ALGUNAS NOTAS SOBRE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

Alfonso Arrimadas García
Universidad de Salamanca

Es habitual en nuestra disciplina adoptar la denominación de *testamentos especiales* — o expresiones equivalentes — para hacer con ellas referencia a una heterogénea serie de formas testamentarias que no encuentran reconocimiento hasta épocas tardías de la evolución del Derecho Romano (1), y que en la Compilación de Justiniano pasan a engrosar, junto con las modalidades ordinarias, el elenco de posibilidades que en la materia ofrece el citado texto legal.

El criterio general de especialidad por el cual se agrupa a tales tipos testamentarios en esta categoría obedece a motivos estrictamente formales. Todos tienen en común su separación de la forma regular, que se manifiesta en la relajación o — en menor medida —, en el aumento de los requisitos formales requeridos para su validez, respecto de los exigidos para los modelos ordinarios.

Y ello encuentra su fundamentación, según cada tipo, en base a tres posibles grupos de razones que, por otra parte, no necesariamente se excluyen entre sí, a saber:

a) las particulares circunstancias o condiciones personales del testador,
b) la concurrencia de determinadas situaciones o acontecimientos de

(1) Salvo que se incluya dentro de esta categoría el testamento militar, que, como es sabido, tiene su origen en tiempos notablemente anteriores. Hablaremos más delante de esta cuestión.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

carácter más o menos extraordinario,

c) la intención por parte del legislador de favorecer a determinados sujetos.

Como quiera que las singulares figuras han sido profusamente estudiadas por la doctrina romanística (2), es nuestra intención no tanto el entrar en un análisis detallado de su concreta configuración jurídica (que, por lo demás, excedería los límites de esta comunicación), sino — muy sintéticamente — delinear primero sus caracteres más significativos en el Derecho Romano, para intentar trazar luego, y de forma muy breve, algunos momentos fundamentales del *iter* histórico por el que, en su caso, discurren estas figuras hasta llegar a la actual regulación del ordenamiento jurídico español.

I. Como punto de partida, es necesario señalar que no falta alguna discrepancia entre los estudiosos que se han ocupado del tema, a la hora de determinar cuáles han de ser los tipos testamentarios que deben integrar esta categoría. Y la divergencia de criterio se centra, básicamente, en torno a dos supuestos.

Nos referimos, en primer lugar, al *testamentum militis*. Mientras que unos autores lo encuadran dentro de las formas especiales o extraordinarias de testar (3), otros lo conceptúan como una categoría testamentaria autónoma (4).

Ciertamente, si nos atenemos sólo a su diversidad en lo que se refiere a requisitos formales — o mejor, a la práctica ausencia de los mismos —, tendríamos que convenir en que, efectivamente, se trata de un testamento especial. Sin embargo, como es sabido, el testamento militar es privilegiado no sólo en cuanto a aspectos formales, sino también por lo que atañe a aspectos

---

(2) Dejando aquí de un lado las obras de carácter monográfico sobre figuras concretas, que citaremos más adelante, y los tratados de carácter general en materia de sucesiones, podríanse citar dos importantes estudios que abordan el testamento postclásico: DAVID, *Über die Form des ordentlichen, schriftlich, abgefassten Privattestaments zur Zeit des Dominats,* en *ZSS,* 52 (1932), pp. 314 y ss.; SAMPER, *La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar,* en *AHDE*, 38 (1968), pp. 87 y ss.

(3) *Vid.*, por todos, VOCI, *Diritto ereditario romano*, Vol. II, 2.ª ed., Milán, Giuffrè, pp. 99 y ss.

(4) *Vid.*, por todos, BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª ed. (trad. de Fairén Guillén), Barcelona, Bosch, p. 70.

