

LAS DEFINICIONES ROMANAS DE TESTAMENTO

Dra. Adela López Pedreira

*Profesora de Derecho Romano en el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos
«Ramón Carande» de Madrid.*

Es sabido que el testamento es una de las instituciones más peculiares y características del Derecho Romano¹, prácticamente inexistente en otros ordenamientos jurídicos antiguos², y sabidas su trascendencia para los ciudadanos romanos, como recogen numerosos textos latinos, Cic. *Phil.* 2.32, Quintiliano, *Decl.* 308, o Plauto, que en *Curc.* 622, parece hablar de la maldición *intestatus vivito*.³

Ahora bien, aquí no vamos a plantear su trascendencia social, sus requisitos, su forma o su contenido, sino que vamos a tratar de examinar las distintas definiciones que de esta institución se han dado, comenzando con los textos propiamente romanos lo que a su vez nos permitirá llegar a conocer las bases sobre las cuales se asienta este negocio jurídico, y su evolución a través de los distintos momentos históricos. Como afirma Biondi⁴ y si la frase no resultase demasiado pretenciosa podría hablarse de una cuestión de biología jurídica, es decir, partir de las primeras células, del germen a partir del cual se ha originado este negocio jurídico, y a su vez examinar las deformaciones que ha ido sufriendo en el Derecho moderno que de otra manera no sería fácil explicar.

Etimológicamente suele decirse que la palabra testamento deriva de *testatio mentis* como mencionan las Instituciones de Justiniano 2.10. pr., *testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*⁵, etimología posiblemente adoptada por Servio Sulpicio como recoge Aulio Gellio (*Noctes Atticae*

1. B. Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano, 1943, p. 3 ss; 2ª ed. Milano, 1955; Trad. española, Barcelona 1960; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, parte speciale, vol. II, Milano, 1963, p. 64 ss; G. Scherillo, *Il testamento*, Milano, 1966, vol. I, y vol. II, p. 62 ss; Ch. Appleton, *Le testament romain*, Paris, 1903; M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche de testamento*. Firenze, 1966, p. 1 ss.

2. Otros pueblos antiguos como Egipto, India y el pueblo hebreo no conocían el testamento. Lo único que podía hacer el padre en vida era dejar sus bienes a los hijos y a falta de ellos debía recurrir a la adopción. Similar situación se planteaba en Atenas. Los pueblos germanos, aún partiendo de una situación económica y familiar similar a la romana, al desconocer el culto a los antepasados y la trasmisibilidad de las obligaciones, no establecían más forma de sucesión que la legal desconociendo en cambio el testamento, que sólo se admitirá en época avanzada al desarrollarse un Derecho sucesorio distinto del familiar, y sin que en ningún caso se pueda favorecer a título universal, J. Castán, *Derecho civil español común y foral*, Tomo 6, volumen 1, 8ª ed, Madrid, 1978, p. 52.

3. Los romanos llegaban a considerar como una *solatium mortis* el hacer valer su propia voluntad después de su muerte. Incluso a difundir el uso del testamento contribuirá su pasión por demostrar al tiempo de su muerte que tenían muchos amigos, haciéndoles un gran número de legados, y tener en sus funerales muchos esclavos manumitidos en el testamento, S. Perozzi, *Istituzioni di Diritto romano*, 1, Roma, 1928, p. 523, n.5.

4. B. Biondi, "Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana, nei codici e nella dommatica moderna", en *Antologia Giuridica Romanistica ed Anticuaria* I, Milano, 1968, p. 245 ss. También sobre ello, A. Diaz Biale, "Testamentum", *Romanitas*, 3, 1961, p. 189 ss; H.J. Wieling, *Testamentsauslegung in römischen Recht*, München, 1972.

