2. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

2.1. Concepto, formas y contenido del testamento

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Armando Torrent
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Complutense de Madrid

Sucesión Testamentaria

Los organizadores del Congreso de Derecho romano de Orense al encargar diversas ponencias sobre campos concretos del Derecho hereditario, entiendo que han querido dejar sentados una serie de temas generales, de modo que en las comunicaciones se eviten repeticiones de lugares comunes bien conocidos de todos. Entendiendolo así he limitado mi labor a exponer los temas fundamentales de la sucesión testamentaria, señalando los principales problemas de la misma, o apuntando temas controvertidos, que seguramente serán objeto de comunicaciones específicas. Por ello, mi labor es muy modesta, y se limita a exponer estos temas generales señalando la bibliografía mas usual y las fuentes mas relevantes.

Creo que podemos dejar de lado el debatidísimo problema de la prioridad de la sucesión testamentaria sobre la intestada, o viceversa. No es que no tenga interés científico, sino que entiendo que es un problema muy discutido, y en el que es difícil ponernos todos de acuerdo. Yo ya me pronuncié en su momento por la prioridad como tal institución jurídica de la sucesión intestada[1]), porque en la estructura de la familia primitiva no cabía el testamento como institución autónoma en cuanto que los hijos vivente *patre familias* eran *quodammodo domini* (Gayo 3,154a; Paulo, D. 28,2,11). Dejo abierto de todos modos este tema[2]).

El problema creo que debe centrarse en el testamento con la carga de incógnitas que éste presenta, como su contenido, validez, formas, interpretación, revocabilidad, etc.

Desde luego que el testamento tiene la máxima importancia en la conciencia social de los romanos. Como acto esencialmente unilateral y estrictamente personal en el sentido de que tiene que realizarlo directamente el interesado sin posibilidad de realizarlo por medio de representantes, es un acto jurídico fundamental en la vida de cada ciudadano que sólo adquirirá eficacia a su muerte.

El testamento en Roma es una figura clave en el ámbito social y jurídico en cuanto que en la conciencia antigua proyecta hacia el futuro la propia personalidad del causante instituyendo herederos, atribuyendo legados, designando usufructuarios, ordenando legados, sustituciones y fideicomi-

1. TORRENT, *Consortium ercto non cito*, AHDE, 34 (1964).

2. Por tanto, insisto en que dejaría de lado la prevalencia de la sucesión testamentaria sobre la intestada. Vid. DAUBE, *The preponderance of intestacy at Rome*, en «Tulane Law Review», 1965.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

sos, nombrando tutores, manumitiendo esclavos, reconociendo deudas, etc.; en definitiva, regulando la suerte de un patrimonio para después de la muerte de su titular. Es un acto de tanta importancia que Cicerón (*Phil.* 2,32) llegó a decir que era el acto mas grave en la vida de un ciudadano, poniendo el valor del testamento (dentro del Derecho privado) en el mismo plano que la *lex* en el ámbito del Derecho público. En todo caso era evidente la necesidad social para los romanos de hacer testamento, hasta el punto que Quintiliano (*Decl.* 308) conecta el testamento con el *solacium mortis*, y para Plauto el hecho de vivir sin haber hecho testamento tenía que suponer una gravísima desazón para el ciudadano romano, si entendemos en este sentido la maldición *intestatus vivito* (*Curc.* 622).

En la época republicana no sólo ordenaba la sucesión patrimonial sino que respondía tambien a la necesidad de perpetuar los *sacra* familiares, hasta el punto que como vió Gandolfi, la *hereditas* sufrió una evolución a la luz del régimen de los *sacra*, que en la medida en que éstos fueron perdiendo importancia, se fue concentrando la noción de *hereditas* en un ámbito cada vez mas patrimonial. (Este tema tambien podría ser objeto de nuestro congreso: la idea de la progresiva patrimonialización del concepto de *hereditas*, problema conexo con la revisión de la sucesión política de Bonfante, o la religiosa de Levy-Bruhl). Es obvio que yo me pongo en la línea patrimonialista defendida entre otros por Kaser y Biondi.

A mi modo de ver, el fundamento ultimo del testamento descansa en el individualismo de la sociedad romana, y estaba tan extendido que llegó a convertirse en una costumbre repetidísima practicada por todas las clases sociales. En definitiva, el testamento significa una proyección hacia el futuro de la propia personalidad del testador, que haciendo testamento, implica proyectar e imponer su voluntad de modo autoritario, favoreciendo el ordenamiento jurídico la eficacia de las disposiciones testamentarias.

Es sintomático que Sabino comenzara su exposición del ius civile por la parte de *testamentis*, lo que hace del testamento una institución de primer orden, tanto en su planteamiento privatístico como publicístico. Desde el punto de vista del Derecho privado reconoce el testamento la autonomía individual, la libertad de ordenar la sucesión, respetando el ordenamiento esta voluntad; desde el punto de vista del Derecho público interesa tambien a toda la sociedad romana que se perpetúe la dirección económica de los patrimonios, que se sepa con certeza quien va a ser el nuevo titular de los bienes, que se asegure el culto de los sacra. De aquí surge el caracter de inderogabilidad del testamento una vez se haya procedido a su apertura (lo que no quita que puedan surgir controversias sobre su validez, o sobre su interpretación; otros de los temas que estoy seguro serán objeto de discusión en nuestro congreso), y se observa en el ordenamiento romano una tendencia constante favorable a la sucesión testamentaria, que prevalece siempre sobre la intestada, y que pretende salvar siempre que sea posible, casi diría que a todo trance, la voluntad testamentaria, tendencia que recibió el nombre de *favor testamenti*, y que en el fondo, trataba de dar el máximo respeto y ejecutoriedad a la *voluntas testatoris*.

Dentro del *favor testamenti* juega la regla *utile per inutile non vitiatur*; se intentó siempre por los juristas romanos ejecutar la voluntad testamentaria, salvando las disposiciones que sirvieran aunque otras fueran inútiles, teniendo éstas *pro non scripto*, recurriendo a refinadas construcciones jurídicas y a atrevidas ficciones, de modo que tuviera siempre eficacia la *voluntas testatoris* excluyendo al sucesión *ab intestato*. En definitiva se pretendió que los llamados por el testador adquirieran la herencia dando cumplimiento a la voluntad del causante antes que tener que recurrir al orden de llamamientos previstos por la ley ante la deficiencia o ineficacia de las cláusulas testamentarias. Por esta vía se introdujeron una serie de figuras tratando de dar eficacia a la *voluntas testatoris*; se adaptó la *mancipatio* a fines testamentarios a través de la *mancipatio familiae*, se idearon ficciones como la *fictio legis Corneliae*, y se crearon expedientes convalidatorios como la *regula Catoniana* para salvar las disposiciones testamentarias. Y si mientras el contenido del testamento se concretó fundamentalmente en la *heredis institutio* con lo que el *favor testmaenti* como documenta Gayo se entendió como *favor* por la *heredis institutio*, cuando la eficacia del testamento se fue desvinculando de la *heredis institutio el favor testamenti* se dirigió a respetar la *voluntas testatoris* en cualquiera de sus manifestaciones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

De todo esto se deduce que el testamento fue una figura esencialísima no sólo del Derecho sucesorio romano, sino de todo el ordenamiento jurídico en general, testamento que en el mundo romano se presentaba como algo especial, *proprium civium Romanorum*, sólo accesible a los ciudadanos romanos que no encuentra parangón en otros Derechos del Mundo Antiguo. Como dice Biondi, el *favor testamenti* intenta salvar el testamento no por el vano intento de tener en pie un acto jurídico, sino porque el testamento recoge la ultima voluntad del difunto, que siempre representa algo como sagrado, donde el respeto a la *voluntas testatoris* es ante todo una obligación moral que luego se trasfunde en la órbita del Derecho.

