

El testamento ante el párroco: una institución jurídica de raíces romanas¹

Beatriz GARCÍA FUEYO
Universidad de Burgos

Justo GARCÍA SÁNCHEZ
Universidad de Oviedo

El testamento ante el párroco, inexistente en Derecho histórico común hispano², aparece bien contrastado en algunos territorios españoles a principios de la Baja Edad Media³. En Cataluña, cuyo origen algunos sitúan en el siglo IX⁴, dada su derivación del Derecho consuetudinario

¹ Sirva como modesto homenaje *in memoriam* del recordado y añorado amigo Ricardo PARNERO q. e. p. d., *vir bonus*, ejemplo para los que hemos seguido la vocación universitaria, por su entrega a la docencia, sacrificio, afán de superación, y testimonio cualificado de otros muchos valores humanos inmarcesibles. *Grato animo*. Como señala CICERÓN, en De leg. 3,13,4: «*Ego autem nobilium vita victuque mutato, mores mutari civitatum puto*». Al compañero, que recordamos, se pueden aplicar, en toda su extensión, las palabras de Francisco Javier BERROETA Y OZAETA, aludiendo a la formación que recibían los alumnos del Seminario de Vergara, en 1788: «*Eos habetis studiorum moderatores, qui observent omnia, qui nunquam a vobis deijciant oculos, qui vos dormientes, vigilantes, in otio, in negotio, qui domi, qui foris, speculentur atque custodiant. Qui ipsi sanctissimis praediti moribus, vobis non minus in exemplum vitae propositi sunt, quam ad custodiam praepositis, quorum exemplis excitati, et morum integritate et suavitate, et doctrinae laude, si maxime velitis, non plurimum eminere*». Extractos de las Juntas generales celebradas por la Sociedad Bascongada de los Amigos del país en la ciudad de Vitoria, por agosto de 1789, Vitoria, 1789, p. 152.

² No faltan las memorias testamentarias, pero es una institución diferente. *Vid.* A. FERNÁNDEZ ARÉVALO, *Testamento per relationem en el Derecho civil común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998. Hemos verificado los fondos del Archivo Histórico Diocesano de Oviedo, y comprobado que la especialidad más común, en testamentos manuscritos que obran en su depósito documental, consiste en el testamento otorgado en aldea de montaña, sin escribano público o notario, bien ológrafo, sin testigos, conforme a la Nov. Val. 21,2,1, del año 446 d. C., bien con cinco testigos, conforme a C. I. 6,23,31, del año 534: AHDO. Parroquia de Santa María de Parana. Arciprestazgo de Pajares. Sign. 40.9.26, fol. s. n. r. AHDO. Parroquia de San Pedro de Jomezana. Arciprestazgo de Pajares. Sign. 40,6,34, fol. s. n. rv.

³ Cfr. R. MORÁN MARTÍN, *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, Universitas, 2002, p. 404.

⁴ Así lo interpreta MOUTÓN Y OCAMPO, quien se lamentaba, en los primeros años del siglo XX, de la limitación que había sufrido su desarrollo en las décadas precedentes, «prohibiendo su celebración en las poblaciones donde haya o pueda ser fácil encontrar Notario que dé fe de la última voluntad». Sus requisitos estaban bien definidos: presencia del párroco propio o de su

amparado por las instituciones de la Iglesia, estuvo aplicado en el siglo XI, en cuanto al número de los dos o tres testigos que servían para probar todos los negocios, conforme al usache *Accusatores*, concordante con los fragmentos del Evangelio: «*In ore duorum vel trium testium stet omne verbum*», ratificado por las Cortes de Barcelona en 1413⁵.

La concesión a los clérigos catalanes, especialmente a los párrocos, de actuar como fedatarios públicos, reconocida por Pedro I en Barcelona el año 1283, y confirmada por Jaime II, en 1311, vino ratificada por Alfonso III, en Daroca, el año 1328. En su pragmática, limitadora del ejercicio de notario para algunos clérigos, sin embargo no deroga, según sus palabras, «en cosa alguna a las iglesias y rectores de las mismas, en las notarías y escribanías que les competen en nuestros lugares, de que puedan seguir el oficio de las mismas y ejercerlas por clérigos y legos, según lo había permitido don Pedro». Esto implica, en palabras de Lope Orriols⁶, que fue reconocida la cualidad de notarios públicos a los eclesiásticos, encargados de la cura de almas, en las iglesias y parroquias, extendiéndose a todo tipo de actos y contratos, entre personas legas y sobre cosas profanas, ya que su restricción a los actos de última voluntad no tuvo lugar hasta el siglo XVIII, en 1736⁷.

La Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, dio lugar a una RO de 15 de diciembre del año siguiente, en la que se declara subsistente el privilegio que gozaban los curas, rectores o sus tenientes, en el Principado de Cataluña, para otorgar testamentos o últimas voluntades, cada uno en su distrito o feligresía, no habiendo en ella escribano real o numerario.

La compilación del Derecho civil especial de Cataluña, Ley 40/1960, de 21 de julio, dispuso en su art. 102, en su primer párrafo, que «en la localidad sin Notaría demarcada o vacante se podrá otorgar testamento en forma abierta ante el párroco de la demarcación parroquial en que se halle el testador o ante quien haga las veces de aquel, observándose las demás

teniente; asistencia al acto de dos testigos rogados, independientemente de su vecindad, pero que no tengan tacha ni incapacidad legal; unidad de acto, y la utilización del papel sellado, aunque su carencia no generaba la nulidad. Por último, era imprescindible la protocolización, que era inmemorial en Cataluña, pero ejecutada de diversas maneras: o asentamiento en un libro de testamentos; escritura en pliegos o folios sueltos y guardándolos posteriormente en un legajo intitulado *De documentis*. Refiriendo la práctica, recuerda que «los menos de los párrocos firmaban los testamentos», y solamente algunos exigían que firmase el testador, si sabía hacerlo, pero «casi ninguno obliga a firmar a los testigos», pasando de la transcripción en papel sellado. Vid. L. MOUTÓN Y OCAMPO, «La sucesión testada en el Derecho foral», en *RGLJ*, núm. 112, 1908, pp. 264-265.

⁵ Cfr. A. LOPE ORRIOLS, «El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra», en *RGLJ*, núm. 97, 1900, p. 80.

⁶ *Ibid.*, pp. 81-83.

⁷ Se trata de la Real Provisión de 29 de noviembre de 1736, en virtud de la cual se declaran válidos todos los instrumentos otorgados ante los rectores, párrocos o tenientes de los lugares y villas del Principado hasta el día en que se publique la Real Provisión. Y para lo sucesivo, «los curas, rectores o sus tenientes, solo han de poder otorgar testamentos o últimas voluntades, cada uno en su distrito, territorio o feligresía, no habiendo en ella el escribano real o numerario, y siendo en el papel sellado», declarando nulo cualquier instrumento relativo a contrato u otro entre vivos. Cfr. *ibid.*, pp. 284-286.

solemnidades de los testamentos abiertos, otorgados ante notario». Todavía, en el Código de Sucesiones de Cataluña precedente, del año 1991, se mantuvo vigente el testamento ante el párroco, conforme al art. 105.2, y su regulación aparece en los arts. 117-119, cuando no existía notario en la localidad⁸, con presencia de dos testigos, además de su depósito en el archivo parroquial, y observando las demás solemnidades prescritas para el testamento notarial, con la posterior protocolización⁹.

Esta peculiaridad foral de Cataluña¹⁰ ha sido recientemente eliminada por sus legisladores, al calificarlo impropia y contrariamente a la aconfesionalidad del Estado, cuando realmente se ha puesto en ejecución un postulado laicista; un presunto multiculturalismo, sin contrapartida alguna para favorecer al ciudadano en ese punto, con las garantías de que disponía hasta ese momento, y una supuesta coherencia con el pluralismo religioso de nuestro Ordenamiento jurídico, a pesar del excepcional arraigo social que presentaba, acorde con las convicciones de la mayoría de la población.

Algo similar ha ocurrido en Aragón, a pesar que haberse aplicado plurisecularmente, al menos desde 1247 —aunque era una práctica consuetudinaria bastante anterior en dicho reino—, el testamento ante el párroco, y dos testigos vecinos de la parroquia, o uno solo, o incluso, como tal testigo, una mujer de buena fama, según el fuero 1.º *De tutoribus*¹¹, y fueros 1.º, 2.º y 3.º *De testamentis*. El *de cuius* expresaba oralmente su última voluntad, si no hubiere notario en la localidad de residencia del testador, o no pudiera acudir por hallarse ausente o enfermo, o el testador

⁸ En ausencia o enfermedad del párroco, según la Real Cédula de 29 de noviembre de 1736, podían intervenir los tenientes vicarios, y este régimen se mantuvo en el siglo XIX, como indica la RO de 15 de diciembre de 1863. Por este reconocimiento legal e importancia práctica, se comprende la amplia utilización del mismo por la sociedad rural catalana, ya que la condición de los párrocos como depositarios de la fe pública en esas circunstancias venía de la confianza que producía su persona y relevante actividad en los últimos momentos de la vida de una persona, como digno de asumir la veracidad de las declaraciones que se le confiaban, por sus valores morales e intelectuales. *Vid.* F. MASPONS Y ANGLASELL, «El testamento parroquial de Cataluña», en *RDP*, núm. 16, 1929, pp. 252-256; M. J. DE ROMEO Y LAGUNAS, «Especialidades testamentarias en Cataluña», en *RGLJ*, núm. 90, 1962, pp. 80-86; J. BOADA Y CAMPS, *El testamento ante el cura párroco en Cataluña y estudios complementarios*, Barcelona, 1963; E. ROCA I TRIAS, *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, vol. III, *Dret de successions*, 6.ª ed., por L. PUIG I FERRIOL y E. ROCA I TRIAS, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 176-178.

