NUNCUPARE HEREDEM[1]

Jose Maria BLANCH NOUGUES
(*Univ. Autonoma Madrid*)

1.- Gayo[2] y Aulo Gelio[3] nos refieren los dos primeros *genera* de testamento nacidos en los albores de la *civitas* : el testamento

---

[1]Quiero expresar mi agradecimiento a la Prof. E. QUINTANA ORIVE de la Universidad Autónoma de Madrid por la colaboración que me ha prestado en la elaboración de este artículo que desarrolla la comunicación que presenté con el mismo título en la LIV Sesión del Congreso SIHDA celebrado en Antalya (Turquía) en septiembre de 2000. Asimismo al Prof. H. ANKUM por sus gentiles observaciones al término de mi comunicación y a la Prof. O.E. TELLEGEN-COUPERUS por su contribución que agradezco a mi artículo respecto a la *iuris regula* "*plus nuncupatum minus scriptum*".

[2]Gai.2.101-103 : *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt : nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant ; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.* M. D'ORTA (*Saggio sulla* "*hereditas institutio*". *Problemi di origine*, Torino 1996, p.158ss.) después de la lectura de diversos pasajes de Aulo Gelio, de Pomponio y de las citas que nos han llegado de Lelio Felix, afirma que la sistemática gayana en esta materia derivaría directamente de los comentarios *ad ius civile* de Q. Mucio Escévola que incluiría precisamente en su primer libro la materia relativa al testamento.

[3]A. Gelio., *Noct. Att.* 15.27.3 : *Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus : unum quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vacabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhiberetur.* Dicha clasificación también se encuentra recogida en Reglas de Ulpiano 20.2 : *Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est.* Así también en Inst.2.10.1 : *sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod calatis comitiis appellabatur, altero, cum in proelium exituri essent, quod procinctum dicebatur. accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram, scilicet quia per emancipationem, id est imaginariam quandam*

calatis comitiis, por el que un ciudadano presumiblemente carente de descendencia solicitaba la aprobación del pueblo romano reunido en los comicios para adoptar a alguien como hijo y heredero suyo[4]; y el testamento *in procinctu* que realizaban también oralmente los militares romanos estando el ejército pertrechado (*procinctu*) y formado para la batalla y después de que los jefes militares capaces para ello realizasen los augurios pertinentes[5].

---

venditionem, agebatur quinque testibus et libripende civibus Romanis puberibus praesentibus et eo qui familiae emptor dicebatur. sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt : quod vero per aes et libram fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit.

[4]B. BIONDI (*Successione testamentaria e donazione*, Milano 1955, p.33.) entiende que los comicios curiados, llamados a estos efectos, *calata* se reunían *pro collegio pontificum* y que el acto tenía carácter religioso dado que en la antigua sociedad patriarcal la designación de un continuador de las relaciones jurídicas no era un hecho indiferente a la religión. Sobre los problemas que plantea la naturaleza y función de esta forma de testamento a la doctrina romanística, véase E. VARELA, *La escasa viabilidad de la sucesión testamentaria en época arcaica*. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. U. Alvarez Suárez, Madrid 1978, p.537ss., y bibliografía allí citada. También es de destacar más recientemente : J. ZABLOCKI. *Appunti sul "testamentum mulieris" in età arcaica*, BIDR 94-95 (1991-1992) p.157ss. ; M. D'ORTA, *Saggio sulla "Heredis institutio". Problemi di origine.* Torino 1996, p.100ss. Por otro lado, respecto a la cuestión de la capacidad jurídica de la mujer para otorgar testamento comicial, E. VOLTERRA (*Sulla capacità delle donne a far testamento.* BIDR 1941, p.74ss.) defendió dicha capacidad frente a la tesis tradicional en la materia.

[5]Véase, G. SCHERILLO, *Appunti sul testamento "in procinctu" nel diritto romano*, Milano 1967 ; L. MINIERI, *Il "Testamentum in procinctu"*. SDHI 64 (1998) p.253ss. ; M. D'ORTA. *Saggio sulla "heredis institutio"...*, *op.cit.*, p.111ss. MINIERI concluye diciendo que de acuerdo con las fuentes es imposible llegar a una concreta determinación de la época de introducción del testamento *in procinctu* (p.256). Respecto a la época de su extinción, vemos que Cicerón refiere el testamento *in procinctu* como un lejano recuerdo histórico y vincula su desaparición a la pérdida de la facultad de los procónsules de dirigir los auspicios (Cic., *de nat. deor.*2.3.9) lo que, a su vez, podía derivar de la ausencia de una *lex curiata* en su nombramiento. También en un pasaje de la Guerra de las Galias de César (Caes., *bell. gall.*1.39) se menciona un testamento hecho colectivamente por un ejército romano que no era el *testamentum in procinctu* sino un testamento "sellado" : "*vulgo totis castris testamenta obsignabatur*". No obstante, tampoco parece que el recuerdo del testamento *in procinctu* fuera en realidad tan lejano cuando (L. MINIERI. *Il Testamentum...* op.cit., p.285 ; M. D'ORTA, *op.cit.*, p.121) Velleio Patercolo (*Hist.Roma*, 2.5.2-3) nos narra un caso de testamento *in procinctu* realizado en un ejército romano que combatía en Hispania hacia el año

En época decemviral no se comprendían, por tanto, otras formas de otorgar testamento por lo que Gayo nos plantea el gravísimo problema del ciudadano romano que en tiempos de paz se viese ante un inminente peligro de muerte y no pudiera esperar hasta la próxima reunión de los *comitia calatiis*. En tal caso, la jurisprudencia pontifical, aún antes - según la opinión mayoritaria[6]- de las XII Tablas, hizo posible la utilización como expediente jurídico de la llamada *mancipatio familiae* a la cual aludía también Gayo si bien de una manera ciertamente confusa[7] mezclando dicho expediente con el muy posterior testamento *per aes et libram* que, como sabemos, aunque se basa en la estructura de la *mancipatio familiae*, es ya una auténtica forma de testamento.

La *mancipatio* como negocio formal y solemne de transmisión de la propiedad se basaba a su vez en la *nuncupatio* o declaración

---

143 a.C. Y aún más, como puso de relieve ZABLOCKI (*Apunti sull testamentum mulieris in età arcaica*, BIDR 1991-1992, p.157ss., p.170) la reforma militar que puso al ejército romano bajo el mando de procónsules y propretores data de época de Sila (82-79 a.C.) ; es decir, estamos, por tanto, en una época inmediatamente anterior a la de Cicerón. Sin embargo, añade MINIERI (*op.cit.*, p.291), que si bien es cierto que la *lex Cornelia de provinciis* pone la dirección de la guerra en manos de los procónsules los cuales estaban privados de la posibilidad de realizar los auspicios, en realidad Cicerón no refería dicha ley sino que subraya que la causa de la crisis de los auspicios está sólamente en el distanciamiento de la clase dirigente hacia la práctica augural, un motivo de difícil datación y que debió producirse gradualmente en el tiempo.

[6]La cuestión acerca de si la *mancipatio familiae* nace antes o después de la legislación decemviral ha sido tradicionalmente muy discutida en la doctrina. Véase en este sentido, U. VON LÜBTOW *(Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römisches Erbrechts*. Studi P. de Francisci I, Milano 1956, p.407ss., 434ss.) quien después de reconocer la dificultad de esta materia y de recoger una amplia reseña bibliográfica con las dos tesis contrapuestas (p.435, n.3 y 4) se inclina en favor de considerar el origen anterior a las XII Tablas de la *mancipatio familiae* ya que la necesidad de testar urgentemente en caso de peligro de muerte y la imposibilidad de esperar a que se celebrasen los *comitia calatiis* debió ser sentida antes de época decemviral : " Sie (*mancipatio familiae*) war schon von der Zehnmännerzeit ein unabweisbares Bedürfnis, da es ja nur zwei Termine im Jahr für die Errichtung des Komitialtestaments gab ". También DULCKEIT [*Plus nuncupatum minus scriptum. Ein Beitrag zur Entwicklung des römischen Testamentsrechts*, ZSS 83 (1953) p.181-182] señala citando una doctrina mayoritaria al respecto que " in dieser Form reicht das Manzipationstestament vermuchtlich noch vor die Zwölftafeln zurück ".

[7]Así Gayo califica como forma de testamento a la propia *mancipatio familiae* de época al menos decemviral. Véase en este sentido en la nota 1, Gai.2.102.

que debía pronunciar el adquirente ante testigos para producir los efectos jurídicos deseados de conformidad con unos formularios que serían fijados definitivamente por la jurisprudencia pontifical. Gayo nos dice al respecto que *nuncupare est enim palam nominare*[8] y Festo recoge en su diccionario de la lengua latina, citando a tal efecto a Cicerón, que *nuncupata pecunia est nominata, certa, nominibus propriis pronuntiatia...*[9]". Por tanto, como comentaba Gioffredi[10], con este término se trata de indicar que la voluntad que se expresa debe ser cierta, precisa y testimoniable en virtud de las fórmulas precisas empleadas. La *nuncupatio* como declaración solemne encuadrada en un formalismo ritual y apta para producir efectos jurídicos fue legalmente sancionada en Tab. VI.1 donde se establece que "*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*"[11].

A este respecto, la doctrina romanística ha venido generalmente manteniendo la identificación entre *nuncupationes* y *leges*

---

[8]Gai.2.104 i.f. : *Nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare*.

[9]Festo, *de verb. significatione* (L.176.3) : *nuncupata pecunia*" *est, ut ait Cincius in lib. II de officiio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata (lex XII tab.* 6.1) : *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*" : *id est uti nominarit, locutusve erit, ita ius esto. Vota nuncupata dicuntur, quae consules, praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt : ea in tabulas praesentibus multis referuntur*". *At Sandra lib. II. de verborum antiquitate, satis multis nuncupata conligit, non directo nominata significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscripta, recepta, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius.* Otras definiciones provienen de Varro y de Tito Livio : Varro, *de l.l.* 7.8 : *In terris dictum templum locus augurii aut auspicii causa quibusdam conceptis verbis finitus. concipitur verbis non [h]isdem usque quaque ; in arce sic : [i]tem<pla> tescaque me ita sunto quoad ego eas te lingua[m] nuncupavero*. Varro, *de l.l.* 6.60 : *... ab eo nuncupare, quod tunc <pro> civitate vota nova suscipiuntur. nuncupare nominare valere apparet in legibus, ubi* "*nuncupatae pecuniae*" *sunt scriptae*. Livio 8.9.8 : *sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica <populi Romani> Quiritium, exercitu, legionibus, auxiliis populi Romani Quiritium, legiones auxiliaque hostium mecum deis Manibus Tellurique devoveo...* Véase respecto de dichas definiciones : S. RANDAZZO. *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Catania 1998, p.68ss.

