# EL TESTAMENTO NUNCUPATIVO: ALGUNOS ASPECTOS TERMINOLÓGICOS Y DE CONTENIDO, DESDE ROMA AL DERECHO MODERNO.

*Emma Rodríguez*
*Universidad de Oviedo*

Dentro de la clasificación de las formas testamentarias, Escriche[1] recogió el denominado testamento abierto o *nuncupativo* y lo definió como «el que se hace de viva voz en presencia de Escribano y testigos ó solo en presencia de testigos sin Escribano, oyendo todos su contesto, que el testador les manifiesta de palabra ó mediante la lectura de alguna Cédula ó Memoria que lleva escrita».

De la definición del jurista del s.XIX resulta curioso el empleo del término *nuncupatio* que no procede de la tradición jurídica castellana sino que es expresión procedente del Derecho romano.

*Nuncupatio*, según Ernout y Meillet[2], es un derivado de la época imperial de «*nuncupo*», verbo que perteneció tanto al lenguaje jurídico como al ritual, el cual significaba pronunciar el nombre, designar por su nombre, invocar, proclamar: «*nuncupare est enim palam nominare*», **Gayo, Inst. 2, 104**. *Nuncupatio,* en sentido amplio, fue concebido como el *actus nominandi*; en sentido específico tuvo fundamentalmente dos acepciones, una de carácter no jurídico, referida al pronunciamiento de palabras solemnes, así se habla de *nuncupatio votorum*; y otra de signo jurídico, como manifestación oral ante testigos especialmente vinculada a la celebración de testamento[3].

El último significado, que a estos efectos nos interesa, debe constreñirse al *testamentum per aes et libram*, forma civil de testamento[4], vigente durante el último siglo de la República; en el periodo clásico, vale como testamento ordinario frente al extraordinario o militar, exento de formalidades y concedido a los soldados a partir de la época de Julio César; en principio, sólo tiene un límite de carácter temporal, pues caduca al año de la *missio honesta* e inmediatamente si era *missio inhonesta*[5].

---

1. **ESCRICHE**, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, ed. reformada por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, IV, (Madrid 1876), 1097.

2. **ERNOUT, A., et MEILLET, A.,** *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, (Paris 1939), voz: «*nuncupo, -as, -avi, -atum, -are*».

3. **FORCELLINI, A.,** *Lexicon totius latinitatis*, 3, (Bolonia 1965), voz: «*nuncupatio*»; **HEUMANN, H.- SECKEL, E.,** *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts,* 10 ed., (Graz 1958), voz: «*nuncupare*». **GUILLÉN, J.,** *El latín de las XII Tablas*, Helmántica. Revista de Humanidades clásicas, 58. 1 (1968), 91- 93.

4. **VOCI, P.,** *Diritto Ereditario Romano,* I (Milano 1960), 14; idem. *Diritto Ereditario Romano,* II (Milano 1963), 64- 73.

5. **SCHULZ, F.,** *Derecho romano clásico*, trad. J. Santa Cruz Teigeiro, (Barcelona 1960), 228- 33.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

Es opinión compartida doctrinalmente que el *testamentum per aes et libram* tiene su origen en la *mancipatio familiae*[6], la cual, según Voci[7], no fue un verdadero testamento, sino el resultado de combinar los efectos jurídicos de la *mancipatio* (*...uti lingua nuncupassit...)* con los propios de la norma sobre los legados (*uti legassit...)*[8], constituyendo un modo de eludir los requisitos del testamento comicial y de evitar la sucesión *abintestato*.

Es la tabla VI.1, la que refiere la *nuncupatio* en el *nexum* y en la *mancipatio*: «*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*». La romanística, en general[9], afirma que «*nuncupassit*» se refiere a las declaraciones oralmente manifestadas por el *mancipio accipiens* e insertas en el formulario de la *mancipatio*, las cuales constituyen verdaderas *leges privatae*, *leges mancipio dictae,* con fuerza obligatoria.

Es muy probable que la *nuncupatio* de la *mancipatio familiae* versara sobre las instrucciones que el testador daba al *familiae emptor* acerca de cómo debía proceder para el reparto de los bienes a su muerte; prevaleciendo en esta época primitiva la oralidad, todo el contenido del acto debió ser pronunciado de viva voz por el disponente[10].

La *mancipatio familiae* llegó a transformarse en el *testamentum per aes et libram,* «producto artificial de la antigua jurisprudencia cautelar romana»[11], cuya fecha de entrada en vigor se desconoce si bien se baraja que no fue posterior al s. II a. C.[12], permaneciendo inalterado hasta época posclásica.

Tiene la estructura externa de la *mancipatio* y, como tal, requiere la presencia del testador, la del *familiae emptor*, del *libripens* y de cinco testigos; también es necesario el pronunciamiento de palabras solemnes por parte del *familiae emptor* y del testador, así como unidad de acto[13]. Conglomerado de formalidades cuya esencia está constituida por la declaración del testador y la presencia de testigos a quienes aquélla va dirigida.

De las manifestaciones de las partes tenemos noticia por las **Instituciones de Gayo 2, 104**. El jurista clásico determina como *nuncupatio* la consignación y designación general que hace el testador de las tablas de cera en que consta su última voluntad[14]. Gayo presupone la existencia de un documento que el testador no leía sino que se limitaba a confirmar con la *nuncupatio*: el testador se ciñe a

---

6. **COLI, U.,** *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, Iura, 7 (1956), 34- 41, **FUENTESECA, P.,** *Derecho Privado Romano,* (Madrid 1978), 463- 64; para la evolución de un negocio a otro, **AMELOTTI, M.,** *Il testamento romano*, (Firenze 1966), 163- 90; referencia directa a la *mancipatio familiae* la ha hecho Gayo, Inst. 2, 103: «... Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testarore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet...». Sobre cuestiones doctrinales, **TORRENT, A.**, *Venditio hereditatis,* (Salamanca 1966), 55- 75.

