LA PRESENCIA DEL TESTAMENTO ROMANO EN EL SISTEMA SUCESORIO ESPAÑOL (UNA REFLEXIÓN DESDE LA REVOCACIÓN TESTAMENTARIA TÁCITA EX ART. 739.1 CC.)

César Hornero Méndez
Bernardo Periñán Gómez
Universidad Pablo de Olavide

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El testamento romano y sus *señas de actualidad*. 3. El testamento romano oscurecido. 4. Con estas coordenadas: nuestro testamento actual. 5. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO.

El origen de estas reflexiones hay que situarlo en un específico artículo de nuestro Código civil, situado entre los dedicados a la revocación del testamento, el art. 739, 1:

> *«El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte»*

El estudio de la revocación tácita del testamento, regulada en este precepto y, especialmente, la revisión del planteamiento tradicional de la doctrina más autorizada sobre el mismo, puede llevar a un terreno donde las cuestiones pueden ser de mucho más calado y alcance[1].

En relación con dicha regla se ha venido planteando, por parte de la mayoría de la doctrina[2], una interpretación que trataría de reducir al mínimo los efectos automáticamente revocatorios de un segundo testamento (siempre, está claro, que el testador no diga nada al respecto). La existencia de un posterior testamento, afirman estos autores y sostiene ya tradicionalmente nuestra jurisprudencia[3], no implica obligatoriamente la extinción del anterior; habrá de estarse, en la línea de los sistemas adoptados en los Códigos francés e italiano, a lo que se desprenda de la compatibilidad o incompati-

---

1. El origen de esta comunicación hay que situarlo en el trabajo, todavía no publicado, de su autor principal, César Hornero Méndez, y que lleva por título: «La revocación tácita del testamento, según el art. 739, 1 del Código civil: revisión crítica de su interpretación generalizada».

2. A la cabeza de esta doctrina -a la que se adscriben autores tan importantes como Lacruz Berdejo, Albaladejo, Sancho Rebullida o Vallet de Goytisolo-, por haberse ocupado de la cuestión de forma específica y haberlo hecho con especial *contundencia*, hay que situar a F. Pastor Ridruejo, *La revocación del testamento* (Barcelona 1.964) y antes, desde una perspectiva más amplia, a L. Díez-Picazo, *La pluralidad de testamentos*, RDN (1960) 7 ss..

3. En efecto, la jurisprudencia es clara en este sentido. Así -con independencia de antiguas sentencias que mantenían la vigencia sin paliativos del art. 739, 1, como las de 22 de marzo de 1901 y 16 de octubre de 1918 y muy significativamente la de 8 de noviembre de 1932- el Tribunal Supremo viene sosteniendo la no necesaria revocación del testamento anterior por uno posterior, sino que ello habrá de deducirse o no de la verdadera intención del testador; como más recientes, han de citarse las SsTS de 1 de febrero de 1988 y 14 de mayo de 1996. A ellas han de unirse las significativas resoluciones de la D.G.R.N. de 18 de junio de 1947 y 28 de diciembre de 1951.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

bilidad de contenidos de dichos testamentos. De dicha labor -claramente interpretativa- habrá de extraerse el testamento por el que se rija la sucesión de que se trate.

Con independencia de las objeciones que se pueden oponer a este planteamiento -insistimos: el general y jurisprudencialmente seguido-, partir de este precepto y de los vericuetos de su interpretación nos interesa porqué en el fondo, como en el de toda cuestión atinente al régimen testamentario previsto en nuestro Código, lo que subyace es una idea o un modelo de testamento.

En efecto, el art. 739, 1 CC., sin perder su condición de norma dirigida a solucionar un problema concreto y específico, contribuye a delinear y configurar el sistema sucesorio que puede extraerse de nuestro Código. Se trata, en efecto, de una norma que forma parte de dicho sistema sucesorio, si se quiere con un papel no protagonista, pero sí lo bastante importante como para *apoyar* a uno de los principales activos de dicho sistema: el testamento, esencialmente revocable. Este convencimiento puede permitir -ésta sería nuestra propuesta para la reflexión-, de un lado, traer a colación alguno de los pilares fundamentales del sistema sucesorio español, y desde éste, aunque en menor medida, contemplar las posibles supervivencias o *restos* del sistema romano y las claves de una evolución histórica que ha llevado a configurar nuestra sucesión *mortis causa* como hoy la conocemos.

Hay que advertir también que un planteamiento en apariencia tan amplio (y ambicioso) tiene su justificación inmediata en el modo en que tradicionalmente ha sido abordada la problemática de la revocación testamentaria tácita, como se desprende del hecho de que para restar extensión y operatividad a la regla revocatoria prevista en el art. 739,1 se recurra precisamente a considerar dicho precepto como una *incoherencia de sabor romano*. Se trataría, para estos autores, de una especie de *isla romana*, ya que la revocación tácita así diseñada sólo tendría sentido con o en el testamento romano, es decir, con un testamento que debía contener necesariamente la institución de heredero, circunstancia que a su vez imponía, por su exclusividad, la unicidad del testamento en la sucesión. Sea como fuere, creemos que revisar un precepto tan claro en su exégesis como el que nos ocupa y hacerlo además en presencia de su *incontrovertible* evolución histórica es algo más que un ejercicio de exagerada dogmática[4]. Ello debe permitir, no sólo suscitar algunas *inseguridades* acerca de la cuestión concreta de la revocación testamentaria tácita -y por extensión sobre la interpretación tradicional y generalizada de la regla para ella prevista en el art. 739, 1 CC.-, algo que no acometemos en esta comunicación, sino, y esto puede ser lo más interesante, en la misma sucesión testada y por ende en toda la sucesión mortis causa[5].

---

4. Precisamente a ambos, a *Historia* y *Dogma*, se refiere E. Bussi, *Evoluzione storica del testamento come disposizione di volonta, Studi in onore di Enrico Besta* (Milano 1.935) 411 ss. -al que luego volveremos, recogiendo alguna de sus conclusiones, para confirmar algún aspecto específico de la evolución del testamento, pero del que recogemos aquí su reflexión, aplicable a cualquier concepto, o *dogma* como el lo llama, una reflexión especialmente apropiada y a considerar ante institutos como el testamento, donde el entrecruzamiento de argumentos históricos, lógicos o de otro tipo es tan evidente y tan significativo. Para Emilio Bussi, que alguien a primera vista podría tachar de *ahistórico* o demasiado abstracto, abordar la evolución del testamento implica considerar que en ésta los singulares argumentos se interfieren recíprocamente y se entrecruzan el uno con el otro en modo que es imposible pretender aprehender su verdadera importancia jurídica si no se estudia esta íntima correlación, así como, ésta, a su vez, no puede venir descubierta si no se estudian contemporáneamente -y he aquí lo histórico- tales argumentos. En definitiva, estaremos ante una manera de elaborar la historia jurídica, un modo que G. Vismara, *La norma e lo spirito nella storia del Diritto successorio*, SDHI (1965) 71, *atribuía* a E. Besta, *Le successioni nella storia del diritto italiano* (Milano 1961), y en la que por efecto de la representación sucesiva, en orden cronológico, de los institutos desde el Derecho romano y los derechos germánicos a las modernas codificaciones, tales institutos, concluía Giulio Vismara, se personalizan y viven una propia vida, pero sobre todo -y esto nos interesa resaltarlo- revelan su alma y no sólo los fines que se preestablecen o las funciones a las cuales atienden.

5. Cobra presencia de manera clara la consideración de un proceso (histórico-jurídico) con distintas velocidades y en el que no todas las instituciones y figuras (la institución de heredero o el testamento, p. e.) van a evolucionar en igual modo -como ejemplo de esto que decimos, Vid. la síntesis evolutiva que sobre la compatibilidad de la sucesión testamentaria y la legítima, en paralelo a la de la institución de heredero realiza Ossorio Morales, *Manual de sucesión testada* (Madrid 1957) 21 s.- pero en el que la idea de *sistema* siempre se impone de forma categórica: se requiere de todo un *sistema*, integrado por institutos interrelacionados, para regular las a veces complejas relaciones derivadas del fenómeno sucesorio *mortis causa*. Al lado de esta evidencia, interesa

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

Es precisamente esto, el *ambiente* generado por la interpretación tradicional y habitual de este precepto, sobre todo el considerarlo esa incoherente *isla romana*, lo que demanda reseñar y dejar constancia -aunque pueda parecer innecesario por su evidencia- de que partimos con un mínimo inobjetable: existe innegablemente una estrecha relación entre nuestro sistema sucesorio y el correspondiente sistema romano[6]. La tradición, el sentido común y lo que es más importante las fuentes y la historia apuntan e imponen la idea de que entre nuestra sucesión *mortis causa* y la romana existe una relación referencial algo más profunda por supuesto que la simple coincidencia del fenómeno a regular. Esto provocaría que la segunda, la romana, sea un elemento precioso en la conformación de la primera, sobre todo a la hora de definir o configurar los grandes institutos que la vertebran. Entre estos institutos hay que situar necesariamente al testamento[7].

Acometamos pues, breve y modestamente, unas consideraciones que si bien centradas o reducidas a lo testamentario, pueden servir de modelo, o tener su incidencia, en otras parcelas de nuestro ordenamiento sucesorio. Advertir también que esta *reivindicación* de lo romano en materia testamentaria no debe considerarse como un *contraataque* al ambiente generado, y menos aun como algo basado en un peregrino sentimiento de añoranza o cosa por el estilo[8]. Tiene, al contrario, para nosotros su plena justificación en una contraposición que entendemos permanente entre la *existente* orde-

---

también subrayar, de un modo específico, la percepción de un dato ya apuntado: por muy diverso que quiera verse el testamento actual de aquel romano, éste como tantos otros institutos sucesorios, es *creación* del Derecho romano. Es algo que, no obstante su obviedad, conviene resaltar en cuanto que en el sustrato de *nuestro* testamento (como en el de todos los países del Derecho continental) lo que existe, en su origen y en su esencia, es dicho testamento romano.

