tabulis exhibendis*”.

98. *Sent. Pauli* 3, 4, 17 [= *Br. Alar.* 3, 4, 15]. Flavio Constancio “commendat” su testamento a su mujer Pascasia y ésta lo presenta en la curia (ARANGIO-RUIZ, *Negotia* núm. 58, pág. 176). En la *Fórm. vis.* 25 se entrega al hijo

confiar de él que a no interesarse por él mismo. Especialmente en el caso de que no se instituya heredero en el testamento, frecuente en la época postclásica, puede ser difícil escoger la persona adecuada para su custodia y exigir de ella, aunque resulte beneficiada, la diligencia necesaria; esto sin contar los actos de violencia de los interesados en su desaparición⁹⁹. La indefensión en que queda el testamento es la que mueve al testador a protegerlo invocando penas divinas e imponiendo una multa que habrá de pagarse al Fisco —lo que supone interesar a éste en su observancia— al que lo infrinja¹⁰⁰. La obligación de presentar el documento en la *curia*¹⁰¹ se cumple después de muerto el testador¹⁰², aunque no siempre de un modo inmediato¹⁰³, y afecta no a su custodia, sino a su adveración. Esta no se refiere al contenido del testamento sino tan sólo a la autenticidad del documento en que se contiene. Presentado por quien lo tiene en custodia ante la *curia*, se requiere a ésta para que interroge a los testigos del mismo. La declaración de éstos se limita a hacer constar que estuvieron presentes en el acto del otorgamiento y a reconocer su propio signo y subscripción; o en su caso, si alguno de los testigos no está presente, a testimoniar que su signo y subscripción son los suyos. Tras lo cual, reconocido que el testamento es auténtico y no ha sido abierto, lo es ahora, se da lectura

99. En el testamento del obispo Vicente del año 576 se alude a cierta carta de concesión que fue robada del cartulario donde se guardaba (véase la nota 24).

100. Así en *Fórm. vis.* 24. También el testamento del obispo Vicente al final parece aludir a ello. La decisión de San Martín de Braga de confiar al rey visigodo la observancia de su testamento tiene presente una situación análoga; véase A. GARCÍA-GALLO, *El testamento de San Martín de Dumio*, en *AHDE* 26 (1956) 369-85 y P. MEREJA, *Sobre o testamento de S. Martinho de Dume*, en sus *Estudos de Dir. hisp. medieval* II (Coimbra 1953) 50-53.

101. Se establece con carácter general para toda clase de escrituras en el año 397: *C. Theod.*, [= *Br. Alar.*] 4, 4, 4 y *C. Iust.* 6, 23, 19. Referido al testamento entre cónyuges, en el 446: *Nov. Valent.* 21 [= *Br. Alar.* 4], 1 2

102. Así, en los casos de presentación en el 474 en un papiro de Rávena (ARANGIO-RUIZ, *Negotia* núm. 58, págs. 175-78) y en la *Fórm. visigoda* 25.

103. En el acta de Rávena citada en la nota anterior no se dice cuándo se presenta el testamento: pero al efectuarse uno de los siete testigos ha muerto y tres están ausentes, lo que presupone un cierto espacio de tiempo. En la *Fórm. visig.* 25 se indica que la presentación tiene lugar al tercer día.

al mismo, y por último se pide su inscripción ¹⁰¹. Es posiblemente en este momento cuando los testigos conocen las disposiciones testamentarias; si acaso las conocían no se les interroga sobre ello. Por su parte, la *curia* se limita a dar autenticidad a la escritura, sin entrar en la validez de sus cláusulas ni ocuparse de su ejecución. Posiblemente, sobre ésta previene el propio testador ¹⁰² o la propia *curia* requiere a quienes deseen encargarse de ella ¹⁰³.

14. El rigorismo formal a que en la época clásica se ajusta el testamento hace que muchos de ellos sean inútiles, írritos o rotos, aunque no por ello dejan de producir ciertos efectos ¹⁰⁷ como codicilos ¹⁰⁸. Ya desde principios del siglo IV, cuando la voluntad del causante se refiere a la distribución de bienes entre sus hijos —“parentes inter liberos”— se admite cualquier disposición, lo mismo si se ha efectuado en un testamento incorrecto o inacabado o en codicilo como si lo ha sido en una *epistola* o en cualquier escritura ¹⁰⁹. Esto, que aparece como una tolerancia, da lugar muy pronto en la práctica a un tipo documental característico cuasi testamentario, que los juristas y las leyes desconocen: la *epistola hereditatis*; que bien puede considerarse como un testamento innominado, aunque aqué-

104. Véase el acta del 474 (nota 102). La Fórm. vis. no alude a la declaración de los testigos.

105. Si el testamento del cochinitillo (véase la nota 20) parodia, como parece, las cláusulas habituales de un testamento de la época, tal encargo de ejecución podría verse en el apartado 8, cuando el cerdo testador “optimi amatores mei vel consules vitae, rogo vos ut cum corpore meo bene faciatis, bene conditiatis de bonis condimentis nuclei, piperis et mellis, ut nomen meum in sempiternum nominetur”.

106. En el acta del 474 (nota 102), concluida la lectura del testamento, tres de los magistrados “dixerunt: Quae lecta sunt gesta suscipiant, quid autem aliud adstantes defensores fieri desiderant?”. A diversas personas de la iglesia de Rávena, que se muestran satisfechas del acto, se les dice: “Gesta vobis ex his quae acta sunt competens ex more edere curavit officium”.

107. GAYO 2, 147.

108. ULPIANO, en Dig. 29, 1, 3 atribuye a los testamentos incorrectos el valor de meros codicilos; a menos que el testador se oponga a ello (Dig. 29, 7, 1).

109. C. Theod. [=Br. Alar.] 2, 2, 1 y C. Iust. 3, 36, 26. Lo confirma en el 439 Nov. Theod. 16 [=Br. Alar. 9], 5, 7 y C. Iust. 6, 23, 21 § 3.

llos la consideren como *ab intestato*. Esta se desarrolla de modo propio, acaso sobre la base inicial del codicilo ^{109 b}, pero sin relación ninguna, más o menos directa, con un testamento; como declaración autónoma que se basta por sí misma, fundada más en la facultad de disponer fideicomisaria que en la testamentaria ¹¹⁰. Tal como se conoce en España aquélla aparece otorgada estando enfermo el disponente pero con mente clara y sano juicio, dictada por un padre a su hijo, calificada repetidamente por el otorgante como mera *epistola*, que ha de valer eternamente conforme al Derecho urbano y al pretorio y en su defecto como codicilo o intestado, distribuyendo por igual los bienes entre los hijos y ordenando se presente en la curia ¹¹¹. En esta epístola se dispone el lugar de enterramiento, se conceden bienes inmuebles con sus siervos a la iglesia donde éste se verifique, se declara libres a ciertos siervos, se ordena

109 b. Aunque las *epistolae* que conocemos no guardan ningún parecido formal con los ejemplos conocidos de codicilo: vease el del año 175 procedente de la Panonia (ARANGIO-RUIZ, *Negotia* núm. 56, pág. 170) o el redactado hacia el 224 por Popilio Eracla (en AMELOTI, *Il testam. romano I* apénd. 4, pág. 258).

110. La comedia titulada *Querolus*, de autor anónimo de las Galias del primer cuarto de siglo V (L. HAVET, *Le Querolus, comédie latine anonyme* [París 1880]), se centra en torno a las incidencias provocadas por una "tacita scripturae fides" dirigida en trance de muerte por un tal Euclión a su hijo Querolo. En esta escritura, en forma de epístola dirigida por Euclión a su hijo, le indica que no confiando en un siervo o extraño para comunicarle un secreto, utiliza a un tal Mandrogeronte, al que ha conocido en un viaje y considera fiel amigo, para que le informe sobre dónde se guarda un tesoro, a cambio de lo cual Querolo deberá darle la mitad de éste en recompensa. En la obra aparece claro que Mandrogeronte tiene derecho a esa mitad (aunque el hacerlo valer le crea ciertas dificultades en el aspecto jurídico, pues habiéndose apropiado la urna en que se contenía el tesoro aparece como ladrón de ella, o violador de un sepulcro, si como en algún momento supone contiene las cenizas de un muerto) M.^a B.^a BRUGUIERE, *Littérature et Droit dans la Gaule du V^e siècle* (París 1974) 350-57 destaca en qué medida ese testamento se aparta del Derecho romano vigente, pero no lo valora como muestra del Derecho vulgar.

111. *Form. vis.* 21. MEREÁ, *Estudios Dir. visig.* 110 considera el texto "una especie bárbara e híbrida, una mezcla mal forjada de testamento y donación". El acta de presentación en la curia de un acto de *ultima voluntas* por el hijo del difunto, que se recoge en la *Form. vis.* 25, en ningún momento lo califica de *testamentum*, puede ser muy bien de la *epistola* antes citada.

que los bienes se distribuyan por igual entre los hijos, y se advierte de modo expreso que lo concedido a extraños y los siervos que quedarán manumitidos, mientras el otorgante viva “a me universa possideantur”. Aunque en ningún momento se califica la epístola de *testamentum*, la alusión a que valga conforme al Derecho civil y al pretorio revela que se tiene conciencia de disponer testamentariamente. La analogía resulta aun más clara cuando se compara dicha *epistola* con otro documento que se califica a sí mismo expresamente de *testamentum*¹¹². Esta forma libre de disposición se generaliza sin duda muy pronto y no sólo en favor de los descendientes, al amparo de la facultad de hacerlo fideicomisariamente, con la evidente ventaja sobre la que se hace por testamento de no tener que ajustarse a los rígidos cauces de éste. Pero adolece de los mismos riesgos de indefensión que el testamento.

15. Las escrituras de donación tanto directas como *mortis causa*, a diferencia de lo que ocurre con el testamento o su forma vulgar de *epistola hereditatis*, no son documentos meramente declarativos de la voluntad de una persona; las mismas tienen un destinatario. Según lo dispuesto por Constantino en el año 316 en ellas deben constar claramente los nombres del donante y del donatario, indicarse con precisión lo que se dona, y firmar el donante (u otra persona presente, si no sabe hacerlo). A ello debe seguir inmediatamente la *corporalis traditio* de lo donado, a menos que el donante se reserve su usufructo. Y por último, debe ser presentada la escritura en la *curia* o ante los jueces¹¹³. La designación de un beneficiario cierto y conocido que queda en posesión de un título jurídico que poder hacer valer, hace que haya siempre alguien interesado en el cumplimiento de la voluntad de disponente, sin que obste a ello que haya reserva de usufructo a favor del donante o cualquier carga sobre el donatario. En este punto las donaciones *post obitum* o *reservato usufructo* ofrecen, si se trata de disponer de bienes concretos para después de la muerte, una evidente ventaja sobre cualquier disposición de carácter testamentario, dada la incertidumbre en la custodia de éstas, lo complejo de su tramitación y lo imprevisto de su cumplimiento. Posiblemente, esto más que la cuestión de su no

112. *Fórm. vis.* 22.

113. *C. Theod.* 8, 12 [= *Br. Alar.* 5]. 1 y *C. Iust.* 8, 53, 25.

revocación¹¹⁴ es lo que hace proliferar el empleo de esta forma de disposición.

16. La evolución que experimentan en la época postclásica las distintas formas de disposición de última voluntad se opera, en buena parte, al margen del Derecho oficial. Ni las *leges* ni los *iura* la reflejan más que en muy escasa medida y en aspectos aislados. Incluso los documentos de la práctica, en cuanto su redacción se ajusta a formularios escolásticos, presentan anacronismos; v. gr., la distinción del testamento civil y del pretorio, aun después de su total unificación por Teodosio II. Cuál es la situación real en la práctica del siglo v y del vi, no lo sabemos. Es indudable que subsiste, al menos en ambientes cultos, el testamento escrito tal como lo regula en el 439 Teodosio II, como se aprecia examinando el del obispo Vicente de Huesca del 576¹¹⁵. Pero a su lado coexisten las *epistolae hereditatis*¹¹⁶ y las donaciones *post obitum* del marido a la mujer y la atribución recíproca por los cónyuges de sus bienes para después de la muerte, sin que en los documentos se encuentre una calificación jurídica de los mismos o en ellos se hallen expresiones que permitan dársela con arreglo al Derecho de la época¹¹⁷. El más antiguo Código visigodo no confunde el *testamentum* y la *donatio post mortem*, pero sí advierte la similitud existente entre ellos¹¹⁸. Cómo regulaba el testamento el primitivo Código visigodo

114. Desde el momento en que el testador o el otorgante de una *epistola hereditatis* se obliga bajo juramento a no alterar su disposición, desaparece la posibilidad de su revocación. No parece que haya preocupado de modo fundamental a los hombres de la época conservar la facultad de revocar tal tipo de disposiciones.

115. Véase la nota 24.

116. *Fórm. vis.* 25.

117. *Fórm. vis.* 23 contiene el modelo de una *charta voluntatis* que recoge una donación universal *post obitum* del marido —la mujer aparece como destinataria de aquella y donataria de todos los bienes presentes y futuros del marido, aunque se alude a que lo mismo ocurrirá si la que muere es la mujer—, aunque se salva el derecho sucesorio de los hijos comunes si éstos nacen después de efectuada la donación. La *Fórm.* 24 ofrece el modelo de una declaración conjunta de los cónyuges, en la que se atribuye al que de ellos sobreviva la plena propiedad de todos los bienes; ninguna expresión permite calificarla de donación, testamento o escrito cualificado.