[10]C. GIOFFREDI, *Su XII Tab.* VI,1, SDHI 27 (1961) p.345ss. (p.346).

[11]Véase también, J. GAUDEMET, " *Uti legassit...* " *(XII Tables V,3)*. Hommages à R. Schilling, Paris 1983, p.109ss. ; A. MAGDELAIN, *Les mots legare et heres dans la Loi des XII Tables*. Hommages à R. Schilling, Paris 1983, p.159ss. ; RANDAZZO. *Leges mancipii... op.cit.*, p.58, 67.

mancipii[12] ; incluso en este sentido Gioffredi[13] señaló que el término *legare* contenido en Tab. V.3 se corresponde con el *nuncupare* de Tab. VI.1 porque ambos — entiende dicho autor — expresan la formal determinación del objeto, si bien *legare* aludiría más a la sustancia, mientras que *nuncupare* más a la forma. Recientemente Randazzo[14], a partir de las conclusiones a que llegó hace veinte años Bellocci[15] ha expuesto su tesis por la que distingue y separa nítidamente, a partir sobre todo de un detallado estudio de las fuentes existentes sobre la materia, por un lado, las *nuncupationes* como declaraciones solemnes de contenido determinado por la jurisprudencia pontifical y destinadas a servir de base ritual de negocios formales como la *mancipatio*, y, por otro lado, las *leges mancipii* como cláusulas accesorias más flexibles y menos formales añadidas a la *mancipatio* por las partes intervinientes en el negocio en cuestión e ideadas desde mediados de la República por la jurisprudencia laica y que son expresión de

[12]Ahora bien, debemos distinguir entre una concepción que identifica las *nuncupationes* con las *leges mancipii*, es decir, las cláusulas añadidas por las partes en la *mancipatio* (véase, RANDAZZO, *Leges Mancipii, op.cit.*, p.26, n.79, donde se recoge una amplia reseña bibliográfica) y aquellos autores que, sobre todo, desde la llamada teoría general de V. GIORGIESCU, *Leges mancipii, lex privata, lex contractus*, Rev. Class. 3-5 (1941-1943), p.14ss. (*cit*. RANDAZZO, *op.cit.*, p.56ss.), inducen de la *nuncupatio* y de las *leges mancipii* una entidad abstracta superior que viene dada por la noción de *lex privata* o de *lex dicta* que se contrapone a la de *lex publica* ; así, en este sentido, KASER (*Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehere*, Fest. Wieacker, Göttingen 1978, p.90ss. ; RANDAZZO, *op.cit.*, p.31). En esta segunda dirección doctrinal, U. VON LÜBTOW (*Die Entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen... op.cit.*, p.415-416) distingue por un lado la expresión de *lingua nuncupare* recogida en Tab. VI,1 con la que entiende que no se hacía referencia en absoluto a la fórmula de la *mancipatio* sino al conjunto de acuerdos (*leges*) entre las partes, y, por otro lado, la de *nuncupatio* respecto de la que sostiene la igualdad entre *nuncupatio* y *legum dictio* en el sentido de que la *nuncupatio* se concibe como una solemne declaración formal del enajenante que se configura como una *lex privata* por virtud de la cual el negocio jurídico alcanza una eficacia jurídica que en principio sólo podría obtenerse por medio de una *lex publica*. En este caso basta la *nuncupatio* como *lex privata* para dotar al acto de validez y eficacia jurídica.

[13]Su XII Tab. VI.1, *op.cit.*, p.346.

[14]S. RANDAZZO. *Leges Mancipii...*, *op.cit.*, p.135ss. [rec. V. GIUFFRE, Labeo 46 (2000) p.117ss.].

[15]N. BELLOCCI. *La struttura dell negozio della fiduzia nell'epoca repubblicana* I, *Le nuncupationes*, Napoli 1979 [rec., de DI SALVO, "*Nuncupare*", INDEX 12 (1983-1984) p.570ss.] ; *Una testimonianza dell'antico significato di* " *nuncupare* " *e* " *nuncupatio* " *in Serv.* " *auct.* " 3.89, Studi Senesi 94 (1982) p.190ss.

una cultura jurídica diferente respecto de la propia del tiempo de los *quirites*[16].

Como dijimos, la *mancipatio familiae* no era propiamente un testamento sino una forma de *mancipatio*[17], es decir, un negocio de efectiva transmisión *inter vivos* del patrimonio del causante

[16]Señala RANDAZZO (*op.cit.*, p.156) que la *lex mancipii* es creación de los juristas laicos y no produce efectos válidos *erga omnes*. " Tali effeti scaturivano soltanto da un sistema negoziale in cui la formula, essendo predisposta dai pontefici e pronunciata *palam*, cioè "davanti a testimoni", acquistava un rilievo normativo peculiare che si rifletteva nella unicità del *gestum per aes et libram*, in armonia col carattere propriamente sacramentale ed immutabile dei gesti da usare ". Por otro lado, pone también de relieve el hecho de que la *nuncupatio* por su propia naturaleza siempre fue un acto eminentemente oral mientras que la *lex mancipii* además de *dicta* resulta con el tiempo, progresiva e irreversiblemente, también *lex scripta*, con lo cual no se la puede identificar con la *nuncupatio*.

[17]Así H. LEVY-BRUHL (*Nature de la Mancipatio Familiae*. Fest. Schulz I,2, Weimar 1951, p.343ss.) que concibe dicho negocio como una adaptación jurisprudencial de la *fiducia cum amico* dado que en aquella época no bastaría la mera declaración del testador de nombrar un sucesor *post mortem* sino que sería del todo necesario encargar a un tercero de confianza la distribución de los bienes del causante. El autor ve el fundamento de la *mancipatio familiae* no sólo en las razones de urgencia que nos refiere Gayo (Gai.2.102) sino también en el nacimiento de una sociedad urbana más desarrollada y compleja en la que el causante desearía distribuir sus bienes más libremente entre parientes y amigos fuera del rígido cauce formal y religioso constituido por el testamento *calatis comitiis*. Citamos también a M. D'ORTA (*Saggio sulla " hereditas institutio "... op.cit.,* p.102) que afirma que no estamos ante una forma de testamento sino un instituto propedéutico del testamento *per aes et libram* y a A. TORRENT (*Venditio hereditatis*, Salamanca 1966, p.75ss.). Otro problema no resuelto por al doctrina romanística es el de la posible transmisión de las deudas y créditos del causante a través de la *mancipatio familiae*. Nos limitamos a citar aquí la diferente posición mantenida al respecto por BIONDI (*Successione testamentaria... op.cit.*, p.36, n.1) que rechaza la transmisión de créditos y deudas del causante por no permitirlo el negocio mismo de la *mancipatio*, siendo mantenida esta posición también por A. TORRENT (*Venditio hereditatis, op.cit.*,) al menos en lo que se refiere a las obligaciones del causante. Por el contrario, P. VOCI (*Diritto ereditario romano* I^2, Milano 1967, p.97, n.7) admite dicha transmisibilidad entendiendo que dadas las necesidades del tráfico jurídico y mercantil la jurisprudencia pontifical tuvo que hacer posible la transmisión de créditos y deudas como elementos accesorios de los bienes hereditarios al *familiae emptor* y que éste procedería a hacerlos efectivos con cargo a los bienes de la herencia.

Por último citamos a W.-Ch. KAMPS [*La fiducie dans le Droit de Grande-Grèce et l'origine de la Mancipatio familiae*, RHD 15 (1936) p.142ss.] que defendió la tesis del origen griego de la figura del mandato *mortis causa* que se daba en el siglo VI a.C. en los territorios de la Magna Grecia y que Roma adoptaría bajo la forma de *mancipatio familiae*.

(*familia*) a un tercero de confianza (*familiae emptor*)[18] que actuaría como albacea de sus bienes distribuyéndolos después del fallecimiento del transmitente entre las personas designadas por éste. A partir de ese tipo especial de negocio, la jurisprudencia de mediados de la República creó lo que sería ya el testamento romano clásico[19], es decir, el testamento *per aes et libram* configurado sobre la estructura de la *mancipatio familiae* y otorgado ante siete testigos mediante la *nuncupatio testamenti* del testador por la que éste declara solemnemente que las tablillas que sostiene en sus manos contiene su testamento y reclama el testimonio de los testigos. Dicha *nuncupatio* era precedida por la declaración del testigo que hace las veces del antiguo *familiae emptor* en la que éste afirma que compra la *familia pecuniaque* del testador, pero, añade de acuerdo con la nueva fórmula jurisprudencial, que las adquiere por mandato del mismo para mantenerlas bajo su custodia y para permitirle a aquél hacer testamento válido con arreglo a la *lex publica*, es decir, al *ius civile*[20].

---

[18]Pone de relieve GARCIA-GALLO [*Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España*, AHDE 47 (1977) p.425ss., p.449] que los germanos que invaden el Imperio romano de Occidente tampoco concibían que una persona pudiese disponer para después de su muerte si no era con un intermediario, " como ocurre entre los francos, ripuarios y longobardos — intemediario que tardíamente recibe en Alemania el nombre de *salmann* ". Sobre la evolución posterior de la figura del *familiae emptor* o del *salmann* germánico en los albaceas o ejecutores testamentarios de la Edad Media en Alemania, bajo la observancia de los obispos cristianos, véase A. WACKE, *Die Entwicklung der Testamente in Antike und Mittelalter*, Orbis Iuris Romani 1996, p.111ss.