6. Que esta relación sea en unos términos de dependencia *paterna* o que se plantee como una *emancipación* total, no conduce evidentemente a los mismos resultados Exagerado sería, desde luego, contemplar nuestro testamento, por lo que respecta a la revocación tácita, como el hijo pródigo retornando a los brazos del padre, en este caso *romano*. Con todo, esta *relación* -que acabamos de describir en términos *familiares*- no puede contemplarse sin tener en cuenta el dato de la movilidad o variabilidad connatural a este sector del tráfico jurídico. En tal sentido, recogemos significativamente las palabras recientes de dos romanistas, A. Fernández Barreiro y J. Paricio, que en sus *Fundamentos de Derecho patrimonial romano* (Madrid 1991) 471, destacaban como el derecho hereditario esta sujeto, por encima de otras ramas del derecho privado, a transformaciones importantes de tipo social en relación con la institución familiar y puede verse influido por criterios y objetivos de carácter político en relación con los aspectos adquisitivos derivados del fenómeno sucesorio, concluyendo que «por encima de la incidencia de estos factores en el propio desarrollo histórico-jurídico romano, los aspectos estructurales básicos de la ordenación de la sucesión hereditaria constituyen la dimensión estable y duradera de esta parte del derecho privado en la cultura jurídica europea».

7. No queremos guardar para más adelante las reflexiones que sugiere un conocido trabajo del histórico del derecho, A. García Gallo, *Del testamento romano al medieval*, AHDE XLVII (1977) 425 ss., el cual sirve no sólo para poner de manifiesto una época crucial en la evolución del testamento, sino para reforzar la idea del origen romano de la sucesión testamentaria y para descubrir los *trazos* con que ésta se diseñaba entonces y que subsistieron en la Edad media, donde en contacto con el Derecho germánico iba a empezar a sufrir las primeras alteraciones. Esos trazos son tan marcados e importantes, en el origen mismo de la sucesión testamentaria, que van a *impregnar* definitivamente lo que sea la sucesión *mortis causa* a través de testamento para el resto de los siglos. Lo que decimos era puesto de manifiesto, sin darle aparente trascendencia, por García Gallo, *Del testamento...* 438 s., mostrando el antes y el después del Derecho romano y la misma evolución experimentada por éste: «la facultad y posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte, que hoy se nos presenta como algo natural e indiscutible, no fue conocida en tiempos antiguos. El Derecho romano que atribuye al hombre con plena capacidad (*sui iuris*) un poder absoluto de actuación en vida, hasta época muy avanzada no le reconoce la facultad de proyectar su voluntad después de su muerte, realizando actos que sólo producirán efectos luego de extinguida su personalidad y capacidad», al final de esta evolución nos encontramos como se admite que «la voluntad de una persona puede actuar de modo imperativo directa y efectivamente después de su muerte. Esto -y con ello se demuestra la continuidad de la que hablamos- lo aceptan los juristas de época clásica y su doctrina, en lo esencial, se mantiene inalterada por los postclásicos, serviles repetidores de ella salvo en lo que su incomprensión les desvía de la misma».

8. El planteamiento de esta cuestión supone enfrentar la discusión tan generalizada sobre el papel que el Derecho romano y su estudio pueden desempeñar no sólo en la comprensión sino en la construcción del Derecho actual. Sobre esta cuestión, de manera general, vid. R. Panero, *Derecho romano: realidad histórica-realidad actual, Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias* II (Madrid 1988) 973 ss.; A. Torrent Ruiz, *El Derecho*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

nación testamentaria romana[9] y la regulación actual del testamento en nuestro Código, aunque esta última, hay que advertirlo, abordada de una manera especial, ya sugerida a lo largo de este trabajo, y en la que la influencia romana es palpable; nos referimos al ideal testamentario, al *modelo* de testamento que creemos subyace en nuestro sistema sucesorio. Este ideal testamentario, en el que no es tan difícil encajar la revocación tácita del art. 739, 1, puede descubrirse en el Código, eso sí, sin perder nunca de vista en ningún momento aquel que entendemos que es su natural y utilísimo referente: el testamento romano.

2. EL TESTAMENTO ROMANO Y *SUS SEÑAS DE ACTUALIDAD.*

En el primero de los extremos de esta comparación, nos enfrentamos con un sistema sucesorio como el romano en el que el testamento, desde mediados del siglo IV a. C. al menos, ocupaba un papel central o nuclear, constituyendo la forma ordinaria de regular la sucesión hereditaria, con una posición claramente prevalente respecto a la sucesión legal[10]. Esta preeminencia del testamento sobre

---

romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo, Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo I (Madrid 1988) 753 ss. y últimamente del libro de A. Schiavone, *Linee di Storia del pensiero giuridico romano*, esp. el capítulo VII: *Eredita romana e Diritto moderno*, 269 y ss.). Puede parecer exagerado afirmar, como hace uno de los romanistas españoles que más se ha ocupado de esta cuestión, Juan Iglesias -que ya en 1.949, en RIDA (*Melanges De Vischer I*) 439 ss., publicaba su trabajo *Del Derecho romano al Derecho moderno-, Presente y futuro del Derecho romano, Studi in onore di Arnaldo Biscardi* I (Milano 1982) 6, que el conocimiento del Derecho romano es de todo punto imprescindible para el conocimiento del Derecho. Pero, desde luego, no se trata -y con ello contestamos a la pregunta que se hace A. Guarino, *Il Diritto romano: eredita da rifutare?, Pagine di diritto romano* I. (Napoli 1993) 40 ss.- de una herencia que haya necesariamente de rechazarse, por muy superados que estén todos sus presupuestos. Renunciar -negarlo es imposible- al origen romano de los ordenamientos continentales europeos implica privarlos de una referencia valiosísima, incluso a la hora de resolver problemas actuales. Se trata una cuestión que ha preocupado tradicionalmente a la doctrina desde el punto de vista de la formación de los juristas, considerando el Derecho romano como un paso necesario y obligado, pero que hoy retoma actualidad en un posible Derecho europeo, consecuencia de la unidad política de Europa. Acerca de esta cuestión, aunque no ha dejado de estar presente en la preocupación doctrinal desde hace ya tiempo -en este sentido, deben recordarse importantes trabajos: desde el fundamental *Europa und das römische Recht* (Munich 1947) de P. Koschaker -con traducción española de Santa Cruz Tejeiro, *Europa y el Derecho romano* (Madrid 1959)-, como los contenidos en los dos volúmenes de *L'Europa e il Diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker* (Milano 1954), entre ellos el de A. d'Ors, *Ius Europaerum?*, vol. I, 447 ss., o en el mismo volumen, más general, Plachy, *Il diritto romano come valore culturale nella storia dell'Europa*, 477 ss.; vid. más recientemente A. Fernández Barreiro, *El Derecho romano como componente de la cultura jurídica europea, Seminarios complutenses del Derecho romano* III (1991) 87 ss.; F. Casavola, *Diritto romano e Diritto europeo*, LABEO (1994) 161 ss., o también Feenstra, *Le droit romain et l'Europe, Suplement RIDA au tomo XLI,* (1994)(*Actes du colleque Droit romain et identite europeenne. Organise du au 14 mai 1992 par l'Istitut des Haute Etudes de Belgique*), p. 15 y ss.. Acerca de la importancia *formativa* del Derecho romano, ver últimamente, Broggini, *Il Diritto romano nella formazione del giurista oggi*, IUS (1987) 121 ss., Perlingieri, *Il ruolo del diritto romano nella formazione del civilista contemporaneo*, Rass. dir. civ. (1988) 124 ss. y A. Burdese, *Diritto romano e formazione culturale del giurista*, INDEX (1990) 7 ss..

9. Con ello nos referimos a la idea esbozada, de algún modo, por R. Orestano, *Problema del diritto romano e della sua storicita, Introduzione allo studio del Diritto romano* (Bolonia 1987) 455 ss., que utiliza la *pluralidad de significados* de la expresión Derecho romano, partiendo desde su concepción histórica -como *Derecho romano de los romanos*, es decir su desarrollo desde los orígenes hasta el *Corpus Iuris*- y pasando por otros significados como *tradición romanística, derecho común europeo, pandectística* o incluso *romanística*, entendida ésta como *el estudio del derecho romano de los romanos*, para otorgar a éste, al Derecho romano, un estatuto bastante especial, que en nuestra opinión lo sitúa cercano a la *atemporalidad* y le hace cobrar en más de una ocasión una realidad y una actualidad, aunque sólo sea como pauta interpretativa.

10. Vid. C. Fadda, *Concetti fondamentali di diritto ereditario romano. Parte prima* (Napoli 1909) 290 ss., donde analiza la relación entre ambos tipos de sucesión, a su entender, una antítesis entre sucesión legitima y testamentaria a menudo mal entendida, especialmente por lo que atañe al Derecho romano. En su opinión, no reconocer esta prevalencia de la sucesión testamentaria, necesitaría desconocer toda la historia del derecho hereditario romano en la que, concluye es evidentísimo el favor para la sucesión testamentaria. A este respecto P. Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. española (Madrid 1959) 594, era categórico: el testamento era el negocio más importante en la vida social y jurídica de Roma. En nuestra romanística actual, vid. J. Iglesias, *Derecho romano. Historia e instituciones* (Barcelona 1993) 590 s..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

la sucesión intestada, no se explica -entonces y ahora- sólo desde un punto de vista lógico -en el sentido de que esta última tuviera un carácter residual, desenvolviéndose sólo donde no existe testamento o cuando éste es inválido- sino que ello tenía (y tiene) un significado jurídico e incluso práctico: jurídico, en cuanto que la riqueza y la variedad de disposiciones que el testamento podía contener justificaba la atención que le prestaron las fuentes romanas, pero también práctico, al ser costumbre de los romanos regular su sucesión con testamento[11].