(5) La bibliografía sobre este tipo testamentario es muy abundante. *Vid.*, a modo de ejemplo, la monografía de HERNÁNDEZ-GIL, *El testamento militar*, Madrid, 1946.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

sustanciales o de contenido (5), lo que viene a comportar una derogación de los principios que informan el derecho de sucesión testamentaria en Roma. Esto hace que, a nuestro modo de ver, no se deba incluir dentro de los llamados testamentos especiales (cuya particularidad común se basa exclusivamente en requisitos formales), porque, ciertamente, más que una particular forma testamentaria, el testamento militar constituye todo un "régimen extraordinario de testamento" (6).

Por otra parte, ha habido también quien, como BIONDI (7), ha querido incluir las disposiciones a favor de la Iglesia a las que se refiere C. Th. 16, 2, 4 (= C. 1, 2, 1) entre las formas extraordinarias o especiales de testamento, y ello forzando en cierto sentido la literalidad de estos fragmentos (8). En dicho texto no se hace una expresa y concreta referencia a un testamento libre de formas a favor de la Iglesia, sino que, aparte de reconocerse en él la capacidad testamentaria de la misma, se establece por otra parte la libertad de disponer *mortis causa* a su favor. Por esto, en nuestra opinión, parece cuando menos aventurado, si no arbitrario, llegar a la conclusión, carente de toda apoyatura textual, de la existencia de un testamento privilegiado a favor del culto (9).

Hechas estas precisiones introductorias, habría, pues, que señalar como formas especiales de testar las siguientes modalidades:

a) *Testamento en tiempo de epidemia*, o — y con denominación posterior —, *testamentum pestis tempore conditum*. Esta modalidad testamentaria es introducida por Diocleciano mediante una constitución del año 290 (10) y, aunque el tenor literal de la ley ha dado pie a posi-

---

(6) BIONDI, *ob. cit.*, p.70.

(7) BIONDI, *ob. cit.*, p. 72.

(8) C. Th. 16, 2, 4 (= C. 1, 2, 1): *Habeat unusquisque licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum quod optavit relinquere, et non sint cassa iudicia. Nihil enim est quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium".*

(9) En este sentido, pero sin argumentar, VOCI, *ob. cit.*, p. 103, n. 19.

(10) C. 6, 23, 8.

(11) Las dudas se plantean básicamente en torno a dos cuestiones: en primer lugar, sobre si es necesario que el testador esté afectado por la enfermedad, como parece defender, aunque dudoso, VOCI, *ob. cit.*, p. 101, o si el solo hecho de declararse la epidemia habilita ya para poder realizar testamento bajo esta forma, como se desprende de lo escrito por KASER, *Derecho Romano Privado* (trad. de Santa Cruz Teijeiro), 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 314. En segundo término, también se ha planteado el problema de si la ley sólo per-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

bles diferencias de matiz respecto de su interpretación (11), la mayoría de la doctrina entiende que su única particularidad radica en la dispensa de la presencia simultánea de los testigos en situaciones de epidemia, es decir que afecta únicamente al requisito solemne de la *unitas actus*.

b) *Testamento del ciego.* En la época clásica, tal y como se deduce de PS. 3, 4.ª, 4 (12), el testamento del ciego, y de igual manera el del manco (13), no presenta ninguna especialidad. La única limitación, derivada de la imposibilidad material de escribir, era la de tan sólo poder realizar testamento oral. Es el emperador Justino quien, en una constitución del año 521 (14), acogida posteriormente por Justiniano (15), crea una forma especial de testamento rodeada de garantías reforzadas para el testador invidente. Según dicha norma, además de la presencia de siete testigos, es necesaria también la de un *tabularius*, y a falta de éste, la de un octavo testigo, que recoge por escrita la voluntad del testador. Expresada y escrita dicha voluntad en el acto, o bien previamente escrita por un tercero y leída en el acto por el notario ante los testigos, todos han de firmar y sellar el testamento para su plena validez.

c) *Testamento del analfabeto.* Según la Nov. Theod. 16, 3 del año 439 (= C. 6, 23, 21), el que no sabe escribir, que en época clásica tenía muy probablemente vedada la facultad de realizar testamento escrito (16), puede llevarlo a cabo con la intervención de un octavo testigo, en cuya presencia se redacta y que suscribe en lugar del testador. Evidentemente, en el supuesto de realizar testamento nuncupativo, rigen para el analfabeto las normas comunes.

d) *Testamento ruri conditum.* Encuentra su regulación constitutiva

---

mite que los testigos puedan permanecer a distancia del testador o si autoriza su no presencia simultánea, ya que su literalidad admite ambas interpretaciones. Sobre esto último, *vid.* BIONDI, *ob. cit.*, p. 71, n. 96 y bibliografía allí citada.