El testamento es una figura jurídica tan especial en Derecho romano (como tambien en nuestros días) que es difícil encuadrarlo en alguna otra categoría de las conocidas en Roma. Tiene una función tan particular, un régimen tan distinto de otros actos jurídicos, unos requisitos especiales de forma, capacidad, contenido, nulidad, interpretación, que hacen muy difícil asemejarlo a otras figuras, no pudiendo acercarse de ninguna manera al contrato, del que los propios juristas romanos se preocuparon de diferenciarlos netamente (D. 50,16,20). De aquí se deriva el aislamiento de la figura del testamento dentro de las estructuras generales del ordenamiento jurídico, porque no se trata de un negocio jurídico cualquiera; no es un negocio típico, sino un documento o acto que recoge una enorme variedad de contenidos unificados bajo la forma testamentaria.

El testamento: concepto. La sucesión testamentaria fue el fenómeno sucesorio prevalente en Roma[3]) y de los clásicos Ulpiano y Modestino tenemos dos definiciones de testamento, bastante similares entre ellas. Ulpiano en Tit. Ulp. 20,1 señala *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter factum, ut post mosrtem nostram valeat, y Modestino en D. 28,1,1 dice: Testamentum est voluntatis nostrae iusta sentencia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* De ambas definiciones, que no son completas en cuanto omiten caracteres fundamentales del testamento, se deriva su valor como negocio unilateral solemne realizado ante testigos (las PS 5,25,5 llama *testationes* a los testamentos). De aquí que haya que distinguir entre testamentum y disposición testamentaria; el testamento es el acto o documento que puede recoger múltiples disposiciones testamentarias que desplegarán su eficacia *post mortem testatoris*[4]); es el acto con el que el testador que cuente con la capacidad que en Roma se exige para ello, dispone de sus bienes para después de su muerte.

Las definiciones combinadas de Ulpiano y Modestino hacen hincapié en el caracter personalísimo y solemne del acto, pero no contienen referencias a su contenido, ni tampoco aluden para nada a un caracter tan esencial en época clásica como era la necesidad de *heredis institutio (caput et fundamentum totius testamenti*, como dice Gayo), de manera que puede decirse que aquellas definiciones se refieren más a la forma que al contenido del acto, destacando su caracter de ultima voluntad por el que alguno dispone de sus bienes para después de su muerte. (Este mismo sentido genérico de acto de ultima voluntad es el que recoge nuestro Código civil en el art. 667: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos, se llama testamento»).

De acuerdo con estas notas, y otras que se encuentran en diversas sedes, podemos dar el siguiente concepto de testamento: acto personalísimo, libre, revocable, mediante el cual el testador instituyendo herederos, otorga disposiciones referentes a su patrimonio que serán eficaces después de su muerte.

---

3. Entre otros, vid. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 vols. (1900-1902; reed. 1949); SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, 1934; BONFANTE, *Corso di diritto romano. 6 Le successioni: parte generale*, 1939 (reed. 1974); SOLAZZI, *Diritto ereditario romano, 2 vols. 1932-1933*; BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale*, 1954; VOCI, *Diritto ereditario romano* 2ª ed. I. *Introduzione. Parte generale*, 1967; II, *Successione ab intestato, successione testamentaria*, 1963.

4. Sobre esto vid. BIONDI, *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana, nei codici e nella dommatica moderna, en «Antologia giuridica»*, 1 (1965) 245 ss.; WIELING, *Testamentsauslegung im römischen Recht, 1*972.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

Caracteres del testamento. Las siguientes características que voy a enunciar no se encuentran explicitadas en las fuentes, sino que resultan de la misma estructura del acto, y están presupuestas en la elaboración jurisprudencial sobre la materia. Estoy seguro que cualquiera de las siguientes características serán objeto de alguna comunicación al Congreso.

1) Es un acto *iuris civilis*. Como tantos otros actos jurídicos del ordenamiento romano, solamente los ciudadanos romanos pueden hacer y ser contemplados en un testamento. Los peregrinos testan según su Derecho nacional; incluso los habitantes de las *civitates foederatae* seguían su estatuto personal realizando el acto de testar según el Derecho de su propia *civitas*.

2) El testamento es un acto personalísimo. La voluntad testamentaria sólo puede manifestarla personalmente el testador; se excluye cualquier representante, mandatario, intermediario. El testamento sólo es eficaz cuando lo realiza el propio testador. Podía obviamente ser escrito por persona distinta del testador, circunstancia que debía ser cumplidamente acreditada por los testigos.

3) El testamento es un acto formal; ha de someterse a determinados requisitos formales externos, que varían según las épocas. Een este sentido, en Roma como en nuestros días, puede predicarse la existencia de algunos testamentos que podemos calificar de privilegiados, como el *testamentum militis, pestis tempore*, el del ciego, el del sordo, el del mudo, el del analfabeto o el ológrafo, muy aligerados de formas. Especial referencia habría que hacer en esta sede al *testamentum parentum inter liberos*[5]).

4) El testamento es un acto unilateral que trae su eficacia directamente de la *voluntas testatoris*. En la Dogmática moderna se encuadra entre los negocios jurídicos unilaterales, puestos en vida por la voluntad de un solo sujeto, y no requieren aceptación de otras personas.

5) Es un acto *mortis causa*. Esta es una característica esencial del testamento que como disposición de voluntad sólo adquiere consistencia jurídica después de la muerte del disponente; es un acto destinado esencialmente a cumplir su función *post mortem testatoris*, y no despliega ninguna eficacia si no se cumple el requisito de la muerte del disponente. Antes de la muerte del testador no hay herencia, *quia non est in rerum natura*.

6) Es un acto esencialmente revocable. Es la ultima y suprema *voluntas*; de ahí que en cuanto tal los testamentos posteriores siempre revoquen a los anteriores. El testador tiene plena libertad para sustituir con un nuevo testamento el anterior que revoca, y sólo el ultimo testamento es el que tiene validez. Dice Ulpiano en D. 34,4,4: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*.

Podría citar ahora como grandes problemas que todavía requieren la atención de los romanistas, temas como:

- contenido del testamento;
- capacidad para testar (*testamenti factio activa*);
- capacidad para recibir por testamento (*testamenti factio pasiva*);
- diversas formas de testamentos;
- revocación del testamento;
- casos de ineficacia del testamento;
- apertura del testamento.

Con todo estos grandes grupos de problemas no se agota el campo de investigación de la sucesión testamentaria; sólo los agrupo para dar una idea muy sumaria de la carga de problemas que tiene nuestra materia.