Desde estas coordenadas tan básicas, puede decirse ya, por tanto, que existe una *actualidad* -sistemática y conceptual- del testamento romano, entendiendo el nuestro de ahora, como una herencia, nunca mejor dicho, de aquel. Una actualidad que es perceptible en la misma definición de testamento que se extrae de las fuentes romanas. Recientemente Amelotti[12], con base en las tradicionalmente citadas definiciones de Modestino, Ulpiano y la más escueta de las Instituta de Justiniano[13] -I. 2, 10 pr.: *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*- lo ha definido como una manifestación de última voluntad hecha solemnemente y dirigida a tener efecto después de la muerte[14]. La facilidad con que puede trasladarse un concepto (tan amplio) como éste a nuestro actual testamento -lo cual puede ser engañoso precisamente por esa amplitud - es clara[15], más cuando el mismo se pre-

---

11. Vid. M. Amelotti, Voz *Testamento (dir. rom.), Enciclopedia del diritto,* XLIV (Milano 1992) 459 s.. Esta preponderancia de la sucesión testamentaria en Roma hace que surja, aún de esta manera desequilibrada en favor de la misma, la tensión existente entre la sucesión testamentaria y la sucesión legítima. La actualidad del sistema romano podría plantearse no sólo para el testamento en sí, sino para demostrar la primacía de la sucesión que este encabeza, sobre aquella que tiene en la familia y en la ley, su motivo y su respaldo. Con todo, será en el *encuentro* del Derecho romano con los ordenamientos germánicos cuando dicha tensión se ponga más de manifiesto llegando a peligrar a misma existencia del instituto testamentario.

12. Vid. M. Amelotti, Voz *Testamentum* ... 459. Vid. también de Amelotti antes, *Le forme classiche di testamento* (Torino 1.966-1.967) 1-4. Otros conceptos recientes en la romanística italiana, A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano* 4ª ed. (Torino 1993) 647 ó Voci, *Instituzioni di diritto romano* 4ª ed. (Milano 1994) 601.

13. Esta y las otras definiciones, tanto la de Modestino -*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quid ius post mortem suam fieri vult* (D. 28, 1, 1)- especificamente criticada por Traviesas, *El testamento*, RDP (1935) 100, como la de Ulpiano -*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat* (Reg. Ulp. 20, 1)- son generalmente tachadas de incompletas en cuanto no aluden a la institución de heredero, sin la que no era concebible, como su característica esencial, el testamento romano (cfr. P. Bonfante, *Instituciones*... 594). Para F. Schulz, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960) 229, lo defectuoso de estas definiciones no era sino reflejo del poco *genio* de los juristas romanos a la hora de elaborar definiciones. Vid. igualmente Polacco, *Delle successioni I. Successioni legitime e testamentarie* (1937) 151 ss. y Cicu, *El testamento* (Madrid 1959) 10.

14. A una definición tan amplia como ésta podría acusársele con facilidad de desvaída o desdibujada, pero no puede discutirse que eso y no otra cosa es esencial e *intemporalmente* el testamento, aunque desde luego, en nuestra opinión, fuera conveniente añadirle la nota de la patrimonialidad del contenido. En este sentido, por ejemplo, vid., mostrando esa continuidad histórica del testamento a la que aludimos, Ferrari dalle Spade, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente nell'alto medievo con speciale riguardo all'Italia, Scritti giuridici* II (Milano 1954) 17, que lo define como un acto unilateral de última voluntad singularmente característico, diverso, por su contenido esencial (la institución de heredero), de cualquier acto de última voluntad. A. Fernández Barreiro y J. Paricio, *Fundamentos de derecho privado romano* (Madrid 1997) 484, conciben el testamento como «un acto solemne, mediante el cual una persona con capacidad para ello expresa su voluntad dispositiva para después de su muerte en relación con su propio matrimonio».

15. Un romanista como G. Scherillo, *Corso di diritto romano. Il testamento. Parte prima* (Milano 1966-1967) 9 s., después de definir el testamento, según emerge de las fuentes romanas, como una solemne declaración (o sea *estrinsecazione* de una determinación de voluntad) con carácter dispositivo, destinada a ser eficaz después de la muerte del declarante, compara dicho concepto con los artículos 759 y 587 de los Códigos italianos de 1865 y 1942, concluyendo que de dichos Códigos modernos emerge la misma noción de testamento enucleada de las fuentes romanas. Por su parte, A. García Gallo, *El problema de la sucesión en la Alta Edad Media española*, AAMN (1959) 264 s., contemplando un concepto de *testamentum* que, según su opinión, en la Alta Edad Media española presenta caracteres propios, que lo diferencian de lo que por testamento se entiende en el Derecho romano y en el actual, afirma, sin embargo, ante las definiciones de Modestino y Ulpiano que se trata en el caso romano de un «concepto que *en esencia* no difiere del nuestro» (la cursiva es nuestra). Sobre el concepto de testamento y sus características, vid., con carácter general, J. Iglesias, *Derecho romano* 555 y 556.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

senta con unos elementos o características que en vez de alejarlo mantienen dicha semejanza. Así, concebir el testamento como un acto típicamente *unilateral* -algo, comprobable en sus consecuencias directas, también en nuestro derecho vigente donde se establece como regla general la imposibilidad de los contratos sucesorios (art. 1271 CC.) o se prohibe el testamento por comisario (art. 670 CC.)- o como un acto *propiamente personal*, en el sentido de que debe emanar de la voluntad del testador, son características que pueden deducirse de la regulación de la sucesión testamentaria en nuestro Código como se desprende del mismo artículo 667, ya reseñado como escueta definición codificada de testamento.

Pero si estas son las *actualidades*, otras notas o requisitos del testamento romano -o quizá fuera mejor decir del sistema sucesorio en que éste se insertaba- hoy no subsisten[16]. De un lado, respondiendo al conocido brocardo *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* la sucesión debía regularse o en todo por el testamento, o en todo por la ley, de manera que si existía una disposición testamentaria válida era imposible hablar de sucesión legítima aunque aquélla se refiriera sólo a una parte de la herencia[17]. Ello tenía una repercusión directa sobre el mismo contenido del testamento[18]. En este sentido, resalta Voci, que sitúa el fundamento de esta regla en la naturaleza del testamento *Per aes et libram*, como era un testamento, el romano, que debía referirse a la totalidad de los bienes[19], un testamento, por consiguiente, que no podía regular sólo el destino de una parte de los mismos[20]. Esto, que conllevaba además unas importantes consecuencias en el desenvolvimiento final de la sucesión testamentaria[21], puede decirse que determina o estigmatiza el testamento romano, hasta el punto de señalar el camino *deseado* para *aprovechar* total y verdaderamente la elegida forma testamentaria. En definitiva, en el Derecho romano no cabía la posibilidad, hoy permitida (art. 658 CC), de que convivieran la sucesión testada e intestada[22].

---

16. Sobre los principios fundamentales del sistema sucesorio romano, a los que llama «cánones supremos del derecho hereditario romano», vid., de forma resumida y sistemática, Ferrari dalle Spade, *Ricerche...* 7 ss..

17. De la abolición de este principio, y de otros como *Semel heres, semper heres o Alteri stipulari nemo potest*, extraía el ya citado Vazny, *Idee romane nel Diritto civile moderno, Atti del Congresso Internazionale di diritto romano. Bologna.* II (Pavía 1935) 442, la conclusión de la diversidad u oposición existentes entre las normas romanas y las de los Códigos modernos, en cuanto que la abolición de varios de éstos, que han de considerarse dogmas fundamentales romanos acarrearían, una regulación actual de los mismos fenómenos *diversa* u *opuesta*.

18. Este extremo ha sido destacado por Trabucchi, *L'autonomia testamentaria e le disposizione negative, en Scritti in onore di Francesco Santoro-Passarelli* IV. *Diritto e processo civile* (Napoli 1972) 661 s., para quien la abolición de la categoría de los heredes sui y de la regla *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, ha traído consigo un significado nuevo del testamento, cuyas determinaciones se ponen al lado, en sustitución o para integración, de las normas previstas en la ley, a la vez que ello ha motivado una ampliación del contenido testamentario, el cual dejará de ser solamente la fijación de las reglas para la sucesión en los bienes del difunto.

19. Vid. Voci, *Istituzioni...* 381.

20. Vid. M. Amelotti, Voz *Testamentum* ... 459. V. Scialoja, *Successioni (lezioni redatte da G. Secchi e L. Biamonti)* (Roma 1905) 434, apuntaba este significado de la regla, como el más seguro, extraído de las Instituciones de Justiniano, en el sentido de que no pudiendo morir en parte testado y en parte intestado, el testamento válido debe entenderse referido a todo el patrimonio.

21. Vid. C. Fadda, *Concetti...* 320. Más adelante -pp. 322 y 323- desmenuza las consecuencias de la regla *Nemo pro parte intestatus pro parte testatus decedere potest*, consecuencias, en su opinión, graves, las cuales, creemos, dejan entrever ese talante favorable hacia el testamento del Derecho romano; así, ello se manifiesta en que si un testamento contiene una institución de heredero limitada a una sola parte de la herencia o una o más cosas de ésta, no subentran los herederos legítimos para todo cuanto no está contemplado en el testamento, pero el instituido o los instituidos toman toda la herencia. En el mismo sentido, vid. M. Talamanca, *Istituzioni di Diritto romano* (Milano 1993) 678.

22. En relación a la compatibilidad ex art. 658, entre la sucesión testada e intestada, vid. también el art. 912, dedicado a los supuestos en los que la sucesión legítima tiene lugar, con especial atención al apartado 2° donde se establece que «Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador. En este caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes que no hubiese dispuesto». Este queremos verlo como un argumento que manejado *a contrario* puede servir para fortalecer nuestra tesis sobre el testamento ideal con patrimonial y con institución de heredero; parece como si el precepto partiera de eso, que es o debería ser lo normal, para estable-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

También en relación con el contenido[23] -y es la nota, por evidente, más destacada, por los que aluden a la *disintonía* de nuestra revocación tácita en nuestro actual sistema- el testamento romano, aunque podía comprender disposiciones particulares, como legados o fideicomisos[24], estaba siempre fundado sobre la institución de heredero (*heredis institutio*)[25]. Este núcleo ineludible en el testamento es identificable en los diversos periodos históricos que atraviesa el Derecho romano, pudiendo afirmarse que en la *entrega final*, en el testamento que nos servirá de directa y más inmediata referencia, aparece -aunque no con la fuerza y la intensidad anteriormente conocidas, en que constituía ese *comienzo* y *médula* de todo testamento del que hablara Kaser[26]- esa institución de heredero como elemento característico. En efecto, este principio va a verse aminorado en su rigor como elemento insoslayable de la sucesión testamentaria en el Derecho justinianeo: la institución de heredero podrá hacerse en cualquier parte del testamento y existirá la posibilidad del codicilo, como instrumento sucesorio cuando aquella falte, a la vez que la *heredis institutio* nula u objeto de renuncia por el heredero no arrastrará al resto de disposiciones testamentarias[27]. En consonancia con la paulatina pérdida de rigidez formalista del Derecho romano, pasará de ser un elemento que en toda su extensión y potencia llegaba a implicar la misma forma del testamento[28] -*Caput et fundamentum totius testamentum* (Gayo, 2, 229)[29]- a constituirse, por y para siempre, como esa esencia o *alma* del testamento, aún cuando para ello, como acabamos de decir, hayan de crearse alternativas, como la indicada del codicilo[30], o se termine aminorando la influencia de su propia suerte sobre las otras posibles disposiciones testamentarias[31].