118. Véase la nota 65. Téngase en cuenta que en el texto del palimpsesto de París en esta parte sólo se leen algunas palabras —v. gr., las que aluden

no lo sabemos ¹¹⁹. Pero si se observa que la mayor parte de las leyes visigodas llegadas a nosotros que se refieren a él proceden de Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio, y se aproximan a los textos del Derecho oficial postclásico, acaso no es aventurado suponer que los del primitivo Código visigodo, que fueron substituidas por éstas, diferían sensiblemente del mismo. Una *lex antiqua* que alude incidentalmente a “qui sic moriuntur, ut nec donationem nec ullum testamentum nec presentibus testibus suam ordinent voluntatem” y dispone que sea sucedido por los próximos parientes ¹²⁰, revela que la sucesión voluntaria se defiere indistintamente —acaso el orden de enumeración refleja de modo subconsciente la frecuencia del procedimiento— por donación *mortis causa*, testamento escrito y oral.

b) *En el Derecho vulgar visigodo y en el altomedieval*

17. La similitud entre la donación *post mortem* y el testamento, que destaca el antiguo Código visigodo, no radica en la revocabilidad de aquélla —el texto afirma ésta partiendo precisamente de la similitud—, sino en que la transmisión de los bienes se realiza en el momento de la muerte del disponente. Pero la similitud no supone confusión de una y otro, y lo que los distingue es, probablemente, como subraya San Isidoro refiriéndose al testamento ¹²¹ y nos-

a la tradición de la cosa “in praesenti” o “post eius mortem”— y que el resto se reconstruye conforme al *L. iud.* 5, 2, 6.

119. D'ORS, *Cód. Eurico* 237-38 indica que en el Palimpsesto de París se distinguen un testamento escrito, o firmado al menos, en presencia de testigos, y otro oral (nuncupativo) para caso de necesidad, ambos ante dos o tres testigos ingenuos; pero no indica los pasajes del texto en que se basa, aunque parece hacerlo en el cap. 307, que en rigor se refiere a donaciones del marido a la mujer, sin aludir en ningún caso a su muerte, que él generaliza como “donaciones testamentarias”, en tanto el 308 se refiere a donaciones “inter vivos”.

120. *L. iud.* 4, 2, 4 *ant.* El *L. iud.* 5, 5, 10 *ant.* se refiere a la publicación del testamento ante testigos y a la entrega de la escritura al heredero más favorecido; D'ORS, *Cód. Eurico* 203 la considera debida a Leovigildo, pero no emite opinión sobre la anterior.

121. ISIDORO DE SEVILLA, *Etymol.* 5, 24, 2: “Testamentum vocatur quia, nisi testator mortuus fuerit, nec confirmari potest nec sciri quid in eo scriptum sit, quia clausum et obsignatum est; inde dictum testamentum, quia

otros podemos constatar si consideramos lo característico de la donación, el momento en que el acto dispositivo se hace firme y público: éste es el de la muerte del testador en el testamento, el del otorgamiento de la escritura en la donación. Pues ha de tenerse en cuenta que para los juristas de la época el *testamentum* es siempre escrito y cerrado, y no se califica como tal el hecho de palabra ante testigos ¹²². La donación, por el contrario, es un acto que resulta conocido y firme desde el momento en que a la misma sigue la entrega de los bienes.

18. En el Derecho vulgar visigodo, es decir, en el aplicado en la práctica, las donaciones *mortis causa* se hacen cada vez más frecuentes y esto trasciende a los tiempos altomedievales, en los que en todas las regiones de la Península aparecen como el tipo más generalizado de disposición sucesoria, con una identidad de características que denota su origen visigodo.

Dado que la donación es en sí un acto entre vivos que produce efectos inmediatos de transmisión de propiedad, su adaptación a fines sucesorios se verifica la mayor parte de las veces introduciendo en ella una reserva de usufructo en favor del donante, y con menor frecuencia aplazando su efectividad a la muerte de éste. El primitivo Código visigodo se había referido, sin especial matización, a las donaciones en que lo donado “pertinebat” al donatario *post mortem* del donante; lo que podía referirse tanto a la reserva de usufructo como al aplazamiento de la donación. A mediados del siglo VII Chindasvinto, teniendo a la vista esta ley del antiguo Código visigodo —se reproducen a la letra frases de la misma—, la matiza y regula la validez y efectos de las donaciones ¹²³. Alude en primer lugar a las donaciones con *traditio* de presente de la cosa, que son siempre irrevocables, y se ocupa de distintos supuestos en los que la cosa o la escritura están en poder del donatario, o se han perdido. A estas donaciones equipara aquellas en que luego de efectuadas es el donatario el que cede el usufructo de la cosa al donante; por

non valet nisi post testatoris monumentum, unde et Apostolus [*Hebr.* 9, 17]: “testamentum, inquit, in mortuis confirmantur”.

122. La *antiqua* 4, 2, 4 (citada en la nota 120) lo distingue claramente. Véase también la nota 170.

123. *L. iud.* 5, 2, 6 Chind.

ello, si el donatario muere antes que éste, como propietario que aquél es de la cosa, puede disponer de ella, y si no lo hace pasa a sus herederos legítimos. Caso distinto es el de la donación en que es el donante mismo quien se reserva para sí el usufructo, y por consiguiente no transmite de presente la cosa, que es la que aquí se asimila al testamento; por no ser firme la donación, ésta se anula si el donatario fallece antes de ocupar los bienes. Distingue, pues, Chindasvinto dos formas de reserva de usufructo: una propia, cuando es el donante quien la establece como modo de la donación, y otra impropia, cuando es el donatario quien se la concede a aquél. En cambio, no habla la ley de la donación aplazada *post mortem* del donante —donde el modelo utilizaba esta expresión ahora se dice de él “usufructuario iure possideat”—, acaso porque la misma se confunde con la hecha con reserva de usufructo vitalicio —no siempre es fácil distinguir en el Derecho de la época si el *ius* sobre la cosa es *proprietas* o mera *possessio*— o incluso con el propio testamento.

La existencia de estos distintos tipos de donación sucesoria y su generalización en todas partes en los primeros siglos de la Edad Media, tanto en España como fuera de ella ¹²⁴, revelan claramente su arraigo ya en los últimos tiempos del Imperio romano. Las donaciones efectuadas *reservato usufructo* por el propio donante son las más frecuentes. En ellas se transmite, en el momento mismo de efectuarse —bien sea por entrega corporal de la cosa, por *traditio chartae* o *traditio per chartam*—, el derecho sobre los bienes donados, aunque el donante se reserva la tenencia o disfrute de la cosa, expresado de muy diversas maneras: “habeat et teneat”, “in meo iure permaneat usufructuario ad sustentationem meam”, etcétera ¹²⁵. La expresión de que la cosa “pendat in meo arbitrio in

124. J. A. RUBIO SACRISTÁN, “*Donationes post obitum*” v “*donationes reservato usufructo*” en la Alta Edad Media de León y Castilla, en *AHDE* 9 (1932) 1-32. ARVIZU, *La disposic. “mortis causa”* 145-212.—MEREÁ, *Sobre doações ‘causa mortis’ y Sobre a revogabilidade das doações por morte*, citados en la nota 7.

125. Véase la nota 124. En una donación de 1206 (A. GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, III [Madrid 1928] núm. 743, pág. 17) se hace constar que la reserva del usufructo es aceptada por el donatario; acaso esto refleja el creciente abandono de este tipo de donaciones, al generalizarse el testamento.

vita mea" no significa que se tenga la facultad de revocar la donación, pues a veces en el mismo documento en que aparece se asegura la firmeza del acto¹²⁶. Por transmitirse la propiedad de la cosa al efectuarse la donación, caso de que el donatario muera antes que el donante son sus sucesores quienes la reciben¹²⁷. Pero también se encuentran casos en que perfeccionada la donación es el donatario quien cede al donante el usufructo, quien por consiguiente lo tiene "per manum" de aquel o "pro sua manu"¹²⁸; en ocasiones, pagando en "recognoscencia" del derecho del donatario un censo simbólico¹²⁹.

Con menos frecuencia, aunque también muy generalizadas, se encuentran las donaciones *post obitum*¹³⁰, no siempre fácilmente distinguibles de las anteriores porque la referencia un tanto inexpressiva que suele hacerse a que el donante tendrá la cosa hasta su muerte no siempre permite precisar si es en propiedad o en mera tenencia.

19. Pero la confusión de las donaciones *post obitum* se da no sólo con las *reservato usufructo*, sino con otros actos documentales en que se dispone para después de la muerte, en los que no sólo se atribuyen bienes —independientemente de que ello se haga de manera simple o sometiéndolo a cargas o condiciones—, sino que se concede libertad a siervos, se dispone sobre la sepultura, o la tu-

126. En un documento de 1105 citado por E. GAMA BARROS, *História da Administração pública em Portugal nos séculos XII a XVI*, III (Lisboa 1914) 179 n. 2; 2.ª ed. VI (Lisboa 1949) 318 n. 1.

127. Año 1041 (*Portugaliae Monumenta Historica, Diplomata et Chartae* I [Lisboa 1867] núm. 315, pág. 193).

128. 1028, Oviedo (T. MUÑOZ ROMERO, *Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas de España* [Madrid 1847] 125 n. 19).—Documentos portugueses de 1045 a 1096 (*PMH DCh* núms. 340 p. 267-8; 406 p. 248; 431 p. 259-70; 434, p. 215; 815, p. 485-6; 824, p. 491-2). En 1158 (V. VIGNAU, *Cartulario del Monasterio de Eslonza* [Madrid 1884] 136-37) la tierra recibida en donación se entrega al donante en documento distinto, en *prestimum* gratuito.

129. 1066, San Juan de la Peña (E. IBARRA, *Documentos correspondientes al reinado de Sancho Ramirez II* [Zaragoza 1913] núm. 13, págs. 33-34).

130. Véase la nota 124.

tela de los hijos menores, o de cualquier modo *pro anima*¹³¹. En cualquier caso, esto es consecuencia de la plena afirmación de la posibilidad y facultad de disponer para después de la muerte, no canalizada sólo a través de determinado tipo de actos sino ejercida con toda libertad de cualquier forma. Las muy variadas calificaciones que se dan los documentos mismos —aparte *extrema* o *ultima voluntas*— refiriéndose a su carácter noticioso de lo dispuesto, *conmemoratio*, *memoratio*; a su forma escrita atípica, *libellum*, *scedula*, *charta*; a la naturaleza imperativa de la voluntad del testador, *mandamentum*, *ordinatio*, *dispositio*, *iudicium*, *preceptum*¹³²; todas ellas reflejan la confusión conceptual de los redactores y la no existencia de tipos definidos de disposición sucesoria. La palabra *testamentum* se aplica indistintamente a cualquier documento que contiene una declaración de voluntad o un pacto cualquiera, y de igual modo como *donatio* se designa cualquier acto de disposición no onerosa^{132 b}. La inexistencia en este tiempo de una técnica y una terminología jurídicas depuradas hace imposible todo intento de tipificar estos actos de disposición sucesoria no sólo por su nombre, sino por su formulación efectiva. El acto testamentario, unilateral en su origen, con frecuencia deja de serlo cuando aparece otorgado no por una persona sola sino conjuntamente por un matrimonio, bien sea atribuyéndose recíprocamente los bienes¹³³ o en favor de terceros¹³⁴; o cuando la persona a quien se donan los bienes para

131. Sirvan de ejemplo dos escrituras de 1179 y 1187 (GONZÁLEZ PALENCIA, *Mozár. de Toledo* III [Madrid 1928] núms. 736 y 738, págs. 8-9 y 10-11).

132. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 380-8.

132^b. Los ejemplos son tan numerosos que resulta innecesario citarlos. En Cataluña en el siglo x *testamentum* comienza a designar tanto el testamento escrito como el oral: BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 380-81.

133. V. gr., 959, Sobrado (en A. LÓPEZ FERREIRO, *Historia de la Santa A. M. Ig'esia de Santiago de Compostela* II [Santiago 1899] apénd. 73, págs. 169-72) —1185 (GONZÁLEZ PALENCIA, *Mozár. Toledo* III núm. 1019 pág. 389) ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1955) 127-46. Aunque contiene cláusulas respecto a la sucesión de bienes, no puede considerarse "testamento mancomunado" de varias personas (pág. 139) una carta de "germanitate" que establece cierta comunidad de bienes.—BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 397-98.

134. 1053, San Juan de la Peña (IBARRA, *Docum. de Sancho Ramírez* II núm. 1, págs. 3-8); en 1082, muerta la mujer, el marido lo confirma y modifica (núm. 57, págs. 161-64).

después de la muerte se obliga a su vez en el propio documento a ciertas prestaciones con respecto al testador¹³⁵, lo que le imprime un cierto carácter contractual. Pero, al mismo tiempo, tampoco pueden considerarse la mayor parte de las donaciones, en contraposición al carácter unilateral del testamento, como negocios contractuales, máxime teniendo en cuenta que la generalidad de ellas no imponen una carga de cualquier clase al donatario, y que las que se hacen *mortis causa* nunca en España exigen una contraprestación o *vicissitudo*¹³⁶. Que en el formulario usual de las escrituras de donación se inicien éstas con el nombre del donante y del donatario, en tanto que en otras de naturaleza dudosa el del beneficiario o beneficiarios sólo aparezca más tarde, no ofrece un criterio seguro de distinción, puesto que en ocasiones en documentos que inequívocamente son testamentos se indica a continuación del nombre del testador el de los que se designan como herederos¹³⁷. Tampoco la irrevocabilidad o posibilidad de revocar el acto sirve para determinar su naturaleza, porque hay donaciones que son revocables¹³⁸ y disposiciones sucesorias que se declaran irrevocables¹³⁹. Aunque el documento se autocalifique de *donatio*, y como

135. 837, Lugo (A. C. FIORIANO, *Diplomática española del periodo astur* 718-910 I [Oviedo 1949] núm. 43, pág. 200).

136. Aunque se ha destacado en documentos medievales españoles la entrega de una contraprestación en las donaciones (E. DE HINOJOSA, *El Derecho en el Poema del Cid*, en sus *Obras* I [Madrid 1948] 213-14 y *El elemento germanico en el Derecho español*, en sus *Obras* II [1955] 417.—C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Estampas de la vida en León durante el siglo X* [Madrid 1926] 145 n. 19), lo cierto es que la mayoría de las cartas de donación recogidas en los cartularios no aluden a ella.