(12) PS. 3, 4.ª 4.ª (= BA.) *"Caecus testamentum potest facere: quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes".*

(13) Tal y como se afirma en PS. 3, 4.ª, 4.ª, fragmento que, curiosamente, y a diferencia del anterior, no se recoge en el Breviario de Alarico.

(14) C. 6, 22, 2.

(15) Inst., 2, 12, 14.

(16) Cfr. BIONDI, *ob. cit.*, p. 70; sobre la imposibilidad de realizar testamento civil por el analfabeto, *vid.* SAMPER, *ob. cit.*, pp. 105-106.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

esta forma testamentaria en una constitución de Justiniano del año 534 ([17]), en virtud de la cual se establece que en aquellas zonas rurales donde no resulte posible reunir los siete testigos necesarios para realizar testamento en forma ordinaria, bastan cinco para conferir plena validez al acto. Además, y en el caso de tratarse de testamento escrito, los testigos que saben escribir firman por los que no saben, siempre y cuando todos estén presentes en el momento de su lectura y conozcan la voluntad del testador, para dar fe de la misma después de su muerte.

e) Testamentum parentis inter liberos. Aunque ha sido cuestión un tanto polémica, según la mayoría de la doctrina ([18]) este tipo testamentario encuentra su primer reconocimiento legal en virtud de una constitución de Constantino del año 324 ([19]), acogida por Teodosio II ([20]) y también por Justiniano (si bien con ciertas modificaciones ([21])). Es éste un testamento por el que los padres y ascendientes pueden testar a favor de los hijos o ulteriores descendientes que estarían llamados a la sucesión legítima otorgando simplemente un escrito de su puño y letra sin presencia de testigo alguno. En dicho documento, fechado y firmado, el padre ha de expresar el nombre de los herederos y la cuota — en letra — asignada a cada uno. Finalmente, no se admiten en el mismo atribuciones a extraños, teniéndose éstas como nulas ([22]).

II. Por lo que se refiere a las vicisitudes más relevantes por las que atraviesan estas figuras testamentarias a lo largo de la historia del Derecho español, debemos comenzar señalando que, en lo tocante a los textos legales relativos al período visigodo, la ausencia es la norma: algo que no es de extrañar si se tienen en consideración las fechas de promulgación y el ámbito territorial de vigencia de las constituciones que les dan carta de naturaleza ([23]), al

([17]) C. 6, 23, 31.

([18]) *Vid.* en este sentido, por todos, el completo estudio llevado a cabo por M.ª LUZ BLANCO, *Testamentum parentum inter liberos*, Valladolid, 1991.

([19]) C. Th. 2, 24, 1.

([20]) Nov. Th. 16, 1, 5 = C. 6, 23, 21, 3.

([21]) Cfr. Nov. 107, del año 541.

([22]) Si bien la Nov. 107, 1 modifica esta situación, estableciendo la necesaria intervención de siete testigos en aquellos casos de atribuciones particulares a terceros.

([23]) Con posterioridad a la promulgación del Código Teodosiano, tan sólo algunas leyes emanadas en Oriente fueron publicadas en Occidente, lo que contribuyó de forma

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

menos de los testamentos del ciego, del analfabeto y el *ruri conditum*.

Y es que, en efecto, aparte del anteriormente mencionado texto de las Sentencias de Paulo recogido en el Breviario de Alarico — en el cual simplemente se reconoce la capacidad para testar del ciego en la época clásica (24) —, tan sólo se encuentran en la citada obra dos referencias, y de carácter incidental, al testamento *parentis inter liberos*, y ello como resultado de la inclusión en el mismo de C. Th. (BA) 2, 24, 1 y de Nov. Th. 16. 1. 5 (= BA 9, 1, 5) (25).