[19]Ü. VON LÜBTOW (*Die Entwicklungsgeschichte Grundlagen... op.cit.*, p.414) data el decreto de la jurisprudencia pontifical por el que se crea esta nueva forma de testamento dentro de un período de tiempo que media desde el 300 al 250 a.C. Por su parte, DULCKEIT (*Plus nuncupatum minus scriptum..., op.cit.*, p.182) señala que este testamento con institución de heredero debió desarrolarse en su forma más antigua de testamento oral entre el 300 y el 350 a.C.

[20]Sobre Gai.2.104 véase n.1. El fragmento de Gayo debe completarse con Reglas de Ulpiano 20.9 : *In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti. nuncupatur testamentum in hunc modum : tabulas testamenti testator tenens ita dicit : haec ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor ; itaque vos, quirites testimonium perhibetote. quae nuncupatio et testatio vocatur.* Véase también Ulp.ep.20.13, Gai.2.109, Gai.2.116, Gai.2.119, Gai.2.121 y Gai.2.149a. Sobre el testamento *per aes et libram* baste citar como bibliografía elemental sobre el mismo : B. BIONDI, *Successione testamentaria...*, *op.cit.*, p.38ss. ; G.A. ARCHI. *Oralità e*

2.- Por lo tanto, Gayo en la exposición que hace del testamento *per aes et libram* nos refiere sólo un testamento civil escrito redactado al uso romano en tablillas de cera[21] en el que la *nuncupatio testamenti* oral del testador se plasma en el texto escrito formando una unidad indisoluble[22] que, como tal unidad entre la *nuncupatio* y el escrito en el que se recoge efectivamente la voluntad testamentaria, sirvió de fundamento a los juristas clásicos para la formulación de la *iuris regula " plus nuncupatum minus scriptum "* que, de acuerdo con el estudio realizado por Dulckeit[23], sería utilizada también por la jurisprudencia clásica como instrumento para avanzar en la interpretación de la verdadera

---

scrittura nel " testamentum per aes et libram ", Studi in onore di P. De Francisci IV, Milano 1956, p.285ss. [= Scritti di diritto romano III, Milano 1981, p.735ss.] ; P. VOCI, *Diritto ereditario romano, op.cit.*, p.64ss. ; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale I, Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, p.111ss. ; *Le forme classiche di Testamento I*, Torino 1966, p.75ss. ; *Testamento (dir. romano)*, ED 44, 1992, p.382ss. ; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1967, p.739ss. ; M. KASER. *Das römische Privatrecht* I[2], München 1971, p.678ss. ; S. SERANGELI, *Studi sulla revoca... op.cit.*, p.40ss. ; M. D'ORTA, *Saggio sulla hereditas institutio... op.cit.*, p.63ss. ; A. GUARINO, *" Aboleri carmina flammis "*, Ann.Nap. 92 (1981) p.187ss. [= PDR VI, Napoli 1995, p.341ss.] ; L. MIGLIARDI ZINGALE, *Le forme classiche di testamento. Supp. al corso di diritto del prof. M. Amelotti*, Torino 1984; M. TALAMANCA, D. 29,7,20 (Paul., 5 ad L. Iul. et Pap.) oralità e scritura nel <testamentum per aes et libram>. Mél. Cannata, Neuchatel 1999, p.73ss.

[21]No obstante, como resulta de D.37.1.1pr. (Ulp., *l.39 ed.*) también se admitía en la práctica notarial romana en época clásica el uso de otros materiales de escritura. VOLTERRA, *Istituzioni, op.cit.*, p.742.

[22]Gai.2.104 i.f. : *et hoc dicitur nuncupatio : nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

[23]Véase también, O.E. TELLEGEN-COUPERUS. *The Origin of " quando minus scriptum, plus nuncupatur videtur " used by Diocletian in C. 6.23.7.*, RIDA 27 (1980). Dicha regla es expresada por Ulpiano en D.28.5.1.5-7 con referencias a Juliano, Marcelo y Antonino Pío ; también en D.28.5.9.2 y 5 en los que Ulpiano recoge las opiniones respectivas de Celso y de Marcelo ; en D.31.67.9 que es un fragmento tomado de Papiniano. Asimismo en el rescripto de Diocleciano y Maximiano contenido en C.6.23.7 (290) se establece lo siguiente : *Errore scribentis testamentum iuris sollemnitas mutilari nequaquam potest, quando minus scriptum, plus nuncupatum videtur. et ideo recte testamento facto, quamquam desit <heres esto>, consequens est existente herede legata sive fideicommissa iuxta voluntatem testatoris oportere dare.*

voluntad del testador en caso de error en la transcripción escrita de su última voluntad. Así, cuando estamos ante un mero defecto de forma realizado consciente o inconscientemente por el escribano que, por ejemplo, ha puesto sólo el nombre del heredero (Lucius) y no la forma correcta de " Lucius Heres esto ", el defecto de la escritura se completaba con la *nuncupatio testamenti* abstracta ya que por ella el testador deja clara su voluntad de hacer testamento y, por tanto, de instituir heredero y se aplicaba, sin más, la regla *plus nuncupatum minus scriptum*. Sin embargo, vemos que Celso en D.28.5.9.2 (Ulp., *5 Sab.*)[24] o Marcelo en D.28.5.9.5 (Ulp., *5 Sab.*)[25] utilizan la regla *plus nuncupatum minus scriptum* para contraponer realmente el texto escrito en las tablillas de cera con la voluntad pronunciada o al menos querida por el testador que en opinión de dichos juristas — recogida por Ulpiano — debe prevalecer en los casos que se contemplan en dichos fragmentos. Celso planteaba el supuesto de un testador que dictó que un heredero tendría derecho a la mitad de la herencia y el escribano puso la cuarta parte en cuyo caso debe considerarse al heredero

---

[24]*Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus libro duodecimo quaestionum, digestorum undecimo posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum : quae sententia rescriptis adiuvatur generalibus. idemque est et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere.*

[25]*Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui condicionem destinans inserere non addidit : nam et hunc pro non instituto putat : sed si condicionem addidit dum nollet, detracta ea heredem futurum nec nuncupationum videri quod contra voluntatem scriptum est : quam sententiam et ipse nos probamus.* O.E. TELLEGEN-COUPERUS *(The origin of quando minus scriptum... op.cit.,* p.321ss.) analiza específicamente ambos fragmentos atendiendo especialmente a los términos " *quasi* ", que aparece en D.28.5.9.2, y "*videri*" que se recoge en D.28.5.9.5. El primer término sería utilizado por Celso — que sería el primer jurista que utilizaría la *iuris regula* — para entender así que el dictado verbal del testador al escribano equivale (*quasi plus nuncupatum sit*) en sí, a estos efectos, a una verdadera *nuncupatio.* Aún más, como pone de relieve la Autora, Ulpiano extiende la regla (*idemque*) al caso de que sea el propio testador el que escriba el texto.

Por otro lado, el término " *videri* " se contiene en la formulación de dicha *iuris regula* en el rescripto de Diocleciano contenido en C.6.23.7 (n.23). Añado que toda esta cuestión entra en el tema del lenguaje propio de los juristas romanos. Cabe pensar que Celso realizase quizá por primera vez una extensión al caso de la citada regla jurisprudencial nacida de la casuística y configurada inicialemente por la jurisprudencia clásica para el supuesto de que el testamento escrito contuviese un defecto de forma perfectamente subsanable en virtud de la consideración de la *nuncupatio testamenti*.

instituido en la mitad de la herencia ; y, por su parte Marcelo distingue : si el testador quiso poner condición para una institución de heredero y el escribano no la puso, en tal caso no vale la institución de heredero ; pero si sucede lo contrario, esto es, si no quiso poner condición y el escribano la puso, se tiene por no puesta y el nombrado es instituido heredero. Dulckeit opina que estamos ante casos excepcionales y así, concretamente respecto a la resolución de Celso, señala que el jurista da una solución que está " in deutlichen Widerspruch zu den sonstigen klassischen Auffassungen[26] ". Añade que nos encontramos ante soluciones casuísticas que fueron generalizadas y sacralizadas como una regla firme de derecho en época postclásica y justinianea[27]. Ahora bien, dicho autor entiende al mismo tiempo que soluciones casuísticas como la de Celso o la de Marcelo sólo eran posibles porque dichos juristas utilizan como instrumento para hacer prevalecer la verdadera voluntad del testador sobre el texto escrito la regla *plus nuncupatum minus scriptum* que se fundamenta en el carácter de la *nuncupatio testamenti* abstracta como base de la validez jurídica del testamento *per aes et libram* escrito[28].

Pues bien, admitiendo estos planteamientos vemos que el dictado del testador puede, desde luego, haberse realizado privadamente al escribano — así parece deducirse en el caso contemplado por Celso y Ulpiano en D.28.5.9.2 (*cum dictasset*) — pero creo que no puede excluirse, al menos en D.28.5.9.5, que aparezca como un verdadero testamento oral — aún recogido luego por escrito — con una *nuncupatio heredis*[29] en la que el

---

[26]DULCKEIT, *op.cit.*, p.201.

[27]DULCKEIT, *op.cit.*, p.213. No obstante, debemos tener también en cuenta que según el texto, Ulpiano nos dice en D.28.5.9.2 que la opinión de Celso se encuentra confirmada en rescriptos de aplicación general : " *quae sententia rescriptis adiuvatur generalibus* ".

[28]DULCKEIT, *op.cit.*, p.212-213. Así también O.E. TELLEGEN-COUPERUS en sus conclusiones, *The origin of quando minus scriptum... op.cit.,* p.331.

[29]Señala DULCKEIT (*Plus nuncupatum... op.cit.*, p.183) que " *Nuncupare heredem* " es la expresión técnica utilizada en las fuentes para referir la institución oral de un heredero : D.28.1.25 (Iav., *5 post. Lab.*) ; D.37.11.8.4 i.f. (Iul., *24 dig.*) ; D.35.2.11.7 i.f. (Pap., *29 quaest.*) ; D.29.7.20 (Paul., *5 leg. Iul. et Pap.*) ; D.28.5.59pr. (Paul., *4 Vitell.*) ; D.28.5.1.1 (Ulp., *1 Sab.*) ; D.28.1.21pr. (Ulp., *2 Sab.*). DULCKEIT también destaca que en este sentido Gai.2.104 i.f. nos dice que " *nuncupare est palam nominare* ", y entiende que con la expresión *palam nuncupare,* tal y como ocurre en D.29.7.20 (*palam*

testador realizase entonces una *palam nominatio* o nombramiento oral y formal del heredero o herederos ante el escribano y los siete testigos, los cuales, o al menos la mayoría de ellos, tendrían que dar fe de cual fue la verdadera voluntad pronunciada por el testador salvo que, en su caso, el propio escribano reconociese expresamente su error al leerse el testamento. Entonces se llega a la conclusión de que prevalece en estos casos la *nuncupatio heredis* sobre el texto escrito[30].