137. V. gr., los documentos citados en la nota.

138. Véanse los estudios de Merêa citados en la nota 7. ALONSO LAM-BÁN, *Las formas testam.* (1955) 124-26.

139. En el siglo x en las *Fórmulas de Ripoll* 3 y 4 (ed. Z. GARCÍA VILLADA, en *Anuari de l'Institut d'Estudis Catalans* 4 [1911-1912] 531-40) el testador renuncia a hacer otro testamento después del que otorga; a la vista de este formulario debieron redactarse numerosos documentos.—GAMA BARRROS, *Hist. d'Admin.* III 181 n. (2.ª ed. VI 320-22) presenta ejemplos portugueses de irrevocabilidad de la segunda mitad del siglo XIII. Que la revocación del testamento está mal vista se aprecia en uno aragonés de 1065 (IBARRA, *Docums. de Sancho Ramírez* II núm. 7, pág. 18), en el que el testador expresa su arrepentimiento por haber revocado su testamento escrito y lo confirma de palabra en el momento de su muerte. Aunque no se alude

tal con arreglo a la terminología y dogmática (?) de la época así hayamos de considerarlo, no lo es en rigor aquel que favorece con distintas donaciones a diferentes personas y que dispone, al margen de éstas, sobre la sepultura o la manumisión de siervos, etc.¹⁴⁰. Ya en los tiempos altomedievales a esta última clase de disposiciones se las da un nombre característico, que difiere según las regiones (lo que revela que no fue común en época anterior). Así, en Castilla, donde parece haberse considerado la facultad del testador para disponer, se califican de *mandas*¹⁴¹. En Aragón, atendiendo a la finalidad primordial de hacerlas *pro anima*, *cartas de animalio*¹⁴²; y con carácter más general, en consideración a la finalidad del acto dispositivo encaminado a fijar la suerte de los bienes, *destín*¹⁴³.

a que el testador no pueda revocar el testamento, la imposición de penas a hijos, parientes o extraños que traten de "interrumpere", "mutare", "disrumpere", etc. el testamento, en los siglos XI y XII en Aragón, parece indicar que él renuncia también a cambiarlo: ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1955) 42-44.

140. Véase la nota 131.

141. Fuero de Oviedo y F. Avilés 23 (ed. A. FERNÁNDEZ GUERRA, *El Fuero de Avilés* [Madrid 1865] 125).—1180, Fuero de Villazila y Villamelendro (ed. I. GONZÁLEZ, en *AHDE* 16 [1945] 633).—1180, Fuero de Santa María de Cortés (E. DE HINOJOSA, *Documentos para la historia de las instituciones de León y Castilla* [Madrid 1919] 84).—Fuero de Salamanca 31 y Fuero de Ledesma 7 (A. CASTRO Y F. ONÍS, *Fueros leoneses de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes* [Madrid 1916] 92 y 217).—Fuero de Cuenca 232 [redac. sistemática 10, 29] (R. DE UREÑA, *Fuero de Cuenca* [Madrid 1935] 284-85).—Privilegio de Fernando III a Burgos (en latín en MUÑOZ, *Fueros* 270, y en romance en *Libro de los Fueros de Castiella* c. 1 ed. G. SÁNCHEZ [Barcelona 1924] 5). *Fuero real* 3, 12, 6 y 3, 6, 1.

142. 1081 y 1082, San Juan de la Peña (IBARRA, *Docums. de Sancho Ramírez II* núms. 54 y 57, págs. 152 y 161).

143. En un pleito, hacia 1140, se califica de *destinamento* un escrito de disposición sucesoria de 1133-1134, que a sí mismo se define como *ordinatione* en que el otorgante "destinat" sus bienes (ambos documentos en ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1954) 138 n. 516). También en otro pleito se califica de *destinamento* al testamento (l. cit. 140 n. 517).—Fuero de Viguera y Val de Funes caps. 480-484 (ed. J. M.^a RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes* [Salamanca 1956]; en la edición de HERGUETA, en *Bol. R. Academia de la Historia* 37 [1930] 368-40 estos caps. llevan los núms. 476-80).—En los *Fueros de Aragón según el ms. 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid* publicados por G. TILANDER (Oxford 1937) se emplea siempre la palabra *destín* al referirse al testamento.

c) *La legislación visigoda tardía y su persistencia en Cataluña*

20. Al igual que Teodosio II y Valentiniano III reaccionan frente al vulgarismo jurídico dominante en su tiempo ordenando la sucesión voluntaria, Chindasvinto, y en especial Recesvinto y Ervigio, reaccionan frente al Derecho vulgar de su época dictando leyes que en esencia suponen restaurar el régimen establecido por aquellos emperadores. Estas leyes se recogen en el *Liber iudicum*¹⁴⁴ y nos muestran cuál es el Derecho oficial desde mediados del siglo VII. Con la desaparición del reino visigodo la vigencia del *Liber* sufre un duro quebranto, aunque la mantienen los cristianos sometidos al dominio musulmán. Los de la Septimania y Cataluña, que antes de un siglo y en la tercera generación consiguen sacudírselo, continúan rigiéndose por él y en materia sucesoria se ajustan fielmente a sus leyes, al menos hasta el siglo XIII¹⁴⁵. Pero en el resto de la Península la situación cambia. Los mozárabes continúan rigiéndose por el *Liber*, pero a medida que transcurre el tiempo, y al menos en lo externo se va adaptando a las costumbres árabes y en la redacción de sus documentos a formularios musulmanes¹⁴⁶, la forma externa de sus testamentos¹⁴⁷ se aparta en ocasiones de lo preceptuado en

144. Véase la nota 150. MEREÁ, *Estudios Dir. visigodo* 114 entiende, por el contrario, que los juristas de Recesvinto se inspiran en el Derecho vulgar.

145. *Consuetudines Ilerdenses* cap. 168 (ed. P. LOSCERTALES, *Costumbres de Lérida* [Barcelona 1946] 73): "Goticis vero legibus paucissimis utimur, ut illis que locuntur de testamentis post mortem scribendis, et aliis forte quibusdam".—Varias leyes del *Liber iudicum* (2, 5, 1. 8. 10. 11. 13. 14. 15) referentes a escrituras y testamentos, aunque no aquellas que se refieren a la forma de los mismos o al ológrafo (2, 5, 12. 16) son objeto de glosas en un código catalán del *Liber* de principios del siglo XIII: B. VON BONIN, *Eine Glosse zur Lex Wisigothorum*, en *Neues Archiv* 29 (1903) 49-94.

146. Examinó la cuestión en un estudio sobre *El Derecho privado de los mozárabes de Toledo*, de próxima publicación. En este caso, la similitud del testamento musulmán (véase en la nota siguiente) con el español facilita la utilización.

147. El testamento (*al-wasiyya*) existe entre los árabes preislámicos y a él alude en diversos pasajes el Corán. En el Derecho musulmán la forma ordinaria de testamento la constituye el escrito, de mano del testador o dictado por éste, presentado a dos testigos idóneos requeridos para ello, que pueden estar o no informados de su contenido, pero a los que se advierte

la legislación visigoda ¹⁴⁸. En la España cristiana —con excepción de Cataluña—, donde en los primeros siglos de la reconquista escasean los ejemplares del *Liber* y éste tiene escasa difusión ¹⁴⁹, la regulación del testamento contenida en él no es aplicada; en estas regiones pervive, en cambio, como se ha visto, el Derecho visigodo vulgar.

Cualquiera que sea la consideración del testamento por los reyes visigodos que en el siglo VII dictan disposiciones sobre él, los recopiladores y sistematizadores de las mismas en el *Liber iudicum* no lo contemplan como institución básica del Derecho sucesorio o acto de disposición, sino en su aspecto documental y probatorio,

que el documento contiene una disposición de última voluntad y se les requiere directamente a cumplirla: "ejecutad este acto"; el testador puede conservar el documento en su poder mientras vive, y revocarlo si lo desea; la función de los testigos se limita a identificar la hoja o pliego en que se contiene el testamento. También puede otorgarse testamento ológrafo sin testigos, debiendo hacer constar el testador que lo ha redactado de su puño y letra; pero en este caso debe entregarlo a persona cierta con orden expresa de ejecutarlo, la cual responde de su autenticidad. Igualmente puede hacerse la declaración de última voluntad ante el cadí, en cuyo caso no son necesarios testigos. Y también, sobre todo en trance de muerte o de imposibilidad de escribir, puede testarse de palabra ante dos testigos varones idóneos, con preferencia parientes del testador. En cualquier caso, éste encarga como mandatario a una persona púber, capaz, honrada y experta en la materia, que incluso puede ser una mujer libre o esclava, para que, si acepta, cuide de ejecutar las disposiciones, pagar las deudas, atribuir los legados, etc.; es un *al-wasí* o albacea. Si al mismo tiempo se le encarga de la tutela o curatela de los hijos, recibe el nombre de *al-wisaya*. Véase D. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita* II (Roma 1938) 538-50.

148. Esto se aprecia en los documentos toledanos extractados con todo detalle por GONZÁLEZ-PALENCIA, *Los mozár. de Toledo* III núms. 1012-1047, págs. 373-462; algunos incluidos en otros apartados, en especial como donaciones (núms. 727-784, págs. 1-54), son en realidad disposiciones sucesorias. Dos de los testamentos, de 1125 y 1161 (núms. 1012 y 1014), se reproducen no en extracto sino en traducción literal, tomando esta de la publicada por F. PONS BOIGUES, *Apuntes sobre las escrituras mozárabes toledanas existentes en el Archivo Histórico Nacional* (Madrid 1897) 276-80 y 290-96.

149. Véase el estudio de M. DÍAZ Y DÍAZ, *La Lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación*, en *AHDE* 46 (1976) 163-224, que obliga a matizar o rectificar mucho de lo que viene repitiéndose sobre esta materia.

como muestra su encuadramiento en la obra ¹⁵⁰; las donaciones de última voluntad, pese a su afinidad con el testamento, se regulan en lugar muy distinto ¹⁵¹. Tal como Recesvinto regula el testamento, éste puede otorgarse de diferentes formas: suscrito con su mano por el testador y los testigos; roborado con los signos del testador y los testigos ¹⁵²; y escrito de su puño y letra por el testador y suscrito por él, sin testigos ¹⁵³. Aparte modificaciones o precisiones en las anteriores, Ervigio añade una cuarta forma —y presenta todas ellas como *genera* u *ordines* de testamento—: él otorgado sin la firma del testador, por cualquier impedimento o no saber hacerlo, que requiere la firma de un nuevo testigo (*testis subscriptor*), que garantice la autenticidad del sello de aquél ¹⁵⁴; aunque si el impedimento desaparece más tarde, ha de firmar el testador ¹⁵⁵. Estas mismas formas se observan en Cataluña, donde en el siglo XII incluso se caracterizan de modo expreso los testamentos por ajustarse a uno u otro *ordo* de la ley ¹⁵⁶. Solo excepcionalmente se encuentran referencias al *Liber* en materia de testamentos en Asturias ¹⁵⁷ y Aragón ¹⁵⁸.

150. El libro 2 del *Liber iudicum* tiene un claro contenido procesal. Los títulos 1 y 2 se refieren a los jueces y al comienzo de los pleitos. El 3 se ocupa "De mandatoribus et mandatis" en su aspecto procesal. El 4, "De testibus et testimoniis". Y el 5 y último. "De scripturis valituris et infirmandis ac defunctorum voluntatis conscribendis". "De successionibus" se ocupa el título 2 del libro 4, referido todo él a derecho de familia.

151. *L. iud.* 5, 2 "De donationibus generalibus", junto a los bienes eclesiásticos, donaciones de los patronos, compraventa, comenda, prenda y manumisiones. Sobre el cambio de sistemática que esto supone con respecto al primitivo código visigodo, véase D'ORS, *Cód. Eurico* 233-35.

152. *L. iud. Recesv.* 2, 5, 12.

153. *L. iud. Recesv.* 2, 5, 16 Recesv.

154. *L. iud. Erv.* 2, 5, 12.

155. *L. iud. Erv.* 2, 5, 1.

156. Véanse referencias en J. BALARI Y JOVANY, *Orígenes históricos de Cataluña* (Barcelona 1899; reimpr. San Cugat 1964) 608. J. RIUS SERRA, *El Derecho visigodo en Cataluña*, en *Gesammelte Aufsätze zur Kulturgeschichte Spaniens* 8 (1940) 65-80. Véase también BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 376-77.

157. 1075, testamento de la condesa Gunterodo Gundesíndiz (S. GARCÍA LARRAGUETA, *Colección de documentos de la Catedral de Oviedo* [Oviedo 1962] núm. 61, pág. 211): "facimus anc scriptura testamenti sicut Lex docet" [*L. iud.* 2, 5, 11. 13].

158. Véase GARCÍA GONZÁLEZ, *El testamento en Aragón* 10-11.

III. EL TESTAMENTO ORAL

21. No se consideran aquí las disposiciones de última voluntad expresadas de palabra pero que a continuación se recogen por escrito. Si se exceptúan los casos, sin duda poco frecuentes dado el analfabetismo y la carencia de conocimientos técnicos, en que el propio testador escribe de su mano el testamento, en la generalidad de las ocasiones en todos los tiempos el testador dicta su voluntad a un *tabellio*, *scriba* o notario. Ya en la época romana aunque hay una previa *nuncupatio* o declaración del testador que se recoge en *tabulae*, aquélla queda irrelevante a efectos jurídicos y son éstas a las que el pretor se atiene para atribuir la herencia *secundum* o *contra tabulae*. Es constante la referencia a que el testador o donante dicta o hace escribir su voluntad, o al final de la escritura la mención de quien la "scripsit". Es el documento lo que se presenta y toma en consideración en la época postclásica en la *curia*, y en la visigoda y altomedieval ante los jueces o sacerdotes. Se trata en este apartado de aquellas declaraciones de voluntad para después de la muerte que se hacen de palabra y no se recogen por escrito antes del fallecimiento de quien las formula.

a) *En el Derecho romano postclásico*

22. La declaración de voluntad para después de la muerte meramente de palabra, sin ser recogida por escrito, es absolutamente excepcional en el Derecho romano antiguo. Se recuerda que ante súbito peligro de muerte y no pudiendo otorgar testamento, en el año 8 a. de C. Horacio designó de palabra heredero a Augusto¹⁵⁹.