---

5. Contamos en la literatura romanística española con el magnífico estudio de Mariluz BLANCO, *Testamentum parentum inter liberos*, Valladolid, 1991.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

Contenido del testamento. El testamento puede contener un conglomerado de disposiciones: nombramiento de tutores, manumisión de esclavos, constitución de usufructos, fideicomisos, sustituciones, desheredación, pero sobre todo hay una disposición que para los juristas romanos se pone en primer lugar (Gayo 2,229), que es la institución de heredero, *caput et fundamentum totius testamenti*[6]). Y esta es la paradoja del testamento como acto unico, porque partiendo del caracter unitario del acto se contienen una serie de disposiciones heterogéneas que en Derecho romano tienen el caracter de disposiciones típicas, con una disciplina y un régimen propio para cada una, que sin embargo quedan embebidas todas bajo la disciplina unitaria del acto testamentario.

Y a pesar de todo este conglomerado de disposiciones resplandece en los juristas romanos el puesto central de la *heredis institutio*: la designación de un heredero (o varios) como sucesores directos a título universal[7]). De ahí que a mi modo de ver sea ociosa la polémica de si el primitivo testamento sólo contenía la institución de heredero (Wlassak) o sólo contenía legados (Lenel), discusión que contradice la esencia misma del testamento originario que se agotaba en la institución de heredero, que a su vez requería formas solemnes[8]).

La *heredis institutio* debía designar de modo claro e inequívoco al llamado o llamados a la herencia, que según el *ius civile* tenía que ir acompañada de la exheredatio de los *heredes sui* que el testador quisiera excluir de su sucesión[9]). Los varones inmediatamente sometidos a la *potestas testatoris* en virtud de la regla *sui heredes instituendi aut exheredanti sunt* (que tambien se aplicaba a los *postumi sui* nacidos después de la muerte del testador) tenían que ser desheredados *nominatim* (Gayo 2,130-132; Tit. Ulp. 22,20), mientras que las mujeres podían ser desheredadas *inter coeteros*. El edicto pretorio admitió la *exheredatio* de todos los *liberi* (sui o emancipados) no instituídos. Tanto la institución como la desheredación debían ser hechas con palabras solemnes, hasta que a partir de Constantino (año 320) se admitió el uso de cualquier término del que se derivara claramente la voluntad de instituir o de desheredar.

Con los datos que disponemos puede sentarse que la primera disposición testamentaria fue la *heredis institutio*, núcleo originario en torno al cual se fueron añadiendo todas las demás disposiciones. En los primeros momentos la institución de heredero agotaba el contenido del testamento, y mas tarde se convirtió en fundamento de las demás disposiciones, hasta el punto que si caía la *heredis institutio*, caía todo el testamento, caía la voluntad testamentaria y tenía que abrirse la sucesión *ab intestato*. Esto es lo que Gayo expresa al decir que la *heredis institutio es caput et fundamentum totius testamenti,* que no sólo indica que la *heredis institutio* es un requisito esencial de todo testamento, sino al mismo tiempo un requisito formal: debe ir situada al principio del testamento, con fórmulas típicas imperativas (*Titius heres esto, heredem esse iubeo, heredem instituo*). Este *ordo scripturae* cae en época de Adriano que admitió la anterioridad de la desheredación sobre la institución de heredero, y en Justiniano ya no se hace cuestión capital del lugar de la *heredis institutio* dentro del testamento, valiendo la institución en cualquier lugar en que se hallase dentro del mismo.

Tampoco valieron tajantemente estas reglas de precedencia de la *heredis institutio en el ius honorarium*, ni tampoco su fundamentalidad, pues en Derecho pretorio podía caer la *heredis institutio* sin que ello afectara a la validez de otras disposiciones. Pero para el *ius civile* la institución de

---

6. Sobre este tema versa la tesis doctoral de la Profesora de la Universidad del País Vasco, Da. Mª Eugenia Ortuño, *La fundamentalidad de la heredis institutio*, de inminente publicación.

7. Una magnífica exposición de las vicisitudes históricas de la institución de heredero, la ofrece ARCHI, *Contributo alla critica del Corpus iuris*, C. 6,23,24 e I. 2,20,34 *in tema di heredis institutio*, «IVRA» 5 (1954) 171 ss.

8. Vid. al respecto Gayo 2,117 y C. 6,23,15. Sobre el tema, LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio, 1913 (= Labeo, 12, 1966, 358 ss.)*; *ALBANESE, La successione ereditaria in diritto romano antico*, AUPA, 1949,315 ss.; MASCHI, *La solemnità della heredis institutio*, AE 17 (1937) 197 ss.; VOGEL, *Über die bedingte Erbeinsetzung von sui heredes nach ius civile*, ZSS 68 (1951) 490 ss.

9. Vid. WURMS, *Apokerisis, abdicatio und exheredatio*, 1972, y la magnífica tesis de Carmen LOPEZ RENDO, *Sui heredes instituendi aut exheredandi sunt.* Fuentes en D. 28,2 e I. 2,13.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

heredero era el eje sobre el que pivotaba todo el testamento. Precisamente la expresión heres esto significará la atribución del caracter universal del título de heredero, que lo distingue del legatario en cuanto sucesor a título particular, tema que en la romanística y sobre todo la civilística moderna sigue dando pie a la discusión sobre la prevalencia del nomen heredis o la adsignatio, como asimismo a la tormentosa discusión sobre la naturaleza del legatario de parte alicuota.

Es el *heres scriptus (heres institutus)* el llamado a recoger la herencia como *universitas* (otro problema que estoy seguro dará lugar a amplias discusiones); si resultan varios herederos instituídos se formará una comunidad hereditaria derivándose una cotitularidad por cuotas ideales que se harán efectivas en bienes concretos con la división hereditaria. Cuando falte uno de los herederos instituídos, su cuota no queda vacante, sino que acrece a los demás en virtud de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (otro problema que aún sigue mereciendo aclaración). Precisamente porque en Derecho romano el título de heredero supone una llamada universal no se admitió la heredis institutio ex re certa[10]) ni la *heredis institutio detracta re certa*. Se admitía que el testador instituyera herederos en cuotas, pero no en certa res que pugnaba con el caracter universal del llamamiento hereditario. De todos modos la Jurisprudencia clásica, partiendo del *favor testamenti* llegó a admitir que en estas hipótesis lo que era nulo no era el testamento sino la disposición, que debía tenerse *pro non scripta* siendo válido el testamento *detracta rei certae mentione.*

Tambien podía realizarse la *heredis institutio* bajo condición suspensiva, pero no a término, ni bajo condición resolutoria (I. 2,14,9) cláusulas que se tienen por no puestas; esto chocaría con la regla s*emel heres semper heres*, que no es de estricta formulación romana, aunque puede derivarse de Gayo D. 28,5,89. De todos modos estas cláusulas accidentales sí podían interponerse en el *testamentum militis*, auténtico testamento privilegiado. Sólo se admiten instituciones condicionales en las sustituciones, que son una auténtica institución bajo condición.

Todavía sigue estando necesitado de estudios mas clarificadores todo el tema de las sustituciones (Gayo 2,174-184; D. 28,6 (*de vulgari et pupillari substitutione)*; C. 6,26; I. 2,15-16), particularmente porque la solución propuesta en la causa Curiana[11]) no se admitió hasta dos siglos mas tarde de este famoso proceso, y la evolución clásica de la sustitución vulgar-pupilar envuelve un tema tan crucial en el Derecho romano -y no sólo en el testamentario- como la tensión *verba-voluntas*.