⁹ El Decreto-ley de 27 de diciembre de 2012, dispuso en la DT 3.ª del Libro 4.º del CCC, modificando el apartado 1 de la DT 3.ª precedente, ampliando el plazo de tiempo de que disponían los testadores y sus herederos para protocolizar el testamento ante el párroco, que pasa de cuatro a seis años, concluyendo como *dies ad quem* hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹⁰ Cfr. J. PELLICER Y GUÍU, *Tratado teórico práctico de Derecho civil, procesal, penal y administrativo para uso del clero*, 2.ª ed., t. I, *Derecho civil, procesal y penal*, Zaragoza, C. Gasca, 1908, pp. 265-272.

¹¹ Si se otorgara testamento en despoblado, y no pudieran reunir los dos testigos sin tacha ni incapacidad, bastaría otorgarlo ante el párroco y dos varones mayores de siete años, y si tampoco se pudieran reunir, ante el sacerdote y una mujer de buena fama que hiciera de testigo, sin que sea necesaria la firma del testador ni de los testigos. En caso de testamento ante el párroco de palabra, el papel privado se leería íntegramente al testador, párroco y testigos, preguntando el párroco o uno de los testigos y respondiendo el testador. Finalmente, es indispensable la averdación. Cfr. L. MOUTÓN Y OCAMPO, *cit.*, pp. 274-275.

estuviera en grave peligro de muerte, cuya circunstancia no le permitiera esperar al fedatario público¹².

Según el Apéndice foral, aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, conforme al art. 22, y la Compilación aragonesa de 8 de abril de 1967, en sus arts. 91-93, matizando algunos aspectos que no figuraban ni en la regulación histórica ni en el Apéndice citado¹³, el testamento ante el párroco era válido, si no había notario en la localidad o se carecía de la certeza de que llegara a tiempo para su otorgamiento, como eran los casos de enfermedad, accidente o pena capital, con la presencia de dos testigos y ulterior adveración, previa a la protocolización¹⁴.

La supresión de este instituto, en ambos territorios forales, se ha realizado con el argumento político de su escasa práctica¹⁵, de ser contrario

¹² Franco López, en su *Memoria*, no dudaba en afirmar que una de las dos instituciones «que con razón son consideradas como más peculiares de la legislación de este Reino», era la comúnmente llamada libertad de testar, añadiendo «también creo muy acertado lo que el Derecho aragonés dispone para los casos de no haber notario en el pueblo del que trata de hacer testamento, de otorgarse este en despoblado ó en el Hospital de Nuestra señora de Gracia», formulando los arts. 57 a 60, para los supuestos de no ser católico el testador y extenderse al resto de hospitales del resto del territorio. L. FRANCO LÓPEZ, *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés, y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, Zaragoza, Hospicio provincial, 1886, pp. 116 y XXXII-XXXIII. Una exposición sucinta pero precisa y completa de este régimen foral, *vid.* en M. DIESTE Y JIMÉNEZ, *Diccionario de Derecho civil aragonés (precedido de una introducción histórica)*, Madrid, M. Minuesa, 1869, pp. 584-586; J. A. OBARRIO, *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*, Valencia, 2002, pp. 156-159. Los acogidos en el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza, podían testar ante cualquiera de los capellanes del establecimiento.

¹³ El sacerdote ha de poner por escrito de su propia mano la voluntad del testador, insertando lugar, fecha y firmas, tanto del otorgante como de los testigos, o al menos expresará la imposibilidad de hacerlo, custodiando el documento en la parroquia y dando parte del mismo al Colegio notarial. En el plazo de diez días, a partir de la muerte del testador, el párroco presentará el testamento en el juzgado, respondiendo de los daños y perjuicios que se causen por su negligencia, ya que es indispensable la adveración. *Vid.* J. PELLICER Y GUÍU, *Tratado teórico práctico de Derecho civil*, *cit.*, pp. 303-311; J. PELLICER, «Los sacerdotes y las disposiciones testamentarias en Aragón», en *RDP*, núm. 1, 1914, pp. 42-46; C. QUINTANA, «Caducidad del testamento otorgado ante párroco», en *ADA*, núm. 8, 1944, pp. 365-368; *id.*, *Persona en cuyo poder debe quedar el testamento otorgado ante párroco*, *eod. loc.*, pp. 369-370; J. E. RIVAS PÉREZ, *El testamento ante el párroco en Aragón*, *eod. loc.*, pp. 379-398; *id.*, *El testamento ante el párroco en Aragón*, Zaragoza, Librería general, 1945; M. J. DE ROMEO Y LAGUNAS, «El testamento ante el párroco, en Aragón», en *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 9, 1964, pp. 61-76.

¹⁴ Dicha posibilidad de testar fue suprimida en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, que estuvo vigente hasta su derogación por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprobó el Código del Derecho foral de Aragón.

¹⁵ Bastaría recordar que, en el Libro 4.º del CCC, por la Ley 10/2008, de 10 de julio, también se suprimió la capacidad de testar ante el párroco, pero en el apartado 1 de la DT 3.ª de dicha ley, se dispuso que los testamentos ante párroco otorgados con anterioridad a la entrada en vigor caducaban si no se protocolizaban en el plazo de cuatro años, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, con lo cual, la protocolización de testamentos ante el párroco finalizaba el 1 de enero de 2013. A pesar de la previsión legal, un Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña (*BOE*, martes 25 de febrero de 2013, núm. 2124) dispuso que «la necesidad de respetar la voluntad testamentaria de los que otorgaron testamento ante párroco, de acuerdo con la ley, pero que no han sido protocolizados por razones que no les son atribuibles, ni pudieron prever en el momento del otorgamiento», amplió el plazo, a seis años desde la entrada en vigor de la ley, con el fin de posibilitar su protocolización y plena eficacia, es decir, era muy alto el número de testamentos ante el párroco y el plazo fijado era notoriamente insuficiente, lo que conllevó a la firma de un acuerdo entre el consejero de Justicia, el cardenal de Barcelona y el decano del

al principio constitucional de la no discriminación¹⁶ y tildarlo de anacronismo¹⁷, muy alejado de la sociedad actual, a pesar de su evidente utilidad para los ciudadanos de ambos territorios.

No obstante, estos fútiles y erróneos argumentos utilizados políticamente para su supresión legislativa, se trata de un instituto sucesorio que mantuvo su vigencia en diversos territorios hispanos al menos durante ocho siglos, como ocurría en las Islas Baleares, cuya Ordenación 63 de Mallorca disponía que los rectores y párrocos estaban autorizados para recibir la firma de los otorgantes del testamento¹⁸.

El instituto, que nos ocupa, conserva su eficacia, en estos momentos, en la Comunidad Foral de Navarra, cuyas Leyes 189 y 191 del Fuero Nuevo, así como la Novísima recopilación, III.13.10¹⁹, ya permitían otorgar

Colegio de Notarios de Cataluña, con data del 6 de julio de 2013, «para protocolizar unos diez mil testamentos que se estimaban en ese momento en toda Cataluña». ¿Era inútil la institución?

¹⁶ La existencia de tradiciones jurídicas e institutos vigentes en las comunidades políticas no implican discriminación para otras discrepantes que se incorporen en el territorio, antes al contrario, debe exigirse a las nuevas familias que integran el conjunto de la sociedad un máximo respeto por las que encuentran, máxime si tienen más de ocho siglos de existencia, porque su origen nada tiene que ver con un afán de segregación o privilegio.

¹⁷ Decir que la participación, como servicio, de una institución como la Iglesia Católica, a través de la presencia de un ministro, responsable de la acción pastoral en una parroquia, en calidad de instrumento para recoger con libertad la expresión de la última voluntad por parte del creyente de esa religión, implica una interpretación sesgada y ajena a la realidad, porque jamás reemplazó la figura del notario, aunque en muchas ocasiones le sustituyó, por su ausencia, o por imposible comparecencia, o por libérrima voluntad del testador. En todos los territorios en los que el testamento ante el párroco estuvo vigente fue una medida eficaz, especialmente en el mundo rural, para ampliar las posibilidades de testar del ciudadano, de modo que su utilidad actual es una mera cuestión fáctica, con alcance social distinto del pasado, pero nunca irrelevante en el seno de la sociedad, de modo que es configuradora de valores e institutos que dan cohesión al colectivo de ciudadanos y permite un cauce mayor de expresión de la voluntad del individuo testador, con las suficientes garantías. Si la libertad de respetar la voluntad testamentaria es el punto cardinal del Derecho sucesorio catalán, ello no contradice que un ciudadano la exprese en su domicilio ante su párroco y testigos, que aseguren el contenido de sus disposiciones, porque no excluye que el testador vaya al notario directamente, si ese es su deseo, y sin embargo protege situaciones no cubiertas por el fedatario público.

¹⁸ Observa MASCARÓ Y ALBERTY que «como principio general, en las regiones en las que subsiste Derecho especial o foral, nótanse diferencias [...] son válidos los testamentos otorgados ante el párroco y dos o tres testigos idóneos, necesitando para su validez la adverbación, abonamiento o sea su elevación a escritura pública, sin embargo lo acoge en Cataluña, Navarra y Aragón, pero al llegar a Mallorca», añade: «La naturaleza de la sucesión por causa de muerte es igual a la del sistema romano [...] en las formas externas, los testamentos se rigen por las leyes generales de Derecho común, según RD de 30 de junio de 1837 y SSTS» (M. MASCARÓ Y ALBERTY, *Ensayos jurídicos. Derecho foral de Mallorca*, Palma, J. Tous, 1904, pp. 142-146). Señala MOUTON que este régimen estaba vigente por Derecho consuetudinario, rigiendo los requisitos de la presencia del párroco propio o del teniente que hiciera sus veces y dos testigos rogados, sean o no vecinos del lugar, pero idóneos, con presentación de documento que contenga las disposiciones testamentarias y unidad de acto (cfr. L. MOUTÓN Y OCAMPO, *cit.*, p. 455). MASOT MIQUEL, analizando los principios generales del Derecho sucesorio balear, recordaba que «la aplicación del Derecho romano, bajo la formulación del *ius commune*, en Mallorca ha sido siempre incuestionable e incuestionada» (M. MASOT MIQUEL, «Los principios generales del derecho sucesorio balear», en *Derechos civiles de España*, pp. 77-79).