3.- A nuestro juicio, de las citadas opiniones de Celso o Marcelo, recogidas por Ulpiano, puede deducirse un argumento más en favor de la doctrina común que acepta la existencia, *ab origine*, y en toda la época clásica, de una forma oral de testamento civil *per aes et libram* - con sujeción, al menos en época altoclásica, de los requisitos de la *mancipatio familiae* -, junto con la forma escrita que es la exclusivamente recogida por Gayo en sus Instituciones[31], lo que a su vez, ya fue ciertamente demostrado hace unas décadas en diversas publicaciones de autores como Guarino[32], Archi[33] o

---

nuncupatus), se hace referencia en las fuentes al cumplimiento de un requisito de publicidad en el nombramiento oral ante los testigos (*op.cit.*, p.183, n.14).

[30]Tiene razón S. SOLAZZI [*Ancora del testamento nuncupativo*, SDHI 18 (1952) p.212ss. (214-215)] cuando al comentar estos fragmentos afirma que la regla *plus nuncupatum minus scriptum* utilizada por Celso y Marcelo en estos casos alude verdaderamente a la *nuncupatio testamenti* que da fundamento a todo el testamento escrito ; pero, junto a ello, matizo que también es verdad que en estos casos al lado de la *nuncupatio testamenti* hay o puede haber también una auténtica *nuncupatio heredis* de un testamento oral que luego fuese cautelarmente recogido por escrito.

[31]Es evidente, no obstante, que si Gayo sólo se refiere a la forma escrita nos está haciendo ver implícitamente que los ciudadanos romanos tenían en época clásica preferencia por la escritura en virtud de razones de seguridad y de posible mantenimiento del secreto de las disposiciones testamentarias (AMELOTTI, *Le forme classiche*..., *op, cit*., p.79).

[32]A. GUARINO. *La forma orale e la forma scritta nel testamento romano*. Studi in onore di P. de Francisci II, Milano 1956, p.53ss. [= P.D.R. VI, Napoli 1995, p.314ss.] ; *La scrittura nel " testamentum per aes et libram "*, Studi in onore di U.E. Paoli, Firenze 1956 [= P.D.R. VI, Napoli 1995, p.331ss.] ; *Note sul testamento segreto romano,* Ann.Nap. 79 (1968) p.49ss. [= P.D.R. VI, Napoli 1995, p.298ss.]. Dicho autor (*Forma orale e forma scritta..., op.cit.*, p.318) nos dice que " vi sono prove testuali sicure del fatto che il testamento civilistico orale (*testamentum per nuncupationem heredis*) fosse tuttora vigente, sebbene scarsamente applicato, nel diritto classico romano ". Añade que " particolare

Dulckeit[34], entre otros, frente a la aguda tesis tenazmente mantenida en su día por Solazzi[35] que además consideraba

---

importanza riviste, ai fini della dimostrazione, il comento di Ulpiano *ad Sabinum*, il quale si apre con la dichiarazione che il *testamentum per aes et libram* può avvenire non soltanto per scritto, ma anche *per nuncupationem* " ; y en este sentido GUARINO recoge y comenta los siguientes fragmentos : D.28.5.1.1 (Ulp., *1 Sab.*), D.28.5.1.3 (Ulp., *1 Sab.*), D.28.1.21pr. (Ulp., *2 Sab.*), D.28.1.25 (Iavol., *5 post. Lab.*), D.28.5.59pr. (Paul., *5 Vit.*) y D.29.7.20 (Paul., *5 l. Iul. Pap.*). También GUARINO parte del hecho de que Gai.2.104 explica que la *nuncupatio testamenti*, si bien se configura como una "formula ristretta", hace una referencia asimismo al conjunto de las disposiciones testamentarias comenzando por la *nuncupatio heredis* : *nuncupare est enim palam nominare ; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone atque confirmare.* Concluye (*op.cit.*, p.323) afirmando que el término técnico que vale para designar el testamento civil oral es el de *nuncupatio (heredis)* o *nuncupare (heredem)*. Finalmente, pueden añadirse también fuentes literarias como es el conocido pasaje de *vita Horatii* de Svetonio (véase n.41) en el que se menciona un testamento oral con las palabras "*palam nuncupatum*". Sobre esta materia véase la reciente aportación de M. TALAMANCA, *D. 29,7,20* (Paul., *5 ad L. Iul. et Pap.*) *oralità e scrittura… op. cit*., p.73ss.

[33]G.A. ARCHI. *Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram* (*op.cit.*, p.759ss., p.770) que reconoce con GUARINO que la expresión *nuncupatio heredis* o *nuncupare heredem* son clásicas y se refieren a la posibilidad de un testamento civil realizado, en todo o en parte, oralmente por el testador. Ahora bien, ARCHI recalca el carácter unitario del testamento *per aes et libram* clásico que en la práctica era realizado predominantemente - pero no exclusivamente - de forma escrita y que estaba basado en todo caso en la *nuncupatio testamenti* integrada a su vez en la *mancipatio familiae*. No hay, por tanto, en época clásica dos formas de testamento civil ni dos *nuncupationes*, una escrita y otra oral. Habrá que esperar a la legislación postclásica en la que sí se habla de *testamentum scriptum* y de *testamentum per nuncupationem* (p.759). Además, ARCHI pone de relieve que de la propia legislación postclásica no se desprende que el testamento oral sea una nueva creación de dicha legislación, ni que haya existido una constitución que diese vida al "nuevo" testamento oral, lo que es casi imposible ya que " sarebbe assai estrano che il testo relativo non fosse pervenuto in qualche maniera fino a noi sia attraverso la tradizione orientale sia attraverso quella occidentale " (p.769).

[34]Si bien reconoce que el testamento *per aes et libram* escrito se iría imponiendo sobre el oral afirma (*op.cit.*, p.186) claramente que : " aber für die gesammte klassische Zeit, selbst für die Spätklassik und die beginnende Nachklassik fehlt es nicht an verhältnismässig zahlreichen Zeugnissen ".

[35]S. SOLAZZI. *Giordano e il testamento orale pretorio*, SDHI 13-14 (1947-1948) p.312ss. ; *Testamenti "per nuncupationem*", SDHI 17, 1951, p. 262ss.; *Ancora del testamento nuncupativo*, *op.cit.,* p.212ss. Particularmente en contra de SOLAZZI citamos a S. DI SALVO, *Gordiano e il testamento orale pretorio*, SDHI 16 (1950) p.289. SOLAZZI atiende sobre todo a diversos fragmentos (D.26.6.20pr., Ulp., *16 Sab.* ; D.37.11.8.4, Iul., *24, dig.* ; D.37.11.9, *Pomp., 2 Sab.*) de los

que resulta que la jurisprudencia admite la validez de una sustitución pupilar hecha oralmente (*per nuncupationem*) — o en el caso de que haya sido hecha por escrito pero se hayan quitado los sellos de los testigos — pero siempre que en ambos casos el testamento del padre figure escrito en las correspondientes tablillas y sellado a su vez por los siete testigos. Para SOLAZZI, dicho testamento escrito salva la validez de la sustitución pupilar. Concretamente, D.37.11.8.4 (Iul., *23 dig.*) establece que "*quidam testamentum in tabulis sibi fecit, filio autem impuberi per nuncupationem substituit. respondi sententiam praetoris in danda bonorum possessione eam esse , ut separatim patris, separatim filii heredes aestimari debeant : nam quemadmodum scripto filii heredi separatim ab heredibus patris, ita nuncupato potest videri separatim a scriptis patris heredibus bonorum possessio dari*". Por el contrario, GUARINO (*Forma orale e forma scritta... op.cit.*, p.328) afirma que este fragmento contempla una *bonorum possessio* confirmativa de un *testamentum per nuncupationem* válido en lo que se refiere a la sustitución pupilar e interpreta D.37.11.8.4 en el sentido de que "la *ratio dubitandi* del caso esaminato da Giuliano non stava nella mancanza delle forme civilistique, ma nella circonstanza che le ultime volontà del testatore si erano manifestate in parte per iscrito (*heredis institutio*) ed in parte oralmente (*substitutio pupillaris*), mentre il solo *substitutus pupillaris* avevano chiesto la *bonorum possessio* secondativa". Otros autores citados aquí por GUARINO : GLÜCK (*Commentario alle Pandette* 28.1, p.290, not. 52, trad. ital. F. SERAFINI, referente a Iul., D.32.11.8.4), ARANGIO-RUIZ (*Intorno alla forma... op.cit.*, p.89, n.14), DULCKEIT (*Plus nuncupatum... op.cit.*, p.189, n.32) ven la posibilidad de un defecto de forma en la sustitución pupilar y en consecuencia una *bonorum possessio secundum verba testatoris*. Por su parte, SOLAZZI consideró que el origen del testamento nuncupativo oral está en un rescripto de Gordiano contenido en C.6.11.2 (242) y, por otro lado, SCHULZ (*Classical Roman Law*, Oxford 1951, p.243) entendió que dicha constitución de Gordiano implicaría la posibilidad, ya en aquella época, de un testamento civil oral ante siete testigos, por tanto — añadimos — sin las formalidades de la *mancipatio familiae*. El texto es el siguiente : *Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti possi in dubium non venit. 1. Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure civili testamentum factum videri ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est.* DULCKEIT (*Plus nuncupatum... op.cit.*, p.189ss.), al rechazar las tesis de SOLAZZI, considera a su vez que del texto contenido en C.6.11.2 resulta una *bonorum possessio secundum verba testatoris* pretoria que también podía darse en época clásica, aún antes del rescripto de Gordiano, si hubiesen faltado las formalidades de la *mancipatio* en un testamento civil oral. También ARANGIO-RUIZ (*Intorno alla forma scritta del* "*testamentum per aes et libram*" Atti congress. intern. di diritto romano, Verona, 27-29 sept., 1948, III, Milano 1953, n.14 [= Scritti di diritto romano IV, Napoli 1977]), B. BIONDI (*Successione testamentaria... op.cit.*, p.47) entre otros, ven en el rescripto de Gordiano una *bonorum possessio secundum nuncupationem* — o testamento pretorio — ante las deficiencias de un testamento civil oral. GUARINO (*op.cit.*, p.329-330), por contra y en línea con lo visto más arriba, entiende que Gordiano considera en su rescripto fuera de toda duda (*explorati iuris est*) que se pueda dar una

interpolados aquellos textos en los que se contienen las expresiones *nuncupatio heredis* o *nuncupare heredem* para referir el nombramiento oral del heredero hecho por un testador de acuerdo con las formalidades de la *mancipatio familiae* dentro del propio testamento *per aes et libram*. Así, para Solazzi la única expresión clásica sería la de *nuncupatio testamenti* que alude a la fórmula referida en Gai.2.104[36].