Dado el rigor originario de la *heredis institutio* se comprende que el *favor testamenti* se manifestase en primer lugar por favor por la *heredis institutio*; salvar el testamento significaba salvar siempre que fuera posible la institución de heredero; pero si éste fue el punto de arranque muy pronto empezaron a verse excepciones, y el *favor testamenti* una vez perdido el rigor originario de la institución de heredero y correlativamente se iban desvinculando de ésta las demás disposiciones, se dirigió a salvar el resto de las disposiciones testamentarias. En definitiva, el *favor testamenti* trataba de salvar la eficacia de la *voluntas testatoris* en base a la regla *plus nuncupatum minus scriptum*, admitiéndose a partir de Salvo Juliano que aunque se hubiera omitido la palabra sacramental heres, se considera que está contenida en el testamento la designación de heredero por otros indicios, aunque estuviera omitido el término (*minus scriptum*). Todo esto supone que la evolución del ordenamiento testamentario romano va dejando a un lado todo formalismo para que resplandezca la auténtica *voluntas testatoris*, a la que el ordenamiento presta su respeto y homenaje, tratando de darla eficacia siempre que pudiera valer.

---

10. Un tema aún no debidamente aclarado en Derecho romano, aunque contamos con notables estudios sobre el mismo: DAVID, *Studien zur heredis institutio ex re certa*, 1930; BESELER, *Romanistische Studien*, Studi Riccobono, 1 (1936) 294 ss.; COHEN, *Heredis institutio ex re certa and a new will of roman type, «Transactions of the American Philological Association»*, 1937; *SCIASCIA, Note critiche sulla instutio excepta re*, en su vol. Varietà giuridiche, 1956, 1 ss., y yo mismo he dirigido una tesis doctoral sobre el tema llevada adelante por Da. Paloma Ramírez Atilano, de próxima aparición.

11. Vid. en castellano TURIEL, *De causa Curiana*, Salamanca, 1976; TORRENT, *Interpretación de la voluntas testatoris en la jurisprudencia republicana*, AHDE 39 (1969) 173 SS.; *De conservando iure civili: los antagonismos forenses en la causa Curiana*, BIDR 89 (1987) 145 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

Capacidad para testar. Por *testamenti factio* se conoce en las fuentes la capacidad para disponer por testamento (Gayo 2,114 para la activa), y de recibir testamentariamente (Ulp. 22,1, pasiva).

Desde el lado de la *testamenti factio* activa el tema hay que plantearlo teniendo en cuenta la categoría moderna de la capacidad de obrar, por lo que en principio sólo podía hacer testamento el *paterfamilias*, excluyéndose por tanto los impúberes (Ulp. 20,12), los *filiifamilias* (Ulp. 20,10); los *Latini Iuniani* (Ulp. 20,14), los *furiosi* (C. 6,22,9), y los condenados a pena capital[12]). Sólo podìan hacer testamento los que se encontraran en la plenitud de sus derechos civiles que requería en Roma la confluencia de los tres *status, familiae, civitatis, libertatis*, y consiguientemente quienes hubieran sufrido la *capitis deminutio maxima* eran privados de *testamenti factio*. Por ello, la *fictio legis Corneliae*, oportuno expediente debido a la *lex Cornelia de captivis* del año 81 a.C. que trataba de salvar la *ultima voluntas* de un ciudadano romano muerto en poder del enemigo (*captivus*) y consiguientemente muerto como *capite minutus*, privado de la libertad y ciudadanía romanas, ideó que se entendiera muerto ficticiamente en el momento de su captura por parte del enemigo, es decir, fingiendo su muerte en el ultimo momento de goce de *libertas*, en el ultimo momento en que según las reglas romanas tuvo capacidad para otorgar testamento[13]), regla que fue generalizada por Justiniano interpolando a Ulpiano (35 Sab.) en D. 49,15,18. Siempre se exigió la plena capacidad en el momento de otorgar el acto, con lo que la *fictio legis Corneliae* salvaba el testamento. Del mismo modo el pretor cuando el testamento era inválido *iure civili* y el testador era capaz *mortis tempore*, concedía la *bonorum possessio*.

Excluídos los impúberes de la capacidad de otorgar testamento, sin embargo sí podían testar las *mulieres* a través de la c*oemptio testamenti faciendi gratia* (Gayo 1,115a), expediente de todos modos inútil cuando Adriano las concedió el poder de testar directamente siempre que fueran mayores de doce años. Excluídos de esta capacidad los *filiifamilias*, en época clásica el *peculium castrense* y en la postclásica el *quasicastrense*, abrieron una brecha importante contra el protagonismo jurídico exclusivo del *paterfamilias*, al admitirse para los hijos *de re peculiari testari*. Tambien en época postclásica se admitió para los *servi publici* facultad de testar sobre la mitad de su propio peculio.

Problemas especiales presentan los testamentos del sordo y del mudo. En Derecho clásico no podía testar, al menos *per aes et libram*, mientras que en Derecho justinianeo sólo se vetaba al sordomudo de nacimiento, mientras que el que se convirtió en sordo, y el mudo, podían testar por escrito, temas que entiendo merecen atención todavía. Se conoce desde las XII Tablas una categoría general de incapacidad para testar para los que incurrían en la pena de *intestabilitas*. Un senadoconsulto del Principado impuso esta pena, entre otros, a los autores de escritos difamatorios.

Finalmente, la capacidad para testar presupone, como dice Burdese, la *certa voluntas* del testador, entendida como intención inequívoca de otorgar un testamento válido, *voluntas* que falta en quien tiene dudas sobre su propio *status* (Ulp. 20,11: *qui de statu suo incertus est factus... testamentum facere non potest*), o esté en error sobre su *status* considerándose incapaz.

Testamenti factio pasiva. La capacidad de ser instituídos herederos correspondía a todos los sujetos aunque no tuvieran capacidad de obrar. Pero esta capacidad de *ser vocati ex testamento* tiene unos presupuestos mas complejos (I. 2,19,4) pues se requiere en tres momentos distintos: en el momento de la confección del testamento; en el momento de la delación (que normalmente coincide con la muerte del testador), y en el momento de la aceptación (momento en que la legislación demográfica de Augusto privaba de esta capacidad a los *orbi et caelibes*). En principio solo pueden ser instituídos

12. Sobre el tema son interesantes los relieves de KRÚGER, *Testamenti factio*, en ZSS 53 (1933) 505 ss.; BIONDI, *Succ. test. e don.* 83 ss.; LEUREGANS, *Testamenti factio non privati sed publici iuris est*, en RH 53 (1975) 225 ss.

13. Vid. BALOGH, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, en Studi Bonfante 4 (1929) 623 ss.; H. WOLFF, *The lex Cornelia de captivis and the Roman Law of succession*, en TR 17 (1941) 136 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

herederos[14]) *qui testamenti factionem cum testatore habent* (Ulp. 22,1). Por supuesto que hijos y esclavos instituídos herederos no adquirían para sí, sino para su padre o *dominus*, a no ser que el esclavo fuera instituído *heres cum libertate* (Gayo 2,185-187).