7. **VOCI,** *DER,* I, cit., 22- 23.

8. Tab. V.3 «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*». FIRA, 2ª ed. **RASCÓN, C. y GARCÍA J. M.,** *Ley de las XII Tablas,* (Madrid 1993), 77.

9. Véase el comentario de **DI SALVO, S.,** *Nuncupare*, Index, 12 (1983/84), 571, al trabajo de **BELLOCI, N.,** *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana. I. Le nuncupationes,* (Napoli 1979), autora que mantiene postura contraria a la expuesta.

10. **VOCI,** *DER,* I, cit., 86- 88.

11. **SCHULZ**, *Derecho romano clásico*, cit., 230; cf. **BIONDI, B.,** *Istituzioni di Diritto Romano*, (Milano 1946), 514- 17; idem. *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana, nei codici e nella dommatica moderna*, RIDA, 13 (1966), 115- 16.

12. Véase **ARANGIO-RUIZ, V.,** *Istituzioni di Diritto Romano*, 14 ed., (Napoli 1968), 522; **SOLAZZI, S.,** *Una data per la storia del testamento romano?*, Iura, IV (1953), 149- 57.

13. **VOCI**, *DER,* II, cit., 64- 73.

14. **Gayo, Inst. 2,104:** «*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 qua testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

llamar al escrito que tiene en la mano y que no lee a los testigos, sistema que consigue la concreción exacta por escrito de las disposiciones y su secreto.

Sin pretensiones de examinar con mayor o menor profundidad la problemática que envuelve el fragmento[15], si nos parece conveniente poner de relieve cómo la introducción del documento escrito y la ignorancia de su contenido por los testigos hicieron cuestionarse a la doctrina el carácter de esta forma testamentaria.

La doctrina tradicional[16] ha defendido la oralidad del testamento *per aes et libram*; la *nuncupatio,* momento más importante del negocio, es por naturaleza oral, pues tal carácter tenía en la *mancipatio* y así ocurre en la forma civil de testar. Si bien, la concesión de validez a la declaración del testador que confirma su última voluntad previamente escrita en las tablas de cera no merma el principio de oralidad, en tanto impide a los testigos el conocimiento de la disposición testamentaria, está introduciendo el testamento escrito, que por ser secreto, presenta notables ventajas respecto del oral; en todo caso, la existencia de las *tabulae* tiene carácter meramente probatorio[17]. Probablemente en un primer momento las *tabulae* debieran ser leídas en el acto de la *mancipatio* a los testigos[18], para después ser suficiente declarar que en ellas dejaba constancia de su testamento; éste fue constitutivo de testamento escrito, que no impidió que se siguiera utilizando el testamento oral o *nuncupativo*[19].

Que el testamento *per aes et libram* del *ius civile* clásico fue esencialmente oral, como orales son todos los *gesta per aes et libram,* y fue aplicado, si bien no de manera habitual, viene corroborado por los textos; así Guarino[20] menciona varios fragmentos de Ulpiano: **Dig. 28.5.2.1 (I. ad Sab.)**[21], donde expresa que el testamento *per aes et libram* puede celebrarse por escrito y *per nuncupationem.* **Dig. 28.5.1.3 ( I. ad Sab.)**[22], texto que, si bien parece evidente el glosema posclásico [*haec autem testatur*], el resto puede ser clásico: en él se repite la palabra «*dicat*», la cual puede ser aplicada al testamento escrito pero también a la forma oral. Añade Guarino dos fragmentos de Paulo: **Dig. 28.5.59 pr. (V. ad Vit.),** que recoge la institución de heredero declarada verbalmente, en virtud del «*hic*» que sólo permite pensar en una exposición oral acompañada de un gesto indicativo; y **Dig. 29.7.20 (V. ad l. Iul. et Pap.),** fragmento que niega la validez de las tablas en que sólo aparezcan recogidos los legados pero no la institución de heredero, la cual fue declarada oralmente; el texto, dice Guarino, no cuestiona la validez de la *institutio heredis per nuncupationem,* sino que excluye de la consideración de testamento las *tabulae* en que sólo se dispusieran legados. Finalmente Guarino menciona un texto

---

15. Constituye una cuestión debatida doctrinalmente saber en qué medida la forma oral dio paso a la escrita y, una vez producido el cambio, determinar si ambas formas subsistieron conjuntamente, o bien, ya en época clásica, el *testamentum per aes et libram* conoció sólo la forma escrita; también se cuestiona el valor *ad substantiam* o *ad probationem* de la redacción escrita, así como la posibilidad de extrapolar al mundo romano éste antagonismo: por todo ello me remito a **ARCHI, G.,** *Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram,* Studi in onore di P. de Francisci, IV, (Milano 1956), 287- 318.

16. **BIONDI,** *Istituzioni,* cit., 514; idem. *Successione testamentaria e donazioni,* 2 ed., (Milano 1955), 44- 45.