4.- De todo lo dicho anteriormente resultan dos conceptos distintos que derivan a su vez de dos expresiones técnicas diferentes utilizadas en las fuentes clásicas — *nuncupatio testamenti* y *nuncupatio heredis* — que no deben confundirse con dos formas de testamento civil en época clásica[37] ni, aún menos, a poner este hecho en relación con la compleja y controvertida distinción entre testamento civil, cuyo fundamento jurídico está en la *nuncupatio testamenti*, y testamento pretorio, cuyo fundamento jurídico está sobre todo en las tablillas de cera selladas y suscritas por siete testigos además de por el testador según la vieja tradición romana sancionada por el edicto del pretor de la cual nos habla ya Cicerón[38].

---

bonorum possessio de un testamento civil oral, es decir, *per nuncupationem* y que Gordiano se limita aquí a reconocer una *bonorum possessio* puramente confirmativa de un testamento civil oral o nuncupativo que era perfecto desde el punto de vista del *ius civile.* Véase el reciente artículo de R. LAMBERTINI, *Bonorum possessio secundum nuncupationem*, Labeo, 46, 2000, 3, Napoli, p. 434ss

[36]SOLAZZI, *Ancora del testamento nuncupativo, op.cit.*, p.212ss. Así, de D.28.5.1.1 (Ulp., *1 Sab.*) dice que " autentico non sembra ". El texto es el siguiente : *Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus.*

[37]G.A. ARCHI. *Oralità e scrittura nel " testamentum per aes et libram "*, *op.cit.,* p.736ss. Como ya se dijo anteriormente, ARCHI insiste en que la distinción entre *testamentum scriptum* y *testamentum per nuncupationem* es producto de la legislación postclásica (p.759).

[38]Cic., *In Verrem secund*, I.45.117. Por otro lado dejo simplemente constancia de la polémica que a lo largo de décadas han mantenido principalmente M. AMELOTTI (*Le forme classique di testamento* II, *op.cit.*, p.1ss.) que niega la existencia de un llamado testamento pretorio en época clásica afirmando que sólo estaríamos ante una *bonorum possessio secundum tabulas* ; mientras que, por el contrario, P. VOCI (*Diritto ereditario romano* II^2, Milano 1963, p.73ss.; *Testamento pretorio. Studi di diritto romano* I, Padova 1985, p.409ss.) defiende que hay bases suficientes para que pueda hablarse a tenor de diversas fuentes clásicas — aún clásico-tardías

Sin embargo, ha de destacarse el hecho de que Cuiacio sí vió aquí dos formas de testamento en época clásica cuando comenta que "*ergo iure civili duplex est testamento : per aes et libram, quod ex scripto constat*" — del que añade que es "*secretum et mysticum*") y "*per nuncupationem*[39]". Esta concepción de Cuiacio fue en esencia aceptada por Arangio-Ruiz[40] para quien se puede hablar en el Derecho romano clásico de un testamento libral nuncupativo, que tendría carácter excepcional[41], y de un testamento civil escrito cerrado, es decir, secreto, en el que el documento tenía — entendía Arangio citando en este punto a Mitteis[42] —, un valor *ad substantiam* o dispositivo. Dicha tesis mantenida por el ilustre romanista italiano nos llevaría incluso a desligar el documento

— de un testamento pretorio como categoría propia junto al testamento civil, al igual que, por ejemplo, puede hablarse de " propiedad bonitaria " junto a la propiedad *ex iure civili*, o de "*bonorum possessio*" frente a la institución de heredero. Esta segunda posición ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina romanística.

[39]CUIACIUS, *Opera,* VI, 1587, c. 523 (ed. 1838), comentando el fragmento contenido en D.28.1.21.

[40]V. ARANGIO-RUIZ, *Intorno alla forma scritta del testamentum... op.cit.*, p.85, n.6.

[41]ARANGIO-RUIZ (*Intorno alla forma scritta del " testamentum per aes et libram ", op.cit.,* entendía que el testamento civil *per aes et libram* era comunmente escrito y que sólo excepcionalmente se admitía un testamento oral. Dicha opinión resultaba de la propia exposición de Gai.2.104 que nos refiere exclusivamente un testamento escrito en un tratado general del *ius civile* y, también, de la interpretación que hizo ARANGIO-RUIZ del pasaje contenido en *Vita Horatii i.f.* de Svetonio en el que plantea el caso de un ciudadano romano que hizo testamento oral nombrando públicamente heredero a Augusto, precisamente, ante la situación de inminente peligro de muerte en la que se encontraba dicho ciudadano : *decessit... heredere Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valitudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.*

[42]L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* I, Leipzig 1907 (reimp.Darmstadt 1994), p.294, n.14. No obstante, la posición de MITTEIS tampoco parece del todo clara ; más bien se encuentra en un punto intermedio entre la consideración del documento que contiene el testamento escrito como documento dispositivo o como meramente probatorio. En todo caso dicho documento se integra con la *nuncupatio testamenti*. Así MITTEIS señala que " in beiden Fällen (se refería a la *expensilatio* y testamento) keine reinen Dispositivurkunden vorliegen ; aber anderseits kann man hier auch nicht von Zeugnisurkunden sprechen. Wenn, was ja beim schriftlichen Testament jedenfalls geschechen ist, die Zeugnisurkunde über die Manzipation und das vom Testator hergestellte Testament sich zu einem Ganzen verbindet, kann man etwa von einer gemischten Urkunde reden ".

escrito en el que se contiene la voluntad testamentaria respecto de la propia *nuncupatio testamenti* con lo cual estaríamos ante un testamento que en realidad se perfeccionaría *litteris*[43]. Frente a ello reaccionó Guarino[44] diciendo que dicha concepción habría necesitado de una firme *iuris regula* expresa o tácita que no aparece recogida de ninguna manera en las fuentes. Sencillamente, considero que esa concepción no encaja en la lógica interna del ordenamiento jurídico romano clásico en materia de testamentos que se basa y articula sobre la originaria eficacia jurídica de la *nuncupatio* oral, es decir, sobre un principio de oralidad[45]. No obstante, añado también que, como veremos luego, dicha concepción de Cuiacio que cree ver dos testamentos romanos : uno " nuncupativo " oral y otro perfeccionado " *litteris* " fue precisamente la que recoge la legislación romanista de las Siete Partidas de Alfonso X (rey de Castilla y León) en la segunda mitad del siglo XIII al menos tal y como resulta de la *interpretatio* de Gregorio López del siglo XVI.

5.- Por otro lado, Arangio-Ruiz consideraba también que el testamento civil escrito era también secreto en época clásica por imposición de un senadoconsulto neroniano del año 60 o 61 a.C. Veamos : de la consideración conjunta de los fragmentos contenidos en Sentencias de Paulo, 5.25.6[46], en el pasaje 17 de la

---

[43]En este sentido ARANGIO-RUIZ ve una analogía con los fragmentos de las Instituciones de Gayo (Gai.3.128-134) relativos a los *nomina transcripticia*, a los *chirographa* y a los *syngrapha* en los que la *obligatio* se perfecciona, respectivamente, *litteris*.

[44]*La scrittura nel testamento... op.cit.*, P.D.R. VI, p.332- 333. También en este sentido ARCHI (*Oralità e scrittura...* Scritti, *op.cit.*, p.752ss.) dice en esencia que los clásicos no llegaron a plantearse la cuestión del valor probatorio o constitutivo de las tablillas testamentarias.

[45]Otra cosa es la evolución progresiva del formalismo jurídico romano que culmina en época de Justiniano y que parte de la forma jurídica oral hacia la forma escrita tal y como ocurre también respecto de la *stipulatio*.

[46]*Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exterioris scripturae fidem interior servet. aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.* El texto alude a un decreto emanado del "*amplissimus ordo*", es decir, del Senado, que se refiere a la forma de documentación de los contratos en general con la finalidad clara de evitar falsificaciones y garantizar la autenticidad de los documentos que, de acuerdo con

Vida de los doce Cesares de Svetonio relativo a Nerón[47], así como en Novelas de Teodosio, 16.1[48], resultan a mi juicio bases suficientes para considerar que el Senado publicó efectivamente un *decretum* sobre la forma de documentación de los testamentos que

---

el citado senadoconsulto — pero, en cualquier caso, siguiendo una práctica cautelar — debían escribirse en tablillas de cera juntadas entre sí, cerradas por tres hilos que pasaban a través de agujeros hechos en las tablillas que debían ser selladas por las partes y los testigos con sellos de cera colocados sobre los hilos en la cara exterior de la última tablilla. Destaca la existencia de una doble escritura de tal forma que el mismo texto estaba escrito dos veces, por un lado en las caras exteriores y por otro en las interiores de las tablillas dando lugar así a una doble escritura interior y exterior. Por otro lado, el estilo de redacción podía ser objetivo o subjetivo : en el primer caso el documento se denominaba *testatio* y en el segundo *chirographum*. La eficacia del documento era sólo probatoria. La cuestión está en la aplicación de esta normativa a los testamentos. El fragmento en sí mismo nos dice poco y además es evidente que la exigencia de la doble escritura (interior y exterior) no es de aplicación a los testamentos ya que en éstos se da, como es lógico, sólo una escritura interior. Sobre la documentación en general de los contratos en el Derecho romano clásico : A. D'ORS. *Documentos y notarios en el Derecho romano postclásico.* Centenario de la Ley del Notariado (Sección estudios históricos, vol. I), Madrid 1964, p.6ss. ; M. TALAMANCA, *Documentazione e documento (dir. rom.),* ED 13, p.548ss. ; M. AMELOTTI, *Notaio,* ED 27, p.553ss. ; M. AMELOTTI/ G. COSTAMAGNA, Alle origini del notariato italiano, Milano 1995 ; *Negocio, documento y notario en la evolución del derecho romano*, Scr. giur. (1990) 1996, p.151ss. ; L. BOVE, *Documentazione privata e prova : le " tabulae ceratae>,* Labeo 31 (1985) p.155ss.