De ningún modo podían ser instituídas las personas inciertas, aquellas que el testador no podía objetivamente representarse. El ejemplo que ponen las fuentes es el legado a favor del *que primus ad funus meum venerit*, a no ser que de algun modo pudiera concretarse como en el ejemplo (D. 50,16,70) *primus ex cognatis meis ad funus meum venerit*. Tambien eran *incertae personae* los póstumos, descendientes concebidos pero no nacidos en el momento de la muerte del testador, que en el Derecho antiguo no podían heredar, pero en Derecho clásico su capacidad fue plenamente admitida y no sólo para los *postumi sui*, a los que se aplicaba la regla s*ui heredes instituendi aut exheredandi sunt,* sino tambien para los *postumi alieni, nascituri* que de ningun modo estarían *in potestate testatoris*[15].

Tambien eran consideradas *personae incertae*, y por tanto incapaces de heredar, lo que hoy entendemos por personas jurídicas (a los *municipia* se refiere Ulp. 22,5), pero desde la famosa herencia dejada al pueblo de Roma por Atalo III de Pérgamo, a mí no me cabe duda que en época clásica era admisible esta forma de institución[16]). Claro que el tema se complica con el problema del reconocimiento de la persona jurídica, tema que nunca fue conceptualizado en Roma, aunque sí utilizado en la praxis.

Incapacidad para suceder. En el campo hereditario romano, de tan compleja evolución, hay temas cuyo deslinde es enormemente complicado; tal es el caso -entre otros muchos- de las diferencias entre *testamenti factio* pasiva, incapacidad para suceder e *indignitas*[17]). Si la primera supone consideración del ordenamiento de personas que no pueden adquirir por vía hereditaria porque se consideraban privadas de capacidad en general; en otros casos contempla el mismo ordenamiento una serie de situaciones en que los llamados a heredar tienen aquella capacidad general de adquirir, pero les falta una idoneidad especial para efectuar estas adquisiciones, y estos casos se entienden como *incapacitas* de los herederos para adquirir (*capare*) por vía hereditaria en cuanto el ordenamiento teniendo en cuenta ciertas cualificaciones subjetivas de los *vocati*, les privaba de una capacidad adquisitiva que tenían en general. Es sólo una incapacidad específica para adquirir el *relictum*. Estos bienes que el incapaz no podía recibir eran llamados *bona caduca*, y el ordenamiento los atribuía a otros herederos, al *aerarium*, y a partir del siglo II d.C. al *fiscus*. Y como los *caduca cum suo onere fiunt*, el atributario de los *caduca* debía pagar con el *relictum* todas las cargas con que éste estaba gravado (deudas, legados, fideicomisos, etc.).

Los casos mas notables de incapacidad para adquirir arrancan de la política moralista y con fines revitalizantes de la sociedad de época de Augusto, casos previstos en la *lex Iulia* de *maritandis ordinibus* del 18 a.C., y la *lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d.C. citadas conjuntamente por los juristas clásicos como *lex Iulia et Papia*[18]) que tratando de fomentar las uniones matrimoniales, y que de éstas nacieran al menos tres hijos, imponía la incapacidad de adquirir por testamento a los solteros (*caelibes*) y a los casados infecundos (*orbi*). Como obviamente ni en el Mundo Antiguo ni en ningun otro momento se puede imponer por ley el número de hijos que puedan nacer de una unión legítima, pronto surgieron expedientes jurídicos (el llamado *ius liberorum*) que mitigaba el rigor de las disposiciones de las leyes caducarias, atribuyendo al senado y al princeps la concesión del *ius trium vel*

14. Vid. GUIZZI, *voz Capacitas*, en NNDI.

15. El estudio mas completo sigue siendo el de ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, 1937; pero entiendo que habría que hacer una revisión de toda la materia de los póstumos.

16. Vid. por ultimo GUIZZI, *Miti e politica nella capacità successoria del populus Romanus*, «Labeo» 8 (1962) 169 ss.; y entre nosotros la excelente aportación de Aranzazu CALZADA sobre este tema en el Congreso de León de 1997.

17. Para advertir estas diferencias vid. NARDI, *I casi di indgnità nel diritto successorio romano*, 1937.

18. CSILLAG, *The Augustan laws on family relations*, 1976; ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, 2ª ed. 1986; NÖRR, *The matrimonial legislation of Augustus: an early instance of social engineering*, «The Irish Jurist» 16 (1981) 350 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

quattuor liberorum, en el fondo una oportuna ficción de que se tenían tres o cuatro hijos[19]). Igualmente estaba privado de la capacidad para suceder el *pater solitarius*, figura muy oscura que probablemente apunta al viudo sin hijos, y las *feminae probrosae*[20]). Todo este régimen de los bona caduca fue abolido por Justiniano (C. 6,51,1 a. 534).

Indignitas. La indignidad para suceder es distinta de la falta de capacidad, porque el declarado indigno para suceder es capaz para suceder, pero el ordenamiento jurídico le opone graves impedimentos para conservar lo que pudiera adquirir hereditariamente. Sustancialmente la indignidad es una sanción civil contra el heredero o legatario que ha tenido una conducta deshonrosa con su causante, dándole muerte, promoviendo controversia sobre su *status*, no persiguiendo a su asesino, no torturando a los esclavos del causante para descubir al culpable, o realizando actos contra la voluntad testamentaria como impugnar de falso el testamento, el heredero que ha sustraído bienes hereditarios a los legatarios, y algunos supuestos más como el tutor que contrae matrimonio con la pupila, el liberto que denuncia a su *patronus* de ejercer un comercio prohibido, el funcionario que contrae matrimonio con mujer de la provincia donde ejerce su cargo *contra mandata*, la mujer que ha cometido *stuprum*, etc.

La indignidad para suceder hay que ponerla en relación con una serie de casos de privación de adquisiciones a título gratuito. El caracter desordenado de las fuentes en la materia es explicado por Nardi en el sentido de que en Derecho romano nunca llegó a configurarse una figura unitaria de indignidad, pero mí me parece mas cierta la opinión de Benito Reimundo[21]) de que no deja de haber un orden sistemático en la misma exposición de los casos y causas de indignidad, y desde luego parece evidente que los conjuntos asociativos convergen siempre hacia conjuntos sistemáticos.

Cuando hay causa de indignidad, todo lo que el indigno ha adquirido se le priva (*eripere, auferre*) a favor del erario. Las fuentes señalan *ut indigno bona auferuntur*, y la indignidad es distinta de la falta de *capacitas* porque el indigno es capaz de suceder y de adquirir, pero no podía conservar lo adquirido, figura que dogmatizó Cuiacio con la regla *indignus potest capere sed non retinere*. Pero así como en la ausencia de *capacitas* la cuota vacante iba a parar a otras personas, y en ultima instancia al fisco; cuando hay causa de indignidad no se llama a los herederos de orden ulterior, sino que la cuota del indigno va a parar directamente al fisco, negándose al indigno el ejercicio de las acciones hereditarias que pudieran corresponderle. Es por tanto la indignidad una sanción civil, y si el *ius novum* priva al indigno de la adquisición hereditaria (bien por testamento, bien *ab intestato*), la consecuencia lógica sería que estos bienes de los que se priva al indigno fueran atribuídos a otros herederos. Pareció inicua esta consecuencia de que el castigo para unos (el indigno) supusiera una ventaja para otros (los herederos sucesivos), y así surgió la idea -extraña- de que el indigno puede adquirir pero no conservar, ya que sólo admitiendo la adquisición puede ser posible su atribución al Fisco.