158. 1096 (J. F. YELA UTRILLA, *El Cartulario de Roda* [Lérida 1932] serie 3.ª núm. 13, pág. 95): "mandavit hoc testamentum scribere, et nos infra spatium sex mensium, sicut Lex precepit, iuramus et testificamus ita esse verum". Aunque en la Recopilación conservada en el código Villarenses (ed. J. M. RAMOS LOSCERTALES, *Recopilación de Fueros de Aragón*, en *AHDE* 2 [1925] 491-523) se reproducen bastantes textos del *Liber*, incluso algunos del título de las escrituras (§§ 54. 55. 58 = *L. iud.* 2, 5, 1. 3 4), no se recoge ninguno de los referentes al testamento o donaciones *mortis causa*.

159. Suetonio, *Vita Horacii*: "herede Augusto palam nuncupato, cum

A mediados del siglo II, según Gayo, sólo hay una forma de testamento, el libral, en el que el testador advierte que lo escrito en las tablas contienen su voluntad ¹⁶⁰. Los juristas se ocupan casi exclusivamente de este testamento escrito y sólo algunos hacen referencias aisladas al testamento que se hace *sine scriptura*, por mera *nuncupatio* o declaración verbal ¹⁶¹. Esta debe ser hecha con claridad, es decir, que sea oída por suficientes número de testigos ¹⁶², y en tal caso tal "sine scripto testamento condito" debe valer como efectuada *iure civili* ¹⁶³. El instituido en tal testamento es heredero ¹⁶⁴, *heres nuncupatus*, aunque no *heres scriptus* ¹⁶⁵. Pero si el testamento es oral, los legados ordenados en tablas, por no formar éstas partes de aquél, carecen de validez ¹⁶⁶. De igual modo, con carácter de fideicomiso puede disponerse de palabra, y aun con un gesto ¹⁶⁷, tanto

urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas". AMELOTI, *Il testam. romano* I 13.

160. GAYO 2, 103: "Sed illa quidem duo genera testamentorum —el efectuado "calatis comitiis" y el realizado "in procinctu"— in dessuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentu est". En 2, 104; dice el testador: "haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare". También *Epit. Ulp.* 20, 2 considera existente sólo el testamento libral.

161. ULPIANO, en *Dig.* 28, 1, 21 § 1: "quod vero quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solemnia explanare possit "; en 28, 5, 1 § 3 sobre la forma breve de instituir heredero con solo cinco palabras: "Lucius Titius mihi heres esto. Haec autem scriptura pertinet ad eum, qui non per scripturam testatur, qui poterit etiam tribus verbis testari, at dicat: 'Lucius heres esto'; 'nam' 'et 'mihi' et 'Titius' abundat".—En 239 Gordiano permite pedir la *bonorum possessio contra tabulas* de la parte legítima si se instituye heredero a un extraño "vel contra nuncupationem, si testamentum sine scriptis conditum est" (*C. Iust.* 6, 13, 1). Otras referencias de JULIANO, en *Dig.* 37, 11 § 4, y de ULPIANO, en *Dig.* 28, 6, 20 § 1. Sobre este testamento oral véase AMELOTI, *Il testam. romano* I 169-71 y KASER, *Rom. Privatrecht* 1² 680 n. 17.

162. ULPIANO, en *Dig.* 28, 1, 21 pr.

163. 242, Constitución de Gordiano, en *C. Iust.* 6, 11, 2.

164. ULPIANO, en *Dig.* 28, 5, 1 § 1.

165. PAULO, en *Dig.* 29, 7, 20.

166. PAULO, en *Dig.* 29, 7, 20.

167. Véase la nota 45.

sobre el instituido heredero como sobre el sucesor legítimo¹⁶⁸. La amplia libertad de disposición que esto supone, en especial en ambientes donde no se encuentran personas capaces de escribir o redactar un texto (aun con la libertad de forma que concede Constantino), da sin duda gran difusión a esta forma de disponer, a la que los juristas clásicos sólo se refieren incidentalmente y que los post-clásicos silencian¹⁶⁹.

En el siglo V llegan a contraponerse al *testamentum*, como formas de sucesión intestada —en el sentido que esta expresión tiene en la época—, el fideicomiso y la *nuncupatio*¹⁷⁰.

En contraste con lo que ocurre con los testamentos ordinarios, nada se encuentra determinado sobre las circunstancias o requisitos que han de concurrir en el otorgamiento de estos testamentos orales, o más propiamente, *nuncupationes*. De algunos textos tardíos parece desprenderse que se hacen con carácter puramente privado¹⁷¹. Otros, clásicos o próximos a ellos, aluden a que las declaraciones se formulen ante suficiente número de testigos¹⁷², sin dar más explicaciones. Esto hace suponer que debieron gozar de gran libertad de forma. Pero, al mismo tiempo, que debieron tropezar con la dificultad de acreditar y probar su existencia y evitar fraudes¹⁷³. Sin duda saliendo al paso de lo que ocurre en la práctica y para do-

168. GAYO 2, 248 destaca la necesidad de que haya un testamento previo con institución de heredero. Pero en 2, 269 (pasaje mutilado) indica puede dejarse un fideicomiso sin heredero; y en 2, 270, que el que va a morir intestado puede dejarlo al que ha de sucederle.

169. Para el testamento oral postclásico, KASER, *Rom. Privatrecht* II² 481.

170. *Interpr. a C. Theod.* [=Br. Alar.] 4, 4, 7: "suam publicare non desinat voluntatem, utrum ex testamento an per nuncupationem an per fideicommissum hereditatem sibi obligat vindicandam".

171. JULIANO, en *Dig.* 37, 11 8 § 4 — ULPIANO, en *Dig.* 28, 6, 20 § 1.— 389, constitución de Valentiniiano y Teodosio (en *C. Theod.* [=Br. Alar.] 4, 4, 2 e *interpr.* sobre lo que se deja al príncipe en "testamenti, vere scripturam legitimam vel nuncupationem"; esta parte falta en *C. Iust.* 9, 22, 24. 413, constitución de Honorio (en *C. Iust.* 6, 23, 19): "sicut igitur securus erit, qui actis cuiuscunque iudicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit". En el 439 (véase la nota 174) se alude a que se solía hacer la declaración de última voluntad en forma de mera *narratio*.

172. ULPIANO, en *Dig.* 28, 1, 21.—242, constitución de Gordiano, en *C. Iust.* 6, 11, 2.

tar de garantías a estos testamentos, Teodosio II y Valentiniano III en el año 439, a la vez que regulan el otorgamiento de los testamentos escritos, exigen para los que se hacen “per nuncupationem, hoc est sine scriptura” la presencia de siete testigos —el mismo número que para aquéllos—, que estén todos presentes en el mismo momento en que el testador exprese su voluntad, y que la oigan; pero, al mismo tiempo, que la declaración de voluntad se haga de modo que aparezca como hecha con propósito de testar y no como mera narración o expresión de un propósito futuro ¹⁷¹. Aunque nada se dispone sobre ello, en la práctica estos testamentos se presentan en la curia ¹⁷².

23. No sabemos si con el acto de esta presentación han de identificarse aquellas disposiciones de última voluntad que se hacen ante “cuiuscunque iudicis aut municipum aut auribus privatorum” ¹⁷⁶. La forma incidental en que a esto se alude —para razonar que si el testador puede estar seguro cuando lo hace así también ha de estarlo el que testa ante los *scrinia imperiales*— guarda silencio sobre las condiciones en que tal declaración se hace. No sabemos si basta una declaración verbal o se trata de la presentación ante las autoridades territoriales —los *iudices*— o locales —los *municipes*— de un *testamentum* o cualquier otro escrito sucesorio. Lo que sí es

173. Una constitución de Honorio y Teodosio en el 416 (en *C. Theod.* [= *Br. Alar.*] 4, 4, 5, y *C. Iust.* 6, 23, 20) expresa que una declaración no escrita, aunque se haga en favor del emperador, no anula el testamento.

174. *Nov. Theod.* 16 [= *Br. Alar.* 9], 6: “Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint*, non ut suum, ut adsolet fieri, narrantis arbitrium, hoc est ut manifeste testari se sub isdem testibus sine scriptura eo ipso tempore dicat, non futurum suae voluntatis promittat arbitrium» *C. Iust.* 6, 23, 21 § 4 reproduce este texto, omitiendo lo que sigue al*

175. *Interpretatio* a la ley citada en la nota anterior: “Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, primum pro qua re eos veniret rogaverit evidenter explanet, ut, quia testamentum non fecit, illi apud gesta defuncti publicent el allegent voluntatem”.

176. 413, constitución de Honorio y Teodosio, en *C. Iust.* 6, 23, 19; véase la nota 171.

evidente es que se trata de un testamento que puede considerarse público en cuanto aparece fortalecido por una autoridad ¹⁷⁷.

b) *En el Derecho visigodo*

24. Es más que probable que la disposición de Teodosio que regula el testamento oral no haya encontrado plena aplicación. Los requisitos que exige —salvo la escritura, los mismos que para los restantes testamentos— no son siempre fáciles de cumplir en los ambientes rurales, y mucho menos, con carácter de urgencia cuando una persona se halla en trance de muerte. Si una ilustre dama no había podido reunir siete testigos capaces en su casa de la ciudad o en su *villa*, y ello dio lugar a que se autorizase el testamento ológrafo, idéntica o mayor dificultad debieron encontrar el común de las gentes en las ciudades, en los pueblos o en los campos. No poseemos datos de los siglos V al VIII, pero la situación, con toda probabilidad, es la que aparece generalizada en todas partes en los siguientes. Posiblemente, en la práctica vulgar romana tardía y visigoda el número de testigos se reduce a dos o tres, como se encuentra ya de modo generalizado en la época visigoda y en la Alta Edad Media ¹⁷⁸. También aquí el Derecho oficial visigodo tardío trata de salir al paso de esta generalización del testamento oral otorgado con escasas formalidades. Entre el año 642 y el 653 Chindasvinto lo regula ¹⁷⁹ de modo muy restrictivo, en cuanto a las

177. Sobre el desconocido origen de esta práctica, véase KASER, *Rom. Privatrecht* II² 481-82.

178. Ya UPIANO, en *Dig.* 22, 5, 12 se había expresado: "Ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient: pluralis enim elocutio duorum numero contenta est". La prohibición en el año 334, por una constitución imperial de admitir un solo testigo (*C. Theod.* 11, 39, 3 = *Br. Alar.* 11, 14, 2 = *C. Iust.* 4, 20, 9) deja abierta la posibilidad de que basten dos. Esto se refuerza luego bajo influencia cristiana con las palabras de Cristo recogidas por SAN MATEO, *Evang.* 18, 16; "in ore duorum vel trium testium stet omne verbum"; acaso con referencia a una práctica semítica, pues dos son los testigos en el testamento musulmán (véase nota 147). El Palimpsesto de París § 307 requiere la presencia de dos o tres testigos en las donaciones del marido a la mujer. *L. iud.* 5, 7, 1 *ant.* la de tres en las manumisiones. Y *L. iud.* 2, 4, 3 Chind. reproduce la *interpretatio* de la constitución antes citada del 334.

179. *L. iud.* 2, 5, 13 Chind.

circunstancias y ulterior tramitación; lo admite sólo en caso de viaje o en guerra, ante testigos que oigan la declaración, de ser posible ingenuos —aunque en su defecto admite puedan ser siervos propios o ajenos—; estos testigos han de presentarse luego al juez o al obispo antes de los seis meses¹⁸⁰, declarar ante ellos lo que oyeron, y ha de redactarse por escrito la declaración, firmarla los jueces y sacerdotes, y presentarla al rey para que la confirme.

c) *En el Derecho altomedieval*

25. Comprensiblemente, esta reducción del testamento oral a una forma de excepción en su otorgamiento, con la exigencia de la confirmación real, queda en letra muerta. De los casos de otorgamiento en estas circunstancias que se conoce en los tiempos medievales, en alguno no hay declaración ulterior de testigos¹⁸¹ y en ninguno confirmación real^{181 b}. Es más, el testamento oral no siempre es publicado¹⁸². Desde Galicia a Aragón no se encuentran actas en

180. *L. iud.* 2, 5, 14 Chind.

181. 1153, Testamento de Pedro Raimundo de Heril "in exitu de illa hoste de Ispania" en A. BONILLA SAN MARTÍN, *El Derecho aragonés en el siglo XII*, en *II Congreso de Historia de la Corona de Aragón I* (Huesca 1925) apénd. 50, pág. 282; lo reproduce ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* [1955] 157 n. 1190).

181^b. Constituye una excepción, en circunstancias muy especiales, el documento luego citado en la nota 185.