[47]Svet., Nero 17 : *Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur, cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur ac ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi ascriberet.*

[48]*Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant. Sed dum iuris antiqui cautelam paulatim mutat posteritatis imperita praesumptio et testes exigunt omnimodo quae testamento continentur agnoscere.* A este respecto debe destacarse la contribución de J. MACQUERON, *Le Sénatus-consulte néronien et le caractère secret du testament,* RHD (1945) p.459ss. (p.471-472).

la doctrina romanística[49] — con alguna notabilísima excepción[50] — hace coincidir con un senadoconsulto neroniano del año 61 d.C., que tal vez se denominaría *adversus falsarios*, el cual contendría normas notariales sobre la documentación de negocios jurídicos *inter vivos* y que, concretamente, se referiría también a la redacción de los testamentos en tablillas enceradas, cerradas entre sí por hilos y selladas por los testigos y el testador con la finalidad de evitar falsificaciones[51]. De acuerdo con el pasaje de Svetonio el senadoconsulto prescribiría también que el testador mostrase a los testigos abiertas sólo las dos primeras tablillas (la cara B de la primera y la A de la segunda) en las que figuraría únicamente su nombre y no las disposiciones testamentarias para hacer posible de esta forma que el contenido del testamento permaneciese secreto[52]. Ahora bien, respecto a esto último nos encontramos con que, por ejemplo, el famoso testamento de Antonio Silvano del año

---

[49]V. ARANGIO-RUIZ, *Il testamento di A. Silvano e il SC di Nerone*, Studi in memoria di Albertario I, p.203ss. ; J. MACQUERON, *Le Sénatus-Consulte Neronien... op.cit.*, p.459ss. ; G.A. ARCHI, *Oralità e scrittura. op.cit.*, p.746-747 ; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, op.cit.,* p.177ss. ; *Le forme classiche...*, II, *op.cit.*, p.232ss. ; *Testamento. op.cit.*, p.227ss. ; L. BOVE, *Documentazione privata e Prova... op.cit.*, p.157 ; M. TALAMANCA, *Documentazione... op.cit.*, p.540.

[50]A. GUARINO (*Note sul testamento segreto... op.cit.,* P.D.R. VI, p.301ss.) entiende que el senadoconsulto neroniano se referiría exclusivamente a los negocios *inter vivos.*

[51]De esta manera sería una normativa complementaria de la *lex Cornelia de falsis* propuesta por Sila en el año 81 a.C. reprimiendo — GUTIERREZ ALVIZ, *Diccionario de Derecho romano*[3], Madrid 1982 — la falsificación, destrucción y divulgación de testamentos, la falsificación de monedas, el soborno de testigos y la suposición de parto, castigándolos con la pena de muerte (C.9.22 ; D.48.10.4.7). Véase, G.A. ARCHI, *Problemi in tema di falso nel diritto romano,* Studi nelle scienze giuridiche e sociali 94 (1941) [= Scritti di diritto romano II, Milano 1981, p.1488ss.].

[52]Por contra, GUARINO (*Note sul testamento segreto... op.cit.*, p.306ss.) entiende que la noticia de Svetonio en virtud de la cual dicho senadoconsulto prescribiría que en las dos primeras caras de las tablillas, las cuales el testador presentaba abiertas a los testigos, sólo figurase el nombre de dicho testador, arrancaba en realidad de una consolidada práctica jurisprudencial de carácter cautelar del siglo I d.C. El ilustre romanista atiende a la utilización de dos verbos distintos (*repertum* y *cautum est*) en el pasaje de Svetonio, también al hecho de que la norma relativa a la prohibición de que un tercero (que era el escribano de las tablillas) incluyese legados a su favor procede con seguridad del anterior senadoconsulto liboniano, y de la convicción de que no cabía un senadoconsulto que en época del Principado contuviese una normativa meramente orientativa y no imperativa.

242 d.C., el cual es uno de los pocos testamentos romanos *per aes et libram* de época clásica que han llegado hasta nosotros — y el único que ha llegado prácticamente completo[53] —, no cumple, precisamente, las prescripciones del SC neroniano, y así Antonio Silvano debió mostrar a los testigos la institución de heredero y otras disposiciones testamentarias escritas en las dos primeras tablillas[54]. Este hecho — dejando aparte otras hipótesis como las formuladas por Macqueron y Arangio-Ruiz[55] — probaría que las normas del neroniano no eran a estos efectos imperativas — no se

[53]Testamento de Antonio Silvano (a.142 d.C.) (FIRA III, *Negotia,* & 47, ed. ARANGIO RUIZ [= Textos de Derecho Romano, coord. R. DOMINGO, Madrid 1998, p.276-277]). Véase el exhaustivo estudio de J. MACQUERON, *Le testament d'Antonius Silvano (Tablettes Keimer)*, RHD 35 (1957) p.123ss. Sobre los testamentos romanos que han llegado efectivamente a nuestro tiempo, véase, M. AMELOTTI, *Il testamento romano attrraverso la prassi documentale, op.cit.*, p.9ss. ; *Un nuovo testamento per aes et libram,* SDHI 15 (1949) p.34ss. ; *Il testamento romano classico alla luce di nuovi documenti,* Estudios de Derecho romano en honor de A. D'Ors. Pamplona 1987, p.151ss. ; L. MIGLIARDI ZINGALE, *I testamenti romani nei papiri e nelle tavolette d'Egitto,* Silloge di documenti dal I al IV secolo d.C., Torino 1997.

[54]En las dos primeras tablillas del testamento de Antonio Silvano (la I b y la II a) que deberían figurar vacías de disposiciones testamentarias aparece ya la institución de heredero mientras que en las dos últimas tablillas de cera (la IV b y la V a) se comprenden prácticamente sólo — aparte de unos legados menores — cláusulas de estilo como la de una *mancipatio familiae* ficticia, la de *dolo abesto*, la relativa al lugar y fecha del otorgamiento del testamento, y una *subscriptio* ológrafa escrita en griego por el propio testador que es una frase en la que figura su nombre. Señala MACQUERON (*Le testament d'Antonius Silvanus, op.cit.,* p.162) que la *subscriptio* en griego debió realizarla Antonio Silvano en presencia de los testigos y que podría funcionar como una garantía especial en los testamentos *per aes et libram* egipcios, esto es, como una particularidad de los mismos que implicaría la inaplicación en este punto del SC neroniano.

[55]Se trata de una hipótesis que MACQUERON le sugirió verbalmente a ARANGIO-RUIZ. Posteriormente MACQUERON (*Le Sénatus-Consulte Néronien... op.cit.,* p.462-463) reconoce, posiblemente a la luz de las críticas recibidas, la debilidad de dicha hipótesis la cual, sin embargo, fue mantenida por ARANGIO-RUIZ (*Il testamento di A. Silvano, op.cit.,* p.209ss.) que no pensaba que podía darse el caso de un SC. de época del Principado que no se cumpliese en la práctica. La hipótesis es la siguiente : la última tablilla exterior del testamento (la V b) sería en realidad la primera para las personas que están sentadas frente al mismo, es decir, para los testigos ; y así, desde este punto de vista, las dos últimas tablillas interiores (la IV b y la V a) serían en realidad para éstos las dos primeras, las cuales el testador enseñaria a dichos testigos y que contenían, prácticamente, sólo cláusulas de forma. Estamos, por tanto, ante un intento de salvar la aplicación del SC neroniano lo cual ya fue rechazado en su día por GUARINO (*La scrittura nel testamentum... op.cit.*, p.383ss.).

imponía el secreto en el testamento escrito — sino que sólo tendrían el sentido de una recomendación a aquellos testadores que tuviesen el lógico deseo de que su última voluntad permaneciese en secreto[56]. Ahora bien, Guarino[57], al negar la existencia del llamado senadoconsulto neroniano negó también la posibilidad misma de un testamento civil escrito y secreto (cerrado) en época clásica señalando en este sentido que la esencia del testamento *per aes et libram* es la *nuncupatio* del testador que era esencialmente oral y pública quedando los testigos enterados del contenido del mismo aunque cautelarmente la declaración del testador se recogiese por escrito[58]. A mi juicio debemos matizar : desde luego que la esencia del testamento romano *per aes et libram* es la *nuncupatio testamenti* — distinta de la *nuncupatio heredis* — y que dicho testamento no se perfecciona *litteris* por lo que no cabe una forma o tipo de testamento escrito y secreto ; pero dicho esto entiendo, en línea con el comentario que hizo al respecto Amelotti[59], que en caso de testamento civil escrito los testigos sólo tenían que oir la *nuncupatio testamenti* abstracta (o al menos asegurarse de la presencia de la cláusula escrita de la *mancipatio familiae*) en la que el testador podía limitarse exclusivamente a afirmar que en las tablillas que tiene en su mano se contiene su testamento sin que en dicha declaración tuviese que hacer ninguna mención al contenido

---

[56]J. MACQUERON, *Le testament d'Antonius Silavanus, op.cit.*, p.167ss. ; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso... op.cit.*, p.180-181 ; *Le forme classique di testamento* II, *op.cit.*, p.237ss. También, a mi juicio es difícil pensar en una normativa impuesta por el poder público romano que, *sensu contrario*, impidiese en época clásica hacer testamento abierto (nuncupativo) ante testigos que luego por razones de seguridad se recogiese por escrito en las tablillas de cera cerradas y selladas según la praxis romana.