---

cer que si no concurre dicha institución de heredero (o el testador no ha dispuesto de todos los bienes que le corresponden) no sucede nada pues comparece la sucesión intestada. Sobre este precepto, resaltado por la doctrina como un argumento a favor de la innecesariedad de la institución de heredero para la validez del testamento y como prueba de la desaparición en nuestro derecho sucesorio del *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, vid. Guilarte Zapatero, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. XIII, Vol. 1. *Arts. 912 a 918 del Código civil* (Madrid 1989) 1 ss. (esp. pp. 34 a 40), y Vattier Fuenzalida, *Art. 912, Comentario del Código civil* I (Madrid 1993) 2215-2217.

23. Vid. G. Scherillo, *Corso*... 9.

24. Sobre estas disposiciones, vid. F. Schulz, *Derecho romano*... 228, consideradas en el periodo clásico, como complementos o adiciones siempre de la *heredis institutio*.

25. M. Talamanca, Istituzioni... 726, destaca el lugar fundamental que la *heredis instituto* ocupaba con respecto a las otras disposiciones testamentarias, al punto de que el hecho de que un testamento no tuviera eficacia sin esta -a excepción del testamento militar- no comportaba solamente que la validez formal del testamento dependiese de la presencia de tal disposición, sino que una vez verificada la delación testamentaria, la eficacia de las otras disposiciones estaba subordinada al hecho de que el llamado adquiriese la herencia. Vid., más específicamente G. Vismara, *Appunti intorno alla, Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta (per il XL Anno del suo insegnamento)* III (Milano 1937) 301 ss..

26. Vid. M. Kaser, *Derecho romano privado*, trad. española de Sta. Cruz Tejeiro (Madrid 1968) 315.

27. C. 6, 23, 24. J. Iglesias, *Derecho romano*... 569. Sobre esta cuestión, en concreto, vid. G. Vismara, *Appunti*... 30 ss. (esp. pp. 319 y 320).

28. Sobre la cuestión de la forma rigurosa de la *heredis instituto*, vid. el trabajo de Maschi, *Ancora sulla solennita della «heredis institutio» nel diritto romano, Scritti in memoria di Antonino Giuffre* I (Milano 1967) 643 ss., quien en *reivindicativa* polémica con Amelotti, mantiene su tesis de la decadencia de la forma de la institución de heredero como un fenómeno correspondiente al desarrollo general del Derecho romano clásico, opinión compartida pacíficamente por la doctrina actual: vid. p.e. J. Iglesias, *Derecho Romano*.. 569 ó M. Talamanca, *Istituzioni*... 726.

29. Sobre este aspecto, vid. Franciosi, *Corso istituzionale di Diritto romano. 1. Famiglia e persone, succesioni, diritti reali* (Torino 1993) 134, que muestra la importancia de que el testamento debiera abrirse con la solemne *institutio heredis*, en el hecho de que una disposición a título particular enunciada antes de ésta se consideraba como no escrita. Sobre el uso de la forma imperativa, vid. M. Kaser, *Derecho romano*... 315 s..

30. Frente a la importancia otorgada generalmente al codicilo en la evolución de la sucesión testamentaria, hay alguna voz disidente como la de M. Amelotti, Voz *Testamentum*... 63 ss., que habla de la «sobrevalorada función histórica del codicilo» y para quien el codicilo no operó ninguna acción de *travolgimento* del sistema testamentario trasmitiendo su libertad formal al testamento.

31. En conclusión, se convierte la institución de heredero, de este modo, en el elemento que va a marcar el paso en la evolución del testamento romano. La concepción del testamento romano a la que debemos acogernos sería aquella en la que, como disposición necesaria y ocupando el núcleo central de dicho testamento, se contuviera la institución de heredero -una institución de heredero que se presenta como algo ineludible para la validez del testamento- y al lado de ésta, demostrando y reforzando su importancia, otros posibles contenidos,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

Con todo, a pesar de esas diferencias, hay que reafirmar la evidente conexión, en lo esencial y sustancial, entre el testamento romano y el regulado en nuestro Código. Uno y otro presentan efectivamente un cuadro de requisitos en el que se van a manifestar las similitudes y las diversidades recién aludidas. Claro exponente de ello, por ejemplo, sería la distinta intensidad con la que son exigidos los que pueden denominarse requisitos de contenido o sustanciales y los considerados requisitos de forma. En el Derecho romano, con mayor o menor amplitud, el *gran requisito,* ya indicado, era que el testamento exigía, para su misma existencia, no sólo unos requisitos formales, sino ese contenido necesario e indispensable que constituía la institución de heredero[32].

Esta necesidad de la institución de heredero va a determinar con mucho la evolución y características del testamento romano y por extensión, como veíamos, de la revocación testamentaria. Ello se comprueba tomando, por ejemplo, un elemento *lateral* o consecuente de esos que *dan cuerpo* o que vertebran la sucesión testamentaria como es el *Favor testamenti*[33]. Si hoy este principio aparece dirigido a salvar a toda costa la voluntad testamentaria, en el Derecho romano, como nos recuerda Perego[34], donde el testamento tenía antes que nada la función de designar al heredero, dicho principio operaba en *favor* de tal institución, sacrificando incluso la expresa voluntad testamentaria[35]. De este modo, si bien en el Derecho justinianeo, en paralelo a la misma evolución del testamento, el primitivo *Favor testamenti* había desaparecido, adquiriendo el significado diverso de *favor para la voluntad testamentaria*, en el sentido de *benigna interpretatio*[36], éste antes había supuesto claramente el favor para la *heredis instituto*, hasta el punto de comportar no sólo el desconocimiento de todas aquellas disposiciones contenidas en el testamento que habrían impedido al heredero designado subentrar en la posición jurídica del causante, con la reducción de su voluntad si hubiese sido necesario, sino también la conservación del testamento frente a cualquier voluntad expresada de manera no formal y la imposibilidad de que al heredero designado pudiese sustituirlo el heredero legitimario[37].

Recapitulando, en esta escueta aproximación y antes de continuar, convendría destacar aquellos rasgos del testamento romano que, más o menos amortiguados o disimulados, subyacen en nuestro testamento, conformando, repetimos, ese ideal o modelo testamentario, al cual desde ahora reconocemos la utilidad de servir para una interpretación que tenga por objeto solventar cualquier problema o controversia que surja en torno a este instituto sucesorio. Serían tres las notas que definirían o caracterizarían a este testamento, a los efectos que proponemos.

En primer lugar, la *unicidad*, en el sentido de que la sucesión debe estar presidida por un único testamento; este principio (*Nemo pluribus testamentis, pro parte relictis decedere potest*) que en Roma era una imposición *lógica*, derivada de la misma configuración de la sucesión *mortis causa* y del testamento, debe ser en la actualidad una *tendencia*, algo, al menos, que aparezca en el *horizonte*, en el ideal de sucesión testamentaria.

---

relacionados con la misma (p. e. el legado) o independientes de ella (sustituciones, fideicomisos, manumisión, etc). Vid. A. Fernández Barreiro y J. Paricio, *Fundamentos*.... 484 s..

32. G. Scherillo, *Corso... Parte seconda* 62.

33. C. Fadda, *Concetti*... 292, reconoce en este *Favor testamenti* romano el esfuerzo por mantener la disposición testamentaria, no ya en el sentido de que se quiera favorecer la *voluntas* del testador, sino que a menudo se mantiene el testamento también contra la voluntad del testador.

34. Vid. Perego, «*Favor legis*» *e testamento* (Milano 1970) 5.

35. Para B. Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. española de Manuel Fairén (Barcelona 1960) 607 s., el *Favor testamenti* ha actuado en la evolución del testamento haciendo que algunas consecuencias, como las derivadas de la pluralidad de testamentos, no parecieren tan inoportunas.

36. Vid. Perego, «*Favor legis*»... 8 s..

37. La cursiva sobre la cita de Perego, «*Favor legis*»... 6, es nuestra; con ello se quiere resaltar, primero, la consideración *sistemática* de la sucesión testamentaria, como conjunto de institutos y principios lo que explicaría, en su opinión, reglas como *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, el originario rigor en tema de institución en cosa cierta o la del *Semel heres, semper heres* y, es lo que nos interesa destacar, el disfavor por la revocación, traducido en las limitaciones a su operatividad y las dificultades opuestas a su utilización.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

En segundo lugar, un testamento que, si bien puede contener disposiciones de diverso tipo, debe ser, antes que nada, vehículo para el otorgamiento de la condición de heredero. Con respecto a esto puede hacerse también la misma precisión: lo que en Roma es nuclear e imprescindible, en la actualidad hay que situarlo en ese *ideal* testamentario al que venimos haciendo referencia[38].

En clara relación con esto último, y en tercer lugar, un testamento cuyo contenido es propia y fundamentalmente *patrimonial*[39]. Es evidente que el hecho de que el testamento constituya un modo seguro -principal y especialmente por su formalidad, pero también por su carácter unilateral y personalísimo- para que el causante exprese su voluntad, lo hizo entonces y lo hace aún hoy atractivo en aras de poder contener disposiciones con un contenido no directa, clara y necesariamente patrimonial, lo cual en ningún momento debe impedir saber de donde se parte, esto es, de un testamento típicamente contenedor de disposiciones patrimoniales.

Estas características, que en el Derecho romano, aunque vaya menguando lo absoluto de su exigencia, subsisten hasta el final, es evidente que no pueden trasladarse sin más a nuestro actual régimen testamentario. La idea que de forma insistente queremos transmitir es que si bien no puede trasplantarse como *única posibilidad* ese *único* testamento *patrimonial* y con institución de *heredero*, éste si cabe entre las posibilidades de dicho régimen sucesorio testamentario, y que puede caber además -y esta sería nuestra opinión y por tanto lo discutible- como posibilidad *ideal* y *deseable*[40].