Sí resulta llamativa, por el contrario, la no inclusión en el Breviario del testamento *pestis tempore*, reconocido ya en el año 290, tal y como señalábamos anteriormente. A este respecto, cabe pensar que el hecho de no hallarse recogida tampoco la constitución de Diocleciano en el *Codex Theodosianus*, jugó un papel determinante en su exclusión de la *Lex Romana Visigothorum*. En este orden de ideas, SAMPER (26) trata de justificar la ausencia del testamento *pestis tempore* en la legislación occidental afirmando que "el testamento ológrafo suplía con creces sus ventajas". Esta aseveración debe ser, a nuestro juicio, matizada: en efecto, el reconocimiento y vigencia del testamento ológrafo en el Derecho visigodo hace innecesario el recurrir al testamento *pestis tempore,* pero sólo en aquellos casos en que el testador, afectado por la enfermedad o temeroso del contagio, sepa y pueda redactar un documento testamentario, condiciones que en la Hispania visigoda reunía, a buen seguro, un escasísimo porcentaje de población.

Ninguna alusión se encuentra a los objetos de nuestro estudio en el otro gran texto jurídico visigodo — el *Liber Iudiciorum* —, y tampoco en las fuentes de Derecho altomedieval consultadas, por lo que hay que esperar a la recepción del *Ius commune* en España y su plasmación legal en las Partidas de Alfonso X para asistir también a la recepción de los llamados testamentos especiales con caracteres idénticos en unos casos, o muy parecidos en algún otro, a los que presentaban en el Derecho justinianeo. Todos salvo el testamento pestis tempore, el cual, sorprendentemente, y hasta donde hemos llegado, no figura en las Partidas, ni en las principales colecciones

---

notable el proceso de alejamiento jurídico entre ambos territorios. Para estas cuestiones, *vid.*, VOCI, *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali II. Il V secolo*, en *Studi di Diritto Romano, II*, Padua, 1985, p. 394.

(24) *Vid. supra*.

(25) Cfr. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, Granada, 1975, p. 22.

(26) SAMPER, *ob. cit.*, p. 107.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

jurídicas posteriores hasta su inclusión en el Código Civil.

Por lo que se refiere al testamento del ciego, el Derecho de Partidas reproduce prácticamente en su virtualidad la constitución de Justino acogida por Justiniano, estableciendo los mismos requisitos formales exigidos por ésta para su validez:

> Part. 6, 1, 14: *El ciego non puede facer testamento, fueras ende desta manera: deue llamar siete testigos, e un Escriuano publico, e delante dellos deue decir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar quales son aquellos que establece por sus herederos, e que es lo que manda; e el Escriuano deue escreuir todas estas cosas delante los testigos, o si eran ante escritas, deuen ser leydas delante dellos; e despues que fueren escritas, e leydas, deue decir el ciego manifiestamente, como aquel es su testamento. E de si, cada vno de los testigos deue escribir su nome en aquella carta, si supiere escreuir; e si non, deuelo facer escriuir a otro. E tambien el Escriuano publico que escriuiere la carta, como los testigos, deuen sellar la carta con sus sellos: e si el Escriuano publico non se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho testigos en lugar del Escriuano. E esta guarda deue ser fecha en el testamento del ciego, porque non pueda ser fecho ningun engaño.*

Igualmente, el testamento escrito del analfabeto:

> Part. 6, 1, 2: … *Debe el por su mano mesma escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non, deue llamar a otro, qual quisiese, en quien se fie, e mandegelo escreuir en su poridad...*

Por su parte, el testamento *ruri conditum* conserva también los mismos rasgos caracterizadores que presenta en la Compilación:

> Part. 6, 1, 6: *Aldeano alguno queriendo fazer su testamento en escrito, si en aquel lugar do el morare, non pudiere auer siete testigos que sepa escreuir, puede fazer su testamento delante cinco testigos, que sean llamados para esso, e que soscriuan sus nomes en la carta del testamento. E si por auentura, todos cinco non supieren escreuir, puede escreuir uno dellos, el que lo supiere fazer, por si e por los otros. Pero tal testamento como este, que se faze ante testigos que no son todos letrados, non deue ser fecho en poridad; ante lo deuen fazer leer paladinamente ante los testigos, que se acertaron y, porque non pueda ser fecho y engaño.*

Alguna modificación, sin embargo, se introduce en el caso del testa-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

mento *parentis inter liberos*. En este caso, las Partidas suavizan el rigor de la Nov. 107, 1 y rebajan de siete a dos el número de testigos requeridos para dar efecto a la facultad concedida al padre en dicha constitución justinianea de realizar atribuciones particulares a terceros en esta modalidad testamentaria:

> Part. 6, 1, 7: … *si el padre supiesse escreuir, que lo puede fazer de su mano, diciendo en el los nomes de todos sus fijos, e todo su testamento en que manera lo faze, e como lo ordena … E en el testamento que fuesse fecho en alguna desta dos maneras, puede el padre mandar algo a ome estraño; e si quisiere, puede franquear sus siervos: pero ha menester que tal testamento sea fecho ante dos testigos a lo menos, rogados e llamados para esto.*

En las Leyes de Toro de 1505, encontramos tan sólo una referencia al testamento del ciego, concretamente en la Ley III, que resulta asimismo acogida en la Novísima Recopilación:

> LT. 3: … *É mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos a lo menos*.

La razón de esta que, a primera vista, podría parecer una disminución en las garantías del testamento del ciego trae causa de otra disposición previa, que es la Ley 1 del título 19 del Ordenamiento de Alcalá de 1348, igualmente recogida en la Novísima Recopilación, por la que se establece el número de testigos necesarios en el testamento abierto o nuncupativo. En esta norma, se permite, en determinadas circunstancias ([27]), un número mínimo de tres testigos para realizar válidamente dicho testamento. Pues bien, igualmente, pensamos que la Ley III de Toro, por cuanto se refiere al testamento del ciego (que necesariamente debe ser abierto), ha de entenderse también en clave de mínimos, con lo que cobra sentido el número requerido de cinco testigos.

Finalmente, y por lo que se refiere al Derecho vigente, en nuestro Código Civil, aun cuando se establece la distinción entre testamentos comunes y especiales, no se da cabida en esta última categoría a ninguna de las figuras

---

([27]) Concretamente, cuando se trata de vecinos del lugar del testador y a falta de escribano. La ley establece toda una serie de supuestos en relación con el el número de testigos que deben concurrir, en función de la presencia o no de un escribano y de su condición de vecinos.

([28]) Art. 677 CC: *Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

testamentarias extraordinarias romanas ([28]). Sin embargo, su honda tradición romanística se deja sentir en el hecho de que en él se contemplan expresamente algunas de estas singularidades — herencia del Derecho Romano —, si bien subsumidas en formas testamentarias comunes y con sus rasgos primigenios difuminados.

Tal es el caso, entre otros, y en relación con los testamentos del ciego y del analfabeto, de los arts. 697.1 y 2, en los que se establece, como garantía adicional, la necesidad de la presencia de dos testigos, además del notario, a la hora de realizar testamento abierto. O del art. 708, por el que está prohibido al ciego otorgar testamento cerrado.

Asimismo, se puede vislumbrar el antiguo testamento *pestis tempore* en el art. 701, por el que, en caso de epidemia, se permite otorgar testamento abierto sin intervención de notario y ante tres testigos mayores de dieciséis años.

Estas y otras normas son, en esencia, producto de aquellos testamentos especiales romanos que, por una u otra vía, han sobrevivido a los avatares histórico-jurídicos y siguen, en la actualidad conformando el Derecho sucesorio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737

https://doi.org/10.55104/FRDC_0737