17. En contra **SOLAZZI, S.**, *Testamenti 'per nuncupationem"*, SDHI, 17 (1951), 262- 67; idem. *Ancora del testamento nuncupativo*, SDHI, 18 (1952), 212- 18, que defiende el *testamentum per aes et libram* como acto esencialmente escrito.

18. En este sentido también **SCHULZ**, *Derecho romano clásico*, cit., 230.

19. Así **Dig. 28.1.21 pr. (Ulp., II. ad Sab.)**: *licebit ergo testandi vel nuncupare heredes vel scribere.* Sin negar la esencia oral del testamento *per aes et libram,* vid. el discurso crítico de **ARCHI,** *Oralità*, cit., 289- 318, que expone cómo la posición de Biondi tiene su raiz en dos errores: creer que la oralidad del *testamentum per aes et libram* fue requisito *ad substantiam,* y que los testigos debían conocer el contenido de la disposición.

20. **GUARINO, A.,** *Forma orale e scritta nel testamento romano,* Studi in onore di P. de Francisci, II, (Milano 1956), 55- 71., crítico de la posición contraria a la teoría común de Solazzi.

21. **Dig. 28.5.2.1**: *Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus...*

22. **Dig. 28.5.1.3**: *Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus quinque verbis poterit facere testamentum, ut dicat: «Lucius Titius mihi heres esto» [: haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur]. quin poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: «Lucius heres esto»; nam et «mihi» et «Titius» abundat.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

de Javoleno, **Dig. 28.1.25 (V. post. Lab.)**[23], donde reproduce una respuesta de Servio para el supuesto que el causante, nombrados los primeros herederos, se quedase mudo antes del nombramiento de los segundos.

La conclusión que extrae Guarino es que el testamento civil manifestado de palabra fue válido para toda la época clásica aunque no constara en ninguna *tabula*; el término técnico que lo designa fue *nuncupatio* o *nuncupare*, si bien se trata de expresiones que no están limitadas a la *nuncupatio testamenti.*

En general, de lo dispuesto hasta ahora podemos inferir un doble uso del término *nuncupatio* o *nuncupare*: de una parte, para referirse al pronunciamiento de una fórmula solemne[24] por el testador, que califica los *gesta per aes et libram* como testamento; y, de otra, como *definiens* en un sentido amplio, del testamento realizado oralmente que incluye el formulario y cualquier disposición adoptada por el testador, significado que recogen varios fragmentos del Digesto[25].

Probablemente a partir de la constitución antoniniana los testadores optaron por una declaración de voluntad escrita y signada por siete testigos, soslayando las formalidades civiles, sin embargo, fue en época posclásica cuando el régimen de la forma testamentaria cambia legalmente; según Voci[26] a partir de Constantino se abolieron las formas solemnes y se admite la alternancia de poder testar por escrito o de palabra. La eliminación de las formalidades externas del testamento, esto es, la *mancipatio familiae* y la *nuncupatio*, no impidió que se siguiera hablando de *nuncupatio* ligada ahora a la idea de manifestación verbal, frente a la constancia escrita, de las disposiciones de última voluntad[27]: **CTh. 4.4.2.1**[28] **; CTh. 4.4.7**[29] **; Nov. Th. XVI**[30] disposición, atribuida a los emperadores Teodosio II y Valentiniano III[31], que constituyó la norma más destacable del testamento de época posclásica. **Nov. Val. 21.1.2**[32]**.**

En las constituciones posclásicas transcritas se observa el reconocimiento de poder testar por escrito o verbalmente siempre, en este caso, que el testador declarara que aquélla era su última voluntad ante siete testigos; se trataba de dos formas de testamento que, de hacerse de viva voz, también se denominó testamento *per nuncupationem.* Al igual que la *nuncupatio* clásica, el *testamentum per*

---

23. **Dig. 28.1.25**: *Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisst, magis coepisse eum testamentum facere quam fecisse Varus digestorum libro primo Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse.*

24. Como hace **Gayo** en sus **Instituta 2, 104, 109, 115, 116, 119, 121, 149a**.

25. Además de los recogidos por Guarino, citamos: **Dig. 28.1.21.1 (Ulp., II. ad Sab.), Dig. 28.5.1.1 y 5 (Ulp., I. ad Sab.), Dig. 28.5.9.2 y 5 (Ulp., V. ad Sab.), Dig. 28.6.20.1 (Ulp., XVI. ad Sab.); Dig. 37.11.8.4 (Iul., XXIV. dig.), Cod. 6.11.2.1 (Imp. Gordianus A. Cornelio.) a. 242, Cod. 6.13.1 (Imp. Gordianus A. Herculiano) a. 239, Cod. 6.23.7 (Impp. Dioc. et Max. AA. Rufinae) a. 290.** Véase **VOCI**, *DER,* vol. II, cit., 66, n. 8.

26. **VOCI**, *DER,*, II, cit., 75- 84, especialmente 78, n. 60.

27. En este sentido también **ARCHI,** *Oralità e scrittura*, cit., 316- 17.

28. **CTh. 4.4.2.1** (a. 389): «*testamenti scripturam legitimam vel nuncupationem... «.*

29. **CTh. 4.4.7** (a. 424): «*Si quis agere ex testamento quolibet modo sive scripto sive scriptura confecto de hereditate voluerint...*», **2**: «*In omni autem genere testamenti, sive in praetorio iure sive civili consistat... sive non scripta voluntas ultima praetendatur*».

30. **Nov. Th. XVI** (a. 439) **2**: «*Hac itaque consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum...*», **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*».