3. EL TESTAMENTO *ROMANO OSCURECIDO.*

Antes de llegar al sistema actual, al otro polo de la comparación que estamos realizando, habría que detenerse por un instante en el que ha de considerarse un periodo crucial en la evolución del testamento y sin cuya consideración sería difícil comprender algunas de las circunstancias y condiciones actuales del instituto testamentario. Un periodo en el que, a diferencia de lo que pudiera pensarse, el testamento en vez de salir debilitado quedará definitivamente incluido en la cultura jurídica occidental.

La Alta Edad Media cabe calificarla como una *época oscura*[41] para el testamento[42]. Es el periodo en el que el Derecho romano va a entrar en contacto con los Derechos germánicos, y de donde

---

38. Precisar que si bien es cierto que esa situación nuclear de la institución de heredero en el seno del testamento no debe predicarse de la regulación actual, el heredero, el *heres*, puede seguir hoy considerándose casi lo mismo que en el Derecho clásico romano (en la época arcaica es bastante diverso): básica y fundamentalmente, este es, entonces y ahora y antes que nada, como destacara Levy-Bruhl, *Heres*, RIDA (1949) (*Melanges De Vischer, II*) 137 y ss., el sucesor del difunto. Es aquel, añade este autor, que designado por el *de cuius* o, en su defecto, por la ley o la costumbre, recibe sus bienes, le sucede en sus derechos y en sus obligaciones, cumpliendo sus últimas voluntades.

39. Esto que en Roma era perfectamente identificable en la institución de heredero, fundamentalmente, y en esas otras disposiciones, directa o indirectamente patrimoniales, que este podía contener, creemos que permanece en nuestro testamento actual, aunque no está tan a la vista, entre otras cosas dada la no exigencia de la institución de heredero. Apuntaba de algún modo esta circunstancia, P. Bonfante, *Instituciones...* 597, refiriéndose al testamento actual y advirtiendo que este era una pura y simple disposición patrimonial, y que la institución de heredero no implicaba otra cosa que sucesión en el patrimonio y ser responsable *ultra vires* de las deudas del causante.

40. En este sentido, F. Capilla, *Derecho de sucesiones* (Valencia 1992) 99, acogiéndose a la tesis de lo patrimonial como contenido sustancial del testamento, entiende, sin embargo, que ésta no es incompatible con que el testamento, junto al acto de disposición, contenga una parte del contenido de la voluntad del causante enderezada a actos no patrimoniales, como p.e. la designación de tutor o el reconocimiento de hijos previsto en el art. 741 CC..

41. Esta calificación de *oscura* -que tomamos de algún modo prestada, al menos la idea, de G. Chevrier, *L'evolution de la notion de testament a travers les definitions des premiers romanistes medievaux, Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano 1971) 51 s., quien habla del *eclipse* de la noción romana de testamento o de «la larga noche durante la cual la concepción romana del acto *mortis causa* parecía haberse más o menos profundamente oscurecido..».- puede ser considerada como peyorativa para una época que puede verse como todo lo contrario: como *enriquecedora*, por superadora de la idea romana, del concepto de testamento.

42. Sobre este periodo, en lo que se refiere al Derecho de sucesiones, vid. específicamente la descripción de Tau Anzoategui, *Esquema histórico del Derecho sucesorio del medievo castellano en el siglo XIX* (Buenos

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

puede decirse, por lo que atañe a la materia que nos ocupa, que saldrá *otra cosa* bastante diversa del testamento romano, tal como aparecía configurado en su composición final, después de haber evolucionado a su vez dentro del mismo Derecho romano. Sin embargo, esta oscuridad de la que hablamos no equivale ni mucho menos a *aniquilamiento*[43], ya que dentro de *aquello* que resulta de este periodo, por lo que se refiere a la sucesión basada en la voluntad del causante, hay que considerar incluida, mas o menos arrinconada, dicha idea romana de testamento[44].

De este periodo *oscuro* merecen destacarse dos aspectos, ya tímidamente esbozados. De un lado, esa confrontación entre dos mundos jurídicos, el romano y el germánico, que en concreto en lo sucesorio y, más específicamente, en lo testamentario, diferían en algo más que pequeños matices[45]. Básico debe considerarse el que el papel protagonista de la sucesión, técnica y materialmente, lo ocupen, en uno y otro caso dos maneras distintas de organizar la sucesión, aún hoy subsistentes: la sucesión legal o legítima, en el caso de los ordenamientos de estirpe germánica, y la sucesión testamentaria, en el romano[46]. Aunque el testamento romano subsista y aunque surja un instituto en el que éste se incluya junto con otros actos de última voluntad (codicilo, p.e.) y a pesar de que a la larga se acabe llamando a todo el conjunto *testamento*, no puede ocultarse que ello será ya en un sistema donde los principios que le dan sustancia han variado, incluso en algún caso de manera tan significativa, como en éste de la preponderancia de la delación legítima sobre la testamentaria[47].

Aires 1971) 13 ss., que no duda en hablar de la *situación relegada* del testamento en la Alta Edad media (p. 42). Arvizu Galarraga, *La disposición en el Derecho español de la Alta Edad media* (Pamplona 1977) 129 ss., hablará por su parte y para este periodo de «la decadencia del testamento».

43. En este sentido, como prueba de esta *no desaparición*, ocupándose del testamento barbárico, Schupfer, *Il Diritto privato dei popoli germanici, con speciale riguardo all'Italia. IV. Diritto ereditario* (Citta di Castello-Roma 1915) 189, después de constatar que efectivamente el testamento, desde el Derecho romano, ha tenido su propia evolución, alejándose de dicho modelo, no puede negarse que éste a lo largo de los siglos habría *reganado* terreno.

44. Podría incluso hablarse de *corrupción* del testamento romano: así cabe calificar el hecho, señala A. García Gallo, *El problema...* 266, de que el concepto evolucione llegando a expresar cosas cuya esencia contradice a la del testamento: corrupción es un término que puede denotar hasta que punto se asiste en la Alta Edad Media a la deformación y desfiguración del mismo. Como destaca el mismo García Gallo, Ibid. 265) el concepto técnico de los romanos perdura en la época visigoda y las Fórmulas utilizadas en ella para la redacción de los instrumentos notariales aplican el nombre de *testamentum* a documentos que se ajustan a la tradición romana. Sin embargo, primero en el habla vulgar, y luego en el latín eclesiástico comienza a adquirir tal *testamentum* acepciones alejadas del modelo sustancial romano, acepciones que, incorporadas a éste, suponen una verdadera corrupción de la esencia romana de un concepto que, como acabamos de decir, había sobrevivido al primer contacto con ordenamientos jurídicos que lo desconocían o ignoraban.

45. Sin embargo, algún autor a la hora de establecer las diferencias entre ambos modelos sucesorios, si ha buscado el matiz y el tecnicismo; sirva de ejemplo, Nani, *Storia del Diritto privato italiano* (Torino 1902) 545 s., quien descubría dos puntos esenciales diferenciadores entre la sucesión germánica y la romana: en primer lugar, en la sucesión germánica el heredero no adquiría la herencia mediante la adición, era heredero necesario, heredero de derecho, y en segundo lugar, la sucesión en el Derecho germánico, no era a título universal sino particular.

46. Planitz, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. española de Carlos Melón Infante (Barcelona 1957) 345 s.. Sea como fuere y si bien las disposiciones unilaterales de voluntad eran desconocidas en los antiguos derechos germánicos, la influencia del Derecho romano se hará sentir, lo cual unido, como señala Planitz, Ibid. 369-370, a la influencia de la Iglesia, que había prestado ya el reconocimiento al testamento de los eclesiásticos y había abogado por la libertad de testar (Sobre este aspecto, vid. Schupfer, *Il Diritto...* 190 y Salvioli, *Storia del Diritto Italiano* (Torino 1921) 555 s., pero sobre todo a que la idea de patrimonio doméstico comenzó a debilitarse y se fue considerando, al propio tiempo, cada vez más fuerte el poder de disposición del individuo sobre su propiedad, provocará que se desarrollen también en estos Derechos los que Planitz llama *Testamentos de estilo moderno* y define como *disposiciones unilaterales y revocables de última voluntad con una finalidad distinta.*

47. Muy a tener en cuenta, para la evolución de la generalidad de los sistemas sucesorios, es el modo en el que los derechos germánicos asumen la institución testamentaria, algo de una singular importancia para la concepción actual del mismo. En tal sentido, Armero Delgado, *Testamentos y particiones* I (Madrid 1951) 71, señala que el Derecho germánico, que al principio desconoce el testamento, cuando llega a admitirlo, por influjo de la recepción del Derecho romano, no lo desarrolla sobre la base del testamento romano, sino a la manera del codicilo. Será este, añade, el camino -el de, si se nos permite, un testamento codicilar- por el que se desenvuelve el Derecho moderno.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

Por otro lado, se ha reseñado como el testamento, su concepción romana, no desaparece: va a integrarse en una *superior* categoría, fundamentalmente la correspondiente a los actos de última voluntad[48], la cual acabará apropiándose del nombre *testamentum*, es decir, de un modo mas bien formal y no acogiéndolo con sus características más genuinamente romanas, entre ellas la institución de heredero o la revocación automática por testamento sucesivo. Consecuencia de esto es que el testamento, si bien puede decirse que no pierde en absoluto su significado romano, sale *tocado* de este periodo, sin que pueda ya afirmarse a partir de entonces que éste conserve el valor tipificador que en tiempos había tenido, ni que venga a definir especialmente o concretar la naturaleza de un documento[49]. Con todo, aún en el fondo de ese testamento de nuevo cuño subsistirá el testamento romano[50].

De este periodo, en definitiva, lo que nos gustaría resaltar es el dato de la *supervivencia* del testamento romano, en el seno del conjunto de disposiciones de última voluntad que se configuran en dicha época[51]. Esta presencia va a permitir no sólo que éste (y sus notas más acusadas, como la necesidad de la institución de heredero) aparezca con más o menos evidencia en los actuales sistemas sucesorios -con toda *claridad* en algunos de nuestros derechos civiles, como el catalán o el aragonés[52]-, sino que demostraría el hecho de que la configuración definitiva del testamento romano, en sus caracteres esenciales, coincidiría con ese ideal de testamento, a descubrir entre las posibilidades ofrecidas por nuestra actual regulación testamentaria.