182. Ejemplos de comparecencia de los testigos para dar cuenta de un testamento oral, en 961 (M. SERRANO Y SANZ, *Noticias históricas del Condado de Ribagorza* [Madrid 1912] 500).—974 (L. SERRANO, *Colección diplomática de San Vicente de Oviedo* [Burgos 1928] núm. 19, pág. 18.—P. FLORIANO LLORENTE, *Colección diplomática del Monasterio de San Vicente de Oviedo* [Oviedo 1968] núm. 18, pág. 53).—989 (C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Serie de documentos inéditos del reino de Asturias*, en *Cuadernos de Historia de España* 1-2 [1944] 324 n. 138).—1232 (GONZÁLEZ PALENCIA, *Mozár. de Toledo III* núm. 1027, pág. 406). En un documento de 1141 (*Col. San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núm. 198, págs. 186-87; ed. FLORIANO núm. 206, pág. 326), se recoge la declaración verbal del testador. Que en el Derecho navarro-aragonés no siempre es necesario probar la existencia y contenido de un testamento oral se ve en el *Fuero de Jaca* redacción A cap. 123 (en la B, cap. 103; en la C, cap. 52; en la D, cap. 51; y en la E, cap. 55): "Quan algún hom fa so testament derrer, en qual establex spondalers, más

que conste la publicación de un testamento indubitadamente de esta clase, y de su contenido ¹⁸³; y de las que se alegan en Cataluña, no todas está claro que se refieran a un testamento oral ¹⁸⁴. Las declaraciones juradas de los testigos de un testamento —las llamadas *condiciones sacramentorum*— no lo son siempre, ni mucho menos, de un testamento oral. En más de un caso en ellas se alude expresamente a que el testador mandó escribir su voluntad y la confirmó ¹⁸⁵. Por otra parte, dada la minuciosidad con que en muchas de estas declaraciones, hechas bastante tiempo después de otorgado el testamento, se detalla la distribución de bienes, se hace difícil pensar que, de no haber al menos una nota escrita complementaria, los testigos puedan recordarlas con tal precisión. La habitual designación de varios ejecutores testamentarios basta para que éstos, muerto el testador, sin otro trámite, cumplan la voluntad del difunto. Hay algún caso en que esto se aprecia claramente. Así, habiendo cedido el magnate Gonzalo Fernández sus bienes a Sahagún sin testamento, y cedido el abad, que es el heredero, parte de ellos a la

no ab carta, si *per aventura* algún temps será mester que els *proven* aquel testament, els estant vius, en tal manera lo deven provar" (M. MOLHO, *El Fuero de Jaca*, edición crítica [Zaragoza 1964] 79, 231-32, 324-35 y 531; y J. M.^a LACARRA Y A. J. MARTÍN DUQUE, *Fueros derivados de Jaca. II Pamplona* [Pamplona 1975] 329). En el mismo sentido, el *Fuero general de Navarra* 3, 20, 3 (ed. P. ILARREGUI Y S. LAPUERTA, *Fuero General de Navarra* [Pamplona 1899] 79-80. *Los Fori regni Aragonum* 6, 6 De testam., 1 (ed. SAVALL Y PENÉN I 240) al reproducir el texto de Jaca suprimen la alusión el caso en que haya que probar el testamento, y dicen simplemente cómo deben jurar los cabezaleros y que se esté al testimonio de estos. Lo mismo en Castilla, el *Fuero extenso de Zorita* § 212, refiriéndose a los *albaceas* (R. DE UREÑA, *El Fuero de Zorita de los Canes, siglos XIII al XIV y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romanceado de Alcázar* [Madrid 1910] 128) y el de Ieznatoraf 206 (ed. UREÑA, *F. Cuenca* 285); en ambos textos se traduce por *albaceas* los *capitales* del texto latino del *Fuero de Cuenca* 10, 29.

183. Para Aragón, ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1954) 149-50. El documento que cita (pág. 149 n. 530) de 961 procedente de Alaón no se ve claro que se refiera a un testamento oral.

184. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 381 estima que el testamento oral no podría subsistir independientemente de la publicación.

185. Se alude en las *condiciones sacramentorum* a que el testador mandó escribir y confirmó su voluntad. Así, v. gr., en el *Formulario catalán* del siglo XII cap. 12 y 13 (ed. F. VALLS TABERNER, en *AHDE* 3 [1926] 514-515).

hermana del difunto, al surgir discordias sobre ésto se acuerda “debere fieri testamentum —lo que revela que no existía— tantum que valere quam si presente eo factum fuisset”; y ésto, entendido tan a la letra que el testamento se redacta expresándose en él en primera persona el difunto y confirmándolo él mismo: “Ego Gundisalvus Ferrandiz, vitae beatorum hereditatis cupidus, quod feci libentissime factum confirmo”; y ésto en presencia del rey y dos obispos, que confirman a su vez ¹⁸⁶.

Otras veces la declaración oral de última voluntad se hace encomendando a otra persona que la desarrolle y complete, lo que supone, en terminología moderna, un testamento por comisario. Tal es el caso de una tal Fronilde que estando en trance de muerte y no pudiendo hacer testamento, para no morir “inordinata” designa como “signator” al obispo de León con siete testigos para que lo haga. Y en efecto, reunido con los “cives” de León redacta el testamento, en el que Fronilde habla en primera persona y designa al obispo “personarium atque vigarium” para que después de su muerte distribuya sus cosas ¹⁸⁷. En otra ocasión, un tal Gabino encarga a su hermano Cresconio, obispo de Coimbra, que en caso de morir haga testamento por él, como en efecto hace “sicut ipse mihi precepit et rogavit per meum arbitrium et auctoritatem testamentum ipsum facere” ¹⁸⁸. Más expresivo es el caso del noble aragonés Pedro Raimundo de Eril, que al partir para la guerra, no pudiendo hacer testamento a su arbitrio y voluntad, encarga a su señor, el Conde de Pallars lo haga “ut quicquid suo arbitrio et extimationes meliorandum est, ipse sua voluntas disponat”; luego de muerto aquél, el Conde de Pallars, con

186. 1080 (R. ESCALONA. *Historia del Monasterio de Sahagún* [Madrid 1782] apénd. 3, núm. 115, págs. 479-80).

187. 1058 (en *España Sagrada* XXXVI núm. 25, pág. 51).

188. En 1049 (*PMH DCh* núm. 810, pág. 481). En este mismo año el obispo Cresconio hace donación de ciertas cosas suyas que recibió de Gabino al morir “per scriptura firmatatis et coram idoneis testibus” (*PMH DCh* núm. 811, pág. 482); ésto parece desmentir que su hermano muriera intestado. Pero ha de entenderse que esta escritura, aun otorgada con el nombre de Gabino, ha sido redactada en realidad por Cresconio. Como otra que se otorga cuatro años después, en 1098, precedida de una noticia en que se da cuenta del anterior testamento, y que aparece también redactada en primera persona con el nombre de Gabino: “Ego Gavino, una pariter cum uxori mea Onega Ermile, testamus ipsas hereditates supranominatas ad Sancti Petri de Arauca” (*PMH DCh* núm. 898, pág. 533).

la viuda y el hijo del difunto, redacta el testamento como si hablara el muerto ¹⁸⁹.

Es muy posible que, sin perjuicio del carácter oral de la declaración de última voluntad, el testador mismo en algunos casos entregue una breve e informal nota escrita de la misma, que facilite a los encargados de cumplirla su tarea ¹⁹⁰; nota que, dada la no exigencia en este tiempo de requisitos formales para testar, puede ser considerada como auténtico testamento ¹⁹¹.

La práctica del testamento oral ante dos testigos se restringe a partir del siglo XIII al abrirse paso el testamento público ante notario. Pero no desaparece ¹⁹². Como forma de excepción en determinados lugares o circunstancias llega incluso a nuestros días. Perdura en el Derecho consuetudinario de Vizcaya, cuando se otorga en la montaña ¹⁹³, en Fueros castellanos, y se recoge, con restricciones, en el oficial de Barcelona para sus vecinos cuando se hallan fuera de la ciudad en viaje por mar o tierra ¹⁹⁴ y en Tortosa cuando no hay notario en la ciudad y en Gerona ¹⁹⁵.

189. Véase la nota 181.

190. Este carácter pueden tener los "verba testium quod iubeo ego Ramio facere", que recoge un documento catalán de 1010 (RÍUS SERRA, *Cart. de San Cugat* II núm. 427, págs. 71-72), o la noticia resumida de lo dispuesto por un abad para después de su muerte, en 1227 (A. QUINTANA PRIETO, *Tumbo viejo de San Pedro de Montes* [León 1971] núm. 288, pág. 391).

191. Un "breve memoratorio" de su haber, que en 1011 redacta un tal Adalberto y que "chomendavit ad suos elemosinarios" para el caso de que no hiciera "*alium testamentum*" lleva el "signum Adalbertus, qui isto testamento fecit et firmare rogavit" (RÍUS SERRA, *Cart. de San Cugat* II núm. 441, págs. 87-88).

192. Sobre Castilla y León en la Edad Media, ARVIZU, *La disposic. "mortis causa"* 271-73.

193. *Fuero Viejo de Vizcaya* c. 128 (ed. E. J. LABAYRU Y GOICOECHEA, *Historia general del Señorío de Vizcaya* III [Bilbao-Madrid 1895] 178; y ed. Bilbao, Tip. de Astuy, 1909, págs. 109-10). *Fuero nuevo* (1526) 21, 7.

194. *Recognoverunt Proceres* c. 48 (texto latino en *Constitucions y altres Drets de Cathalunya* II [Barcelona 1704] 1, 13; texto romance, en J. ROVIRA ARMENGOL, *Recognoverunt proceres. Versión medieval catalana del Privilegio así llamado* [Barcelona 1927] 18-19).

195. *Consuetudines Dertose* de P. TAMARIT Y GIL, 6, 4, 7 (ed. facsímil del Instituto de Estudios Tarraconenses [Barcelona 1972] fols. 177v- 178r, sin numerar), coincidentes a la letra con el *Libre de les Costums generals scrites de Tortosa* 6, 4, 7 (ed. OLIVER IV [Madrid 1881] 275; ed. FOGUET

26. El testamento oral, como cualquier otro, en esta época es siempre un acto privado, ante familiares u otras personas particulares. Apenas se conoce algún caso en que, a semejanza de lo que ocurría en la época romana postclásica, se haga una declaración de voluntad ante el juez, las autoridades locales o persona revestida de autoridad. Ejemplo de esto es el testamento de una tal Ermesinda, otorgado ante un sacerdote que actúa como juez y de tres testigos ¹⁹⁶. En fecha incierta comienza a introducirse la costumbre de hacerlo ante un sacerdote. Los *Fueros de Aragón* lo autorizan tanto por escrito como verbalmente, aunque con alguna diferencia en cuanto a la condición de los testigos según se otorgue en poblado —han de ser dos varones, o al menos uno que sea vecino— o en despoblado —pueden serlo incluso dos niños varones mayores de siete años; en cualquiera de los casos, en defecto de éstos puede ser testigo una mujer de buena fama ¹⁹⁷. El Derecho canónico romano, que contempla la práctica italiana de otorgar testamento ante el párroco y cinco o siete testigos, en 1171 reduce a dos el número de éstos ¹⁹⁸ y conforme a ello se practica luego en Cataluña, referido a testamentos escritos ¹⁹⁹.

MARSAL [Tortosa 1912] 364-65). También en las *Consuetudines diocesis Gerundensis* de Tomás Mieres 21, 6 (en J. COTS Y GORCHS, *Consuetudines dioecesis Gerundensis* [Barcelona 1929] 157-58).

196. Año 1097 (J. SERRA Y VILARÓ, *Senyoriu de la Casa vescomtal Miró* '9 y 15; citado por G. M.^a DE BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil, y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio, en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia I* [Barcelona 1918] 250 n. 8).

197. *Fori regni Aragonum* 5, 15 *De tutoribus*, 1 (ed. SALVALL y PENÉN I 236-37).

198. 1171, decretal de Alejandro III, recogida en la *Compilatio prima* 3, 22, 9 (Ae. FRIEDBERG, *Quinque Compilationes antiquae nec non Collectio canonum Lipsiensis* [Leipzig 1882; reimpr. Graz 1956] 32) y luego en las *Decretales* de Gregorio IX, 3, 26, 10.

199. Redacción antigua de las *Costums* de Gerona, texto latino cap. 26 (ed. COTS Y GORCHS, *Consuet. dioec. Gerund.* 54) y romance cap. 23 (ed. E. DE HINOJOSA, *Costumbres de Gerona I Usatges de Gerona* [Barcelona 1926] 16); redacción de Tomás Mieres 21, 1 (COTS 156).

IV. LA PUBLICACION Y EJECUCION DEL TESTAMENTO

a) *La publicación*

27. Así como en las donaciones *post mortem*, en el testamento escrito abierto (tanto privado como público) y en el oral el contenido de la disposición es conocido, en el testamento escrito que se presenta cerrado a los testigos para que lo suscriban o signen, el contenido del mismo queda desconocido incluso para éstos. Ello hace que, al menos en este caso, sea necesaria su presentación y apertura para que pueda cumplirse la voluntad del difunto; lo que en los restantes casos puede ser conveniente, pero no indispensable.

En la legislación y en la práctica romana postclásica el testamento había de ser presentado en la curia local (véase el núm. 13), lo que sin duda debía crear dificultades en los medios rurales alejados de la *urbs*, y más tarde aún en los urbanos cuando la *curia* comenzó a desaparecer también en ellos²⁰⁰. Cómo se resolvió entonces la situación, no lo sabemos. A mediados del siglo VII, restableciendo lo dispuestos dos siglos antes por la legislación imperial, pero adaptándolo a las nuevas circunstancias, Chindasvinto dispone que cualesquier *scripta voluntas defuncti* —con lo que no se refiere sólo a los testamentos— debe ser presentado en el plazo de seis meses ante cualquier sacerdote o testigos para ser publicado (*publicetur*), y al mismo tiempo para comprobar su autenticidad; la comprobación de un fraude de la misma hace responsables a los favorecidos por ella, a costa de sus bienes propios, de lo adquirida por la misma²⁰¹. Poco después, Recesvinto al regular cualquier *olografa scriptura* —no sólo la que contiene un testamento— exige que la persona en cuyo favor se ha hecho o los sucesores que la tengan se presenten en el plazo de seis meses ante el obispo (luego habla sólo de un sacerdote) o el juez, con la escritura en cuestión y otras tres autógrafas del mismo otorgante para su comprobación, para que caso de ser reconocida como auténtica sea confirmada con la suscripción del sacer-

200. Esta situación se prevé en el reino franco en la primera mitad del siglo VI: *Capítulos Gaudenzianos* c. 15.

201. *L. iud.* 2, 5, 14 Chind.

dote o juez y de los testigos ²⁰². Esta presentación, encaminada no sólo a dar publicidad a actos privados sino a comprobar la autenticidad de las escrituras, es objeto de especial regulación por Ervigio, cuando se trata de testamentos ²⁰³. El trámite es distinto según la clase de éstos; siempre, antes de los seis meses. Si se trata de testamentos suscritos o roborados por el testador y los testigos —los que Ervigio consideraba como de primero y segundo *ordo*—, basta presentarlos ante un sacerdote, sin que se indique otra actuación. Pero si el testador no suscribe el testamento y lo hace por él otro testigo —tercer *ordo*—, éste y los restantes testigos deben comparecer ante el juez y prestar juramento de las *condiciones* hechas y de que la escritura recoge la voluntad del difunto, sin fraude en ella.