31. Vid. **VOCI, P.,** *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (Il V secolo),* SDHI, 48 (1982), 16- 19.

32. **Nov. Val. 21.1.2** (446): «*Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem... quidquid testamento aut nuncupatione dimittitur...*».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

*nuncupationem* era verbal, si bien la diferencia fundamental del momento que ahora repasamos fue su carácter de *apertis verbis* frente a la solemnidad y forma que simbolizaba en el periodo anterior; en época posclásica, «*nuncupare≡ palam nominare*» alcanzó su máxima expresión en tanto modo autónomo de testar[33].

En derecho justinianeo el testamento privado ordinario se otorgaba en virtud de una declaración oral o escrita ante testigos. Ésta consistía en un documento que contenía la voluntad del testador, redactado de su puño y letra o por un tercero, generalmente un notario o *tabularius* que da forma jurídica a la exposición del testador; éste debía declarar ante siete testigos que el borrador tenía impresa su última voluntad. La subscripción de los testigos dejó de cumplir funciones de autenticidad para dar fe de la correspondencia entre las cláusulas escritas y las manifestaciones orales.

El testamento oral era la manifestación de viva voz del testador ante siete testigos reunidos simultáneamente de modo que pudieran escucharla: **Cod. 6.23.21.4** -que es el texto de la Nov. Th. XVI citada-, **Cod. 6.23.26 Inst. 2.10.14**[34]. Sigue utilizándose el término *nuncupare,* pero en el sentido que lo hacían los posclásicos, esto es, como sinónimo de nombramiento verbal de carácter público.

Junto a estas formas que son continuación de las clásicas, surgen formas públicas en tanto participa la autoridad: Onorio y Teodosio reconocieron la posibilidad de testamento *apud acta* o judicial hecho en virtud de declaración ante el juez o autoridad municipal y el *testamentum principi oblatum* consignado al emperador o depositado en el archivo público[35].

Al lado de las formas ordinarias también se admitieron formas extraordinarias aplicadas por quien estuviera en ciertas condiciones, como el testamento del ciego, el del analfabeto, *ruri conditum*, *pestis tempore*, a favor de la Iglesia y de causas pías.

A modo de conclusión en lo que respecta al Derecho romano podemos afirmar:

1º Que en época arcaica la *nuncupatio* está inmersa en el fenómeno de la *mancipatio*. Sería el conjunto de declaraciones oralmente manifestadas por el *mancipio dans* e insertas en el formulario de la *mancipatio*, constitutivas de auténticas *leges privatae* con fuerza obligatoria. Aplicadas a la *mancipatio* de la *familiae* versarían sobre las instrucciones que el testador daba al *familiae emptor* sobre el modo de proceder para el reparto de los bienes a su fallecimiento.

2º Que en el periodo clásico *nuncupatio* tuvo doble aplicación por la jurisprudencia, pues se usó para referir el pronunciamiento de una fórmula solemne por el testador, sentido ritual que recuerda su uso primigenio, si bien ahora permite determinar que se trata de un negocio *mortis causa;* y como *definiens,* en sentido amplio, del testamento realizado oralmente, que incluye no sólo el formulario sino cualquier disposición adoptada por el testador.

3º Que en la etapa posclásica, *nuncupatio* o, mejor dicho, *testamentum per nuncupationem* fue el testamento verbal, como verbal era la *nuncupatio* en los siglos anteriores, pero ahora se utiliza como indicativo de un modo de testar distinto del que se celebra por escrito, autónomo y carente de formalidades.

4º Que en derecho justinianeo el testamento privado ordinario se otorgaba en virtud de una declaración oral o escrita ante testigos. El testamento oral era la manifestación de viva voz del testador

---

33. Véase el pormenorizado estudio de fuentes posclásicas de **SAMPER, F.,** *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, AHDE, 38 (1968), 87- 227; especialmente 96-105.

34 **Inst. 2.10.14**: *«si quis autem voluerit sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata sciat hoc perfectissimum testamentum iure civili firmumque constitutum».*

35. **Cod. 6.23.19.1.**

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

ante siete testigos reunidos simultáneamente de modo que pudieran escucharla. Sigue utilizándose el término *nuncupare,* pero según la aplicación de los posclásicos, esto es, como sinónimo de nombramiento verbal de carácter público.

Nuestra legislación histórica[36] previa a Partidas no recoge la terminología «testamento *nuncupativo*»: ni el **Fuero Juzgo lib. 2, tít. 5, ley 11**[37] ni el **Fuero Real lib. 3, tít. 5, ley 1**[38].

Si la encontramos en la **Partida 6, tít. 1, ley 1**: «*...e son dos maneras de testamento. La una es, a que llaman en latin, Testamentum nuncupativum, que quier tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze, por palabra, o por escrito, a quales establesce por sus herederos, e como ordena, o departe las otras sus cosas. La otra manera es, a que dizen en latin, Testamentum in scriptis, que quiere tanto dezir, como manda que se faze por escrito, e non de otra guisa. E tal testamento como este deve ser fecho ante siete testigos, que sean llamados, e rogados de aquel que lo faze...*».

La ley distingue el testamento *nuncupativo* o hecho «paladinamente» ante los testigos[39], esto es, de modo público y el que se hace por escrito. Benito Gutiérrez[40] explica que la diferencia entre ambos afecta al modo de exposición pero no en cuanto a su publicidad, es decir, la ley 1 regula el testamento que, ya sea oral ya sea escrito, es público y conocido por los testigos; el *testamentum in scriptis* hace de la constancia escrita un requisito *ad substatiam,* pero no es sinónimo de testamento cerrado; de hecho, al testamento cerrado se dedica la ley 2.