5. En el mismo sentido, Teófilo, *Paraphrasis*, tit. X, pr.

libro VII cap. XII, *testamentum verbum esse duplex, compositum a mentis contestatione*) quien no obstante afirma de ella, *falsa quidem sed non abhorrens, neque inconcinna quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio*.⁶

Pero sea falsa o no, lo cierto es que el testamento en cuanto institución⁷ debía de ser muy antiguo, haciendo ya referencia al mismo la Ley de las XII Tablas (Dig. 50.16.120), pero sin que haya sido ésta ni ninguna otra ley⁸ la base de su reconocimiento, sino que habrá sido seguramente, al igual que ha ocurrido con otras instituciones del *ius civile*, una institución exigida por la realidad práctica y perfilada gracias a la actividad de los juristas, que en cuanto conductores de la vida jurídica iban determinando qué actos se habían de realizar para cumplir determinados fines en la órbita del Derecho. Y esto habrá ocurrido con esta institución calificada en su origen por un sector de la doctrina como acto de carácter religioso, político y extrapatrimonial⁹ cuya finalidad sería la de designar el *pater familias* a quien habría de sucederle en la potestad doméstica, siendo por ello un acto de tanta trascendencia para la comunidad que se realizaría ante el *populus*¹⁰ o ante el ejército.

Pero este nombramiento del heredero no era sólo un acto de soberanía sino que adquirirá pronto un carácter patrimonial¹¹. Incluso como afirma Manfredini¹² el testamento no era sólo una disposición patrimonial. Era una especie de arreglo de cuentas que el testador hacía con las personas que más cerca habían vivido, cónyuge, hijos, amigos, siervos, libertos... de forma que les premiaba o castigaba, pudiendo instituirles o desheredarles con absoluta libertad. Pero aún cuando el testamento pudiese contener otras disposiciones la designación de *heres suus* sería el objetivo fundamental, por lo que otorgar testamento y nombrar heredero eran una misma cosa, hasta el punto de que la jurisprudencia clásica recogerá el principio de que la *heredis institutio* es *caput et fundamentum totius testamenti*,¹³ siendo el requisito que debía aparecer en primer lugar en el testamento, (Ulp. Dig. 28.5.1.pr)¹⁴. Por ello puede decirse que esta institución de heredero era algo más que una simple

6. Aulio Gellio, *Noct. Att.* 7.12.4

7. Goldmann, "Das alter des röm. Testaments", *ZSS* 51, 1931, p. 223 ss., afirma que el término testamento es posterior al origen de esta institución. Respecto al origen del mismo es cuestión discutida la de la precedencia de la sucesión testada sobre la intestada. Sobre ello, P. Bonfante, "L'origine dell'hereditas e dei legata", *BIDR*, 1891, p. 97 ss.; H. Levy-Brühl, "La fonction du très ancien testament romain", *NRH*, XLV, 1921, p. 634 ss., "Observations sur le régime successoral des XII Tables", *Nouvelles Études sur le très ancien Droit romain*, 1947, p. 33 ss.; D. Daube, "The preponderance of intestacy at Rome", *Tulane Law Review*, 39, 1965, p. 253 ss.; A. Torrent, *Venditio hereditatis*, Salamanca, 1966, p. 21 ss.

8. Gayo 2.104 hace una referencia a la *lex publica* pero que debe entenderse hecha no a una *lex* concreta sino a todo el ordenamiento publicístico en materia de testamento.