---

48. Es claro, Bussi, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Contratti, successioni, diritti di famiglia)* (Padova 1939) 194, cuando afirma que el testamento quedará para siempre como aquel acto para cuya validez será necesaria la institución de heredero, pero no será más que una de las cinco especies que componen la categoría general y abstracta que es el acto de última voluntad. Esas cinco categorías serían, según indica, este testamento verdadero y propio, el codicilo, la donación *mortis causa*, las varias especies de pactos sucesorios y el llamado contrato sucesorio. Pero no sólo este tipo de actos, ya que, como señala A. García Gallo, *El problema...* 266, compartiendo tan sólo la noción de declaración de voluntad, bajo el concepto de *testamentum* en este periodo se van a poder agrupar tanto una disposición *mortis causa* como una donación entre vivos, una compraventa o una concesión de privilegios, en definitiva, cualquier tipo de declaración solemne y firme, independientemente de que fuese unilateral o bilateral y de que sus efectos quedasen aplazados hasta la muerte). En este sentido, vid. Schupfer, *Il Diritto...* 187.

49. A. García Gallo, *El problema...* 266. En este sentido, también Tau Anzoategui, *Esquema...* 27 s. y Ferrari dalle Spade, *Ricerche...* 19

50. Efectivamente, en el Derecho romano vulgar ha de tenerse en cuenta un dato interesante que ayuda a resaltar el paso de un testamento en el que la institución de heredero era el núcleo y epicentro fundamental a un testamento en el que ese lugar lo ocupa la voluntad del sujeto, algo que tiene una de sus manifestaciones más evidente en la capacidad de revocación por parte del disponente. Sobre este particular, vid. Samper Polo, *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, AHDE (1968) 87 y ss., quien coloca entre las notas predominantes del derecho de la época la exaltación de la *voluntas* y utiliza la revocabilidad, expresión de la anterior, como vaso comunicante entre el testamento y la donación *mortis causa* para confrontarlas conjuntamente a los pactos sucesorios.

51. Esta idea de supervivencia, con fundamento en una continuidad del testamento romano, aunque fuera en sus elementos mínimos es la que encontramos en este fragmento que recogemos de Alonso Lamban, *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, RDN 5 y 6 (1954) 85 s., el cual creemos muestra a las claras como el testamento romano, aunque parezca desaparecido, sobrevive y es precisamente eso lo que permite que hoy pueda seguir aún determinando en su esencia al testamento actual; decía -siempre desde la perspectiva del Derecho aragonés- Alonso Lamban: «si con criterio romanista consideramos esencial e imprescindible para la existencia del testamento la institución de heredero, no encontraremos verdaderos testamentos hasta casi el siglo XIV, es decir hasta la recepción del Derecho romano, que, como es sabido, fue algo lento y paulatino difícil de concretar en una fecha ni siquiera en un siglo; ahora bien -añadía, mostrando ese mínimo superviviente romano y por tanto esa continuidad-, si por testamento, con orientación más moderna, entendemos simplemente el acto por el cual la persona manifiesta su última voluntad -para que ésta sea cumplida después de su muerte-, no cabe duda que existen verdaderos testamentos en nuestro Derecho aragonés de la alta Edad Media y que tal institución viene regulada en las fuentes legales de la época».

52. Cataluña se constituye -Vid. A. García Gallo, *El problema...* 266- en un verdadero bastión para la conservación del Derecho sucesorio romano y en concreto del testamento. Cfr. específicamente Udina i Abello, *La Successió testada a la Catalunya Altomedieval* (Barcelona 1984) o Soto Nieto, *Principios sucesorios vigentes en el Derecho civil especial de Cataluña*, RDP (1985) 603 ss.; últimamente, y desde una perspectiva muy actual, Garrido Melero, *La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el Derecho catalán actual*, RCDI (1997) 463 ss. Sobre la vigencia de los principios sucesorios romanos en el Derecho aragonés, vid., por todos, el trabajo de Alonso Lamban y su continuación en RDN 9 y 10 (1955) 241 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

4. CON ESTAS COORDENADAS: NUESTRO TESTAMENTO ACTUAL.

Llegamos así al segundo de los extremos de aquella confrontación que planteábamos entre testamento romano y sistema actual[53]. No hay que recordar que nos presentamos ante este último con un propósito muy específico, apuntado ya repetidamente: constatar la existencia en nuestro sistema sucesorio de un modelo o ideal testamentario, coincidente en su esencia con el testamento romano[54].

La concepción de testamento romano que se ha esbozado explica por si sola su actualidad y nos permite, pensamos, afirmar rotundamente que ese esquema, esa estructura de testamento, en su esencia, es la que subsiste hoy en nuestro sistema sucesorio, o al menos con ella es identificable el *desiderium* de testamento que puede extraerse del mismo. Los trazos de éste pueden encontrarse, aun en su parquedad, en el mismo art. 667[55], el cual no soslaya la importancia del contenido patrimonial como contenido *propio* del testamento al definirlo precisamente como el *acto por el que una persona* ***dispone*** *para después de su muerte de* ***todos sus bienes o de parte de ellos***[56].

Y no sólo lo patrimonial: es ahí donde hallamos la base, muy amplia sin duda, para hablar también de la institución de heredero como contenido *ideal* del testamento. Este sería un argumento demasiado débil si el mismo Código no pareciera apuntar tal dirección -en suma, la de un testamento *romanizado*- en el art. 668: la disposición de bienes contenida en el testamento puede hacerse a titulo de herencia o legado (vid. art. 660), ahora bien, *En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal.* Ello nos invita a pensar que la actual no obligatoriedad de la institución de heredero se relativiza, sino en el derecho positivo, donde es clara su no exigencia (art. 764 CC.)[57], sí al menos reconociendo, en el horizonte y en el espíritu de la ley (art. 668), ese testamento

---

53. Y llegamos a este punto, una vez contemplada la evolución de la institución testamentaria -cuya conclusión sintetizaba, Armero Delgado, *Testamentos*... 71, señalando que el camino por el que se desenvuelve el Derecho moderno, en lo que se refiere al testamento es concibiendo este como «acto de disposición patrimonial *mortis causa*, que no exige como esencial el nombramiento de heredero y permite la disposición de los bienes sólo en parte, pudiendo coexistir la sucesión testada con la intestada»- y llegamos también, si se quiere, con el *prejuicio* de tratar de encontrar, a pesar de esta evolución y a pesar de lo que ésta ha supuesto de transformación del testamento, el ideal de testamento existente en nuestro Código, coincidente para nosotros en su esencia con el *testamentum* romano.

54. En este sentido podría aplicarse aquella *Biologia giuridica* de la que hablaba B. Biondi, *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana, nei codici e nella dommatica moderna*, RIDA (1966) 108, en el sentido de intentar localizar los primitivos conceptos, verdaderas células germinativas, desde las que se ha desarrollado el sistema presente en el Derecho y en la ciencia modernas, y ello con el convencimiento de que esta indagación no lleva a la mera curiosidad histórica, sino que los principios allí localizados subsisten en gran medida, ayudando a explicar la realidad actual.

55. En opinión de F. Capilla, *Derecho*.... 98 s., este precepto es suficiente para negar que en nuestro Derecho sea admisible un concepto meramente formal; este precepto exigiría, añade Capilla, que la voluntad testamentaria esté dotada de un cierto contenido, debiendo consistir en un acto de disposición patrimonial *mortis causa*.

56. En la doctrina, escueta y sencillamente, resaltaba esta *preponderancia de lo patrimonial* Royo Martínez, *Derecho sucesorio «mortis causa»* (Sevilla 1951) 72, al definir el testamento como «un negocio jurídico unilateral, formal o solemne, personalísimo y revocable, por el que una persona dicta disposiciones, especialmente patrimoniales, para después de la muerte», si bien inmediatamente lo *rebajaba* indicando que si bien «normalmente el testamento contiene unas disposiciones de carácter patrimonial (institución de herederos y mandas o legados), ello no es de esencia, pues cabe que exista un testamento que contenga únicamente...». También, la importante sentencia de 8 de julio de 1.940 -calificada por F. Capilla, *Derecho*... 100, como de *emblemática*- parte precisamente de estos preceptos, para concluir que el testamento es «esencialmente un acto dispositivo de bienes o derechos». Sobre esta sentencia y otras resoluciones en la misma dirección, vid. Albaladejo, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. IX. Vol.1-A (Madrid 1990) 99-101.

57. Este precepto -que vendría a establecer, señala Albaladejo, *Comentarios* ... T .X, Vol. 1. *Arts. 744 a 773 del Código civil* 315-318, la independencia del testamento de la institución de heredero y de la aceptación y sucesión del instituido- debe considerarse, efectivamente, frente a nuestra tesis, un serio inconveniente de Derecho positivo. Se trata de una norma que, en opinión de A. Gordillo Cañas, *Art. 764, Comentario del Código civil* I (Madrid 1993) 1882-1884, contribuiría, frente al Derecho romano y nuestro Derecho histórico, a un sistema, el actual absolutamente relajado, en el que la institución de heredero ha dejado de ser la solemnidad interna del testamento.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

tipo o ideal, correspondiente a nuestro sistema y en el que entraría como componente esencial y fundamental dicha *heredis institutio*[58]. Una discusión la de la necesidad de la institución de heredero que, en definitiva, si bien, como afirmó Marti i Miralles[59], no puede referirse al derecho constituido (positivo) nada impide que se desenvuelva en el ámbito del derecho filosófico o constituyente.

Más difícil puede ser justificar desde el Código que este ideal testamentario pase por la existencia de un único testamento en la sucesión. Para constatarlo puede recurrirse al art. 739, 1 en cuyo fondo, como advertíamos en su momento, puede vislumbrarse ese único testamento. En este precepto, partiendo del principio de la unicidad testamentaria y sobre todo de la soberana voluntad del causante, se articula una regla revocatoria en la que es esa voluntad la que debe determinar que sea uno o más testamentos, en todo o en parte, los que regulen la sucesión, eso sí, si el causante no se manifiesta al respecto sobrevive un *único* testamento: el último.