¹⁹ La motivación de la norma, precedente del Fuero General, Libro 3, Título 10, Capítulo 2, año 1604, es muy clarificadora: «Al Reino le ha parecido conveniente y ajustado lo dispuesto por el Derecho común, y en particular el Canónico, según el cual no existiendo escribano, que lo otorguen en presencia del cura u otro clérigo y dos testigos». *Novísima Recopilación de las Leyes*

testamento abierto ante el párroco u otro clérigo y dos testigos, acompañado del posterior abonamiento, que equivale a la adveración aragonesa y su protocolización final²⁰.

Queremos presentar, en estas páginas, *aliqua notanda* acerca del testamento ante el párroco, analizando las bases romanistas de su configuración²¹, e implantación en Europa, por medio de una costumbre, a partir del rescripto del papa Alejandro III, en el último cuarto del siglo XII, incorporándolo San Raimundo de Peñafort, unas décadas más tarde, en la Decretal 3,26,10, conocida como *Cum esses*²².

En un análisis histórico-jurídico es preciso tomar como referencia inicial la terminología, en la que hay dos vocablos: la voz romana *testamentum* y la griega, vertida al latín, *parochus*.

La primera nos hace recordar dos definiciones. La primera de Ulpiano, en Tit. ex corp. Ulp. 20,1: *mentis nostrae iusta contestatio*, muy acorde

del Reino de Navarra, hechas en sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta el de 1726 inclusive, t. II, Pamplona, 1735, pp. 636-637.

²⁰ *Vid.*, por todos, J. J. SOLCHAGA LOITEGUI, *El testamento ante párroco en Navarra*, Zaragoza, La Académica, 1959; J. PELLICER Y GUÍU, *Tratado teórico práctico de Derecho civil...*, pp. 551-555; M. C. ITURRIOZ LLOP, *Origen del testamento otorgado ante párroco en Navarra*, tesis doctoral. Rep. internet, pp. 361-392. Cfr. L. MOUTÓN Y OCAMPO, «La sucesión testada en el derecho foral», *RGLJ*, núm. 112, 1908, p. 447; I. GARCÍA PRESAS, *Clases de testamentos*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 119-120. La Ley 189, de la Compilación del Derecho Civil de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo (*BOE* de 7 de marzo de 1973), ya que no afecta a nuestro instituto la reforma de julio de 2016, dispone: «Testamento ante párroco: si el testador se hallare en peligro inminente de muerte y no pudiera obtenerse la presencia de notario, podrá otorgarse el testamento ante el párroco del lugar u otro clérigo ordenado de presbítero, y en todo caso con la presencia de dos testigos». La ley posterior permite, en caso de imposibilidad de aplicar la norma precedente, la validez del testamento con tres testigos, mientras la Ley 191 fija los «Requisitos comunes a testamento ante párroco y testigos», consistentes en la redacción por escrito, las firmas, la conservación del documento, su pérdida de eficacia a los dos meses de salir el testador del peligro de muerte y el plazo de presentación, una vez fallecido el testador, para el abocamiento o adveración. *Vid.* A. SOTO HERNÁNDEZ, *Testamentarias y abintestatos*, 3.^a ed., t. I, Madrid s. a., pp. 100-103, 129-130 y 132-136.

²¹ A principios de la pasada centuria, el comparatista francés LAMBERT dedicó una de sus investigaciones a examinar la herencia de Roma en las formas de testamento, E. LAMBERT, *La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada*, trad. de E. García Herreros, en *RGLJ*, núm. 99, 1901, pp. 539-553, a partir de la presunta libertad de testar ilimitada que refiere las XII Tablas, V,3, con el *uti legassi super pecunia... ita ius esto*, y su concordancia con la misma general disponibilidad patrimonial que disfrutaba el testador inglés, consagrando la vigencia, en una época tan antigua, de la institución de sucesores universales a elección del *de cuius* mediante acto *mortis causa*, lo que le hizo cuestionar su cronología, conforme a las investigaciones romanísticas entonces más autorizadas. En otro orden de cosas, la doctrina desde la Edad Media debatió ampliamente sobre la perfección del testamento, ya que la herencia romana implicaba respeto de las solemnidades exigidas por el Derecho, sin cuyo cumplimiento no era válido. Sobre este extremo, *vid.* J. A. OBARRIO MORENO, *Testamentorum solemnia iuris romani medii aevi memoria*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 25-33. En esta materia del testamento imperfecto, SCOTTI trae a colación situaciones de las fuentes clásicas, en las que el testador se ha limitado a redactar un proyecto de testamento sin concluir voluntaria y conscientemente el proceso de perfección, *v. gr.* D. 29,1,3, o no cumplirlas por ignorar la disciplina relativa a la confección del testamento, o por otras razones voluntarias o inconscientes, *v. gr.* D. 40,5,38, en cuyos supuestos los herederos *ab intestato* deben cumplir lo dispuesto en el acto de última voluntad por el padre, *officium pietatis* (F. SCOTTI, *Il testamento nel Diritto romano: studi esegetici*, Roma, Aracne, 2014, p. 778, n. 325).

²² El origen de este instituto en Derecho canónico es defendido por la doctrina generalizada. *Vid.* A. SOTO HERNÁNDEZ, *cit.*, p. 100.

con el planteamiento de Justiniano, en sus *Institutiones*, 1,10 pr., como reconocía Ricardo Panero, en su *Manual*²³: *testamento est testatio mentis*, matizando Prateius²⁴ que «*mentis verbo denotans non animi iudicium, cum ait Labeo mentis integritatem in testatore desiderari, sed voluntatem, ut exposuit Modestinus, quae quoniam non simplex est enunciatio ac demonstratio, sed testata, hoc est apud eos exposita, qui ut testes essent, rogati sunt; idcirco contestatio dicitur*». La segunda es de Modestino, en D. 28,1,1, quien resalta que es una disposición que nace de la voluntad: *voluntatis nostrae iusta sententia*²⁵, en consonancia con el Derecho bizantino posterior, tal como vemos en Constantino Harmenopulos²⁶.

Como recuerda Chérueil²⁷, la palabra testamento designa las últimas voluntades de un hombre que se dispone a morir, pero también toda clase de actos y contratos. Era un término genérico, que indicaba en el Medievo un documento auténtico, como eran las expresiones *testamentum venditionis* o contrato de venta, *testamentum libertatis* o acto de manumisión o *testamentum ecclesiae Dei*, para los decretos y estatutos del papa²⁸.

En sentido estricto, Belloni²⁹ insiste en la idea, proveniente de las constituciones posclásicas, que «*nemini est dubium, quin in testamento sit opus mentis, vel voluntatis testatione. Theodosius [...] inquit, proprie testamentum est, quod testantis meram continet voluntatem [...] Est igitur testari testato sive testibus adhibitis aliquid agere, conficere, declarare, et sententiam suam exprimere, denunciare, conscribere obsignare [...] Qui igitur coram testibus eo nomine rogatis testatur, id est, expromit quae sit sua sententia de successore, is dicitur facere testamentum, quod ita testator tabulas testamenti tenens nuncupare consueverat*»³⁰.

El proemio de la Partida VI del rey Alfonso el Sabio, no deja de mostrar la importancia de hacer el testamento, poniendo como fundamento a la jurisprudencia romana³¹: «*Sesudamente dixeron los sabios antiguos [...] mas mayormente tuvieron que avian grand seso, los que al su finamiento sabian ordenar e poner lo suyo en tal recabdo, de que ellos oviessen plazer*

²³ R. PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 724.

²⁴ P. PRATEIUS, *Lexicon iuris civilis et canonici, sive potius commentarius de verborum quae ad utrumque ius pertinent significatione, Antiquitatum Romanarum elementis, et Legum Populi Romani*, 2.^a ed., Lugduni, apud G. Rovillium, 1574, p. 543, s. v. *testamentum*.

²⁵ Cfr. H. HEUMAN y E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11 auf., Graz 1971, p. 584, s. v. *testamentum*.

²⁶ C. HARMENOPULOS, *Manuale legum sive Hexabiblos*, Leipzig, 1851, reimp. facs., Aalen, 1969, pp. 590-591: «*Testamentum est iusta voluntas eorum, quae quis post suam mortem vult fieri*».

²⁷ A. CHÉRUEIL, *Dictionnaire historique des institutions, mœurs et coutumes de la France*, 7.^a ed., Paris, 1899, p. 1207, s. v. *testament*.

²⁸ A menudo los testamentos de última voluntad, por disposición del testador, quedaban depositados en los archivos de una iglesia o basílica que había designado, y poco a poco la costumbre de dejar por testamento una parte de bienes a la iglesia concreta fue considerado como una obligación, que conllevaba la privación de la sepultura eclesiástica.

²⁹ P. BELLONI, *In titulum Institutionum Iustiniani de Testamentis Ordinandis Commentarii*, Ticini, exc. P. Bartolus et O. Bordonas, 1601, p. 9.

³⁰ P. BELLONI, *cit.*, pp. 18-19.

³¹ Partida VI, proemio. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez. T. III. Que contiene la VI y VII*, Madrid, B. Cano, 1789, p. 1.

e fiziessen pro de sus animas, e fincava despues de su muerte lo suyo, sin dubda e sin contienda a sus herederos»³².

El testamento es una institución universal³³, proveniente del *Ius Gentium*, y posteriormente regulado en Roma por el *Ius Civile*, porque el acto de manifestar el hombre su última voluntad, muy digno de respeto, está expuesto a fraudes, y la ley, para evitar estos inconvenientes, ha rodeado siempre el testamento de solemnidades más o menos numerosas, según los tiempos y las condiciones sociales de los pueblos³⁴.