Formas de testamentos. A lo largo del desarrollo histórico del Derecho romano encontramos diversos tipos de testamentos[22]) que pueden individualizarse según sus requisitos de forma.

Las formas mas antiguas, o *genera testamentorum* que llama Gayo 2,101-102 fueron el *testamentum in procinctu* y el *testamentum in calatis comitiis* que tienen una gran impronta publicística.

---

19. ZABLOCKA, *Il ius trium liberorum nel diritto romano*, BIDR, 91 (1988) 361 ss.

20. NARDI, *La incapacitas delle feminae probrosae*, «Studi Sassaressi», 1937.

21. REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el Derecho romano clásico, I, Oviedo, 1983.*

22. Incluso conocemos algunos documentos testamentarios romanos; vid. ARANGIO-RUIZ, *Negotia (FIRA, 3)* n. 47-55; AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento*, 1966; *Testamenti et atti paratestamentari nei papiri bizantini*, RIDA 16 (1969) 211 ss.; GIUFFRÈ, *Documenti testamentari romani*, 1974.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

El testamento *in procinctu* era realizado por aquellos que estuvieran *in proelium exituri* ante la inminencia de una batalla. Requería que el jefe militar hubiera tomado los auspicios, y no estaba vinculado a formalidad alguna. Desde este punto de vista en una forma antigua que aparece como primera manifestación de testamento militar privilegiado[23]). Su caracter público-religioso deriva del hecho de la necesidad de los auspicios y realizarse ante el *exercitus centuriatus*, el ejército en armas preparado para la batalla. Esta forma decayó pronto, y en tiempos de Cicerón (*de nat deor.* 2,3,9) es mencionado como un lejanísimo recuerdo histórico. Tanto esta forma de testar como el testamento *in calatis comitiis* son las formas mas antiguas de testamento y no parece que hayan sido ideadas por algun acto legislativo, sino que fueron surgiendo en la práctica adecuándose con la esencia del acto de testar, que determinaba a la vez su régimen. En todo caso, ambas formas desaparecieron pronto.

El testamento *in calatis comitiis* se realizaba ante el pueblo reunido en comicios curiados dos veces al año, y con la intervención de los pontífices para que el ciudadano declarase solemnemente quien iba a ser su *heres suus*, y más que testamento técnicamente hablando, entiendo que era una *adrogatio*, y al igual que la *adrogatio* sigue sin aclararse el problema del papel del pueblo: si era un papel de simple testigo, si tenía valor certificante, o si podía desaprobar la voluntad del declarante. El mismo Lenel[24]) defiende que este tipo de testamento sólo contenía disposiciones a título particular, mientras que habrá que esperar al *testamentum per aes et libram* para encontrar un testamento donde se contenga la *heredis institutio*. Dejo abierto el problema, que seguramente suscitará intereseantes comunicaciones[25]).

La siguiente forma de testamento civil fue el *testamentum per aes et libram* (Gayo 2,102-108). Incluso con esta forma nos han llegado dos testamentos casi intactos: el de Antonio Silvano y el del veteranol C. Longino Castor. Constituyó una creación ingeniosa de la Jurisprudencia pontifical a partir de la *mancipatio* adaptada a fines testamentarios, que fue evolucionando desde ser un acto de claro contenido patrimonial a acto testamentario; en definitiva, la adaptación de un negocio patrimonial inter vivos como era la mancipatio a fines testamentarios.

Esta forma testamentaria aún sigue presentando una nebulosa de problemas. La fórmula que describe Gayo implica un tercero comprador (*emptor*) que adquiere el patrimonio (*familia*) de un ciudadano por medio de una *mancipatio* con el ruego de que a su muerte entregara este patrimonio al designado según las instrucciones del enajenante. Está claro que el adquirente no estaba *heredis loco sino emptoris loco*, a quien el enajenante basándose en la *fides* encarga que a su muerte transmita aquel patrimonio a las personas que le indicase. Realmente no es testamento; no hay institución de heredero; tiene una estructura bilateral en vez de la unilateral del testamento, y sin embargo no cabe duda que fue un expediente genial con el fin de trazar la trayectoria sucesoria de los bienes enajenados. Sería originariamente una venta fiduciaria de los bienes enajenados con fines testamentarios.

La forma de este testamento tal como nos la transmite Gayo presenta un dople orden de problemas: a) La declaración del *emptor: familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua* (a tu disposición) *custodelaque mea* (bajo mi custodia) esse aio, *eaque, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam* (esta apelación a la *lex publica* es a la regla de las XII Tablas sobre la *nuncupatio*) *hoc aere aeneaque libra esto mihi empta.* b) La declaración del testador-enajenante (lo que podríamos llamar *nuncupatio testatoris*): *haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote.*

---

23. SCHERILLO, *Appunti sul testamento in procinctu in diritto romano*, «Scritti Giuffrè», 1 (1969) 781 ss.

24. LENEL, *Zur Geschichte der heredis institutio*, 120 ss.

25. Vid. al respecto, aparte de Lenel, KASER, *Das altrömische ius, 1949, 148 ss.*; LEMOSSE, *Remarques sur le testament romain primitif*, «IVRA» 3 (1952) 224 ss.; PAOLI, *Le testament calatis comitiis et l´adrogation d´Octave*, «Studi Betti», 3 (1962) 529 ss.; STOJCEVIC, *La fonction du testament calatis comitiis*, «synteleia Arangio-Ruiz», 1964, 240 ss.; TORRENT, *La adrogatio en el sistema de las sucesiones universales inter vivos*, «RIDA» 14 (1967) 263 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

Está claro que a partir de las XII Tablas la Jurisprudencia pontifical realizó un gran esfuerzo para aplicar un negocio *inter vivos* a fines testamentarios. Con la *mancipatio familiae* se superan las formas publicísticas arcaicas, comenzando a dar a este embrión de testamento el contenido patrimonial que poco a poco irá asumiendo la *hereditas*. Como ha dicho Biondi, el acto se encuadra ahora en el ámbito del comercio, pero precisamente del comercio *mortis causa*, y dado que a los romanos repugnaba crear *ex novo*, se utiliza la *mancipatio* acto patrimonial por excelencia, que por su mecanismo se prestaba a cualquier adaptación. No es una forma de testamento surgida como tal, sino utilización de la *mancipatio* a fines testamentarios. Siendo la *mancipatio* un acto esencialmente oral, llega un momento en que el testador teniendo en la mano las *tabulae testamenti* efectúa una declaración oral (*nuncupatio*) ante los testigos, *familiae emptor* y *libripens* de que estas tablillas contienen su testamento, reenviando para el contenido de las disposiciones al documento escrito que no lee a los testigos.

Quizá hayamos delineado demasiado simplemente la evolución que va de la *mancipatio familiae* al t*estamentum per aes et libram*. Insisto en que en este campo todo es discutido, desde la misma apelación a las XII Tablas[26]), a la mención de la *familia* y la *pecunia*[27]), las hipotizadas influencias griegas[28]), el valor de la escritura (probatorio o dispositivo) en las *tabulae*[29]), el caracter secreto del testamento[30]), y los mismos requisitos formales para la eficacia de este testamento[31]).