9. M. Lemosse, "Remarques sur le testament romain primitif", *IURA* 3, 1952, p. 224 ss.

10. Es harto discutido el papel que aquí desempeñaba el *populus*, si actuaba como simple testigo, como afirman O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* 2, p. 850 ss.; B. Kubler, *P.W.*, 3, p. 1333; F. KNIEP, *Gai. Inst. Comm.*, II, p. 92 ss. o si por el contrario tenía facultades para aprobar o desaprobado la voluntad del testador como sostienen entre otros T. Mommsen, *Röm. Staatsrecht*, 3, p. 319 ss.; R. Ihering, *Geist des röm. Recht.*, (4ª ed), 1, p. 145 ss.; W. Kunkel, *Röm. Recht*, Berlin, 1935, p. 317 ss. B. Biondi, *Successione testamentaria, op. cit.*, p. 38 ss, entiende que quizá el *populus* implicaba un control no jurídico sino social, de forma que el *pater familias* que tuviese hijos varones no haría nunca una institución en favor de mujer o extraños. En cualquier caso parece que más que testamento propiamente dicho, estaríamos ante una *adrogatio*, es decir, una sucesión *inter vivos* para procurarse el testador un *suus* a falta de *sui* propios, A. Torrent, "La adrogatio en el sistema de las sucesiones inter-vivos", *RIDA*, 1967, p. 447 ss.

11. Acerca de las distintas posturas política, religiosa, o patrimonialística sobre la configuración de la *hereditas* primitiva, contiene un detallado estudio A. Torrent, *Venditio hereditatis, op. cit.*, p. 21 ss.

12. A.D. Manfredini, *La volontà oltre la morte*, Torino, 1991, p. 5 ss.

13. Gayo 2.229; Dig. 28.6.1.3; Tit. Ulp. 24.15; Inst. Just. 2.20.34.,

14. Frente a esta tesis se manifestaba un sector de la doctrina fundamentalmente alemana que explicaba la *hereditas* y la *heredis institutio* desde un punto de vista meramente patrimonial, O. Lenel, "Zur Geschichte der heredis institutio" *Essays in legal History*, Oxford, 1913, p. 120 ss.; Ehrlich, "Die Anfänge des testamentum per aes et libram", *ZSS*, 17, 1904, p. 99 ss.; E. Cuq, "Recherches historiques sur le testamentum per aes et libram", *NRH*, 10, 1886, p. 537 ss.

disposición de contenido patrimonial, pues de lo contrario podría ir precedida por cualquier otra de este tipo. Y por otra parte, en cuanto que es el *fundamentum* del testamento, las otras disposiciones que contenga están de tal forma supeditadas a la institución de heredero, que faltando o cayendo aquélla lo demás carecerá de validez. De ahí que si hubiese de definirse el testamento en esta fase histórica habría que decir que es aquella manifestación de voluntad por la que el *pater familias* designa a quien ha de sucederle tras su muerte en su posición jurídica¹⁵, lo que no deja de ser una genialidad del espíritu jurídico romano, pues realmente que en aquel contexto la simple voluntad unilateral manifestada por el *pater familias* comience a producir sus efectos después de su muerte, y deba ser respetada como una *lex*, implica un planteamiento jurídico bastante avanzado.

Y es que lo que hoy los juristas modernos pueden considerar como normal por construir todos los actos jurídicos bajo el común denominador de la voluntad, no lo era para el jurista romano para el cual la *voluntas* sólo producía efectos jurídicos si iba ligada a otros elementos como podían ser un *agere*, entendido literalmente como una actividad jurídica, o si iba ligada a ciertas palabras, *verba*, o a la *res*, como entrega de la cosa, o bien al *consensus* como manifestación concorde de voluntad. Mientras que en el testamento la base jurídica del acto y la propia denominación derivan de la *testatio voluntatis*, es decir, de la voluntad unilateral y autoritaria manifestada solemnemente ante testigos, que además no afectaba más que a los poderes de disposición del *pater* y al círculo de la propia *familia*. Por ello y por tratarse de un acto tan ligado a la realidad, los efectos jurídicos se producirán naturalmente y sin imposición o reconocimiento legal alguno.