La diferencia entre un testamento *nuncupativo* que consta por escrito, de un testamento *in scriptis* dependerá de la voluntad del testador: si éste quiso nombrar heredero de viva voz, será testamento *nuncupativo* aunque luego lo recoja por escrito, el cual será sólo prueba de su nombramiento.

La misma interpretación se barajó en la glosa de Gregorio López[41], para quien los compiladores de las Partidas admitieron tres formas generales de testar: el testamento *nuncupativo* y el escrito abierto, ambas en la ley transcrita, y el cerrado que recoge la ley 2 del mismo título y Partida.

Del régimen de Partidas se infiere que la expresión testamento *nuncupativo* significó testamento manifestado verbalmente, pudiendo luego, a mejor prueba, solicitar su constancia escrita. De esta normativa destacamos dos aspectos:

---

36. A continuación expondremos de forma esquemática la normativa que recogen los principales códigos castellanos concerniente al testamento cuando está calificado legalmente como nuncupativo. Para una visión general del *ius commune* en la materia que nos acupa me remito a **ASTUTI, G.,** *Un caso di conservazione del negozio nella dottrina del diritto comune*, Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea, II, (Roma 1984), 1.009- 29.

37. En ella se recogen cuatro formas válidas de testar, siendo la última la que admite que «*algun omne faze su manda ante testigos sin escripto*»; para su validez, los testigos habían de jurar ante el juez su condición de testigos rogados y el contenido de la manda en los seis meses siguientes a su celebración, ratificando el juramento con sus firmas

38. El **Fuero Real lib. 3, tít. 5, ley 1** admitió la validez del testamento ante testigos, sin fijar su número, pero impuso la forma escrita: «*Todo home que ficiere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, fagalo por escripto de mano de los Escribanos, ò de alguno dellos que sean públicos, ò por otro Escribano en que ponga su sello conoscido: que sea de creer, ò por buenas testimonias, la manda que fuere hecha en qualquier destas quatro guisas, vale por todo tiempo, si aquel que la fizo no la desficiere*».

39. El testamento *nuncupativo* al que nos referimos quedaría encuadrado dentro de lo que podría denominarse testamento común, en tanto constituye uno de los modo ordinarios de testar, o solemne, por los requisitos de forma exigidos; la legislación de Partidas también admitió el testamento sin formalidades o privilegiado cuando el otorgante estuviera en campaña militar, pues sólo exigía para su validez la constancia de su voluntad: **Partida 6, tít. 1, ley 4.**

40. **GUTIÉRREZ, B.,** *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español,* 2 ed., III, (Madrid 1868), 123- 24.

41. *Las siete Partidas del sabio Rey D. Alfonso con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo Real de las Indias de S. M.*, trad por Sanponts y Barba, Marti de Eixala, Ferrer y Subinara, III, (Barcelona 1843), 399.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

* De una parte, que se continúa hablando de testamento *nuncupativo* a pesar de que pueda constar por escrito; se sigue en este asunto el criterio que mantuvo la *communis opinio* romanística al considerar el testamento clásico como oral, aunque se procediera a su redacción, sin que por ello pudiera decirse que existen dos formas de testar clásicas; aquí también se habla de un sólo testamento *nuncupativo* que puede celebrarse de viva voz o bien puede redactarse por escrito para su mejor prueba.

* De otra parte, destacar la definición que las Partidas hacen del testamento *nuncupativo*, como aquél que se hace «paladinamente»; adverbio que equivale al «*palam*» gayano y nos permite confirmar el seguimiento que hace la legislación real del derecho clásico romano.

Esta ley debe completarse con lo dispuesto en la **Partida 6, tít. 2, ley 4** para dar eficacia el testamento hecho sin escrito; ella obliga a quien tenga intereses en el testamento, a acudir ante el juez con la intención de convocar a los testigos del testamento *nuncupativo*; éstos deberán exponer la declaración del testador y jurar su versión. Todo ello se redactará por escrito «*e vale tanto el escrito que fue fecho desta guisa de los dichos de los testigos, como el testamento que es fecho en escrito*»[42].

La siguiente alusión legislativa al testamento *nuncupativo* la tenemos en la **ley 3 de las Leyes de Toro.** La norma divide las solemnidades de los testamentos en dos grupos, según el testamento sea *in scriptis* o *nuncupativo*[43] y nos remite al **Ordenamiento de Alcalá** en caso de testamento abierto, «*que en latin es dicho nuncupativo*», añadiendo nuevas reglas para el testamento cerrado, «*que en latin se dice in scriptis*».

Según las Leyes de Toro, el testamento *nuncupativo* era el testamento manifestado verbalmente por el testador, conociendo los testigos su contenido, y contrapuesto al testamento cerrado o *in scriptis*, de carácter secreto. El testamento *nuncupativo* fue definido por los comentaristas[44] como la declaración del testador hecha de viva voz en presencia del número de testigos dispuesto por la ley.

Resulta evidente el cambio de criterio que imprimió esta normativa con respecto al régimen de Partidas en tanto identificaba el testamento *nuncupativo* con el testamento abierto, sin atender a la voluntad del causante.