Con todo ello se está contribuyendo a delinear el sistema sucesorio español, proporcionando a éste unos principios o directrices, útiles siempre por interpretativos y de los cuales poder partir cuando se aborde cualquier cuestión testamentaria. Como tal, al menos, como criterio o pauta de interpretación, sí puede mantenerse esa *tendencia* en el testamento hacia la unicidad, y hacía lo patrimonial y la institución de heredero, en un sistema sucesorio que no puede concebirse -no lo hace el Código- de forma rígida sino flexible, aunque esta flexibilidad la utilicemos, en nuestro peculiar modo de ver las cosas, *mirando hacia atrás*, hacia las mismas esencias histórico-romanas de la sucesión testamentaria.

Este planteamiento que proponemos no nos parece *descabellado* y por supuesto tampoco inútil, en la medida en que con él se pone en evidencia la configuración misma del sistema sucesorio diseñado en el código. En definitiva, se podría acceder así, por una *carretera secundaria*, como puede considerarse la revocación del art. 739, 1 CC., a la conformación de alguno de los elementos básicos de nuestra sucesión *mortis causa*, principalmente el testamento y a la configuración también del modo en que éste aparece regulado y relacionado con otros institutos sucesorios.

Todo esto -seguimos con el mismo propósito y en la misma línea *trascendente*-, sea el concepto de testamento, sea el aspecto más específico de la revocación de éste, engarza, sin duda, con otra cuestión que sólo nos podemos limitar a mencionar: la relativa a los llamados contenido típico y atípico del testamento[60]. Con los parámetros usados hasta aquí, el primero de estos, podría ser reconocible en ese contenido patrimonial que acaba de resaltarse: algo que caracteriza al testamento, como afirma recientemente Rescigno, configurándolo siempre -éste *siempre* es claramente objetable

---

58. A este respecto, puede recordarse la valoración positiva que merecía a Trabucchi, *L'autonomia*... 664 s., la presencia de la institución de heredero, concebida como contenido propio y típico del testamento, en el Derecho actual, en la medida en que puede contribuir de manera significativa, como destacaba el maestro padano, no sólo a desentrañar la concepción moderna de testamento, sino que el hecho de que se reconozca al testador, junto al poder de disponer de los bienes, el poder también de nominar un heredero -incluso en sustitución de aquel que la ley prevé- es algo que ayuda a explicar la autonomía del testador en el campo patrimonial.

59. Vid. Marti i Miralles, *Principios del Derecho sucesorio* (Madrid 1964) 15 s.; utilizaba este argumento, entre otros, el maestro catalán para contestar a las críticas vertidas por Manresa comentando el art. 764 (No en las últimas ediciones; hemos contrastado el texto reproducido por Marti, en *Comentarios al Código civil español* IV (Madrid 1921) 96-98, sobre aquellos tratadistas que disentían aún sobre la necesidad de la institución, los cuales habrían llegado -en sus exageraciones de escuela, señala Manresa- hasta el extremo de negar su cualidad de testamento a las disposiciones de última voluntad que carezcan de este requisito.

60. Sobre esta cuestión, Trabucchi, *L'autonomia*... 688, terminaba por considerar el testamento como acto-cuadro, por su esencia una figura típica, independientemente de que pueda variar de su contenido, el cual sobre un mismo plano puede tener carácter no patrimonial o patrimonial, y en este último caso puede tener efectos estrictamente sucesorios o no. Con un planteamiento de este tipo se amplía el concepto de testamento, pero se reduce su esencia; así, señala Trabucchi, esencial es que sea destinado a prever una regulación mortis causa de los intereses del difunto. Con esta misma *amplitud*, vid. Albaladejo, *Comentarios* ... T .X, Vol. 1. *Arts. 744 a 773 del Código civil*... 101 s., quien después de definir también *ampliamente* el testamento, es decir, incluyendo las disposiciones no patrimoniales, concluye que «esencia del testamento es el disponer para después de la muerte (art. 667) para regular la situación que creará el fallecimiento del disponente (disposición *mortis causa*)».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

si se pierde de vista que nos movemos en sede de *ideal testamentario*[61]- como un acto que tiene un contenido eminentemente patrimonial[62]. Esta preponderancia de lo patrimonial -la que puede deducirse del art. 667 CC.- en el contenido testamentario, configura o determina un criterio a *senso contrario*, configurando un punto de referencia para determinar todo lo que no es típico o propio del testamento[63]. Aparece así la atipicidad en el contenido, que según algunos en ningún caso debe entenderse como una desnaturalización del testamento[64], lo cual puede admitirse pensando que calificarlo así supondría tal vez no reconocer la evolución del instituto, no considerando la destilada -aunque no por ello a veces tibia o confusa- distinción entre el testamento materialmente considerado en cuanto negocio *mortis causa* y el testamento como documento[65].

En nuestro Código por otra parte, a diferencia, por ejemplo, del ya reseñado art. 587 del Codice civile italiano[66], no hay una referencia directa a estas disposiciones atípicas, por lo que la existencia de éstas deberá rastrearse en el articulado. Por ello, para realizar la distinción entre contenido típico y atípico del testamento, debe existir un referente, un criterio que fundamente el que determinada disposición pertenezca a una u otra *categoría*. Este criterio es antes que nada de naturaleza legal, ya

---

61. Una cosa es *reducir* el alcance de la patrimonialidad como elemento caracterizador del contenido testamentario y otra muy distinta *excluirla* como veíamos que hacía Martínez Calcerrada, *El testamento y su pretendida patrimonialidad (su empleo en la técnica del reconocimiento de hijos naturales)*, RDP (1966) 473, quien llevaba tal negativa al extremo de entender que sostener como elemento esencial del testamento la patrimonialidad de sus disposiciones sería «tanto como negar la facultad o capacidad de testar a las personas desprovistas de bienes o tanto como admitir que el ejercicio de las «cualidades inherentes a la persona» o «las prerrogativas fundamentales del individuo» dependen de que estos tengan o no un patrimonio».

62. En este sentido P. Rescigno, *Successioni e donazioni* I (Padova 1994) 649, reconoce, algo perfectamente trasladable a nuestro sistema sucesorio, como es que esta característica del testamento no se presenta con la claridad de otras especialmente reconocidas como tales notas por el mismo ordenamiento (personalismo, carácter formal o solemne). Sobre la misma cuestión vid. más específicamente, también en la misma obra, *Successioni e donazioni (A cura de Pietro Rescigno)*, el trabajo de Cuffaro, *Il testamento in generale: caratteri e contenutto,* 727 ss..

63. F. Capilla, *Derecho...* 999, distingue, con fundamento en esta patrimonialidad, un contenido típico del testamento, consistente en la disposición patrimonial *mortis causa*, y otro atípico, que consistiría en cualquiera otros actos, manifestaciones, etc., que en la forma testamentaria se contuvieran.

64. Sea como fuere, hay que compartir la conclusión de P. Rescigno, *Successioni...* 650, que otorga a estas disposiciones no patrimoniales una función enriquecedora del testamento, en cuanto que ésta posibilidad, la de dichas disposiciones de carácter no patrimonial revestidas de la forma de testamento, parece indicativa de la naturaleza propia del testamento como forma destinada a acoger una pluralidad de actos, o mejor de disposiciones, en primer lugar de carácter patrimonial, pero también no patrimonial, teniendo en común el deferir su eficacia a la muerte del testador.

65. Sobre esta diferenciación de estos dos aspectos en el testamento, Allara, en *Principi di diritto testamentario* (Torino 1957) 25 s. -obra que según 'll mismo declaraba servía para completar, aunque en manera sumaria, sus anteriores publicaciones- advertía como efectivamente el término testamento viene adoptado en la terminología jurídica, con dos significados bien distintos: por un lado, como negocio y por otro como documento, resultante éste de la actividad de documentación de la declaración testamentaria. Añadía, que si en la primera acepción el término testamento sirve para indicar una *actividad* del sujeto, en el segundo sirve para indicar una *cosa* -un objeto, es decir, el trozo de papel sobre el que son escritas las disposiciones testamentarias- el cual tendría la función de fijar de modo permanente la representación de la declaración, posibilitando su conocimiento a distancia en el tiempo. En nuestra opinión, la *realidad* operativa de estos dos conceptos no va más allá de los concretos aspectos del régimen jurídico en los que estos se manifiestan -p. e. es evidente que en la exigencia de la forma aparece en primera línea de importancia la consideración documental del testamento- restando siempre la unidad conceptual del testamento, algo que se manifiesta en la interdependencia de ambos aspectos: el documento es relevante en cuanto contiene una voluntad ordenadora de la sucesión y esta a su vez, para cumplir dicha actividad ordenadora, requiere a su vez de dicho armazón documental.

66. Ferri, Voz *Revoca (dir. priv.), EdD.* XL (Milano 1989) 201 s., precisamente ocupándose de la revocación del testamento, hace la distinción, desde el diverso contenido que éste puede tener, entre testamento y forma testamentaria, consideración que permite entender que puede contener disposiciones de naturaleza no patrimonial, que son eficaces y operativas aunque falten, en el testamento mismo, las disposiciones patrimoniales (art. 587, 2).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

que es el Código el que con su elección de un definido tipo de testamento determina que es lo que *propiamente* éste contiene, pero *también* que es aquello que este puede contener. Y hay que poner atención en que no decimos debe contener: el testamento puede estar conformado solamente con una disposición de esas consideradas atípicas, no existe una imposición de un contenido como necesario. Existe sin embargo a nuestro entender, y con ello llegamos a lo ya sustentado, un *desiderium* de testamento, en el que lo patrimonial, la ordenación económica de la sucesión del sujeto, y, apurando a la vez que concretando, la institución de heredero son los elementos fundamentales. En este modelo o tipo ideal, sin ninguna virtualidad legal o coercitiva sobre el causante dispuesto a testar, extraído del diseño presente en el Código, puede ser identificable también ese contenido típico. Es un *modelo* cuya utilidad se demuestra, como el movimiento, *andando*: como algo que podrá servir de guía a la interpretación testamentaria y, por qué no, al permanente debate sobre nuestro sistema de sucesión *mortis causa*.