Mientras en el Breviario de Alarico, se eliminaron las fórmulas superfluas del antiguo Derecho romano³⁵, se recuerda que el único elemento fundamental, y propio del testamento, es que contenga la voluntad del causante: N. Th. 9,1: *illud quippe est proprie testamentum, quod testantis meram continet voluntatem*, dando paso a un nuevo tipo de testamento, el ológrafo, Nov. Val. 21,2,1, que pasa a la *Lex Romana Visigothorum* 4,2,1, para que *intestatus nemo morietur [...] si [...] manu testamenta condatur, testes necessarios non putamus*³⁶.

La pérdida de exigencia de requisitos formales en los actos de última voluntad, expuestos oralmente³⁷, no implica que no se exigieran garantías formales, como dispone C. Th. 4,4,5, al negar eficacia jurídica a la declaración informal del causante, incluso a favor del príncipe.

Gracias al influjo del cristianismo, a partir de algunos fragmentos bíblicos, especialmente de Dt. 19,15 y Mt. 18,16, *in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum*, cuya expresión aparece en C. Th. 4,4,7, se admitió, en la práctica, la validez de las *nudae voluntates*, inexigibles jurídicamente, pero con obligatoriedad moral. El carácter religioso, ínsito en el cumplimiento y garantía de la voluntad del testador, sirven de fundamento para que en un momento posterior se pudiera exigir que los testigos del testamento oral presten su testimonio *apud gesta*, bajo juramento.

³² La Partida 6,1,1, contiene la definición de testamento, trasunto del planteamiento jurisprudencial clásico, y señala que el testamento es «una de las cosas del mundo en que los hombres deben haber más cordura cuando lo facen», por dos razones: «La una porque en ellos muestran cual es su postrimera voluntad, e la otra, porque después que los han fecho, si se muriesen, no pueden tornar otra vez a enderezarlos nin a fazerlos de cabo», diferenciando entre el nuncupativo y el escrito.

³³ E. SÁNCHEZ Y SÁINZ DE ROZAS, *Solemnidades del testamento por la legislación de Castilla y las especiales de las provincias: discurso leído en la Universidad Central en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en la Facultad de Derecho, Sección de Civil y Canónico...*, el día 15 de diciembre de 1878, en Bca.-Histórica-F. Antiguo (F), sign. BH FLL 41992 (5), 94 pp., y se data el 31 de mayo de 1878, pp. 10-11. El testamento es una institución universal, pues como decía Cuiacio, siguiendo a Cicerón: «*Et ex ea affectione animarum orta sunt testamenta; et quamvis olim in Germania non fuerint non ideo sunt minus juris gentium sicuti quod incestum Persis probetur non minus id jure naturali turpe est*».

³⁴ Cfr. F. SÁNCHEZ Y SÁINZ DE ROZAS, *cit.*, p. 12.

³⁵ M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, p. 12. A partir del testamento pretorio aparecerá, durante el periodo posclásico, una pluralidad de tipos de testamento, junto a otros especiales.

³⁶ Esta forma de testar viene igualmente asumida por la *Lex Romana burgundiorum* 45,1, pero no pasó a la Compilación justiniana.

³⁷ M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *cit.*, pp. 18-19.

No parece que sea un testamento especial³⁸, el otorgado en época clásica a favor de la Iglesia y obras pías, aunque Biondi lo considera así³⁹, porque no se alude a ninguna dispensa de las formas testamentarias ya previstas. La intervención de los testigos es un requisito indispensable para la validez del testamento en el Breviario de Alarico, salvo para el testamento ológrafo, aunque su número y modo de intervención varía, según el tipo de testamento: cinco en el civil, o siete en el nuncupativo y en el pretorio, acogiendo la normativa romana⁴⁰.

En Justiniano hallamos el testamento verificado en un solo acto, ante siete testigos, que, en el testamento escrito, debían firmarle y sellarle: Inst. 2,10,3, añadiendo el emperador bizantino que, para evitar fraudes se escribiese el hombre del heredero por el mismo testador, si bien este requisito fue suprimido poco después, el año 544⁴¹.

Entendemos, con Sáinz de Rozas, que el Fuero Juzgo autorizó casi total libertad de formas, pero veló por la verdad de las últimas voluntades, exigiendo, entre otros requisitos, la presentación del documento ante el obispo⁴². Unos siglos más tarde, la Partida VI, Título 1, Ley 1, exige para el testamento nuncupativo o abierto la presencia de siete testigos. De los textos legales posteriores, debe citarse el Ordenamiento de Alcalá, sancionado por Alfonso XI en 1348, cuya única ley del Título 19, *De los testa-*

³⁸ M. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *cit.*, pp. 22-23.

³⁹ En criterio de BIONDI, para las disposiciones a favor de la Iglesia y de las obras pías no se exige formalidad alguna, y Constantino reconoce la eficacia de cualquier disposición hecha por religiosos con un fin piadoso, sea escrita o no escrita, pero incluso el emperador León, C. I. 1,14,1, del año 470, declara válida la simple *nuncupatio*. Justiniano admite, con carácter general, que la simple pero verdadera voluntad debía valer como si fuera escrita: C. I. 1,15(26),2, del año 530. También se declararon plenamente eficaces las disposiciones a favor de Dios, de Jesucristo, de los santos y mártires. B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano. III. La famiglia - Rapporti patrimoniali - Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 331.

⁴⁰ La Novela de Valentiniano, que autoriza el testamento ológrafo, cuando no es posible hallar el suficiente número de testigos, advierte que si se recurre a una forma de testar, en la que los testigos son necesarios, el testamento será nulo, si no aparece el número de los que exige la ley. Breviario de Alarico 4,2,2.

⁴¹ Novela 119, Capítulo 9. *Vid.* por todos, B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, 2.^a ed. riv., Milano, Giuffrè, 1955, pp. 45-69. Según este romanista italiano, son formas especiales extraordinarias el testamento del ciego, del analfabeto, en campo, en tiempo de peste, el del padre a favor de los hijos, y el testamento a favor de la Iglesia y obras pías. Este último supuesto, según la interpretación de Biondi, a C. Th. 16,2,4, implica la eficacia, el año 321 y por disposición de Constantino, de todo lo que «i religiosi lascino a scopo pio sive scripta sive non scripta voluntate fuerit derelictum», aunque Godofredo considera que solo trata de la capacidad de la Iglesia, sin dispensar de las formas comunes testamentarias. *Ibid.*, p. 69.

⁴² Como ha puesto de manifiesto Arvizu, con la invasión musulmana hay una rápida caída en desuso del testamento visigodo, excepto en núcleos de Cataluña y mozárabes de Toledo. En el primer territorio, el testamento oral suele efectuarse en peligro de muerte por enfermedad, naufragio, viaje de peregrinación o marcha a la guerra. La característica definitoria de la institución testamentaria, su revocabilidad *ad libitum*, solamente aparece en los fueros de Avilés y Oviedo, los de la Familia de Coria, el de Soria y el Fuero Real, coincidente con el renacimiento de las disposiciones de última voluntad a finales del siglo XI (F. DE ARVIZU Y GALLARRAGA, *cit.*, pp. 353-354). En los fueros municipales también se establece un sistema de publicidad, exigiendo que el otorgamiento de los testamentos se verifique ante el concejo o ante la Iglesia, pero ocupándose principalmente de lo relativo a la capacidad del testador y a la cantidad de bienes disponibles (E. SÁNCHEZ Y SÁINZ DE ROZAS, *cit.*, p. 25).

mentos, incorpora por vez primera la forma de testamento ante notario, con la concurrencia de tres testigos vecinos del lugar, aunque si no hay escribano, bastan cinco testigos vecinos, si pudieran ser congregados, ya que en otro caso son suficientes tres testigos⁴³.

La intervención de un cierto número de testigos, que ha variado a lo largo de la historia legal, romana y patria, ha dado origen a un debate en la doctrina, porque algunos autores, siguiendo a Vázquez de Menchaca⁴⁴, y fijándose en las últimas palabras de la Ley 3 de Toro, «no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él», han afirmado que constituían solo un medio probatorio. No obstante, la opinión común ha estimado que este planteamiento es insostenible, pues no cabe aplicar al testamento nuncupativo preceptos de una ley que rige el cerrado, y la ley, al consignar la palabra *deben*, indica con claridad que el mencionado requisito es de los que, exigidos *pro forma*, son indispensables, anulando el testamento en caso de omisión, en consonancia con el precepto de la Recop. 10,23,1, aplicado por la STS de 14 de mayo de 1864⁴⁵.

⁴³ En las leyes de Toro, publicadas por doña Juana en 1505, tiene especial importancia la Ley 3, aclarando que la norma del Ordenamiento se aplicaba al testamento nuncupativo o abierto, porque el hecho *in scriptis* exige escribano y siete testigos. Todavía se revisa este régimen legal por parte de la Nueva Recopilación de Felipe II, de 1567, al disponer que el testamento abierto debía otorgarse ante escribano público y tres testigos vecinos del lugar, aunque si no hubiere escribano, son necesarios cinco vecinos del lugar, y si ni estos se encuentran, entonces bastarían tres vecinos del lugar, o siete testigos forasteros. Recop. 5,4,1 y 2. En 1805 la Novísima Recopilación, bajo Carlos IV, en su Libro 10, Título 18, Leyes 1 y 2, partiendo de las normas legales precedentes, establecen las solemnidades de los testamentos comunes, y fija, a principios del siglo XIX, la seguridad de las disposiciones testamentarias en la intervención de testigos, quienes «debían estar presentes a lo ver otorgar», con cuya frase se revela esa solicitud del legislador. *Vid.* J. ASSO y M. DE MANUEL, *cit.*, p. 114. El testamento militar: no necesita tanta solemnidad, y basta que se pruebe la voluntad con dos testigos, o por una simple escritura de puño del militar.