Carecemos de documentos sobre esta presentación de testamento en los últimos tiempos visigodos ²⁰⁴, pero son en cambio abundantes en Cataluña en la Alta Edad Media ²⁰⁵. Conforme a la ley de Ervigio, todo testamento, incluso el escrito suscrito o roborado por el testador y los testigos, debe ser presentado para su publicación, y ésto parece haberse observado en Cataluña ²⁰⁶. Aunque aquí se encuentra

202. *L. iud.* 2, 5, 16 Recesv.

203. *L. iud. Erv.* 2, 5, 12, interpolando una ley anterior de Recesvinto. Aquí se determina que los testamentos del primero y segundo *ordo*, “infra sex menses iuxta legem aliam [2, 5, 14] sacerdoti pateant publicande. Et si forsitan contigerit, ut in huiusmodi scripturis auctor, qui suscribere debuit, signum inpressit, hoc ipsud testis, qui in eadem scriptura suscriptor accessit, iurare curabit, quia signum ipsud a conditore factum extiterit”. En cuanto a los testamentos del tercer *ordo*, “tunc omni habebuntur stabiles firmitate, quando infra sex menses et ille, qui in eadem scriptura ad vicem morientis suscriptor accessit, et reliqui testes, qui ab eo rogati sunt, coram iudice condicionis factis iuraverint, quod in eadem scriptura a se suscripta nulla sit fraus inpressa, sed secundum voluntatem ipsius conditoris habeatur conscripta, et quod ab eo, qui eam condere voluit, rogati extitissent, ut in eadem scriptura suscriptores accederunt et ad vicem conditoris eam legitime roborarent”.

204. La *Fórm. visigoda* 25 es de época muy anterior.

205. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 386-89. No se encuentran en Aragón (ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* [1954] 137-48), ni en el noroeste peninsular.

206. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 388 y 391-92 supone, con error (véase la nota 202), que el *Liber* no exige esta publicación, y alega dos casos en que no la hubo al morir el testador: uno de 988 y otro de 1150 (I. RÍUS SERRA, *Cartulario de San Cugat del Vallés* [Barcelona 1945] I núm. 218,

algo que supone un apartamiento de lo preceptuado en la ley goda y merece ser considerado. Existen escrituras de testamento otorgadas por el testador, aunque escritas por un escriba²⁰⁷ signadas o roboradas por él; pero, en mucho mayor número, actas de publicación de testamentos en las que se da cuenta de las circunstancias en que el mismo se otorgó, de las personas a las que el testador designó como ejecutores, de cada una de las disposiciones dictadas por él, y, finalmente, del hecho de su fallecimiento; todo, recogiendo como una sola las declaraciones de los diferentes testigos y añadiendo las de los ejecutores, que dicen que las mismas se ajustan a la verdad, así como la suscripción del juez y testigos del acto de publicación. A la hora de reunir las iglesias y monasterios —acaso también los seglares, pero de ellos han quedado escasos restos²⁰⁸— los documentos que acreditan sus derechos sobre las cosas, y de transcribirlos en un cartulario, se observa una clara preferencia por las actas de publicación de los testamentos más que por estos mismos. A diferencia de la época romana postclásica²⁰⁹, y también de lo

págs. 183-85; y III [1947] núm. 982, pág. 162). Pero éstos prueban lo contrario. En efecto, en ninguno de estos casos hubo presentación del testamento, pero por fraude de quien tenía en su poder la escritura ocultándola o destruyéndola y trató de evitar que se cumpliera, lo que dio lugar a que se exigiera la presentación o se probara el acto dispositivo, lo que al fin, con no pequeñas dificultades, se logró; las dos escrituras recogen las actuaciones encaminadas a lograr esto. Caso distinto es el de un documento aragonés de hacia 1140 (en ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* 139 n. 516) que recoge un pleito en el que impugnada la autenticidad de una *ordinatio* o *destinamento* de última voluntad, se aprueba haciendo comparecer a los testigos del mismo.

207. Esto puede obedecer tanto al analfabetismo frecuente como a la conveniencia de utilizar los servicios de un experto en la redacción de documentos. La existencia de formularios prueba la necesidad de esto.

208. No faltan casos en absoluto. Del siglo v al vii tenemos el de las tablillas Albertini (nota 21) y de los documentos visigodos en pizarra (nota 22), que por la forma en que han llegado a nosotros muestran que los particulares guardaban reunidos los diferentes títulos de propiedad o acreditativos de sus derechos. Los Condes de Barcelona se ocuparon también de reunir sus documentos, entre los que se encuentran los de carácter sucesorio. Véase F. UDINA MARTORELL, *El Archivo Condal de Barcelona en los siglos IX-X* (Barcelona 1951), y F. MIQUEL ROSELL, *Liber Feudorum maior* (Barcelona 1945-1947, 2 vols.).

209. Véase la nota 104.

dispuesto por la legislación visigoda tardía, en que en el acto de presentación del testamento se trata sólo de constatar la autenticidad del mismo por la comprobación de las firmas y sellos, o en el ológrafo de la escritura, en los tiempos altomedievales el documento parece no tener valor constitutivo e incluso tampoco probatorio, puesto que no es de su texto o lectura de lo que se da fe, sino de la declaración oral de los testigos²¹⁰; que de hecho, sin duda alguna, se expresa a la vista de aquél. Esto, aparentemente, sólo tiene sentido en un testamento oral no escrito, pero no en uno escrito. Pero la razón de que el testamento mismo ceda lugar al acta de su publicación no radica en que haya perdido su valor constitutivo, sino, muy probablemente, en que el testamento privado queda convertido en el acta de su publicación en un documento público ratificado en un acto procesal.

b) *La ejecución*

28. Ni la publicación del testamento ni la autenticación que de ella deriva —que, por otra parte, no siempre se dan— aseguran, sin embargo, el cumplimiento de la voluntad del difunto. En la época clásica, cuando el heredero recibía la totalidad de la herencia, era él quien cuidaba de cumplir lo dispuesto por el testador en orden a la sepultura, legados, fideicomisos, manumisiones, etc.; y caso de no hacerlo, los favorecidos con tales disposiciones podían obligarle a cumplirlas ejercitando las oportunas acciones²¹¹. O bien, alguien

210. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 388 y 391 sostiene que el testamento escrito nunca es objeto de publicación, pues bastan para autenticarlo los sellos que lleva y que los testamentos que se publican son simplemente signados ("manu propria punctatim firmavit"), que conservan rasgos de una ceremonia oral pasada; ello refleja un proceso natural de conversión del testamento oral en escrito. Hay que observar, sin embargo, que Ervigio (*L. iud.* 2. 5, 12) considera como escrito el testamento suscrito o roborado por el testador; lo que se da en los testamentos citados.

211. Una inscripción de Ronda (*CIL* II 1359; J. VIVES, *Inscripciones latinas de la España romana, Antología* I (Barcelona 1971) núm. 1745; A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana* [Madrid 1953] 406-7, con comentario; M. RODRÍGUEZ DE BERLANGA, *Estudios epigráficos de las pequeñas inscripciones jurídicas romano-hispanas*, en *Revista de la Asociación artística-arqueológica barcelonesa* [1903] 19-20, con traducción) refleja un caso en

beneficiado con un legado o liberalidad quedaba obligado a cuidar indefinidamente de lo establecido por el testador ²¹², o era encargado como *minister* de cumplir lo dispuesto por él ²¹³. A veces se designaba un *arbiter*, o varios, que intervenían en la tasación de los gastos que suponía la realización de obras ordenadas en el testamento ²¹⁴. En cualquiera de estos casos, aunque no con carácter general sobre toda la herencia, había alguien que cuidaba de ejecutar lo dispuesto en el testamento ²¹⁵. Pero en la época postclásica, al no existir con frecuencia institución de heredero y no disponerse en el testamento más que de parte de la herencia recayendo el resto en el sucesor legítimo, no hay nadie directamente afectado al cumplimiento de las disposiciones testamentarias. Los juristas postclásicos, las leyes imperiales y las reales visigodas no contemplan esta situación ni proponen remedios para ella. Pero en la práctica se arbitran varias soluciones. Al margen del testamento, se prefiere disponer mediante donaciones, que si son de presente con reserva de usufructo hasta la muerte aseguran la adquisición inmediata de la cosa por el favorecido, aunque sus beneficios queden diferidos; y si son aplazadas a la muerte del donante, tienen en todo caso un destinatario cierto que en ese momento se cuidará de hacerlas efectivas; esto explica el auge y difusión que adquieren estas donaciones. En el testamento al lado de legados u otras liberalidades se hacen encargos particulares expresos a ciertas personas, por lo general familiares, amigos o sacerdotes, que exigen de éstas

que los decuriones del municipio probablemente obligaron a un liberto heredero del testador a que cumpliera lo ordenado por éste sobre la construcción de su sepulcro, o al menos controlaron la misma.

212. De legados de este tipo hay ejemplos en España. A cargo de libertos, en Tarragona (*CIL* II 4.332; VIVES 6.438; D'ORS, *Epigr. jur.* núm. 32, pág. 409; RODRÍGUEZ DE BERLANGA, *Estud. epigr.* 16). Con intervención del municipio, en Barcelona (*CIL* II 4.514; VIVES 5.838; D'ORS, *Epigr. jur.* núm. 33, pág. 420) y Priego (*CIL* II 3.164; VIVES 6.036).

213. La entrega de una cosa a una persona no en propiedad sino como mero *minister*, no atribuye a ésta ningún derecho sobre la cosa. Así, según MARCELO, en *Dig.* 31, 17 pr., cuando se concede un legado con fideicomiso para que se entregue a otro; y en *Dig.* 24, 1, 49, en caso de donación en iguales condiciones. Sin aludir expresamente a la condición de *minister* del intermediario, establece la misma norma en depósitos hechos de este modo. ULPIANO, en *Dig.* 30, 77.

214. En España se cita en *CIL* II 803, 1.637, y 4.137; VIVES 5.816).

215. En este sentido, D'ORS. *Epigr. jur.* 407.

una cierta actuación para que lo dispuesto quede cumplido ²¹⁶. Aunque no conocida en España, una constitución del emperador León dirigida el año 468 al prefecto del pretorio de Oriente, se refiere a una práctica que no debía ser desconocida en Occidente: la de designar en testamento a una persona —que no es el heredero testamentario ni el sucesor legítimo, ni un legatario o fideicomisario— para cumplir una función determinada fijada en aquél ²¹⁷. Esto supone la designación de determinadas personas como ejecutoras de ciertas cláusulas del testamento. Los textos postclásicos y visigodos no nos hablan de ello, pero la generalidad con que los ejecutores aparecen en todas partes en los siglos altomedievales revela que ya existían en tiempos muy anteriores.

29. Los nombres con que estos ejecutores se designan en la Alta Edad Media son muy distintos. En primer lugar, están aquellos que los designan por la función que cumplen. El nombre de *elemosinarii* con que desde fecha muy temprana se les designa ²¹⁸, muestra que la distribución de las limosnas *pro anima* ha sido sin duda su función más característica. Pero, para valorarla exactamente, ha de tenerse

216. En el testamento del cochinitillo, que parodia uno de la época (véase nota 20), tras consignar diferentes legados, en su § 8 el testador encarga a "optimi amatores mei vel consules vitae, rogo vos ut corpore meo bene faciatis, bene condiciatis de bonis condimentis nuclei, piperis et mellis, ut nomen meum in sempiternum nominetur".

217. *C. Iust.* 1, 3, 28 pr. se refiere a la obligación de los herederos, fideicomisarios o legatarios de cumplir sin pretexto la disposición de redimir cautivos; y en el § 1 alude al caso de "si quidem testator significaverit, per quem desiderat redemptionem fieri captivorum, is, qui specialiter designatus est legati vel fideicommissi habeat exigendi licentiam, et pro sua conscientia votum adimpleat testatoris". En este caso de disposición de inaudable carácter pío, se encarga al obispo del lugar suplir la negligencia o mala fe de los encargados. El rescate de cautivos preocupa ya en Occidente a fines del siglo IV: véase MURGA, *Donac. y testam. 'in bonum animae'* 39-40. Que en la constitución citada se trate de una finalidad piadosa, no obsta a que encargos semejantes se hicieran con cualquier otra; la cláusula del testamento del cochinitillo (nota anterior) con todo lo ridículo de la misma, ha podido tener sus paralelos en cuestiones más serias.