Ya afirmaba Quintiliano (*Declamationes maiores et minores*, Decl. 308) *Quid est enim testamentum?: ut opinor voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis*. Por ello en realidad el testamento no es sino el modo creado por el Derecho para proteger la *voluntas ultramortem* de una persona, pues «*nihil enim est quod magis hominibus debeatur, quam ut suprema voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stilus...*» (Cod. 1.2.1)¹⁶. Y esta *voluntas* se garantiza si se manifiesta ante testigos. No en vano Paulo, *Sent.* 5.25.5 llama *testationes* a los testamentos, Ulpiano habla de *suprema contestatio*, (Dig. 28.1.20.8), exigiendo además que los testigos permanezcan juntos hasta que el acto haya terminado, (Dig. 28.1.20.9), y Festo deriva *testatio* de *contestari*¹⁷ que a su vez implica llamar a alguien como testigo de algo. Y es que realmente la voluntad del disponente tiene eficacia jurídica sólo si asume la forma de *testatio*, si se realiza ante testigos que recogerán esa última voluntad preservándola lo más posible de las falsificaciones. Los testigos aparecían por ello como copartícipes del acto, con una presencia constitutiva similar a la que tienen en la *litis contestatio*. De ahí que aunque van apareciendo nuevas formas de otorgar testamento, formas ordinarias o extraordinarias de acuerdo con la opción o con la situación en que se halle el testador, en ellas se reduce el número o todo lo más la presencia simultánea de los testigos, pero nunca, salvo en el testamento ológrafo¹⁸, que por su carácter extraordinario no ha pasado al *Corpus Iuris*, llegará a prescindirse totalmente de ellos.

Por ello como afirma Biondi¹⁹ cuando un jurista define el testamento como *testatio* o como *voluntas* no engendra confusión ni dice palabras vanas, sino que muy al contrario, declara lo que es esencial en este acto, como así han hecho Ulpiano *Tit. Ulp.* 20.1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta ut post mortem nostram valeat*; y Modestino que encabeza el Título I del Libro 28 del Digesto, (*libro II Pandectarum*) afirmando, *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*.

15. Se trata de una *successio in ius et in locum*, Dig. 50.17.128.1, Dig. 29.2.37, Dig. 50.16.208, Gayo 2.14... de ahí la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus deccedere potest*, Dig. 50.17.7, Inst. Just. 2.14.5.

16. En similar sentido cabe citar el texto de Celso, Dig. 33.10.7.2, que recoge la opinión de Tuberón, acerca de los testamentos, *prior atque potentior est quam vox mens dicentis*.

17. *Contestari est cum uterque reus dicit: testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote*.

18. Nov. 21 de Teodosio II, año 446.

19. B. Biondi, *Successione testamentaria...*, op. cit., p. 23.

Pero no toda *testatio voluntatis* es testamento sino que es necesario que se haga solemnemente, *secundum regulas iure civilis*²⁰, o *sollemniter facta*²¹ como afirma Ulpiano, quien a su vez indica en Dig. 29.3.2.1 que se llama propiamente testamento *quod iure perfectum est*, en clara referencia a la capacidad del testador y de los testigos, y a los ritos solemnes, siendo ésta la diferencia fundamental para distinguirlo del codicilo, (Inst. Just. 2.25.3). Aunque en la época clásica la diferencia entre una y otra figura se encontraba en la forma, exigida en los testamentos y no en el codicilo, en la posibilidad de contener o no la institución de heredero, y en los efectos, que en el codicilo se producían sólo *extra ordinem*, en la etapa postclásica tales diferencias se van atenuando y casi desapareciendo, y las solemnidades en el codicilo se exigen más que para la existencia del acto para la confección del documento. (C.Th. 4.4.1; C.Th. 4.4.7; Cod. 6.22.8), lo que hace que en la Compilación Justiniana (Cod. 6.36.7) se distinga entre estas figuras pero quizá más que con un sentido sustancial como un residuo histórico, lo que de hecho se mantiene en nuestros días.

Asimismo Modestino para referirse a la solemnidad de los testamentos indica que deben hacerse según *nostrae iusta sententia*, expresión que hace referencia²² por una parte al testamento en cuanto institución del *ius civile romanorum*, libre de toda influencia extranjera, y por otra parte refleja que el testamento expresa sólo y exclusivamente la voluntad libre del testador, ya que como indica Gayo Dig. 28.5.32, libro I de *testamentis ad Edictum Praetoris urbani*, “...nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere”, siendo un acto personalísimo que no admite intermediarios, (Gayo 2.113), y que debe estar libre de coacciones de terceras personas.