⁴⁴ «Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor Don Alfonso, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo [...] los cuales dichos testamentos [...] si no tuvieran la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe, ni prueba en juicio ni fuera de él». *Vid.* S. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro...*, 5.^a ed., nuev. adic. por J. Vicente y Caravantes, t. I, Madrid, Gaspar, 1875, pp. 114-13; J. ÁLVAREZ POSADILLA, *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas...*, 3.^a imp., Madrid, A. Martínez, 1836, pp. 40-72.

⁴⁵ La intervención del escribano en el testamento, no fue exigida ni por el Derecho romano, ni por el Fuero Juzgo, ni por la Partida 6,1,1, aunque en la Edad Moderna se convirtió en necesaria, y se rige por las reglas de la competencia de estos profesionales, refiriendo la Novela 10,23,7 y 8, que es atribución exclusiva de los escribanos de número. La Ley del Notariado de 1862 declaró aptos solo a los notarios dentro del distrito en les está asignado para el ejercicio de su oficio. El testamento otorgado ante escribano es una verdadera escritura pública. La Partida 3,18,54, exige además que el notario de fe de conocer al testador, o de otro modo, han de intervenir dos testigos con ese fin: Nov. Recop. 10,23,2, no siendo necesario que firmen los testigos instrumentales, a no ser en caso de no saber o no poder hacerlo los otorgantes, aunque este requisito de los testigos ha sido suprimido recientemente por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que modificó el Código Civil en materia de testamentos, al señalar en la exposición de motivos: «Especial atención ha merecido la concurrencia de testigos al otorgamiento del testamento notarial. Se recoge el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad y se suprime como requisito general el concurso de los testigos, con el testador y el notario, en la formalización del testamento». La lectura del testamento a los testigos no es obligatoria con arreglo a la ley del Ordenamiento, pero debe ejecutarse «por estar sancionada por la práctica»: STS de 28 de junio de 1865, responder a los precedentes y a principios de verdadera razón y justicia, como señala Matienzo, y lo considera tan necesario, que sin

Conforme a lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá⁴⁶, reiterado por la Ley 3 de Toro, era válido el testamento nuncupativo ante cinco testigos vecinos, sin la presencia del escribano público, pero se discutió, en la doctrina, si el precepto legal se refiere al caso concreto de no poder encontrar escribano, o si se dejaba a la libre voluntad del testador el hacer o no uso del mismo. Matienzo⁴⁷ opina que no era válido el testamento ante cinco testigos en lugar donde hubiera escribano, y funda su aserto en que, si la ley dice en su parte siguiente, «y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar», parece dar a entender que pudiendo ser habidos todos, testigos y escribanos, debían intervenir. Dicho argumento, no obstante, es rebatido por Antonio Gómez⁴⁸, apoyándose en que los testigos tienen igual fuerza que los instrumentos, y que este requisito, como todos los que por su esencia revisten el carácter de prueba, deben ampliarse, no restringirse.

No obstante, Covarrubias⁴⁹ sostuvo esta última opinión, basándola en sólidas razones, a partir de los precedentes legales, porque examinando las Ordenanzas Reales 5,2,1⁵⁰, de donde dicha disposición fue tomada, esta norma declara: «Y si lo ficiere sin escribano publico, sean ende cinco testigos, a lo menos, vezinos, segun dicho es, si fuere lugar do se pudieren aver; y si fuere tal el lugar que no se pudiere asi aver escribano publico, de-

él no valdría el testamento. Esa lectura se recoge en Part. 3,18,103 y en Nov. Recop. 10,18,1. La última reforma legislativa en España, que afecta al notariado en materia testamentaria, se encuentran en la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, modificando algunos artículos del Código Civil de 1889 y de la Ley del Notariado de 1862, sobre el testamento ológrafo.

⁴⁶ Ordenamiento de Alcalá, Título XIX, ley única: «Cuantos testigos son menester en el testamento [...] Si alguno ordenare su testamento, ò otra su postrimera voluntad en cualquier manera con escribano publico, deben y ser presentes a los ver otorgar tres testigos a lo menos vecinos del lugar, dò se ficiere; et si lo ficiere sin escribano publico, sean y cinco à lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere lugar do los pudiese aver; et si fuere tal lugar dò non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, è sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntad» (*Los Códigos españoles, concordados y anotados*, t. I, Madrid, La Publicidad, 1847, p. 452).

⁴⁷ J. MATIENZO, *Comentaria in Librum quintum recollectionis Hispanae. mantuae Carpetanae*, exc. F. Sanctius, 1580, fol. 65v: «*Sed quaestionis esse solet, quid si in loco ubi testamentum fit, haberi possit tabellio, testamentum autem non fuerit coram eo confectum, au sit satis, si quinque testes vicini, vel tres etiam vicini interveniant, si plures inveniri non possint? Et videtur non sufficere proptes verba huius legis, quae expressa videntur ibi, ni scrivano. Ergo a contrario sensu, si copia tabellionis haberi potuit, non valebit testamentum absque eo factum*».

⁴⁸ A. GÓMEZ, *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres leyes de Toro...*, escrito por el licenciado P. Nolasco de Llano, Madrid, M. Martín, 1777, p. 24, n. 13.

⁴⁹ D. COVARRUBIAS Y LEYVA, «*Caput cum esses*», en *Opera omnia*, t. I, Lugduni, 1574, pp. 51-53: «*Nuncupativum vero testamentum fieri debet coram septem testibus [...] Iure regio oportet, ut testamentum nuncupativum fiat coram tabellione et tribus testibus, si tabellionis copia adsit, alioqui coram quinque testibus. Quod si nec tot testes facillime adesse possint, erit satis coram tribus hunc actum fieri [...] atque eadem solemnitas Servanda est in testamento facto inter liberos [...] Orden. lib. V tit. IV l. 1 [...] testamentum nuncupativum coram quinque oppidanis testibus factum absque tabellione validum esse, etiam si tabellio ex eodem oppido facile vocari ad eum actum posset: quod si nec quinque oppidani testes, nec tabellio haberi possint, sit satis coram tribus oppidanis testibus fieri testamentum. Addit regia maiestas veteri constitutioni testamentum nuncupativum fieri posse coram septem testibus, etiam exteris, etiam absente tabellione, et ut par est ex ipsius legis contestus, etiamsi in eo oppido potuerint facile tabellio et oppidani testes vocari [...] substantialem formam alicuius actus pro ea sine qua actus ipse non valet nec effectum habere potest, testium solemnitas et numerus in testamentis erit forma substantialis: non tantum probatoria*».

⁵⁰ Cfr. *Los Códigos españoles concordados y anotados*, t. VI, Madrid, 1849, p. 405.

ben ay ser presentes cinco testigos vezinos [...] a lo menos sean presentes tres testigos». El catedrático salmantino deduce de dicho precepto la completa validez del testamento hecho ante cinco testigos, sin escribano⁵¹.

La forma que introdujo Felipe II en 1567⁵², con la Nueva Recopilación, autorizando el testamento ante siete testigos no vecinos, trató de facilitar el otorgamiento, añadiéndose en la misma ley: «Que tengan los testigos las demás cualidades que requiere el Derecho», las cuales solo pueden referirse a la capacidad e idoneidad de los mismos⁵³.

Nuestro Derecho histórico admitió solemnidades diversas de las señaladas en los testamentos ordinarios, como vemos en el testamento de los aldeanos «bajo forma nuncupativa y cinco testigos, con tal que uno de ellos supiera escribir»; el testamento del padre para con sus hijos y el testamento en tiempo de peste, que venían desde la tradición romanista, en los que o no se exigía la presencia de testigos o se minoraba su número, reduciéndolos a cinco.

Sirva como último referente de esta materia, la exposición de Molina⁵⁴, a mediados del siglo XVI:

«*Testamentum minus solemne inter liberos factum valet et tenet l. hac consultiissima* (C. I. 6,23,21. Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp., del año 439). *De iure tamen regio requiritur eadem solemnitas (licet sit diversa) quae inter extraneos l. 3 Tauri. Et idem est de iure communi servandum, nisi ad pias causas et in terris summi Pontificis in temporalibus C. cum esses de testa-*

⁵¹ También estaba permitida, en la Baja Edad Media española, a tenor de dicho cuerpo legal, el testamento que se verificaba ante tres testigos. Esta forma parecía aparentemente contradictoria con la primeramente señalada, si bien desaparece dicha contradicción, si se observa que en dicho precepto se matiza que su utilización tiene lugar porque «no han podido ser hallados escribano ni cinco testigos», y así lo entendió la práctica de los tribunales hispanos, como demuestra una STS de 11 de diciembre de 1855. *Vid. Ordenanzas Reales de Castilla, recopiladas y compuestas por el doctor Alphonso Díaz de Montalvo*, 5,2,1. También *Ordenamiento de Alcalá*, Capítulo 9, Ley única. Cfr. E. SÁNCHEZ Y SÁINZ DE ROZAS, *cit.*, p. 35.

⁵² Recop. 5,4,1 y 2.