El paso inmediato de la *mancipatio familiae* lo constituyó el *testamentum per aes et libram*. Se sigue realizando la *mancipatio*, pero ésta se convierte en una mera formalidad ficticia (*dicis gratia*), y la *voluntas testatoris* es de por sí productora de efectos jurídicos, asumiendo el *familiae emptor* la obligación de ejecutar las disposiciones testamentarias, y la adquisición *mortis causa* se produce para el designado por el testador, no para el *emptor*. Así se pasa al testamento civil escrito, donde el testador declara ante cinco testigos, *familiae emptor* y el *libripens* que aquellas tablillas contienen su voluntad testamentaria, constituyendo la forma civil por excelencia, forma que permitía al testador guardar secreto sobre sus disposiciones contenidas en las *tabulae testamenti* a las que se unían los sellos de los cinco testigos, *familiae emptor* y *libripens* que autentificaban que aquellas tablas contenían su testamento sin conocer su contenido. Si el riesgo que contenia esta forma testamentaria era la posibilidad de falsificarla, la *lex Cornelia testamentaria nummaria* mas conocida como *lex Cornelia de falsis*, conminaba penas gravísimas (*aquae et igni interdictio*) contra los falsificadores, ley que senadoconsultos y Jurisprudencia ampliaron a otros supuestos de falsedades.

Testamentum iure praetorio factum. El pretor admitió formas mas flexibles de testamento, tomando del *testamentum per aes et libram* civilístico todo cuanto tenía de vivo, vaciándolo de contenido respecto a la antigua *mancipatio*; y desde este punto de vista el testamento pretorio se presenta como una simplificación del testamento civil. Pero el pretor va mas lejos; eliminando la *mancipatio* y la *nuncupatio* quita al testamento todo aspecto de bilateralidad y de residuos arcaicos, para otorgar la *bonorum possessio secundum tabulas* a todo el que presente unas *tabulae* selladas por siete testigos, fórmula que ya se conoce en tiempos de Cicerón (*in Verr. 2,1,45,117*). Ahora toma prevalencia la escritura, y el testamento oral pasa a ser excepcional. Las *tabulae* se convierten entonces en sinónimo de testamento siempre que aquel escrito estuviera avalado por la *obsignatio* de siete testigos. Para el

---

26. Vid. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, 1956; ahora en «Scritti di dir. rom.» 1973, 613 ss.

27. Sobre el tema VOLTERRA, *Ancora sul problema della familia romana*, «RISG» 6 (1952-53) 402 ss.

28. GOLDMANN, *Das Alter des römischen Testaments*, «ZSS» 51 (1931) 223 ss.

29. ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del testamentum per aes et libram*, «Atti Verona» 3 (1953) 79 ss.; GUARINO, *La scrittura nel testamentum per aes et libram*, «Studi Paoli» 1955, 377 s.; *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*, «Studi De Francisci», 2 (1956) 55 ss.; ARCHI, *Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram*, «St. De Francisci», 4 (1956) 287 ss.

30. ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di Antonio Silvano e il senatoconsulto di Nerone*, 1952, ahora en «Studi epigrafici e papirologici», 1974, 382 ss.; GUARINO, *Note sul testamento segreto romano*, «Studi Santoro-Passarelli» 6 (1972) 487 ss.

31. DULCKEIT, *Plus nuncupatum minus scriptum*, «ZSS» 70 (1953) 100 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

pretor era suficiente que el testamento estuviera sellado por siete personas (cinco testigos, el *libripens* y el *familiae emptor*), siendo suficiente la exhibición de las tabulae provistas de siete sellos.

El testamento pretorio[32]) sigue siendo un acto formal, como tambien es formal el testamento dcivil, pero -como dice Biondi- mientras la forma civil se conecta con concepciones arcaicas que ya no tienen razón de ser, la forma pretoria tiene sin más la función universal de documentar y conservar fielmente la voluntad del disponente, y sobre esta vía irá la evolución posterior del testamento. Puesto que el testamento pretorio es un acto escrito *obsignatus* por siete testigos, se admite que un testamento civil nulo por razones de forma inherentes a la *mancipatio*, pueda valer como testamento pretorio cuando contenga el sello de los siete testigos. Ahora la escritura se requiere *ad substantiam*, y dado el *favor testamenti* se comprende que Antonino Pío prefiriera el *heres scriptus* pretorio que al heredero *ab intestato* civil (Gayo 2,119-120). Por eso la *bonorum possessio secundum tabulas* en esta época es una *bon. poss. cum re,* incluyendo la misma *hereditas*, al conceder Antonino Pio al *bonorum possessor* la facultad de paralizar con una *exceptio doli la hereditatis petitio* que pudieran intentar contra él los herederos civiles *ab intestato*.

El testamentum tripertitum. En época postclásica, producida la fusión entre el *ius civile* y el *ius honorarium* (I. 2,10,3) hizo que se creara una nueva forma de testamento (llamado por Justiniano *testamentum tripertitum*) producto de la fusión de aquellos antiguos sistemas[33]) y tambien en relación con la eliminación de toda diferencia entre *hereditas civil* y *bonorum possessio* pretoria, siendo suficiente que el testador redactara y suscribiera el documento testamentario en presencia de siete testigos (para los que podía ser secreto el contenido del testamento), y bastando la suscripción testifical para garantizar la autenticidad del documento. Tambien en esta época podía hacerse un testamento oral *per nuncupationem* (C. 6,23,21,4; I. 2,10,14) siempre que estuviera testimoniado por siete personas presentes[34]).

Testamentos especiales. En época postclásica el emperador Valentiniano III (446 d.C.) introdujo el testamento ológrafo (*testamentum per holographam scripturam*), sin necesidad de testigos, y siempre que estuviera escrito por el testador y firmado por éste (Nov. Th. Valent 21,2,1; Isidoro, *Orig.* 5,24,7). Otra forma postclásica fue el testamentum apud acta conditum, realizado ante funcionarios imperiales, o ante la misma cancillería imperial, en cuyo caso se habla de *testamentum principi oblatum*, formas que hoy clasificamos como testamentos públicos. Tambien de época postclásica es el *testamentum parentis inter liberos*, recogido por Justiniano (Nov. 107), magníficamente estudiado por Mariluz Blanco, testamento por el que los padres pueden testar en favor de sus hijos sin intervención de testigos, siempre que lo hagan por escrito y señalando la fecha, nombre de los herederos y cuotas asignadas, y que sustancialmente implica una división de la herencia hecha por el mismo testador

Otras formas especiales fueron el *testamentum militis*[35]) verdadero testamento privilegiado no sujeto a forma alguna, bastando que su voluntad puese probada de cualquier modo, como se desprende de Gayo 2,109-11; D. 29.1 (*De testamento militis*) y C. 6,21. Otra forma especial es el *testamentum pestis tempore* recogido en C. 6,23,8 (Diocl. et Max. a. 290) que no requería la presencia simultánea de los testigos; éstos seguían siendo necesarios, pero podían asistir al acto en momentos diferentes

---

32. ARCHI, *Testamentum civile,testamentum praetorium*, «Studi Paoli» 1955, 11 ss.; VOCI, *Testamento pretorio*, «Studi Grosso» 1 (1968) 99 ss.