[57]*Note sul testamento segreto... op.cit.*, p.299-300.

[58]Para GUARINO (*Note sul testamento segreto... op.cit.*, p.298) sólo queda claro que la primera fuente que preve expresamente la posibilidad de un testamento escrito que sea al mismo tiempo secreto es Nov.Th.16.2-3 (439). Como veremos Nov.Th.16, que fue publicada en Occidente por Valentiniano III en el año 448, estableció un nuevo sistema en materia de formas de testamento que fue recogido en esencia por Justiniano en C.6.23.21. Concretamente dispone que "*Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam, vel tantam clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam...*" (Nov.Th.16.2 = C.6.23.21pr.).

[59]*Il testamento romano attraverso la prassi documentale, op.cit.*, p.181 ; *Le forme classique di testamento* I, *op.cit.,* p.238.

del mismo y sin que parezca que los testigos tuviesen derecho a examinar el contenido interior de las tablillas el cual no se reproducía en las caras exteriores de las mismas. Por tanto, si bien tenía razón Guarino al afirmar que no cabe reconocer un tipo o forma específica de testamento romano secreto, tampoco puede negarse la posibilidad de que el único testamento *per aes et libram* romano clásico basado en la *nuncupatio testamenti* pudiese adoptar, también en la práctica, la forma de testamento escrito y cerrado, es decir, guardar su contenido en secreto según la voluntad del testador.

6.- Ya se ha dicho que independientemente de la costumbre romana de recoger por escrito los testamentos siempre cabía la posibilidad en toda la época clásica de un testamento civil realizado en todo o en parte en forma oral en el que los testigos quedaban naturalmente informados del contenido del testamento. En este supuesto estamos ante un *modus operandi* que en las fuentes postclásicas, y especialmente en el Código Teodosiano, fue llamado de forma determinate para el futuro como testamento nuncupativo"[60] frente al testamento escrito. Además, dichas fuentes son reflejo del esfuerzo de la Cancillería Imperial por superar la dicotomía entre testamento civil y testamento pretorio que se convirtió en una clasificación carente de lógica jurídica tras la constitución de Constantino por la que se suprime la exigencia de la cláusula de la *mancipatio familiae*[61] que se mantuvo en la

[60]Ahora bien, pone de relieve DULCKEIT (*Plus nuncupatum... op.cit.,* p.188, n.28) que en la legislación postclásica del siglo V y en época de Justiniano junto al uso técnico de *nuncupatio* o *nuncupare* como nombramiento del heredero se emplean cada vez más estas expresiones en un sentido atécnico — quizá podamos decir, vulgar — para indicar simplemente el acto de llamar, referir algo o atestiguar. Así — DULCKEIT — de la lectura del V.I.R. resulta que dichos términos aparecen recogidos once veces en el Código de Justiniano en el sentido técnico de nombramiento del heredero en un " Manzipationstestament " (así en C.6.13.1 (239), C.6.11.2.1 (242), C.6.36.8.2 (424), C.1.2.14.1 (470), C.6.23.29 (531) y también en Inst.2.10.14 frente a treinta veces contenidas en el mismo Código en ese segundo sentido.

[61]Tal como nos refiere Eusebio de Cesarea (*De vita Constantinii* 4.26) dicho emperador deroga las *formulae et solemnitates* en la redacción del testamento, es decir, el requisito de la cláusula de la *mancipatio familiae* que queda como un simple elemento externo con funciones de publicidad y certeza. Véase B.

legislación de época postclásica por la fuerza de la propia tradición jurídica romana[62] y que, sin embargo, arraigó entre los pueblos godos romanizados quizá por la veneración que debieron sentir hacia las construcciones jurídicas romanas[63]. Pero la nueva y

---

ALBANESE, *L'abolizione postclassica delle forme solemni nei negozi testamentari.* Scritti Giuridici II, Palermo 1991, p.777ss. [AUPA 36 (1976)].

[62]La reforma de Constantino al suprimir la exigencia de la *mancipatio familiae* y, por tanto, de la *nuncupatio testamenti* — aún estereotipada como cláusula de estilo — determinó a su vez la consecuencia de simple lógica jurídica de hacer superflua la presencia de los testigos que hacían las veces del *familiae emptor* y del *libripens* en la antigua *mancipatio familiae* con lo que, en puridad, el testamento civil romano ya no necesitaría más que cinco testigos. Sin duda los juristas clásicos habrían ideado en este punto un esquema de formas de testamento en el que se satisfaciesen las necesidades prácticas de seguridad con una depurada técnica jurídica. Sin embargo, dada la decadencia general de ese tiempo, la Cancillería Imperial sólo recogió de una manera confusa y contradictoria principios y reglas de la propia tradición jurídica romana intentando acomodarlos a las necesidades del momento. Así, las fuentes de la época distinguen entre un testamento civil hecho ante cinco testigos y un testamento pretorio hecho ante siete, tal y como resulta de una constitución de los emperadores Honorio y Arcadio del año 396 (CTh.4.4.3, e Interpretatio) ; también, de otra constitución de Teodosio II del año 424 (CTh.4.4.7.2) ; y, por último, de la Novela de Valentiniano 3.21.1.2, del año 446. A este respecto es de destacar la contribución de ARCHI (" *Testamentum civile* " " *Testamentum praetorium* ". Scritti di diritto romano II, Milano 1981, p.771ss.) que rechaza por carecer de fundamento en las fuentes la hipótesis de DAVID [*Ueber die Form des ordentlichen, schriftlich abgefassten Privattestaments zur Zeit des Dominats,* ZSS 52 (1932) p.314ss.] en virtud de la cual resultaría que el testamento civil ante cinco testigos sería ológrafo mientras que el testamento pretorio ante siete sería alógrafo, es decir, escrito por un tercero. ARCHI (" *Testamentum civile... op.cit.,* p.795ss.) piensa, por el contrario, que la Cancillería Imperial al mantenerse fiel a las expresiones " testamento civil " y " testamento pretorio " trás la reforma de Constantino nos está manifestando la subsistencia de una tradición jurídica romana que comprendía numerosos casos de testamentos ineficaces desde el punto de vista del *ius civile* pero que sí podían serlo, en cambio, *iure praetorio*. Los juristas y funcionarios de la Cancillería — ARCHI — del siglo IV y V se formaron sin duda en dicha tradición y de ahí que aparezca en el lenguaje de la misma la dicotomía entre testamento civil y testamento pretorio que se configuraba como una fórmula sintética y cómoda que permitía " proporcionar en mentes poco refinadas la ilusión de abarcarlo todo con pocas palabras ".

[63]VOCI (*Testamento pretorio... op.cit.*, p.430, n.49 y 50) destaca el hecho de que las legislaciones romano-germánicas siguiesen refiriendo un testamento civil ante cinco testigos y un testamento pretorio ante siete. Por otro lado VOCI sigue, entre otros, la exposición de SAVIGNY sobre la materia (*Geschichte der römische Recht im Mittelalter*[2], 1834, rist. 1954, pp.108, 115, 117, 189, 234) conforme a la cual vemos que en testamentos visigóticos, burgundios, francos y longobardos,

fundamental clasificación bipartita de las formas de testamento se contiene en la Novela 16 de Teodosio II, que establece un nuevo régimen jurídico en materia de formas de testamentos que Justiniano recogió prácticamente en C.6.23.21[64] ; en dicha clasificación se distingue entre un testamento oral o nuncupativo, que recoge la vieja concepción de la *nuncupatio heredis* y, por otro lado, un testamento escrito carente ya de la antigua *mancipatio familiae* y, por consiguiente de la *nuncupatio testamenti*, el cual a su vez puede ser secreto, es decir cerrado, si el testador así lo desea.

7.- La clasificación " testamento oral " — " testamento escrito " se recibe en el Breviario de Alarico — *lex Romana Wisigothorum* — tomada de C.Th.4.4.2 donde se establecen como formas testamentarias las de *scripturam legitimam vel nuncupationem,* y también de C.Th.4.4.7 en el que se refiere el testamento *sive scripto sive sine scriptura confecto*. Ahora bien, la *Interpretatio* visigótica apuesta decididamente por dar mayor valor al documento escrito y así, por un lado, en la *Interpretatio* a C.Th.4.4.7 se distingue entre testamento propiamente dicho y

---

así como en testamentos encontrados dentro del área de influencia bizantina así en papiros de Rávena de los siglos V y VI o en papiros egipcios de la época, figuran cláusulas que vienen a establecer que el testamento valga para el derecho civil, para el derecho pretorio o como codicilo. Incluso San Isidoro de Sevilla nos dice que "*testamentum iuris civilis est quinque testium subscriptionem firmatum. Testamentum iuris praetorii est septem testium signis signatum*" (etym. 24.5.6).

[64]Nov.Theod.16.2 : *Hac itaque consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum... & 6 : Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus...*(349). C.6.23.21 : *Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentus... & 4 : Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura testamenta non alias valere sancimus...* Otras fuentes exponenentes de la legislación postclásica en la materia son : C.Th.4.4.2.1 : *Testamenti vero scripturam legitimam vel nuncupationem...* (389) ; C.Th.4.4.7 : *Si quis agere ex testamento quolibet modo sive scripto sive sine scriptura confecto de hereditate voluerit... & 2 : In omni autem genere testamenti, sive in praetorio iure sive civili consistat... sive non scripta voluntas ultima praetendatur* (424) ; Nov.Valent.21.1.2 : *Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem...*(446) ; *Interpretatio* a CTh.4.4.7 : *Si quis per scripturam condiderit testamentum et postmodum sine scriptura, hoc est per nuncupationem suam iterandam crediderit voluntatem.*

nuncupatio al expresar que " *suam publicare non desinat voluntatem, utrum ex testamento an per nuncupationem an per fideicommissum hereditatem sibi eligat vindicationem* " y, por otro lado como destaca Rodriguez Adrados[65], la *Interpretatio* a Novelas de Teodosio 2.9 contenida también en el Breviario de Alarico exige que los siete testigos ante los que el testador realizó la *nuncupatio* oral deben publicar *apud gesta* la voluntad del difunto ya que se dice en dicha *Interpretatio* que éste por la mera *nuncupatio heredis* " *testamentum non fecit*[66] ".