⁵³ Las palabras finales de la Ley 3.^a de Toro, aclaran suficientemente el alcance de inobservancia del requisito de los testigos exigidos por la norma para la validez del testamento: «Los cuales testamentos si no tienen la dicha solemnidad de testigos mandamos que no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él», es decir, sería entonces nulo, sin necesidad de declararse tal mediante alegación u oposición de parte. Otra cosa es que será válido el testamento, otorgado conforme a las solemnidades legales, si adoleciese de alguna imperfección, acudiendo a las reglas de interpretación de las normas y actos jurídicos. Por lo que se refiere a la incapacidad para ser testigo, *vid.* Partida 6,1,9, con casos controvertidos, como el de la mujer. PÉREZ VILLAMIL hizo una síntesis del sistema de fuentes normativas que rigió en España, después de la Recopilación de Felipe II y con anterioridad a la Novísima, de modo que en territorio común, este orden de prelación es el siguiente: «*In dubio quocumque, prius per leges Tauri, hodie Recopilationis, iudicabitur; post, per Leges Ordinamenti et Pragmaticas hujus Regni; deinde per Leges Fori, quae in usu fuerint, dum non adversentur Leges Ordinamenti et Pragmaticis; et si finiri adhuc non poterit, per Leges VII Partitarum iudicabitur, et his deficientibus, jure communi Romanorum*», I. PÉREZ VILLAMIL, *Doctrina doctoris Antonii Gomez, et ejus addentis, et nepotis Didaci Gomez Cornejo, ad leges Tauri enucleata, et in compendium redacta, cum legibus concordant. Recopilationis, disposuit...*, Madrid, ex typ. P. Marin, 1776, p. 6, a propósito de la ley primera.

⁵⁴ J. DE MOLINA, *Tractatus differentiarum inter ius commune et regium: tam in ultimis voluntatibus, quam in contractibus et in delictis una cum aliis differentiis inter forum contentiosum et animae...*, 2.^a ed., Vallisoleti, olim Piciae, in aed. F. Ferdinandi, apud Scholas Maiores, 1551, fol. 1rv.

mentis et sic intelligitur communiter ille textus [...] per legem Ordinam (Ordenanzas Reales) 5,2,1. De iure communi ad hoc ut valeat testamentum requiritur quod interveniat numerus septem testium [...] De iure tamen regio aliter habetur [...] quod intellige in nuncupativo, sed in scriptis servatur legi communi».

El segundo término de nuestro instituto, la voz párroco, viene examinada por Prateius⁵⁵, a tenor del lenguaje jurisprudencial clásico, con referencia a un fragmento de Pomponio⁵⁶, según el cual equivale a *habitor in loco*, es decir, *incola*, «*qui in aliquam regionem domicilium suum contulit, quem Graeci paroekon vocant*». Cornaro⁵⁷, sostiene que «*Parrochia è detta Parrochia e anco Paroecia latinamente; la qual voce deriva dal Greco paroikia da paroikéo commoror, habito, val'a dire vicinanza, latino vicinia, un cierto distretto o territorio di abituri, gli abitanti del quale abiano vicina la chiesa: il qual nome Paroecia trovasi spesso negli antichi Canonici [...] significhi somministrazione di quanto è necessario per vivere. Quindi, potremmo dire, che per Parrochia s'avesse ad intendere un luogo, dove si pongono a' fedeli adunati insieme le cose necessarie per la salute*»⁵⁸.

No se pueden confundir los párrocos con los presbíteros. Estos son de institución divina, aquellos de institución eclesiástica⁵⁹. A la idea de párroco ha ido siempre aneja la consideración de pastor propio, el cual en virtud de su oficio ejerce perpetuamente la cura de almas en un pequeño territorio que toma el nombre de parroquia por razón del párroco, o de feligresía por razón de los fieles que le están encomendados⁶⁰.

Los párrocos nacieron con la fundación de las iglesias rurales⁶¹, a lo largo del siglo IV d. C., que al principio estuvieron encomendadas a pres-

⁵⁵ P. PRATEIUS, *Lexicon iuris civilis et canonici...*, cit., p. 381, s. v. paroecos. Lecrivain sostiene que era el nombre que se daba en las ciudades griegas a los encargados de recibir a los magistrados y funcionarios romanos. En Esparta, dentro de un colegio religioso, el parochos debía alimentar de madera los baños, y también se usó en Grecia para indicar al amigo que conducía a los nuevos esposos. Ch. LÉCRIVAIN, *Dictionnaire des Antiquités, grecques et romaines*, D-S, t. IV-1, Paris, Hachette, 1907, reimpr. facs. Graz 1969, p. 337, s. v. parochos.

⁵⁶ D. 50,16,239,2. Pomponio lib. sin. ench.: *Incola est qui aliqua regione domicilium suum contulit: quem Graeci paroikon appellant: nec tantum hi, qui in oppido morantur incolae sunt, sed etiam qui alicuius oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant.*

⁵⁷ G. A. CORNARO, *De'parrochi libri sette*, Pavia por G. Bolzani, 1788, p. 6.

⁵⁸ Cfr. TRULLENCH, Io. Aeg., *Villae-Realis, regni Valentiae, Tractatus de iure parochi seu parochiali et de vicario perpetuo ac temporali*, Valentiae, apud Cl. Macè, 1647, p. 3.

⁵⁹ P. B. GOLMAYO, *Instituciones del Derecho canónico*, 2.ª ed., t. I, Madrid, 1866, pp. 171-177. A veces, se utiliza, en las fuentes de ese periodo posclásico, el término presbítero para referirse a los párrocos, y así aparece en diversos cánones, como advierten Benedictus XIV y Van Espen.

⁶⁰ Los párrocos no fueron conocidos en los primeros siglos de la Iglesia, durante la época clásica del Imperio romano, a pesar de que algunos los hacen sucesores de los 72 discípulos nombrados por Jesucristo, Lc. 10,1, o los siete diáconos electos de entre los 72, puesto que ambas teorías carecen de fundamento. Vid. la interpretación errónea al confundir el párroco con los presbíteros, de A. ARRIETA, *Las leyes eclesiásticas, sacadas del Nuevo Testamento*. Trad. del ital. al español por..., Madrid, en la of. de B. Cano, 1793, pp. 42-43.

⁶¹ No faltan autores que defienden su origen en el siglo III d. C., como D. CAVALLARIO, *Instituciones del Derecho Canónico, nuev. trad. arreg. a los Cánones y Leyes de España, e ilustrada con hechos históricos y autoridades de algunos sabios de la misma por J. A. de Ojea*, t. I, Madrid, 1838, pp. 185-186. Más fundada es la opinión de J. GAUDEMET, *L'église dans l'Empire Romain (IVe-Ve siècles)*, Paris, 1958, pp. 100-107, reiterada por este mismo romanista, en *Institutions de l'Antiquité*, 2.ª ed., Paris, 1982, p. 694. La sociedad eclesiástica fue jerarquizada muy tempranamente. Desde

bíteros amovibles, pero luego se convirtieron en pastores propios, sin que fuera consecuencia de ningún decreto general conciliar ni pontificio⁶², aunque no faltan autores modernos, como Fantappiè, que defienden la consolidación de la parroquia, como realidad institucional y jurídica, a partir del periodo que va de la reforma gregoriana al IV Concilio Lateranense, para suplir la inoperancia de las «iglesias privadas»⁶³.

No obstante, basta recordar la argumentación, bien fundada, de Bouix⁶⁴, al señalar que en el cn. 34 del concilio 4 Cartaginense, del año 397, se habla de los *presbyteri qui per dioeceses ecclesias regunt*, y en el cn. 102, de dicha asamblea, «*presbyter qui parochiae praest*». Incluso, dos siglos y medio más tarde, el concilio emeritense, del año 666, cn. 14, cita a los «*parochiarum presbyteri*», y en su cn. 10 trata de los *parochiales presbyteri*.

Conforme a las consideraciones del canonista francés, antes citado⁶⁵, «*proprium et essentialis est parochorum officii, ut alicujus populi curam spiritualem gerant, verbi nempe divini pabulo animas nutriendo, et sacramenta administrando. Requiritur insuper ut animarum cura in certam plebem ipsi commissa fuerit per modum stabilis officii non autem transitorie ad supplendum impedito Episcopo, qui caeteroquin solet quoad hanc plebem per seipsum curae munia explere [...] parochus dicendus non erit, nisi constet deputatum eum fuisse ad principaliter exercendam sub Episcopo curam, non autem dumtaxat ad auxiliandum alteri, cui cura commissa sit*».

el siglo III «*on rencontre déjà divers degrés d'ordres qui seront plus tard répartis en ordres majeurs et ordres mineurs*», y tal distinción está formulada por Inocencio I, Epist. 2,3,5. PL 20,472. En el primer grupo están los diáconos, encargados principalmente de labores asistenciales y de administración del patrimonio eclesiástico, «*les prêtres et les évêques qui seuls peuvent offrir le sacrifice*».

⁶² D. BOUIX, *cit.*, pp. 22-40: «*Parochias rurales quarto circiter saeculo constitui coeptas: prioribus quidem Ecclesiae temporibus, neque ruri, neque in civitatibus, ullas exstitisse parochias [...] prius in agris et extra urbes, quam in urbibus usurpatum videri. Initio saltem Ecclesiae, et aliquae saeculorum tractu, nullas, et ne ruri quidem, parochias exstitisse. Ante annum 1000 nullum exstitisse parochum in civitatibus episcopalibus (Roma forte et Alexandria exceptis). Urbanarum parochiarum primum indicium, ac veluti lineamenta quaedam et rudimenta, adhuc tamen prorsus imperfecta, in urbe et concilio Lemovicensi anni 1032 deprehendisse mihi visum est*». *Ibid.*, pp. 76-78. Cfr. D. JOUSSE, *Traité du gouvernement spirituel et temporal des Paroisses...*, Paris, 1774, pp. 1-2. Son ilustrativas las palabras de J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, 2.^a ed., Paris, 1979, p. 229: «*On a souvent souligné le parallélisme entre les circonscriptions administratives et les circonscriptions ecclésiastiques. Il est évident que la civitas offrit le premier cadre de la communauté chrétienne*».

⁶³ Este canonista separa el desarrollo de la red parroquial en el ámbito urbano y el rural, ya que presenta modalidades diversas. En su criterio, para las parroquias urbanas hay un gran desarrollo demográfico durante los siglos XII y XIII, por merma del monopolio pastoral que estaba confiado a la iglesia catedral, mientras en el ámbito rural, la parroquia deriva «*dalle vecchie circoscrizione ritagliate sulla giurisdizione degli ausiliari del vescovo (arcidiaconati, arcipresbiterati e decanati) che decadono progressivamente per lasciare il posto a strutture stabili fondate sul principio comunitario*», aunque ambos grupos adquieren en el periodo antes señalado una serie de derechos, con propios fieles y territorio, y dotadas de cementerio, misa pública, además del diezmo. C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 148-149.