---

42. En este mismo sentido se manifestó Tomás de Palomares, escribano del s. XVII, en una práctica de testamento nuncupativo que completa la regulación de Partidas, al exigir que el escrito de las manifestaciones de los testigos se haga por escrito ante escribano, quedando plenamente equiparado al *testamentum in scriptis*: «i lo que dixeren se escriva ante Escrivano; i escrito, vale tanto, como si el testador lo ouiera fecho, i otorgado ante Escrivano, y por testamento acabado, siendo las personas de los dichos testigos tales, que no se pueda desechar», esto es, que se trate de testigos con plena capacidad: *Estilo nuevo de escrituras publicas, donde el curioso hallara diferentes generos de contratos, y advertencias de las leyes, y prematicas destos reynos, y las escrituras tocantes a la navegacion de las Indias, a cuya noticia no se deven negar los escrivanos, por Tomás de Palomares,* (Madrid 1656), 74.

43. **FERRARIS, L.,** *Prompta Bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica*, 4 ed., VII, (Bolonia 1763), 215- 16: «*Testamentum dividiturr in solemne, & non solemne, seu privilegiatum... Testamentum solemne subdividitur in scriptum, & nuncupativum... Testamentum nuncupativum est illud, quod sine scriptura, ac etiam sine subscriptione &subsignatione tertium sit; cum testator, coram requisitis testibus Haeredem oreremus nominat, seu nuncupat, simulque declarat, quid de bonis suis post mortem fieri velit;*».

44. **ÁLVAREZ POSADILLA, J.,** *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones á las leyes y resoluciones mas modernas que en el dia rigen,* 4ª reimpr., (Madrid 1833), 40- 72. **GÓMEZ, A.,** *Compendio de los comentarios á las ochenta y tres Leyes de Toro,* 3ª reimpr., (Madrid 1785), 13- 36, dice: «Siendo dos los modos con que podemos explicar perfectamente nuestra voluntad, de palabra, ó por escrito, de aquí nace haber dos clases de testamento: Nuncupativo, ó Abierto: *in scriptis,* ó Cerrado: consistiendo la solemnidad de este último en que el Testador lo manifieste, sin abrirlo ante Escribano, que signe, y siete testigos, que con aquel lo firmen; expresando ser aquella su voluntad.»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

La ley 3 de las Leyes de Toro nos remite, en cuanto a las solemnidades del testamento abierto o *nuncupativo,* al **Ordenamiento de Alcalá** de 1348. En su **ley 1, tít. 19**, Alfonso XI previó la posibilidad de ordenar testamento ante escribano y tres testigos vecinos de la localidad, hacerlo sin escribano y ante cinco testigos también vecinos, o bien, si no es posible testar ante testigos ni escribano, era válida la declaración prestada ante tres testigos vecinos.

El hecho que la ley 3 de las Leyes de Toro fuera íntegramente reproducida por la **Nueva Recopilación lib. 5, tít. 4, ley 2** deja en evidencia la poca movilidad legislativa en materia de testamento *nuncupativo.*

A pesar de la remisión, la Nueva Recopilación dispuso en una ley específica, la **ley 1, tít. 4, lib. 5**, la solemnidad de testigos necesarios en el testamento abierto o *nuncupativo.* En ella, además de los tres supuestos vigentes desde el Ordenamiento de Alcalá, consta la posibilidad de testar ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni esté presente el escribano. El número de siete testigos, que tiempo atrás habían previsto las Partidas en clara remisión al Derecho romano, vuelve a estar presente de nuevo gracias a una Pragmática de Felipe II de 1566 que lo incorpora, y que ya recogió la Nueva Recopilación.

La práctica confirma la vigencia de la regulación, como consta en un testamento nuncupativo prestado ante tres testigos, uno de ellos párroco de la villa, declarando la testadora la imposibilidad de prestarlo ante notario, pues no hay en el lugar[45].

La **Novísima Recopilación**, cuerpo legal vigente hasta la entrada en vigor del C.c., en el **lib. 10, tít. 18, ley 2** reproduce la **ley 2, tít. 4, lib. 5 de la Nueva Recopilación**, esto es, repite la redacción de la ley 3 de las Leyes de Toro, que a su vez declaran aplicable para el testamento nuncupativo las disposiciones del Ordenamiento de Alcalá. Del mismo modo el **lib. 10, tít. 18, ley 1** de la **Novísima** reproduce la **ley 1, tít. 4, lib. 5 de la Nueva Recopilación**[46].

Existen testamentos prestados verbalmente que confirman la regulación vigente en el momento[47]. Del mismo modo, tanto la jurisprudencia como los juristas[48] del s. XIX utilizaron el término «nuncupativo» en alusión a un testamento oral, continuadores de una tradición jurídica que se remonta siglos atrás.

---

45. Testamento de M. de la Caleya, vecina de Tramañes, Concejo de Gijón, otorgado ante párroco el 2 de noviembre de 1604, AHPO, Protocolos de Gijón, caja 1.774, año 1604, fs. 65 y vto.: «... yo, M. de la Caleya, viuda, estando como estoy enferma del cuerpo, sana del entendimiento, atento no hay escribano en el dicho lugar, hice este mi testamento ante Santiago Martínez, mi cura, el qual quiero que valga y es mi postrimera boluntad... Testigos que se hallaron presentes a todo lo dicho, Toribio Menéndez y Pedro Muñiz, hijo de Bártolo Muñiz, todos vecinos de Tremañes. Por ser berdad, lo firme de mi nombre. Ante mi, Santiago Martínez.»