Por último esta manifestación de voluntad hecha solemnemente ante testigos tiene un contenido determinado: *Quod post mortem suam fieri velit, ut post mortem valeat...* Expresiones que tienen asimismo un doble significado. Por una parte expresan que su eficacia comenzará después de la muerte del testador, lo que está ya indicando que el testamento puede ser revocado por él cuantas veces quiera, de ahí la regla *viventis nulla est hereditatis*, (Dig. 36.4.4.) Y por otra parte plantean la cuestión acerca del contenido del testamento pues si el objetivo fundamental del mismo era designar heredero, ninguna de las dos definiciones citadas hace referencia a ella, a menos que la expresión *iusta sententia* y similares se interpreten en este sentido, cuando en realidad los mismos juristas, Ulpiano en Tit. 24.15, y Modestino en Dig. 28.6.1.3, extraído del mismo *Libro II Pandectarum*, mantienen que sin la institución de heredero *nihil in testamento scriptum valet*, lo que se ha tratado de explicar de varias maneras. Por una parte alegando el carácter sistemático de esta definición. Concretamente refiriéndose al texto de Modestino que quizá haya derivado de la redacción originaria del texto de Ulpiano²³, Martini²⁴ afirma que el criterio fundamentalmente sistemático que también se observa en otras definiciones (*acceptilatio*, Dig. 46.4.1, *legatum*, Dig. 31.36, *usucapio*, Dig. 41.3.3...) le lleva a no utilizar demasiados elementos que puedan determinar su función originaria, y que posiblemente se habría dictado por este último representante de la jurisprudencia clásica para explicar conceptos jurídicos a los provinciales, además del hecho bastante evidente de que a los romanos les interesaban sobre todo y esencialmente las definiciones no meramente teóricas, sino susceptibles de utilización sobre el plano concreto.

Biondi²⁵ por su parte alude a otra justificación y es a la propia evolución que se va produciendo en el ámbito testamentario y más concretamente en cuanto a la necesidad de la institución de heredero, que si bien venía exigida *iure civile* como cabeza y fundamento del testamento, irá cono-

20. Gayo, Dig. 28.1.4.

21. Dig. 28.3.1, *sollemnia iuris*; C.Th. 4.4.5, *iure ac sollemniter...*

22. F. Glück, *Commentario alle Pandette*, libro XXVIII, 1, Milano, 1900, p. 3 ss.

23. Así lo afirman A. Diaz Bíalet, *Testamentum... op. cit.* p. 189 ss, y P. Voci, *Diritto ereditario romano, parte speciale*, Vol. secondo, Milano, 1963, p. 64 ss.

24. R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 354.

25. B. Biondi, *Successione testamentaria... op. cit.* p. 185 ss.

ciendo una serie de excepciones introducidas paulatinamente por el pretor²⁶ y por la legislación imperial²⁷, de forma que los juristas clásicos se encontraban con el problema de armonizar el principio tradicional de la necesidad de heredero con la posibilidad de salvar la validez de ciertas disposiciones testamentarias aun cuando éste renunciase. Por ello sin perjuicio de que la Compilación de Justiniano siga exigiendo dicho requisito (Dig. 28.4.3.pr; Dig. 28.6.1.3; Dig. 29.7.10; Inst. 2.20.34; Cod. 6.42.14.1...), los juristas clásicos habrían optado por no mencionarlo en la definición, destacando en cambio aquellos elementos que sí se consideran inequívocos e inconfundibles en el testamento, como es el ser un acto solemne y realizado ante testigos por el que una persona dispone para después de su muerte, lo que no hay que identificar sin embargo con todo acto *mortis causa* ya que estos tienen un contenido muy determinado y concreto, y no hay en ellos *testatio* en el sentido que hemos indicado, mientras que el testamento puede tener por el contrario una gran variedad de contenidos.