⁶⁴ D. BOUIX, *Tractatus de parochia, ubi et de vicariis parochialibus, necnon monialium, militum et xenodochorum cappellanis*, ed. sec., ab auct. recogn., Parisiis-Bruxellis, apud Perisse fratres catholicos, 1867, pp. 4-12.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 12-14.

Los párrocos tenían las facultades que les daban los obispos, según lo consideraban conveniente⁶⁶. En opinión de Cornaro⁶⁷, desde muy temprano existió la «*Obbligazione de' fedeli di recarsi alla propria Parrocchia; la quale obbligazione vedesi chiaramente in tal tempo in vigore primieramente dal Concilio di Pavia celebrato nel nono secolo, cioè l'anno 855*». El Concilio IV de Letrán, del año 1215, cn. 21⁶⁸, dispuso que los fieles de ambos sexos estén obligados a confesar sus pecados a su propio sacerdote por lo menos una vez cada año, recibiendo también en la Pascua, por lo menos, el Sacramento de la Eucaristía, a no ser que, por consejo de su propio sacerdote, y por alguna causa razonable, «*ad tempus ab hujusmodi perceptione duxerit abstinendum: alioquin et vivus ab ingressu Ecclesiae arceatur, et moriens cristiana careat sepultura*».

El punto final de la institucionalización *ubique terrarum* de la división parroquial, dentro de la diócesis, viene del Concilio de Trento, sesión 24, *De reformatione* c. 13⁶⁹, al disponer que se hiciese la demarcación de parroquias en las ciudades y pueblos en los que no estuviese hecha, asignando a cada una «*perpetuum peculiaremque parochum, qui fideles cognoscere valeat, et a quo licite sacramenta suscipiant*»⁷⁰.

Respecto de los oficios y deberes de los párrocos⁷¹, les estaba prohibido el comercio, bajo cuyo término se comprenden las compras y ventas, arrendamientos, transportes y todo negocio que tenga por objeto la especulación y el lucro⁷². Esta prohibición se renovó por una Decretal de

⁶⁶ Cfr. A. LOPE ORRIOLS, «El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra», en *RGLJ*, núm. 95, 1899, pp. 490-499.

⁶⁷ G. A. CORNARO, *cit.*, pp. 178-180.

⁶⁸ La norma canónica se refiere a la confesión «*saltem semel in anno proprio sacerdoti*», e igual precepto anual tiene el feligrés con ocasión de la comunión, admitiendo la dispensa por consejo *proprii sacerdotis*, con cuyas dos expresiones se identifica al párroco, por mandato episcopal. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*. Cur. J. ALBERIGO *et al.*, Bologna, Istituto per le Scienze Religiose, 1973, p. 245. Sobre la figura del «*proprius sacerdos*», *vid.* P. A. KIRSCH, «Der sacerdos proprius in der abendländischen Kirche vor dem Jahre 1215», en *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, núm. 84, 1904, pp. 527-537.

⁶⁹ *Vid. Conciliorum Oecumenicorum Decreta, cit.*, p. 768.

⁷⁰ Observa D. CAVALLARIO, *cit.*, p. 186, que compete a los párrocos, por derecho perpetuo, la administración de las iglesias inferiores, y por ello debe ser obligación suya conocer sus feligreses, ofrecer el sacrificio por ellos, predicarles la palabra divina, administrarles los sacramentos, y darles ejemplos de todas las buenas obras, como dicen los padres del Concilio de Trento, ses. 23 de reform, Capítulo 1, y estos por sí mismos o por otros que lo puedan desempeñar si ellos estuviesen legítimamente impedidos: Tridentino ses. 5 de reform, Capítulo 2. En el mismo sentido, D. JOUSSE, *Traité du gouvernement spirituel et temporel des Paroisses...*, *cit.*, pp. 239 y ss., «*Le curé est un Prêt préposé pour faire les fonctions d'un bon et véritable Pasteur dans l'étendue de la Paroisse où il est établi*».

⁷¹ Cfr. D. BOUIX, *cit.*, pp. 170-175 y 214.

⁷² Concilio Cartaginense III, del año 419, Capítulo 15 y concilio ecuménico de Calcedonia, del año 451, c. 3: «*Decrevit itaque sanctum hoc magnumque concilium, nullum deinceps, non episcopum, non clericum vel monachum, aut possessiones conducere aut negotia saecularibus sese miscere, praeter [...] personarum, quae maxime ecclesiastico indigent adiutorio, propter timorem Dominini causa deponat*». D. CAVALLARIO, *cit.*, pp. 330-335, señala cómo hay ciertos negocios civiles de los que deben abstenerse, no porque sean torpes en sí, sino porque distraen del sagrado ministerio, según S. Pablo ad II Tim. 2,3,4, en cuyas palabras S. Pablo hace referencia a las leyes militares, que prohibían a los que seguían la milicia el tomar a su cargo negocios civiles.

Alejandro III⁷³, en la que dispuso: «*Secundum instituta praedecessorum nostrorum sub interminatione anathematis prohibemus, ne monachi vel clerici causa lucri negociantur*», mientras en el Decreto de Graciano se lee: «*Negotiatorem clericum et ex inope divitem, ex ignobili gloriosum quasi quamdam pestem fuge*»⁷⁴.

Desde muy antiguo, como cargo incompatible con su ministerio, porque se opone además a su independencia y a su dignidad, no pudieron encargarse de la administración de los negocios de los legos. Bajo esta denominación general pueden comprenderse los de procuradores, mayordomos, apoderados, secretarios y los demás oficios que tengan por objeto el cuidado de cosas temporales⁷⁵.

Este planteamiento respecto de los clérigos, vigente en Derecho romano durante la época posclásica, viene expuesto por Gaudemet⁷⁶, desde tres perspectivas complementarias. En primer lugar, la restricción en su capacidad de heredar, al señalar cómo la segunda carta de San Ambrosio al emperador Valentiniano II, el obispo de Milán hace alusión a la legislación que prohíbe heredar a los clérigos: *Nobis etiam privatae successionis emolumenta recentibus legibus denegantur*, con referencia a la constitución que Valentiniano I dirigió al papa San Dámaso, año 370, C. Th. 10,2,20, por la cual, y para evitar prácticas dudosas, prohíbe a los clérigos recibir liberalidades *inter vivos* o testamentarias, de viudas y huérfanas⁷⁷.

⁷³ X 3,50,8. *Clerici in sacris compellendi sunt per beneficiorum subtractionem, ut desistant a tabellionatus exercitio. Innocentius III. Esculano episcopo. Año 1211.*

⁷⁴ D. 88, c. 9. *Fugiendus est clericus negotiator. Hieronimus Ad Nepotianum, de vita clericorum.*

⁷⁵ En la Baja Edad Media, los clérigos se mezclaron en las disputas del foro, y fueron asesores en los juicios seculares, por lo que el Concilio III de Letrán, bajo Alejandro III, estableció que los clérigos de orden sagrado, y los que viven a expensas de la iglesia, no pudiesen ser abogados ante el juez secular en los negocios de esta clase, a menos que defendiesen causas propias de su iglesia y de personas pobres. Hay otros oficios que son indecorosos o que no se conciliaban con la dignidad de los ministros del altar, sin que en esta prohibición entrasen las artes mecánicas y liberales, ni ciertos oficios honestos, ya también como medio de sustentación, con tal que no les distrajeran del cumplimiento de sus deberes pastorales, ni en su ejercicio se deje entrever la avaricia y deseo de enriquecerse. En este grupo entran en juego las costumbres y convicciones de los respectivos países. Se les prohibió ejercer cargos públicos del Estado, o por ser incompatibles con su ministerio, o por oponerse a su vocación. En esta regla no se comprenden los relacionados con la enseñanza o con la beneficencia. Es preciso recordar, que en algunos supuestos, la exención del clérigo fue valorada como un privilegio, como en las leyes de Constantino, al dispensárseles de la tutela, curatela, o de otras obligaciones comunes al resto de ciudadanos. Estaba prohibido a los clérigos ser tutores y curadores (San Cipriano, Epist. 56), pero no existía una exención legal. Tan solo se permite a los presbíteros y demás clérigos inferiores, en criterio de Cavallario, admitir tutelas legítimas. Cfr. Novela 123, Capítulo 5 (año 546). Esta realidad histórica viene sintetizada por J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, 2.^a ed., Paris, 1979, p. 218: «*Du droit et des institutions de Rome, tout n'était pas condamnable aux yeux des chrétiens. Là où la loi et la morale chrétiennes n'étaient pas en cause, l'Église accepta le droit existant. Parfois même elle sollicita du prince des lois séculières. Enfin elle incorpora à son propre droit certains usages romains [...] la loi romaine leur est donc naturellement applicable [...] les textes patristiques relatifs à l'obéissance à la loi séculière [...] sont nombreux. Sans doute cette législation séculière doit-elle être conforme à la législation canonique*». *Ibid.*, p. 219: «*Le droit romain, dans certaines de ses dispositions, est incorporé au droit de l'Église*».

⁷⁶ J. GAUDEMET, *Le Droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du III^e au V^e siècle*, en *Ius Romanum Mediei aevi*, Mediolani, 1978, p. 82.

⁷⁷ Aunque la constitución matizaba que los clérigos, al igual que en tiempo precedente, podían recibir por sucesión *ab intestato* de sus parientes próximos, es decir, en razón del parentes-

En segundo lugar, el romanista francés⁷⁸ resalta la referencia de San Ambrosio a la legislación imperial, contenida en *De officiis* 1,36,184, comentando el consejo «*non te implices negotiis saecularibus quoniam Deo militas: Etenim si is qui imperatori militet a susceptionibus litium, actu negotiorum forensium, venditionem mercium prohibetur humanis legibus; quanto magis qui fidei exercet militiam, ab omni usu negotiationis abstinere debet*», para prohibir a los clérigos la realización de negocios seculares, aunque el obispo milanés no cita algunos cánones conciliares, anteriores a ese escrito, con argumentos análogos.