Posteriormente, vemos que en el *Liber Iudicorum* — o *Liber Iudicum* — de Recesvinto (hacia el a. 654)[67] se establecían tres

---

[65]A. RODRIGUEZ ADRADOS, *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública,* Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1996, p.108.

[66]... *Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, qui suam publicare maluerit voluntatem, convocatis simul una hora septem testibus, primum pro qua re eos venire rogaverit, evidenter explanet, ut, quia testamentum non fecit, illi apud gesta defuncti publicent et allegent voluntatem...* Por otro lado, junto al testamento vemos, siguiendo a GARCIA-GALLO (*Del testamento romano... op.cit.*, p.457ss.), que la tradición jurídica que podemos calificar de Derecho romano vulgar de Occidente de los siglos V y VI conoció formas de disponer *mortis causa* que debieron estar muy difundidas en la práctica como es la llamada *epistola hereditatis* de raíz posiblemente codicilar y fiduciaria que " tal y como se conoce en España aquélla aparece otorgada estando enfermo el disponente pero con mente clara y sano juicio, dictada por un padre a su hijo, calificada repetidamente por el otorgante como mera *epistola*, que ha de valer eternamente conforme al Derecho urbano y al pretorio y en su defecto como codicilo o abintestato, distribuyendo por igual los bienes entre los hijos y ordenando se presente en la curia (Formularios visigodos, 21) ". Por otro lado, parece que en la práctica debían tener mucha importancia las donaciones *post mortem* que ya fueron expresamente reguladas por Constantino (C.Th.8.12 [=Brev.Alar.5.1] y C.8.53.25) pero que al menos en época visigoda también comprenden formas de vulgarización como son las donaciones *post obitum* del marido a la mujer y la atribución recíproca por los cónyuges de sus bienes para después de la muerte, "sin que en los documentos se encuentre una calificación jurídica de los mismos o en ellos se hallen expresiones que permitan dársela con arreglo al Derecho de la época" (GARCIA-GALLO, *op.cit.*, p.460).

[67]Se trata de una recopilación de leyes promulgadas por reyes visigodos, fundamentalmente de Chindasvinto y Recesvinto. En el *liber* predomina la tradición jurídica romana. Fue traducido oficialmente al castellano por el rey Fernando III (s. XIII) con el nombre de Fuero Juzgo. Véase F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*[4], Madrid 1990. Sobre la tradición jurídica española en materia de testamento nuncupativo: E. RODRIGUEZ, *El testamento nuncupativo: algunós aspectos terminológicos y de contenidó, desde Roma al*

formas testamentarias escritas y una oral[68]. Respecto del Derecho altomedieval de los reinos cristianos del norte de España después de la invasión árabe, y según se deduce de los Fueros municipales, el testamento debía ser fundamentalmente oral con la admisibilidad de un testamento escrito probatorio, si bien en el Fuero Real de Alfonso X (hacia 1250), seguramente por influjo del *Forum Judicum*, y por tanto, de la *Liber Iudiciorum*, se admite otra vez cuatro formas de testamento, tres escritas y una oral[69].

Por lo que hace a la legislación romanista de Las Partidas de Alfonso X, ésta recoge la clasificación justinianea entre testamento *in scriptis* o escrito y testamento *nuncupativum*[70], pero lo hace en

---

Derecho moderno. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, II, Vigo, (España), 16-18 abril 1998, Vigo 1999, p.199ss.

[68]L. Iud. 2.5.12 : *Morientium extrema voluntas, sive sit auctoris et testium manu suscripta, sive utrarumque partium signis extiterit roborata, seu etiam, etsi auctor suscribere vel signum facere non prevaleat, alium tamen cum legitimis testibus suscriptorem vel signatorem ordinationis sue instituat... sive tantummodo verbis coram probationem patuerit promulgata, omni perenniter valere subsistat.* Los reyes visigodos, al igual que los emperadores romanos de época postclásica reaccionan frente a las prácticas de Derecho vulgar y tratan de poner en vigor de nuevos principios de la más pura tradición jurídica romana. Así, indica GARCIA-GALLO (*op.cit.,* p.475) que en " la práctica vulgar romana tardía y visigoda el número de testigos se reduce a dos o tres, como se encuentra ya de modo generalizado en la época visigoda y en la Alta Edad Media. También aquí el Derecho oficial visigodo tardío trata de salir al paso de esta generalización del testamento oral otorgado con escasas formalidades ". Así Chindasvinto lo regula de un modo muy restrictivo en L. iud. 2.5.13 (entre 643 a 653) en cuanto que lo admite sólo en caso de viaje o de guerra, ante testigos que oigan la declaración, de ser posible ingenuos, aunque en su defecto admite que puedan ser siervos propios o ajenos ; estos testigos han de presentarse luego al juez o al obispo antes de los seis meses, declarar ante ellos lo que oyeron, y ha de redactarse por escrito la declaración, firmarla los jueces y sacerdotes y presentarla al rey para que la confirme. Dice al respecto GARCIA-GALLO que " comprensiblemente, esta reducción del testamento oral a una forma de excepción en su otorgamiento, con la exigencia de la confirmación real, queda en letra muerta ".

[69]A. RODRIGUEZ ADRADOS, *op.cit.*, p.117. En materia de sucesión testamentaria en época visogótica y altomedieval en España véase la reciente monografía de M.E. ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid 1999, p.119ss.

[70]Seguimos a RODRIGUEZ ADRADOS, *op.cit.*, p.118ss. P.6.1.1 :... *E son dos maneras de testamento. La una es, a que llaman en latin testamentum nuncupativum, que quier tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze, por palabra o por escrito a quales establesce por sus herederos e como ordena, o departe las otras sus cosas. La otra*

un sentido nuevo y diferente al que tuvo originariamente en las fuentes romanas porque, de acuerdo con la *Interpretatio* que hizo en el siglo XVI Gregorio López, las Partidas adaptan esta clasificación a la llamada *lex Contractus* dada por Justiniano en C.4.21.17, por la que el emperador establecía el valor *ad substantiam* y no meramente probatorio de los *instrumenta* en los que las partes habían convenido que se hiciese constar el contrato celebrado entre las mismas. Las Partidas extienden esta ley de Justiniano al testamento escrito o *in scriptis* con lo que la validez del negocio se hace depender de la redacción del documento que pasa a tener en sí valor *ad substantiam* y, por tanto, requisito de forma esencial para la perfección del negocio jurídico que, de este modo, se perfecciona *litteris*[71]; por otro lado, dentro del testamento *in scriptis*, la ley 6.1.2 establecía la posibilidad de que el testador otorgase testamento escrito cerrado, es decir, secreto, que la ley llama testamento *en poridad*.

Frente al testamento *in scriptis*, las Partidas colocan el testamento nuncupativo abierto que pasa a tener el nuevo significado de testamento en el que su validez y eficacia jurídica no deriva de la escritura sino de la manifestación de la voluntad del testador ante testigos en la forma exigida pudiendo dicha voluntad ser expresada ante los testigos bien sólo de palabra, o bien contenerse en un escrito leído ante aquéllos, o ser recogida después en un escrito *ad probationem*, o incluso, como interpretaba Gregorio López[72], puede recogerse en escritura pública. Vemos, por tanto, que en este testamento nuncupativo se produce una proyección en el *ius commune* europeo del concepto romano de la *nuncupatio heredis* ya que el testador hace pública la institución de heredero, y también del originario significado de la *nuncupatio testamenti* puesto que el testamento nuncupativo abierto es válido y

---

manera, es que dizen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto dezir, como manda que se faze por escrito, e non de otra guisa...

[71]Glosa "c" de Gregorio López a P.6.1.1 : " E non de otra guisa <manera>. *Id est, cum testator vult testari in scriptis non ad probationem voluntatis, sed ad substantiam testamenti, ita quod scriptura sit de substantia, ut in lege contractus, C. de fide instrumento* ".

[72]GREGORIO LOPEZ, glosa "b" de P. 6,1,1 : O por escrito. *Potest enim testamentum nuncupativum fieri per scripturam tabellionis.*

eficaz en virtud de la manifestación de la voluntad del testador realizada en la forma requerida y no por la escritura en la que dicha voluntad puede constar.

La legislación española común en materia de formas de testamento desde las Partidas — Ordenamiento de Alcalá (1348), Leyes de Toro (1505), Nueva y Novísima Recopilación (1567 y 1805) — mantuvo en esencia la clasificación entre testamento nuncupativo o abierto (aunque se haga constar por escrito) y testamento *in scriptis* o cerrado, y ello con sucesivas y confusas modificaciones respecto, por ejemplo, al número de testigos exigidos según los casos. Sin embargo, siguiendo a Rodríguez Adrados[73], vemos que con la publicación del Código Civil español de 1889 el testamento abierto ante Notario dejó de ser testamento nuncupativo ya que la voluntad del testador tiene que recogerse necesariamente en scritura pública siendo de lo contrario nulo dicho testamento, de acuerdo con el artículo 687[74], y ello aunque constase fehacientemente de otro modo la voluntad del testador : estamos, por tanto, ante un testamento *in scriptis*. Sólo se mantienen en la legislación vigente española como testamentos abiertos nuncupativos los excepcionales para el caso de inminente peligro de muerte y de epidemia, últimos vestigios, por tanto, de la concepción romana de la *nuncupatio testamenti*[75].

[73]*La persistencia histórica de la oralidad... op.cit.*, p.176.

[74]Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo.

[75]También en Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña (Ley 40/1991, de 30 de diciembre) se ha suprimido el testamento sacramental que era un testamento nuncupativo " porque, aún reconociendo su larguísima tradición en Cataluña, de raíz altomedieval, se ha considerado obsoleto ". Preámbulo, IV,c. (RODRIGUEZ ADRADOS, *op.cit.*, p.176). Sobre la recepción del Derecho Romano en Cataluña en materia de Derecho de Sucesiones y la regulación actualmente contenida en el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 véase : M.E. ORTUÑO PEREZ, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña...op.cit.,* p.199ss.