Por ello si con categorías modernas hay que calificar el testamento ya desde esta etapa clásica afirma Biondi²⁸ que no podría calificarse como un negocio jurídico en cuanto que realmente su contenido es tan variado que excede de la esfera de autonomía de voluntad que corresponde a cada negocio, sino como una pluralidad de negocios jurídicos, cada uno con su propia causa y su propio régimen jurídico, unificados en cuanto a la forma y la capacidad del que lo otorga, y en cuanto al elemento que sirve de común denominador a todos ellos que es la *testatio voluntatis*. De ahí que la palabra testamento y en la medida en que con el testamento pretorio se generaliza como documento escrito, deba utilizarse bien para identificar el acto, o bien para identificar el documento.

Llegamos así a la etapa postclásica en la que como se deduce del citado Epítome de Ulpiano (20.1), y de la *Nov. Theod.* 16 pr. (Breviario de Alarico 9): *illud quippe est proprie testamentum, quod testantis meram continet voluntatem*, se acentúa la nota de voluntariedad que aparece en el testamento, interpretando el principio *favor testamenti* no en el sentido de salvar la institución de heredero, sino en el sentido de salvar toda la voluntad del causante²⁹, mismo criterio que aparece en el *Liber Iudiciorum*³⁰, si bien en éste el término *voluntas* tiene un significado más amplio para referirse a cualquier disposición *mortis causa*³¹ o incluso a cualquier otra disposición, por lo que en el habla vulgar se entiende el testamento como declaración de voluntad en sentido amplio, como sinónimo de *documentum* o *instrumentum*, que luego se mantiene y se generaliza en los tiempos medievales³², aparte de su acepción eclesiástica de pacto de Dios con los hombres³³. Recíprocamente toda declaración de última voluntad, se haga en testamento o en cualquier otra forma se designa como *voluntas*, *ordinatio*, *iudicium* a veces calificados de *posterior* o *supremum*. Sin embargo para aquellos otros juristas postclásicos, fieles a los criterios y terminología de las obras que toman como modelo, el *testamentum* es siempre y exclusivamente un determinado tipo de disposición sucesoria, y no califican de tal otra por muy afín que sea a ella. Se trata de un tipo característico de disposición que se identifica por si mismo aunque se denomine de otra forma. (C.Theod- Brev. Alarico 4.4.3-Cod. 6.23.17.)

26. Gayo 2.231; Dig. 28.5.1.pr; Dig. 28.6.2.6; Paul. *Sent.*, 3.6.2.

27. Dig. 5.2.28; Dig. 28.4.3; Dig. 36.1.23.1...

28. B. Biondi, *Successione testamentaria... op. cit.*, p. 25, o también, "Autonomia delle disposizione testamentarie et inquadramento del testamento nel sistema giuridico", *Scritti Giuridici*, IV, 1965, p. 524 ss.

29. Pérez de Benavides, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho Romano vulgar*, Granada, 1975; G. Vismara, "Appunti intorno alla heredis institutio", *Studi Besta*, III, Milano, 1939, p. 301 ss.

30. Pérez de Benavides, *El testamento visigótico... op. cit.*, p. 77 ss.

31. San Isidoro, *Etimologías* V.24.2, (Trad. L. Cortés, Madrid, 1951), afirma que el testamento se llama así porque hasta que el testador no muere (*testator mortuus*) no se confirma... y por esto se llama testamento que no vale sino después de la muerte del testador. (Hebr. IX.17): *Testamentum in mortuis confirmatur*.