218. Desde el s. X en el Pirineo catalán y aragonés: BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 408-9 y ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1954) 109 n. 434. Este nombre es poco frecuente en el noroeste peninsular: ARVIZU, *La disposic. "mortis causa"* 322-34 y 327; véase la nota 220.

en cuenta que la limosna o liberalidad piadosa no está constituida sólo por cantidades en metálico o en especie (en joyas u objetos), sino también por heredades, casas y cualesquier otros bienes ²¹⁹, que en su transmisión plantean cuestiones muy distintas que la de aquellas. El nombre de *manumissores*, *manmessores* o *marmesores* con que también muy generalmente se les designa, a veces junto con el anterior, y que incluso llega a prevalecer sobre el de *elemosinarii* ²²⁰, alude precisamente a su intervención como subscriptores de los documentos y en la transmisión de inmuebles ²²¹. Asimismo, el de *tutores* se refiere a una actuación de protección de las personas ²²². El de *distributores* al reparto de los bienes de la herencia ²²³. O el de

219. Véase MURGA, *Donac. y testam.* 37-40. Sobre la consideración de toda la herencia como una unidad patrimonial, MURGA 365-68 y 373-75. En los documentos medievales de donación a iglesias o monasterios, que comienzan exaltando la virtud de la limosna, lo donado son casi siempre heredades. Ejemplo de ello lo tenemos ya en *Fórm. vis.* 8 9.

220. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 409.—ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1954) 108 n. 434.—El *Libro de los Fueros de Castiella* 124 les llama *mansesores* o *limosneros*. ARVIZU, *La disposic. "mortis causa"* 326-27 destaca lo excepcional de esta denominación en Castilla.

221. *Manumittere* conserva en todo tiempo la acepción originaria de manumitir o dar libertad a un siervo. Pero en la Edad Media tiene también otras diferentes: suscribir un documento; poner una cosa en el derecho o bajo el poder o *manus* de una persona: DU CANGE, *Glossarium* IV 247-49 s. v. 'manum mittere', 'manumissor' 'manumittere' y 'mittere'. En un documento de 1069, de Oviedo (*Colección de Asturias reunida por D. G. M. DE JOVELIANOS*, publicada por el Marqués de ALEDO, ed. y notas por M. BALLESTEROS GAIBROIS, I [Madrid 1947] 26) el donante de una tierra declara "mitto eam integram sub tua manu [del donatario] per manum servo meo Leocadio"; F. J. FERNÁNDEZ CONDE, *El libro de los testamentos de la Catedral de Oviedo* (Roma 1971) 256-57 aunque encuentra coherente el contenido del documento lo juzga una falsificación de la oficina de Pelayo de Oviedo; pero esto no invalida el valor de la frase, que reproduce un formulismo de la época.—E. RODÓN BINUÉ, *El lenguaje técnico del feudalismo en el siglo XI en Cataluña. Contribución al estudio del latín medieval* [Barcelona 1957] 171 s. v. 'manumissor' se limita a traducir esta palabra como 'ejecutor testamentario', olvidando otras acepciones, y no destacando su formación paralela a *manutenere* 'mantener, sostener, apoyar'.

222. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 409. RODÓN, *El leng. del feudalismo* 171 y 250 señala sólo la acepción de 'ejecutor testamentario', olvidando la más vulgar, que también existe en Cataluña.

223. BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 409

executores al cumplimiento de lo ordenado por el testador ²²¹. El nombre de *cabezaleros*, usual en Aragón, alude inicialmente a la situación material de los mismos respecto del testador en el momento de expresar su voluntad ²²². La palabra *albacea* que por influencia mozárabe se difunde más tarde y acaba por prevalecer, etimológicamente —del árabe *al-wasi*— no alude a su función, sino a su relación con el testamento (*al-vasiyya*) ²²⁶.

Con respecto al testador los ejecutores aparecen como *mandatarii* ²²⁷ suyos, y cuando se alude a su actuación se dice que aquel “mandavit”, “ordinavit”, “iussit”, “praecepit” o “iniunxit” ²²⁸ que la

224. Véase la nota 225.

225. Vidal Mayor, trad. aragonesa de la obra *In excelsis Dei thesauris* de Vidal de CANELLAS, editada por G. TILANDER II [Lund 1956] 407-8) lib. 6, 15 define: “Cabeçaleros, spondaleros no son otra cosa sinon testigos, dont non han ninguna ministration cerqua los bienes et cerqua los fillos del testador, si specialment non diesse poder ad aqueillos el testador”: en cambio, atribuye tales funciones a los *manumissores*, *tutores*, *curadores*, *executores* o *complectores*. En otro lugar (3, 7) explica que “cabeçaleros son ditos, quar están cabe el cabecal, en el que el enfermo tiene su quabeça. Espondaleros son ditos, quar están en la esponda del leito, ço es, a la barra del leyto en que iaze el emfermo, quando son clamados a su destín. Manumissores son ditos en las manos de quienes son los bienes del qui faze el testamento, los quales bienes deven ser metidos fuera de la hereditat por las pagas de las deudas et de las mandas, segunt que fueren ordenadas por aqueill que faze el testament. Executores son clamados a qui son comendadas las voluntades postremas de los qui mueren, que sean conplidas por eillos. Conplidores son ditos aqueillos qui reciben poder de conplir las cosas que son mandadas et ordenadas a conplir del qui fina en su postremerc ordenamiento” (ed. TILANDER II 259).—En Castilla la palabra *cabezalero* solo aparece en textos tardíos de fines del siglo XII o del XIII y no está claro en ellos que se trate de ejecutores y no meros testigos: véase en ARVIZU, *La disposc. “mortis causa”* 322-23.

226. SANTIILLANA, *Istituzioni di Dir. musulm.* II 549-50.

227. Así, en el siglo IX y en el X en Pallars y Ribagorza (BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 408) y en Aragón (ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* (1954) 109 n. 434).

228. He aquí algunos ejemplos. “Mandavit”, en 1028 (RÍUS, *Cart. San Cugat* II núm. 506, pág. 159).—“Ordinavit”, en 1080 (*Col. dipl. San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núm. 84 pág. 93; ed. FLORIANO núm. 83, págs. 152-53).—“Iussit”, en 959 y 1026 (*Cart. de San Cugat* I núm. 55, pág. 50 v II núm. 502, pág. 155) y 1032 (ESCALONA, *Hist. Sahagún* apénd. 82, pág. 450).—“Praecepit”, en 959, 981 y 986 (*Cart. San Cugat* I núm. 55, 136 v 188, págs. 50, 111 y 158).—“Iniunxit”, en 981 (*Cart. San Cugat* I núm. 136 pág. 111).—

realizaran, siempre en el tono imperativo que estas expresiones tienen en la Alta Edad Media. A veces, se dice que son *vicarii* o *vigarios*²²⁹ del testador, o que actúan “per manu” o “in vice et persona” suya²³⁰. Pero ese *mandatum* en cuya virtud obra el ejecutor difícilmente puede considerarse un verdadero contrato, ni siquiera tácito, entre él y el testador, y en consecuencia tampoco cabe considerar al ejecutor en sentido riguroso como un mandatario del testador. El *mandatum* que ejercita éste no es otra cosa que el poder de disponer imperativamente *mortis causa*; el mismo que le permite disponer para después de su muerte de todos o parte de sus bienes; el que hace que el ‘testamento’ o el ‘legado’ se designen como *manda*. Que el ejecutor pueda o no aceptar el encargo no atribuye necesariamente a éste carácter contractual; de igual forma que porque el heredero pueda aceptar o no la herencia el testamento no se convierte en contrato. La expresión de que el ejecutor actúa “in vice” del testador tampoco lleva implícita necesariamente una idea de representación; “ad vicem morientis suscriptor accessit” actúa el “legitimus testis” que suscribe en lugar del testador cuando éste no puede hacerlo, limitándose a autenticar que el signo del testador es el de éste²³¹, sin que ello suponga propiamente que actúa en su nombre. Que el ejecutor actúe en virtud de la confianza que en él deposita el testador no significa que lo haga en virtud de un fideicomiso²³²; el concepto de éste se pierde en la época visigoda (véase núm. 8), lo mismo que la palabra que lo expresa. La confusión de la facultad de disponer para

BASTIER, *Le testam. en Catalogne* 409.—ARVIZU, *La disposic. “mortis causa”* 334-36.

229. MEREÁ, *Estudios Dir. hisp. medieval* II 15.—ARVIZU, *La disposic. “mortis causa”* 322.

230. La expresión “in vice et persona” se encuentra en documentos de 982 (*PMH DCh*, núm. 136, pág. 83); 1032 (RÍUS, *Cart. de San Cugat* II núm. 523 pág. 174) y 1092 (*Colec. diplom. de San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núm. 108, pág. 115; ed. FLORIANO núm. 113, pág. 184-85)—“Per manus”, en 887 (FLORIANO, *Diplom astur.* I núm. 43, pág. 200), en documentos portugueses (citados por GAMA BARROS, *Hist. d’Admin.* VI² 536) y aragoneses (alegados por ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* [1954] 109-10 y 111 n. 434).

231. *L. iud. Erv.* 2, 5, 12 al hablar de los testamentos del tercer *ordo*. Más adelante dice de la escritura “ad vicem conditoris eam legitime roborarent”.

232. Véase MEREÁ, *Executor testamentario* 23 y n. 72, con referencia a Roberti.

después de la muerte mediante testamento y por fideicomiso, operada en la época romana postclásica (núm. 8), da lugar a una plena facultad de disposición —de *mandare*, *ordinare* o *destinare*—, que nadie entonces ni después se ocupa de calificar o tipificar. Tratar de hacerlo supone introducir en la época conceptos dogmáticos que en la misma se desconocen.

En principio, cuando el número de personas que rodean al testador es suficiente, los ejecutores son distintos de los testigos, aunque unos y otros se encuentren a la cabecera del lecho de aquél en el momento de expresar su voluntad. El ejecutor testamentario es designado personalmente por el testador, casi siempre como primera de sus disposiciones. Su poder depende de la validez del testamento, sea éste oral o escrito. Por ello, en las actas de publicación del testamento que han llegado a nosotros el primer acto encaminado a su autenticación donde se da cuenta de haberse otorgado el testamento y de su contenido, corre a cargo de los testigos, y no de los ejecutores, puesto que sólo si aquél es aceptado éstos adquieren su condición; y sólo una vez que están legitimados los ejecutores lo roboran al final, para poder cumplir la voluntad del difunto ²³³.

En términos generales, la misión de los ejecutores testamentarios es cumplir —*complere*, *adcomplere*— la voluntad del testador ²³⁴. Esto entraña, en primer término, la distribución de los bienes de la herencia, y de ahí que se les llame a veces *distributores*. Pero tal distribución tiene un alcance limitado. Lo normal es que el testador haga tal distribución, precisando lo que ha de asignarse a cada uno, y en qué condiciones, con toda minuciosidad —incluso en testamentos orales parece haberse dado un “breve memoratio” o una “cartula” informal conteniendo estos extremos ²³⁵, dejando sólo sin determinar respecto de las limosnas a los pobres, o cosas semejantes, a quiénes de estos concretamente han de darse. Aunque no faltan casos, sin embargo, en que los ejecutores interpretan o incluso modifican lo dispuesto por el testador ²³⁶. Pero la distribución por medio de las cantidades asignadas a personas indeterminadas —po-

233. Véanse las actas de publicación de los testamentos.

234. ALONSO LAMBÁN, *Las formas testam.* 111 n. 434.

235. Véanse las notas 190 y 191.

236. Así, v. gr. en 1022 (*PMH DCh* núm. 251, pág. 156). Véase ARVIZU, *La disposic. “mortis causa”* 335-36.

bres, cautivos, etc.— no parece haber sido —aunque se les llame *elemosinarii*— tarea de tal importancia que haya dado lugar a generalizar la institución.

30. Aun designando a estos ejecutores como *elemosinarii*, en los mismos documentos en que así se les denomina se les ve otorgando, conforme a lo mandado o dispuesto por el testador, y con referencia expresa a esto, cartas de donación de tierras u otros bienes del testador a personas determinadas. La mayor parte de los documentos en que se habla de los ejecutores lo son de este tipo; más numerosos que las actas de publicación del testamento y desde luego más que los propios testamentos, aun en las regiones en que éstos se encuentran con cierta frecuencia ²³⁷. Aun admitiendo que la distribución de limosnas propiamente tales no debió ser nunca objeto de un documento, la abundancia de los que suponen transferencia de tierras u otros bienes a las personas designadas por el testador hace pensar que esta transferencia es, precisamente, la que constituye la cuestión básica que se resuelve mediante los ejecutores.

Para comprender ésto hay que tener presente en primer término la importancia y eficacia que se reconoce a la libre *voluntas* de una persona proyectada a después de su muerte, con una amplitud considerable, y al mismo tiempo la naturaleza de los medios jurídicos de que se dispone para hacerla efectiva. Vulgarizado el testamento hasta admitir como tal cualquier escrito más o menos informal e incluso una declaración verbal ante escaso número de testigos, se tiende ostensiblemente a tratar de autenticarlo transformándolo de escritura o declaración verbal privada en un acta pública ante un juez o sacerdote y varios testigos; como son las *condiciones sacramentorum*. Pero esta acta pública, que recoge ahora con plena garantía la voluntad del difunto y el destino que ha de darse a los bienes, no proporciona a los futuros titulares de éstos un documento que en adelante acredite su derecho sobre los mismos. Este título documental cuando la sucesión se ha deferido por un acto entre vivos lo constituye la *carta donationis post obitum* o *reservato usufructo* que recibe el donatario; pero falta cuando la sucesión es

237. Esto se observa incluso en una rápida lectura de los cartularios y colecciones diplomáticas.

meramente anunciada en el testamento. Todavía si éste atribuye todos o la mayor parte de los bienes a un sólo sucesor, entregado a él puede bastarle; y así, en efecto, muchas de estas cartas las conserva y reproduce luego el beneficiado en sus *cartoria*. Pero esto ya no es factible cuando son varios los que reciben bienes en virtud del testamento. Es entonces cuando los *manumissores*, *manmessores* o ejecutores designados por el testador, cuando éste ya no puede hacerlo, expiden la oportuna *carta* al favorecido con la disposición testamentaria. A esta función de otorgar una escritura de "donación"—lo otorgado en testamento lo es, como en esta, por pura liberalidad— se refieren expresamente los documentos²³⁸.