Estas y otras cuestiones que seguramente pueden suscitarse ponen de manifiesto la necesidad de replantearse importantes aspectos de nuestro sistema sucesorio. Estudiando la revocación testamentaria tácita conformada en el art. 739, 1 y la asentada y seguida crítica hecha en nuestra doctrina, se ha evidenciado la necesidad de revisar la sucesión testamentaria diseñada en el Código, sobre todo en el aspecto que hemos venido destacando: tratando de localizar cual es el ideal de testamento, aquel para el que las normas testamentarias están pensadas y al que éstas pueden aplicarse, en principio, sin que chirríe o se desajuste el resto del sistema.

5. CONCLUSIONES.

A modo de resumen, podemos señalar las conclusiones a que conduce esta revisión sistemática de nuestra sucesión *mortis causa*, iniciada desde un *ángulo* menor, como puede considerarse la revocación testamentaria tácita, pero que lleva, como hemos comprobado, a las mismas esencias de nuestro ordenamiento sucesorio.

En primer lugar, estaría lo que, con mejor o peor fortuna, acaba de intentarse: la conveniencia de una reconsideración de nuestro sistema sucesorio, traducido, sobre todo, en un replanteamiento de algunas premisas sobre el mismo *demasiado* asumidas[67]. Entre ellas habría que situar la *desromanización* de dicho sistema y fundamentalmente la de aquel sector de este del que nos hemos ocupado principalmente: el régimen testamentario[68]. Habría que desterrar la idea que en el fondo parecen mantener muchos entendiendo que de Roma nos hubiera quedado solamente, por lo que se refiere al testamento, una especie de *nomen iuris*; entenderlo así equivaldría no sólo desconocer el genio jurídico romano -desconocimiento cuya valoración puede ser muy diversa, al concurrir elementos casi *sentimentales*, no sólo científicos, para calificar tal actitud- sino toda una evolución, la del testamento, cuyas raíces son y serán -esto es historia- romanas. No está, por tanto, perdido todo lo

67. Las muestras de esto que ha llegado a configurarse como un verdadero lugar común en la doctrina son innumerables; a modo de ejemplo, vid., en una obra *menor* y en un escueto pero significativo párrafo, Midiri, *La revoca espressa dei testamenti e le condizioni imposibili, Studi in onore di Alfredo Ascoli* (Messina 1931) 733, el párrafo que reproducimos (y traducimos): «el derecho moderno se ha separado de la concepción romana del testamento. De la concepción formal romana del testamento -añade- no queda otra cosa que cuanto reguarda a las formas exteriores; para la sustancia, para el contenido, el edificio del Derecho romano ha caído, quizá bajo la influencia del codicilo del que más directamente deriva nuestro testamento

68. Para una justificación de la importancia de la historia de los institutos en la configuración de nuestro Derecho sucesorio, nos sirven las palabras de Nuñez Lagos, *El derecho sucesorio ante la tradición española y el CC.*, RGLJ (1950) (escrito como prólogo para el libro de Armero Delgado, *Testamentos...* 405 s.), quien afirma lo siguiente: «La exposición de nuestro Derecho sucesorio sólo puede hacerse mediante conceptos y realidades definidos históricamente. El Derecho positivo actual únicamente nos será claramente inteligible por referencia, confirmatoria o derogatoria, al Derecho anterior, y, por tanto, en función de él, sin que no le faltase al final, para rematar, cierta acidez crítica en combinación con una reivindicación de nuestras genuinas fuentes: pero ha sido más cómodo y fácil hacer el cotejo de los manuales de Derecho francés, sin tener plena conciencia del abismo profundo que separa nuestro Derecho sucesorio, de recia estirpe romana y boloñesa, del Derecho francés, transcripción del Droit coutumier, con clásico entronque germánico»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

romano; sobrevive en gran medida, inspirando con sus principios el sistema actual[69]; hay que partir necesariamente, en el obligado paso histórico para la construcción de nuestro sistema sucesorio, de ese origen romano[70]; las instituciones resultantes -siempre en evolución- tienen en su esencia mucho de romano; cuestión distinta -como puede plantearse en el caso de la revocación ex art. 739, 1 CC.- es que técnicamente, a la hora de legislar no se haya sido preciso y capaz y no se hayan adecuado unas instituciones a otras, surgiendo las incoherencias y los desajustes. En definitiva, son problemas, y aquí es donde deben hacerse las propuestas de *lege ferenda*, que pueden corregirse; lo que no puede cambiarse es el alma romana de nuestro testamento[71].

En segundo lugar, desde la conclusión alcanzada y con la mencionada actitud, puede ser una buena ocasión para replantearse de nuevo cuál es el testamento que se regula en nuestro Código, ajustando sus posibles variantes -y con esto obviamente no nos referimos a las formas de testamento- como el que pueda ser meramente *codicilar* o el que pueda contener disposiciones no patrimoniales[72]. Eso que hemos llamado ideal de testamento, un concepto que se construye con una importante dosis de historia, otra de reflexión doctrinal y una fundamental, la que proporciona la realidad práctica de

69. En esta línea hay que situar las conclusiones alcanzadas por B. Biondi, *Prospettive romanistiche, Scritti giuridici. I. Diritto romano. Problemi generali* (Milano 1965) 319-322, reconociendo *utilidad práctica* a la ciencia del Derecho romano, una utilidad no impuesta como antiguamente por la indiscutible autoridad que tenía todo lo que proviniese de la sabiduría romana, sino más bien porqué a través de ella puede entenderse mejor el derecho privado moderno, que tiene precisamente en el Derecho romano su punto de partida.

70. Como muestra de esto, plantea G. Scherillo,., en su curso de Derecho romano sobre el testamento, (vid. Corso... 2), en el que no van a faltar, como el mismo reconoce, las referencias al Derecho actual, ya que, en su opinión, el estudio del Derecho romano tiene derecho de ciudadanía en las facultades jurídicas, no sólo como instrumento de indispensable para la educación y la formación del jurista, sino también porque es presupuesto necesario para la comprensión del Derecho actual.

71. En este sentido, destaca recientemente J. Iglesias, *Esencia y consistencia del «ius romanum»*, LABEO (1995) 83 ss., una característica del Ordenamiento jurídico romano, nada despreciable desde el punto de vista actual y que puede ser aplicable a la reflexión que hacemos sobre la evolución del testamento: la aptitud del Derecho romano para aumentar *desde dentro de si mismo*, algo difícil de entender con una disposición mental moderna pero que le otorgo la capacidad para producirse *en avanzada*, al servicio de nuevas exigencias o demandas, sin que se tambaleara, su estructura, su ordenación originaria, apegada férreamente a la idea de ser tenida por intocable.

72. A este respecto, son de valorar intentos como el de Criscuoli, *Il testamento. Norma e casi* (Padova 1991) 129, en la doctrina italiana, el cual trata de dar un concepto de testamento renovado e integrador de algunas características, que no puede decirse que sean nuevas, pero que sí necesitan ser simplemente *constatadas*; así, para Criscuoli, el testamento puede descriptivamente individuarse en aquella regulación voluntaria con la cual su autor, disponiendo en modo directo o indirecto, de las propias sustancias, determina programáticamente, también para la satisfacción de intereses no económicos, un cierto *assetto* de orden patrimonial para el tiempo sucesivo a su muerte en el cuadro de su vicisitud sucesoria.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

un instituto jurídico en su desenvolvimiento diario, adecuada al entorno social y a su previsible proyección futura, puede ayudar a esa construcción (más bien clarificación) de nuestro sistema sucesorio[73].

73. Algo así es lo que Doral, *Titularidad y patrimonio hereditario*, ADC (1973) 477, denominaba *El nuevo reto de la doctrina*. En efecto, viene siendo una preocupación en nuestra doctrina -prueba de ello serían las conclusiones alcanzadas por este autor o por Condomines, *Crisis del Derecho Sucesorio*, ADC (1970) 710- acometer lo que nos atreveríamos a llamar una *reordenación* de nuestro derecho sucesorio, planteándose especialmente el papel que en general debe desempeñar en este la sucesión testamentaria y su relación (*tensión*, según la entendemos nosotros) con la sucesión legítima. Así, de manera clara, constatando una serie de cambios sociales determinantes, Alvarez-Sala, *El Derecho civil del siglo XXI*, RDN (1989) 31 s., apunta hacía la desaparición en futuro de las legítimas, de la sucesión forzosa, algo justificado en un pleno reconocimiento de la libertad de testar, como instrumento jurídico que le permita al anciano procurarse *el mimo, las atenciones, la compañía o los cuidados de los hijos o de cualquier otra persona que le asista suficientemente*. Ello puede conllevar, en una especie de *reconformación* del testamento, mirar hacía detrás y descubrir que éste, con sus primigenios trazos, conseguiría dar respuesta a muchas de esas cuestiones que plantea el entorno social. Con todo, no falta quien como González Porras, *Sucesión por testamento y cambios sociales. Formas alternativas de transmisión patrimonial, en Familia, herencia, sociedad* (Córdoba 1993) 89 ss., recuerde que el futuro puede pasar quizá por esas que ha llamado «formas alternativas de transmisión patrimonial» (p.e. la renta vitalicia o el contrato de vitalicio), las cuales estarían motivadas por lo que califica como *voracidad insaciable del fisco* y que habría provocado la mengua del rol jugado por el testamento en la práctica sucesoria. Sea como fuere, incluso como una de esas formas alternativas, podría plantearse un testamento, amparado por un pleno reconocimiento de la libertad de testar, y que hubiera recuperado algunas de aquellas características que lo singularizaron desde su aparición, y que este habría ido, sino perdiendo, si al menos escondiendo y solapando a lo largo de su evolución. En esta línea de reflexión y en la doctrina italiana, vid. Scalisi, *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, Riv. Trim. Dir. Pro. Civ. (1989) 387 ss., y Sbisa, *Fattori di evoluzione del diritto privato, scomposizione degli istituti e ricostruzione del sistema*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. (1990) 811 ss. (esp. 818- 820), así como antes el trabajo de liserre, *Evoluzione storica e rilievo costituzionale del diritto ereditario*, Jus (1959) 204 ss.(esp. 227-231). También sobre estas cuestiones, desde la específica perspectiva constitucional, vid. A. López López, *La garantía instucional de la herencia*, DPC (1994) 29 ss..

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705

https://doi.org/10.55104/FRDC_0705