32 D. Du Cange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, ed. La Favre, Paris, 1883-1887; reimpr. Graz, 1954.

33 A. García Gallo, "Del testamento romano al medieval", *AHDE*, 1977, p. 425 ss.

El Derecho intermedio sin embargo, aun considerando el testamento como acto de última voluntad vuelve al concepto clásico tradicional exigiendo la institución de heredero. Así en el Derecho Común europeo podemos destacar la *Summa codicis*, de Azon,³⁴: *Quaedam sollemnis ordinatio, sive voluntas cum institutione haeredis*, y la *Summa Aurea*³⁵: *Iusta sententia voluntatis nostrae de eo quod post mortem nostram haeredem instituendo fieri volumus*.

Criterios similares encontramos en el Derecho de Castilla. Así la Partida VI³⁶ comienza su Título I diciendo que “*Testamento es una de las cosas del mundo en que más deben los hombres haber cordura quando lo facen, et esto por dos razones: la una porque en ellos muestran cuál es la su postrimera voluntat, et la otra porque después que los han fecho, si se mueren no pueden otra vez tornar a enderezarlos, nin a facerlos de cabo...*” Y a su vez la Ley I bajo la rúbrica *Qué quiere decir testamento* indica “*Testatio y mens son dos palabras de latín que quieren tanto decir en romance como testimonio de la miente del home, et destas palabras fue tomado el nombre de testamento; ca en él se encierra et se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face estableciendo en él su heredero e departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que lo finque después de su muerte*”, siendo ésta una de las definiciones más completas que podemos encontrar. Señalando por otra parte (Ley 1ª, Título 3 Partida 6) que “*instituir heredero es establecer un home a otro su heredero, de manera que finque señor de lo suyo después de su muerte o de alguna partida dello, en logar de aquel que lo estableció.*”³⁷

El Ordenamiento de Alcalá de 1348 será sin embargo el que introduzca en esta materia los principios modernos que ya no se perderán. Así en La ley única del Título XIX además de establecer la compatibilidad entre la sucesión testada y la intestada, las sustituciones³⁸ y demás principios en términos muy similares a la actualidad, excluye la necesidad de la institución de heredero por lo que el testamento adquiere el carácter ya claro de acto de disposición de bienes que recogerán los Códigos actuales.

Encontramos no obstante en el siglo XVIII una influencia de la postura tradicional en el jurista Antonio Xavier Pérez y López quien tras defender en general los libros de Derecho Romano por «contener mucha sabiduría», en su obra *Theatro de Legislación Universal de España e Indias*³⁹ define el testamento como “la última voluntad en la cual uno escoge o nombra el heredero o universal sucesor de todos sus bienes” sin hacer ninguna referencia sin embargo a las otras disposiciones que en él puedan aparecer.

Los Códigos europeos del siglo XIX, y en concreto el Código civil español, sigue las líneas marcadas por el Ordenamiento de Alcalá y tras el Proyecto de 1851⁴⁰ define el testamento en el artículo 667 del texto vigente de manera concisa, y en opinión de algunos incompleta, como “el acto por el que uno dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”.

A primera vista podría pensarse que el Código civil considera el testamento como acto *mortis causa* en el que es esencial la existencia de actos dispositivos, como también podría deducirse del artículo 609 que menciona el testamento entre los modos de adquirir la propiedad, o del art. 668 según el cual «el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o de legado». Pero si

34. Azon, Venetiis, 1548, 6.23 n.1.

35. Ostiense, Venetiis, 1581.

36. Partida VI, edición consultada del año 1807.

37. “*E tient muy grant pro a aquel que lo establece, porque dexa lo suyo a un home que quiere bien, et partese su alma deste mundo mucho mas folgadamente por ende: et otrosi tiene pro al heredero porque se le acrescen mas los bienes deste mundo por ello.*”

38. En términos muy similares se manifiesta la Novísima Recopilación, Ley 1ª, Título 18, Libro 10.

39. *Theatro de la Legislación Universal de España e Indias*, Madrid, 1791-1798.

40. Definía el testamento como “acto solemne y revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una o más personas”.

analizamos el Código en su conjunto vemos que mantiene en realidad el mismo criterio romano de expresión de la última voluntad de una persona, si bien con la peculiaridad de que no es necesario que contenga institución de heredero, como señala expresamente el art. 764, en cuyo caso se abrirá la sucesión intestada de acuerdo con el apartado 2 del art. 912.