46. *«Si alguno ordenare su testamento ó otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahí á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni Escribano en dicho lugar, á lo ménos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento».*

47. Testamento verbal prestando ante cinco testigos incluido el párroco lo tenemos en la memoria de testamento de M. Entrialgo, AHPO, Protocolos de Oviedo, caja 1.772, año 1834, folio 137: «Yo M. Entrialgo... a presencia de cuatro testigos y mi confesor, para que lo que tengo en mi baúl se entregue a... según lo tengo comunicado a mi confesor, siendo testigos de lo insinuado los referidos Esteban Rodríguez. A ruego por no saber firmar Tomás Adán: hay una rúbrica de Rodríguez, Andrés del Rio, Antonio Miranda, fray Francisco Noval.» Testamento oral ante escribano y tres testigos, celebrado en Oviedo en 1876, AHPO, Protocolos de Oviedo, caja 1.738. Tras recoger las disposiciones de última voluntad el Notario declara: «... Así mismo doy fe de que la señora otorgante se halla a mi juicio, en su entero y cabal juicio según el concierto de las palabras con que se expresó...».

48. **GARCÍA GOYENA, F.,** *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, (Madrid 1852), 19-22; *Febrero ó libreria de jueces, abogados y escribanos*, por **GARCÍA GOYENA, F.,** y

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

Antes de hacer referencia a la normativa vigente debemos aludir a su precedente más inmediato: el Anteproyecto del Código civil, cuyo art. 691 regula el testamento abierto[49].

Según González Porras[50], el Anteproyecto realizó la unificación de una sola modalidad de testamento abierto y escrito, ante notario y tres testigos que pasaría al C.c. Los supuestos de testamento prestado con ocasión de peligro de muerte inminente o de epidemia u otra calamidad pública quedaban exceptuados de la regla general y así pasó a la codificación vigente[51].

Debemos completar el régimen del Anteproyecto con lo dispuesto en los art. 674, que define el testamento abierto como aquel cuyo contenido es conocido por quienes deban autorizarlo; art.692, que obliga al testador a dictar su última voluntad al notario, en presencia de los testigos, y a leer en voz alta las cláusulas redactadas por el fedatario público y, finalmente, el art. 693 acerca del deber del testador de leer su última voluntad en el supuesto de que presente un borrador, única diferencia con la regulación vigente que lo encarga al notario -art. 695-.

El Anteproyecto toma del Proyecto de 1851 el concepto de testamento abierto; su art. 565 no lo define, simplemente recoge como formalidades para su otorgamiento la presencia de escribano público y tres testigos vecinos del lugar. El testamento será válido cuando el testador lo dicte en alta voz al notario ante los testigos; el escribano lo redactará por escrito y hará posterior lectura debiendo ser firmado por el testador y los testigos[52].

De la presente regulación observamos:

1º Que el Anteproyecto admite la posibilidad de que el testador presente por escrito a modo de borrador su declaración de última voluntad, opción que sí ha pasado a nuestro C.c.; el Proyecto de García Goyena, cuando reguló el testamento abierto no la admitió expresamente.

2º Que fue a partir del Proyecto de 1851 cuando comienza a exigirse la presencia del notario para otorgar validez al testamento abierto, sólo excusable en los casos previstos como testamentos especiales (arts. 572 y ss.).

Finalmente, hacemos referencia a la normativa del C.c. español. Éste excluyó la expresión «nuncupativo» y utiliza la de «testamento abierto» que, junto al testamento ológrafo y cerrado, es una de las modalidades de testamento común -art. 676-.

---

**AGUIRRE, J.,** 4 ed., I, (Madrid 1852), 304: «Dos son las especies de testamento, uno *solemne*, otro *privilegiado*... El solemne se divide en escrito y *nuncupativo*... Testamento *nuncupativo* (llamado comunmente *abierto*),es el que se hace ante escribano y testigos, ó tan solo ante estos, cerciorándose uno y otros de la voluntad del testador, porque la declara en su presencia manifesta y verbalmente». **GUTIÉRREZ,** *Códigos o estudios fundamentales*, cit., 128. **ESCRICHE**, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, cit., 1097- 102; concretamente Escriche refiere jurisprudencia del T. S. que avala la tesis mantenida por la doctrina del momento: STS de 6 de diciembre de 1861: «la virtud y eficacia del nuncupativo consiste en la abierta ó paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la enuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria».

49. Art. 691 del Anteproyecto: «El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos, que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, al menos, sepa y pueda escribir. Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma Sección.». **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.,** *Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, (Madrid 1965), 200- 208, dispuso como fuentes de este precepto los arts. 565, 567 y 568 del Proyecto de 1851, sustituidos por los arts. 777 y 778 del C.c. italiano, arts. 1.912 a 1.914 del C. c. portugués, arts. 1.014 y ss. del C. c. chileno y arts. 3.768 a 3.771 del mejicano.

50. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. IX, vol. 1-B, artículos 694 a 705, comentados por J. M. González Porras, Madrid, 1987, pág. 9.

51. Según STS. de 2 de julio de 1977: E. de Aranzadi, *Repertorio de jurisprudencia*, nº 3. 256, págs. 2.415- 16.

52. Véanse los arts. 567 y 568 del Proyecto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

Es abierto el testamento, dice el art. 679, siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de la personas que deben autorizar el acto quedando enteradas de lo que en él dispone.