31. Con qué carácter actúan los ejecutores, o cuál es la naturaleza de su cargo, no lo dicen los documentos. En ellos se dice solamente que el testador los "designavit" o "nominavit" o que les "commendavit", "mandavit" u "ordinavit"²³⁹ que realizaran determinadas funciones. Pero la imprecisión de la terminología jurídica en esta época impide deducir de ella la naturaleza del encargo; sólo una cosa es indudable, que éste es de pura confianza. Relacionarlo con el fideicomiso romano, totalmente olvidado en este tiempo, no ayuda en nada para comprenderlo.

238. *Fórmulas de Ripoll* 4 (ed. GARCÍA VILLADA, en *Anuari de l'Institut d'Estudis Catalans* 4 [1911-1912] 359-40): "scripturam donacionis faciatis propter remedium anime mee"—954, León (C. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Serie* 323 n. 138), dos hermanos declaran que "posuit nos germanus noster Sise-guto, ad extremum obitus suum, posuit nos ad vicem persone sue, ut deamus et concedamus vobis terras ".—991 (RÍUS SERRA, *Cart. de San Cugat* I núm 268, págs. 225-26): "ille nobis iniunxit vel mandavit, ut nos scriptura fecissemus ad ".—1046 (*Col. diplom. de San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núm. 41, pág. 46; ed. FLORIANO núm. 40, págs. 91-92); "domna M. in sua egrotatione iussit vel ordinavit ad míci Didago, qui ibidem fui ad suum transitum, anc scriptura eligere per ubi ipsa villa firmiter obtineas".—1088 (*Col. San Vicente Oviedo* ed. SERRANO, núm. 103, pág. 111; ed. FLORIANO núm. 102, pág. 177): M. "a vice et persone de viro meo P. F. et migravit ipso viro meo ante me, et docuit me facere kartam firmitatis ipsa villa ítem et facio kartam firmitatis" —Otras veces se encarga se *robore* la carta: 1147, 1148 y 1158 (*Col. San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núms. 215, 222 y 252, págs. 206, 211-12 y 243; ed. FLORIANO núms 227, 234 y 254, págs. 359, 371 y 417).—Véase la nota 249.

239. Véanse las notas 74 y 228. Sobre "commendavit", BASTIER, *Le testament. en Catalogne* 409-10.—ARVIZU, *La disposic. "mortis causa"* 332.

Los ejecutores *habent* los bienes del difunto²⁴⁰. Pero qué se significa con ello, no está claro. En ocasiones los consideran como *proprios*²⁴¹; pero esta expresión no denota siempre dominio de ellos, sino a veces mera tenencia²⁴², lo mismo que cuando dicen que los tienen “*in nostro iure*”²⁴³, o cuando el testador dice de los ejecutores “*constitui eos super omnia rem meam .. ut darent ut distribuerent... ipsam cartulam quam michi fecit ipsa domna Gota super altario Sancti Facundi obtulissent, et super istum testamentum conscriptum roborassent post obitum meum*” ante testigos²⁴⁴. En algunos casos se dice expresamente que el testador ha hecho *traditio* de ellos a los ejecutores²⁴⁵; pero otras veces ésta no se hace, como prueba la autorización que en ese caso el testador concede a los ejecutores para que puedan “*apprehendere omnem meum avere*”²⁴⁶. El poder que se otorga a los ejecutores no emana de que éstos se conviertan en dueños de los bienes, sino que es meramente un poder delegado de actuar en nombre del testador, no tanto como representantes suyos —como podría a primera vista deducirse de la expresión de que lo hacen “*in vice et persona*”²⁴⁷—, sino por el poder dado por él —“*per manus*” del testador²⁴⁸ pero actuando en nom-

240. Así, v. gr. 941 y 957 (RÍUS SERRA, *Cart. San Cugat* I núms. 19 y 55, págs. 20 y 50).—1032 (M. SERRANO SANZ, *Documentos del monasterio de Celanova*, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* 12 (Madrid 1929).

241. 955 (RÍUS SERRA, *Cart. San Cugat* I núm. 36, pág. 34).—976, León (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Serie 322 n. 138).—994, Sahagún (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, Serie 324 n. 138).

242. A. GARCÍA-GALLO, *Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media española*, en *AHDE* 27 (1959) 351-87. La palabra *ius* con que se designa el derecho sobre la cosa se ha interpretado como *gewere* o posesión (A. SCHULTZE, *Die langobardische Treuhänder* [Breslau 1895] 60.—CAILLIMER, *Origines et développement de l'exécution testamentaire* [Lyon 1901] 153). MEREJA, *Estudios Dir. hisp. medieval* II 27-28 considera expresa una 'propiedad fiduciaria' en sentido amplio y no como verdadero dominio.

243. 992 (RÍUS SERRA, *Cart. San Cugat* I núm. 282, pág. 238).

244. 1032 (ESCALONA, *Hist. de Sahagún* apénd. 82, pág. 450).

245. 957 (PMH DCh núm. 74, pág. 43).—960 (PMH DCh núm. 81, págs. 50-51).—922 (RÍUS SERRA, *Cart. San Cugat* I núm. 282, pág. 238).

246. 986 (RÍUS SERRA, *Cart. San Cugat* I núm. 188, pág. 158).—1002 y 1010 (*Cart. San Cugat* II núms. 372, 381 y 431, págs. 18, 29 y 74).

247. Véase la nota 230.

248. Véase la nota 230.

bre propio ²⁴⁹ y en concepto de administración —como lo había tenido el *minister* en el Derecho romano clásico ²⁵⁰ y como más tarde, en el siglo XIII, se caracteriza en Aragón su gestión ²⁵¹, que implica la facultad de enajenar lo que expresamente indica el testador en su testamento, así como también la de adquirir para cumplir las disposiciones de éste ²⁵². Los documentos que expiden son siempre otorgados por ellos recordando el mandato del testador, pero en su propio nombre y haciendo constar que “sumus donatores” de los bienes que aquél ²⁵³. Este poder otorgado a los ejecutores se extingue sin duda con la muerte de los mismos; pero aun después de ésta sigue en vigor el que tuvieron en vida. Hay algún caso en que habiendo muerto dos de los tres ejecutores —se hace constar así—

249. La mayor parte de los documentos se redactan así. Pero en ocasiones la función del ejecutor de un testamento escrito, si éste dispone sólo en favor de un heredero, no es la de extender la carta, sino tan solo la de *roborarla* (véase la nota 237); en cuyo caso ésta aparece otorgada en nombre del difunto y roborada por los ejecutores: así, v. gr. en 1035 (*PMH DCh* núms. 288, págs. 175-6) y en 1032 (*ESCALONA, Hist. de Sahagún* apénd. 82, pág. 450).

250. Véase la nota 215.

251. Véase la nota 229. El *Libro de los Fueros de Castilla* c. 124 (ed. G. SÁNCHEZ págs. 62-63) se refiere al caso de que el difunto “fisiere mansesores e los *apoderare* en mueble o en hereditat, que cumplan el alimosna o la deuda”, y determina cómo han de actuar, vendiendo si es necesario la herencia; en este caso “no [han de] dar fiador de saneamiento” (sin duda porque no actúan como dueños de ella) y tampoco “non deven ellos comprar la hereditat de que son mansesores”. Esta última frase revela claramente que los *manesores* no tienen un derecho de propiedad sobre la heredad (de tenerlo no habría que prever que pudieran comprarla); el ‘apoderamiento’ sobre la misma que les atribuye el testador evidentemente no es un derecho de dominio.

252. 1168 y 1197 (GONZÁLEZ PALENCIA, *Mozár. de Toledo* I núms. 89 y 277, págs. 63-64 y 217).

253. Se insiste en ello constantemente. Sirvan de ejemplo los siguientes documentos: 954, León (SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *Serie* 323 n. 138).—991 (RÍUS SERRA, *Cart. de San Cugat* I núm. 268, pág. 225).—1046 y 1088 (*Col. diplom. de San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núms. 41 y 103, págs. 46 y 111; ed. FLORIANO núms. 40 y 102, págs. 91 y 147).—1147, 1148 y 1158 (*Col. San Vicente de Oviedo* ed. SERRANO núms. 215 y 222 y 252, págs. 206, 211 y 243; ed. FLORIANO núms. 227, 234 y 254, págs. 259, 371 y 417). Para Aragón, ALONSO LAMBÁN, *Las formas. testam* 110 n.

el tercero otorga un documento de ejecución en el que se expresan en primera persona tanto el vivo como los fallecidos²⁵⁴.

Los ejecutores no son necesariamente testigos del testamento; aunque en ocasiones están presentes en el otorgamiento del mismo, por lo común son otras personas las que suscriben o señalan éste como tales testigos²⁵⁵. Y tampoco estos testigos de ordinario reciben el encargo de ejecutar el testamento²⁵⁶. Ahora bien, nada impide que, acaso porque en el momento de estar en trance de muerte sólo se hallan alrededor del enfermo sus familiares o personas de confianza, el testador confíe a los mismos que son testigos de su declaración de última voluntad la misión de cumplirla. En todo caso, cuando los testigos y ejecutores son distintos, también su función es diferente: la de aquéllos es hacer pública, adverbando su declaración con juramento, la voluntad del difunto; éstos al recogerla, sin juramento, como primer acto de su función, la de roborarla.

32. El que haya ejecutores tanto en los testamentos orales como en los escritos muestra que aquéllos no aparecen históricamente, como pudiera suponerse a primera vista, como adverbadores de una declaración oral de última voluntad. El que los ejecutores transmitan en documentos otorgados en su propio nombre los bienes del difunto tampoco presupone que los hayan recibido previamente en propiedad o en fideicomisio; concretamente aluden como causa de ello a que lo hacen porque así lo “mandavit”, “disposuit”, “ordinavit”, etc., el testador. No hay aquí una doble transmisión de propiedad —del testador al ejecutor y de éste al heredero o le-

254. 974 (RÍUS SERRA, *Cart. de San Cugat* I núm. 104, pág. 85).

255. En un documento catalán de 1183 los *elemosinarij* reciben el encargo de escribir, firmar y jurar el testamento en nombre del testador, ya que éste no puede hacerlo (BALARI, *Orígenes de Catal.* 608). Véanse los datos reunidos por ARVIZU, *La dispos. “mortis causa”* 336-41, aunque éste parece interpretar que los ejecutores intervienen en la publicación del testamento. El Fuero extenso de Zorita c. 212 atribuye plena fuerza a la declaración de los *albaceas* sobre la manda hecha por el marido en favor de la mujer; pero esta declaración no se refiere a la autenticidad del testamento sino a la validez de la manda hecha sin consentimiento de los parientes.

256. En el Derecho aragonés sólo si el testador atribuye de modo expreso funciones de ejecución a un testigo o *cabazalero*, puede éste desempeñarlas; véase la nota 225.

gatario—, que presuponga la imposibilidad de una transmisión directa sucesoria del testador al heredero, como en el caso del *salmann* germánico. Y por ello, no pueden considerarse los ejecutores como institución germánica incrustada en un sistema de sucesión voluntaria netamente romano. Desde el momento en que los ejecutores transmiten a los beneficiarios del testamento la propiedad de las cosas mediante un simple documento, mediante una *traditio per chartam*—sin una *traditio chartae*, y menos una entrega corporal—, quedando reconocido así el valor del acto documental, no se comprende la necesidad de un intermediario en la transmisión. Como tampoco se ve la necesidad de un intermediario de este tipo para la realización de actos que son propios de los ejecutores: la sepultura, la distribución de limosnas, la venta de bienes para pago de las deudas, la adquisición de otros para asignarlos a determinadas personas, etc. Hay casos en que la sucesión se efectúa por la mera declaración de voluntad del testador, incluso sin publicar ésta. Salvo en Cataluña, es normal que, sin necesidad de publicar el testamento, los ejecutores actúen extendiendo los documentos de transmisión de bienes inmuebles. La razón de ser de estos documentos, y de los propios ejecutores que los otorgan, es fundamentalmente la de proporcionar a los nuevos titulares de los bienes un título acreditativo de su derecho sobre los mismos. Por ello, cuando estos bienes no son inmuebles, como suele ocurrir con las limosnas que se reparten *pro anima*, llega incluso a prohibirse alguna vez que haya *testamentarios*, ya que la distribución de aquéllas a falta de familiares pueden realizarla los vecinos²⁵⁷.

* * *

33. Todo cuanto ha venido exponiéndose muestra una continuidad de la tradición romana en una doble vía: la del Derecho vulgar de un modo ininterrumpido desde el siglo IV a través del Derecho vulgar visigodo hasta la Alta Edad Media; y la del Derecho oficial romano del siglo V, en gran parte caído luego de desuso y restaurado en sus líneas fundamentales por la legislación visigoda tardía

256. 1133, Fuero de Guadalajara (ed. J. CATALINA GARCÍA, *Discursos leídos ante la R. Academia de la Historia en su recepción pública* [Madrid 1894] 108; y MUÑOZ ROMERO, *Fueros* 509, según una copia defectuosa).

de Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio, continuado en Cataluña hasta el siglo XII y recogido de modo erudito, aunque cada vez con menor pureza, en los *Epítomes* del Breviario Alariciano. La recepción del Derecho romano justiniano, que en parte recoge el Derecho oficial teodosiano y el culto anterior de los juristas clásicos, pero que también lo modifica, enfrenta un nuevo sistema al entonces vigente. Tanto o más que el influjo directo de la obra doctrinal de los juristas es la introducción del notariado público, con sus formularios basados en el Derecho romano justiniano, el que logra poner fin al sistema tradicional, no sin tener que admitir la libertad de disponer para después de la muerte, aunque sea por vía de excepción y de diferente manera según las regiones, ante el párroco, en despoblado o en viaje mediante comisario, en fideicomisos y herencias de confianza, en pactos sucesorios de muy diverso carácter, etc. Pero esta etapa de la historia de la sucesión voluntaria española permanece aún sin estudiar en su conjunto.

ALFONSO GARCÍA-GALLO