33. A propósito del *testamentum tripertitum* siempre es sugestiva la explicación de RICCOBONO, *Fusione del ius civile e del ius praetorium in unico ordinamento*, «Festgabe Zitelamm» 1922, 503 ss.

34. SOLAZZI, *Testamenti per nuncupationem*, 1951, ahora en *Scritti di dirrito romano*, 5 (1972) 423 ss.; *Ancora del testamento nuncupativo*, 1952, =*Scritti*, 6 (1972) 212 ss.

35. La bibliografía sobre el argumento es muy notable: ARANGIO-RUIZ, *L´origine del testamentum militis e la sua posizione nel diritto romano classico*, 1906, recogido en *Scritti di dir. rom.* 1 (1974) 19 ss.; GUARINO, *Sull´origine del testamento dei militari in dir. rom.* , «RIL» 1928-1939; HERNANDEZ-GIL, *El testamento militar*, 1946; VOL BOLLA, *Zum römischen Militärtestament*, «Studi Arangio-Ruiz» 1 (1952) 273 ss.; GOMEZ ROYO, *El testamento militar en las fuentes jurídicas romanas y griegas*, «Estudios Valls i Taberner» 18 (1991) 5349 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

manteniéndose a prudente distancia del testador que sufría el mal epidémico. Otro testamento especial fue el *testamentum ruri conditum* (C. 6,23,31 a. 534) que requiriendo cinco testigos, uno al menos tenía que firmar en presencia de los otros testigos por sí y por los demás; y los que no sabían firmar tenían que aseverar con juramento su conocimiento de la *heredis institutio.*

Tambien como formas especiales se conocieron el testamento del ciego, que necesariamente debía hacer testamento oral. El emperador Justino, C. 6, 22, 8 (a. 521) prescribió la intervención de siete testigos y un notario (o en su defecto un octavo testigo) que debían conocer el contenido del testamento. Formas especiales fueron tambien el testamento de los sordos, de los analfabetos[36]) y los dispuestos en favor del culto[37])

Revocación del testamento. Esta es una de las características de todo testamento, que como acto de ultima voluntad libremente expresado puede mudarse hasta el ultimo momento de la vida, pues el testamento como tal documento sólo adquirirá eficacia después de la muerte del disponente, y por eso y no simplemente por el carácter unilateral del testamento puede ser revocado *usque ad vitae supremum exitum*, aunque entre los testamentos civil, pretorio y postclásico pueden encontrarse importantes diferencias respecto a los requisitos de la revocación[38]).

Dado el rigor formal del *ius civile* el testamento sólo podía ser revocado por otro testamento posterior válido. Había quc confeccionar necesariamente un nuevo testamento para que quedara revocado el anterior que era considerado (ficticiamente) *ruptum* (Ulp. 23,2). Gayo 2,151 explica que la rotura de los lazos que ataban el testamento no implicaba de por sí revocación del testamento, ni el borrar o quemar las *tabulae testamenti.* Dado el rigor formal en la expresión de la voluntad testamentaria que se encerraba en las tablillas, civilmente el testador que quisiera mudar de voluntad no era suficiente para ello destruir el testamento; esto supondría meramente destruir la prueba material, pero su voluntad podía saberse por la *nuncupatio* oral, y por eso era imprescindible la confección de un nuevo testamento para cumplir la voluntad revocatoria.

En el *ius honorarium* el testador podía revocar el testamento destruyendo las tablillas testamentarias; desaparecido el documento caía todo el testamento que por este hecho (o por haber roto los sellos que cierran el documento) se entendía revocado, y en este caso el pretor llama a la *bonorum possessio sine tabulis* a los herederos *ab intestato.* Gayo parte de la base de que la intención del testador con aquellos actos era revocar su testamento, y por eso, si el *heres scriptus* intentaba la *hereditatis petitio los bonorum possessores ab intestato* podían rechazar su petición por medio de una *exceptio doli mali*, estableciendo Antonino Pio (Gayo 2,151a) que no presentandose nadie a pedir la *bonorum possessio ab intestato*, la herencia fuera entregada al *populus*, en definitiva al *aerarium* (como ocurría para la herencia o cuota hereditaria de los declarados indignos). *Iure civili* aquel testamento era válido, por lo que el pretor en estos casos concedía la *bonorum possessio sine tabulis.*

En Derecho postclásico, donde la voluntas va prevaleciendo sobre la forma llegó a admtirse eficacia revocatoria al testamento posterior aunque éste fuese inválido, siempre que se hubiese hecho ante cinco testigos y se instituyera a los herederos legítimos (C. 6,23,21,5, que se corresponde con Nov. Th. 16,7; I. 6,23,27). Justiniano llegó mas lejos admitiendo la revocación mera *voluntate*, sin necesidad de acto escrito alguno cuando el testador hubiese declarado de palabra ante tres testigos o apud acta (declarandolo públicamente) su voluntad de revocar.

---

36. DALLA, *Note sulla corrispondenza dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*, en *«Estudios Iglesias»*, 1988, 657 ss.

37. MURGA, *Los negocios pietatis causa en las constituciones imperiales postclásicas*, «AHDE» 37 (1967) 245 ss.

38. BOHACEK, *Il problema della revoca non formale del testamento*, «Studi Bonfante» 4 (1930) 307 ss.; SANFILIPPO, *Studi sull'hereditas*, «Annali Palermo», 1937, 73 ss,; DE SARLO, *Gai 2,151 e la natura della revoca testamentaria non formale*, «AG» 136 (1949) 102 ss.; *Il principio prius testamentum rumpitur cum posterius perfectum est*, «AG» 142 (1952) 69 ss.; GANDOLFI, *Prius testamentum ruptum est*, «Studi Betti» 3 (1962) 211 ss.; SEGRANGEL*I, Studi sulla revoca del testamento in diritto romano*, 1982.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700

Ineficacia del testamento. En este apartado hay diversos casos en que un testamento deja de producir sus efectos por diversas causas. La misma terminología romana es incierta (Gayo 2,144-147; I. 3,1,7). Se hablaba de *testamentum iniustum* (*o non iure factum*) cuando faltaba la *testamenti factio* (tanto activa como pasiva); especialmente se habla de *testamentum irritum* cuando la *testamenti factio* se perdía después de otorgado el testamento (aunque ya vimos los remedios de la *fictio legis Corneliae*, al que habría que añadir el *postliminium*); *testamentum imperfectum* cuando dejaba de surtir sus efectos por adolecer de un defecto de forma; *testamentum desertum* (o *destitutum*) cuando no adquiría el as hereditario ningun llamado a suceder; *testamentum ruptum* cuando nacía un póstumo (*adgnatio postumi*) que el testador no había contemplado, ni para instituirlo ni para desheredarlo, o cuando el testamento anterior fuese revocado por otro posterior.

Apertura del testamento. Este es otro de los temas que merecen ser estudiados aún. No me voy a extender sobre él, sabedor que el profesor de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria D. Silvestre Bello va a presentar una comunicación sobre el mismo.

Soy consciente de que quedan en el tintero multitud de problemas en materia de sucesión testamentaria que pueden suscitarse (pensemos por ejemplo en los codicilos, legados, etc.), pero no voy a citarlos pormenorizadamente para no alargar excesivamente esta ponencia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0700