Los requisitos necesarios para otorgar testamento abierto ordinario están recogidos en los arts. 694 y siguientes. Fundamentalmente se reducen a dos formalidades:

1º La presencia de notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, que, según el art. 685, deberá conocer al testador; en este caso, puede acudir bien a dos testigos de conocimiento que identifiquen al causante y sean a su vez conocidos del mismo notario, bien a documentos identificativos expedidos por la Autoridad Pública. La presencia de testigos, concretamente dos, sólo es imprescindible en los tres supuestos que recoge el art. 697, esto es, cuando el testador no sepa o no pueda firmar el testamento, cuando, pudiendo firmarlo, sea ciego o no sepa o no pueda leer el testamento por sí mismo, o bien cuando el testador o el notario así lo soliciten[53]. Al lado de estos testigos, también deberán concurrir, los facultativos que hubieran reconocido al testador incapacitado y el intérprete que hubiera traducido la voluntad del testador a la lengua oficial empleada por el notario; el art. 698, que recoge esta regulación, reconoce también la posibilidad de actuación de los testigos de conocimiento, si los hubiera, como instrumentales.

2º El testador habrá de expresar oralmente o por escrito su última voluntad al notario, si bien será éste quien redacte el testamento y lo lea en alta voz, antes de ser firmado por el testador -art. 695.

Este régimen ha sido introducido por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del C.c. La exposición de motivos explica que la causa de la reforma ha sido el deseo de posibilitar un mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad[54].

Previo a la reforma, además del notario, la presencia de tres testigos era requisito indispensable para la validez del testamento abierto, circunstancia que motivó el uso por la doctrina y la jurisprudencia de la expresión de testamento abierto como sinónimo de testamento ante testigos[55].

Respecto a la declaración del contenido testamentario por el testador, la antigua regulación estaba contenida en dos artículos: el antiguo art. 695 que de forma genérica recogía la obligación del testador de expresar su última voluntad al notario y a los testigos; y el art. 696, que completaba el régimen del precepto anterior, en tanto preveía que el testador pudiera presentar por escrito su disposición testamentaria.

---

53. Se han introducido por Ley 30/1991, de modificación del C.c., reformas en la régimen del testamento abierto; de nuestro interés es la modificación en cuanto al número de testigos que han de concurrir para la validez del testamento, pues, frente a los dos que se exigen en la actualidad, el anterior art. 694 obligaba la presencia de tres testigos. Respecto a la idoneidad de los testigos ha de determinarse conforme a lo dispuesto en los arts. 681 y 682 del C.c.

54. La modificación de la regulación del testamento abierto fue una cuestión que ya había interesado al legislador; la presencia de varios testigos, justificada más por su signo histórico que por la eficacia que pudieran imprimir al acto, dotaba de excesiva oficialidad a la prestación de testamento, negocio que por su carácter requería discreción. Antes de la reforma del año 91, hubo un intento de reducir el número de testigos a dos de los tres vigentes en aquel momento, sin embargo, el «Proyecto de Ley de Modificación de determinados artículos del Código civil en materia de testamentos» no llegó a convertirse en ley, véase Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, I legislatura, serie A: Proyectos de Ley, nº 264-I, 26 de Abril de 1982, págs. 1999 a 2001. Constatable es que la presencia de testigos era innecesaria: de una parte, el Notario, como fedatario público, es quien hace del acto de declaración de la última voluntad un negocio válido y eficaz y, de otra, la verdadera función de los testigos de conocimiento, la identificación de la persona del testador, hacía tiempo que había sido superada por la existencia de múltiples medios expedidos por la Autoridad Pública que permiten el reconocimiento del causante.

55. Véase **BONET CORREA, J.**, *Código civil con concordancia, jurisprudencia y doctrina,* III, (Madrid 1987), 164- 65.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

Dos artículos que a este respecto no fueron modificados son, el art. 700, que admite prestar testamento en caso que el testador se halle en peligro inminente de muerte ante cinco testigos y sin presencia de notario y el art. 701 que admite la validez de la declaración de última voluntad en caso de epidemia sin presencia de notario reduciéndose el número de testigos a tres mayores de 16 años. En todo caso, el testamento prestado en estas circunstancias deberá elevarse a escritura pública y protocolizarse conforme a los arts. 1.938 y 1.943 a 1.955 de la L.E.C.

Tanto de la regulación vigente como de la inmediatamente anterior podemos extraer estas conclusiones:

1º Las distintas formalidades exigidas en uno y otro caso. La innecesariedad de testigos actual, hace que el acto privado de testar obtenga un mayor grado de discreción, y no se pueda hablar de testamento abierto o ante testigos, sino de testamento abierto en tanto en cuanto su contenido es conocido por el encargado de darle eficacia jurídica.

2º Que en la vigente regulación y en la anterior al año 91, la oralidad es característica de esta modalidad testamentaria, oralidad que se manifesta bien por la exposición a viva voz que hace el testador de su última voluntad, bien porque, habiendo presentado el testador un borrador con su última voluntad, el testamento deberá igualmente ser leído en voz alta por el notario para que el testador presente su conformidad.

3º El notario está obligado a dejar constancia del testamento en escritura pública, cuando el testador lo hubiera hecho de viva voz o escrito en un borrador. De aquí se deduce que el testamento abierto ya no se opone a testamento escrito, pues aquél también debe constar en escritura pública, sino al testamento cerrado en cuanto secreto. La distinción que prevaleció hasta fines del s. XIX no fue, tras el C.c. posible: no se confronta testamento cerrado o escrito a testamento abierto o *nuncupativo*, sino testamento cerrado o secreto a testamento abierto o paladino que es, en último término, la publicidad que llevaba implícita la *nuncupatio* romana.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731

https://doi.org/10.55104/FRDC_0731