Por ello como afirma Traviesas⁴¹ el art. 667 sólo quiere decir que no cabe más acto *mortis-causa* de disposición de bienes que el testamento, no que el testamento deba contener necesariamente disposiciones de bienes, como por otra parte se deduce del art. 741 acerca del testamento que no tiene otro contenido que el reconocimiento de hijos. Es decir que con el art. 667 estamos ante un precepto, no ante una definición.

Otros de forma más tajante⁴² declaran la inutilidad de esta definición que podría suprimirse incluso sin que en nada perjudicase la economía legal del Código civil, y asimismo otros⁴³ han preferido optar por una distinción entre un concepto sustancial de testamento en el que sería esencial la existencia de actos dispositivos, (art. 667), y un concepto meramente formal en el que podrían tener cabida otros contenidos, criterios que por otra parte se ajustan también a otros Códigos europeos que mantienen un similar concepto de testamento, (art. 895 Código civil francés, art. 587 del Código civil italiano), si bien podría destacarse la peculiaridad del Código civil austriaco que distingue propiamente entre testamento y acto de última voluntad según que contenga o no institución de heredero⁴⁴.

En el Derecho Foral español merece destacar el Derecho catalán que en materia sucesoria recoge fundamentalmente los principios romanos. Así el Código de Sucesiones por causa de muerte en Derecho civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991 que ha venido a modificar en este punto a la Compilación catalana, declara expresamente la necesidad de la institución de heredero⁴⁵, sin perjuicio de la posibilidad de establecer además en el testamento legados y otras disposiciones para después de la muerte. Asimismo declara la incompatibilidad entre títulos sucesorios⁴⁶ y reconoce de modo expreso la institución contractual de heredero (art. 67) que puede otorgarse en capitulaciones matrimoniales, criterios muy similares a los que establecen también los artículos 14 y siguientes de la Compilación Balear de 19 de abril de 1961 inspirada igualmente en los principios sucesorios romanos.

Como conclusión de todo lo expuesto podemos afirmar que el testamento es una institución cuya evolución es un fiel reflejo de la evolución sufrida por el concepto de *hereditas*. De un primitivo concepto en el que se entremezclaban sobre todo aspectos políticos y religiosos se habría pasado a un concepto técnico y patrimonial, por lo que de la primitiva designación del *heres* como soberano o jefe de la potestad doméstica se habría pasado al sucesor en la titularidad de los bienes, e incluso tras las múltiples excepciones que se van introduciendo, ya propiamente se hablará de testamento como simple acto *mortis causa* de disposición, pero siendo en todo caso la expresión de la última voluntad de una persona, voluntad unilateral y no recepticia, que basta por sí misma para producir efectos jurídicos con tal que se cumplan los requisitos legales exigidos para su existencia, siendo éste el común denominador a lo largo de su historia, y de ahí que incluso podría llegar a afirmarse que la definición de Modestino, es decir, el testamento como la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte, tendría vigencia hoy, pudiendo encabezar el capítulo que sobre los testamentos se contiene en nuestro Código civil.

41. Traviesas, "El testamento", *R.D.P.*, 1935, p. 97 y 129.

42. F. Sánchez Román, *Estudios de Derecho civil*, tomo 6, vol. 1, 2ª ed, Madrid, 1910, p. 185 ss.

43. J. Beltrán de Heredia, "Reconocimiento de hijo natural en testamento", *Revista de Derecho Privado*, 1964, p. 168 ss.

44. C. Valverde, *Tratado de Derecho Civil español, Derecho de sucesión mortis-causa*, 3ª ed., Valladolid, 1926, p. 58.

45. Arts. 1,3,67,102,125,136,323... Código de Sucesiones de 30 de diciembre de 1991.

46. Arts. 3,41, 322 del citado Código de Sucesiones.