En tercer lugar, cuando en las fuentes posclásicas se habla de la *militia* imperial, puede significar o solamente los soldados o todos los funcionarios, en relación con los cuales se establece una parte de la capacidad de obrar por parte de los clérigos, quedando en un equívoco, mientras que los asuntos que tenían prohibidos están bien definidos: como eran la *susceptio litium*, es decir, asumir ser representante de otro en un proceso, aunque sí en defensa de sus propios intereses. No obstante, con posterioridad también se prohíbe a los soldados ser gestores de negocios ajenos, procuradores, fiadores o mandatarios de los hacendados, pues no deben abandonar el servicio de armas. Tampoco eran capaces de los *actus negotiorum forensium*, o realizar actos del proceso, ni las *venditiones mercium*, es decir, dedicarse al comercio, cuyas prohibiciones eran comunes a los funcionarios y magistrados civiles o, al menos, a algunos de ellos, especialmente a los curiales, ya que no podían realizar actividades judiciales, ni operaciones comerciales, porque les estaban prohibidas.

Un obispo gerundense, a principios del siglo XVIII⁷⁹, sentando los fundamentos del ministerio parroquial, desde el periodo clásico romano⁸⁰, recuerda que «entre los romanos se nombraba párroco, aquel que como Paraninfo conducía a la nueva esposa hasta la casa del marido»⁸¹, y por ello intitula, al cura párroco, paraninfo de la esposa: «*Christianorum ducem, amicum sponsi, sponsae Paranimphum*»⁸².

co, a pesar de que San Ambrosio afirme: «*Soli ex communibus clerico commune ius clauditur*», contraponiendo el Derecho común al que rige las sucesiones del privilegiado, especialmente el que se aplicaba a los militares.

⁷⁸ J. GAUDEMET, *Le Droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du III^e au V^e siècle...*, cit., pp. 83-85.

⁷⁹ B. DE BASTERO Y LLEDÓ, obispo de Gerona, *El párroco en su ministerio. Obra en que se ponderan las gravísimas obligaciones del Ministerio Pastoral de Cura de almas; y el modo practico para cumplir exactamente con cada una de ellas [...] distribuhida para mayor claridad y distinción de la materia, en diferentes Cartas Pastorales*, s. l., año 1729?, siglo XVIII, pp. 22-24: «*Vide ministerium, quod accepisti in domino, ut illud impleas. Paul. ad Coloss. 5,17*».

⁸⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁸¹ «*Ille parochus dicebatur, qui in curru veluti Paranimphus ascendebat, cum novam nuptam ad mariti Aedes, mediam inter maritum, et ipsum parochum collocatam deducebant*».

⁸² No podemos olvidar el enfoque del padre Alejandro Nadal, que hablando de los párrocos, acorde con el Nuevo Testamento, pone de relieve su principal cometido: «*Quorum officium est parare Domino Plebem perfectam, et uni viro virginem castam exhibere Christo*». Este oficio del cura párroco está referido en Trento y vino reiterado por el papa Benedicto XIII: «*Invigilent etiam Episcopi, ut Parochi propria quae sua sunt munera exercent, Plebem per se videlicet in Catholica fide incessanter instruere, et Sacramentis reficere, infirmos visitare, et moribundis assistere, quotidianas pro Populo ad Deum preces, et oraciones effundere, et laudabilis vitae, et conversationis*

El instituto que nos ocupa, *Testamento ante el párroco*, dejando al margen otros aspectos de la sucesión testada⁸³, y su régimen en el Derecho canónico, no aparece en el Derecho regio hispano, y tiene como punto de partida la decretal del papa Alejandro III, emanada en el último tercio del siglo XII⁸⁴, e incorporada como norma general en la Compilación de las Decretales de San Raimundo de Peñafort, a finales del primer tercio del siglo XIII⁸⁵.

Sobre su alcance normativo, con la promulgación solemne, a través de la bula *Rex Pacificus*, de 5 de septiembre de 1234, y remisión a las Universidades parisina y bononiense, el Pontífice afirma: «*Volentes igitur, ut hac tantum compilatione universi utantur in judiciis et scholis, districtius prohibemus, ne quis praesumat aliam facere absque auctoritate Sedis speciali*». Por consiguiente, es una ley universal que obligaba a todos los fieles cristianos, indiferentemente que afecte a leyes universales o particulares, cánones espúreos o auténticos: «*Per insertionem in Gregorii collectionem ejusque promulgationem, vim legum universalium obtinuerunt et quidem in illa forma in qua a Raymundo sunt recepti, quidquid sit de textu originali*»⁸⁶.

ejemplo, virtutibus et morum disciplina omnibus praelucere, viamque salutis praemonstrare». Es preciso destacar que el prelado dedica el Capítulo V de su pastoral a la obligación de visitar a los enfermos, así como la de asistir a los moribundos, y ayudarles a bien morir.

⁸³ Puesto que excede a nuestra materia de estudio, no analizamos el texto de X 3,26,11 o cap. *Relatum*, relativo a los testamentos para causas pías, ya que tienen un régimen normativo diferente al que nos ocupa, así como la previa evolución de la normativa romana, desde la época posclásica, respecto de los testamentos a favor de Jesucristo, de los santos y, en general, de las causas pías, como eran las disposiciones a favor del alma del difunto y sus deudos, para asegurarles una feliz vida ultraterrena de Salvación Eterna. *Vid.*, por todos, J. L. MURGA GENER, «El testamento a favor de Jesucristo y de los santos en el Derecho romano postclásico y justiniano», en *AHDE*, núm. 35, 1965, pp. 357-419; *id.*, *Donaciones y testamentos «in bonum animae» en el Derecho romano tardío*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968.

⁸⁴ Rolando BANDINELLI, conocido canonista, profesor en Bolonia y discípulo de GRACIANO, es el autor de una *Summa Magistri Rolandi*, que es uno de los primeros comentarios al Decreto. Ya papa, emanó el rescripto, que será objeto de nuestro estudio, entre el año 1170 y el de 1180, durante cuya década convocó y celebró el III Concilio Lateranense, a pesar de haber regido la Iglesia Católica desde el año 1159 hasta su óbito, ocurrido el 30 de agosto de 1181.

⁸⁵ Las Decretales de Gregorio IX, anterior cardenal Ugolino, que rigió la Sede Pontificia entre 1227 y 1254, son el fruto de un encargo hecho al dominico español San Raimundo de Peñafort, el año 1230. Señala PLÖCHL, que se eliminaron 383 decretales de las viejas colecciones, y se insertaron siete de Inocencio III (1198-1216), juntamente con otras 195 del propio papa, que la promulga. Dicha Compilación debía sustituir a las cinco compilaciones privadas anteriores, que eran las de Bernardo de Pavía, Juan de Gales, Pedro Beneventano, Juan Teutónico y el maestro Tancredo o Bernardo Compostelano. La compilación obtuvo fuerza de ley y se la emanó como texto unitario, convirtiéndose en Derecho universal de la Iglesia. W. PLÖCHL, *Storia del Diritto canonico (Il Diritto Canonico nella Civiltà Occidentale)*, vol. II (1055-1517). Trad. a cura di P. Giani, Milano, Massimo, 1963, pp. 456-457.

⁸⁶ «*Haec utique valent tantum de parte dispositiva legum, quae propriam decisionem Summi Pontificis seu Conciliorum continet, non de aliis quae historice seu narrativa adjunguntur*». Otros aspectos que ponen de manifiesto, como datos relevantes, B. KURTSCHIED, O. F. M. y F. A. WILCHES, O. F. M., *Historia iuris Canonici*, t. I, Roma, 1943, pp. 182-183, son los siguientes: «*Inscriptiones capitulorum vim legis nullo modo habent. Summaria capitulorum, etsi fideliter sensum legis expriment, vim legis non habent, quia sunt additionis a personis privatis, non a legislatore appositae. Compilatio Gregorii est lex unica, id est, omnes Collectionis partes censentur leges eodem die latae, quidquid sit de historica singularum origine. Collectio habet vim exclusivam*», abrogando las normas contrarias, aunque mantiene en vigor las del Decreto y posteriores que sean acordes

En relación con el sistema de fuentes del Derecho canónico, una vez promulgada la Compilación, Plöchl señala los siguientes aspectos relevantes: 1.º Todas las leyes generales que estuvieran en contradicción con la misma quedaban derogadas. 2.º Las leyes generales promulgadas después del Decreto de Graciano, y no comprendidas en esta nueva Compilación, debían considerarse abrogadas, aunque no contradijeran sus principios. 3.º El Decreto del monje Graciano mantenía plenamente su vigencia. 4.º El derecho particular, cualquiera que fuera el periodo de su emanación, no estaba abrogado, siempre que no contradijese las normas generales de la Compilación⁸⁷.

La redacción de este precepto es la siguiente⁸⁸:

«Idem - Alexander tertius. Hostiensi episcopo. Valet testamentum, quod parochianus facit coram presbytero parochiali, et duobus testibus: nec valet contraria consuetudo, hoc dicit inhaerendo verbis litterae.

Cum esses. Hoc caput legitur variis modis. Communis divisio. Primo narrat factum. Secundo providet: ibi, Quia vero, Abbas.

Casus: In episcopatu Hostiensi talis erat consuetudo, quod testamenta, quae non habebant subscriptionem septem testium, secundum quod leges statuunt, rescindebantur. Hostiensis episcopus hoc proposuit in praesentia Papae: quia talis consuetudo aliena est a divina lege, et patrum sanctorum institutionibus, et a generali consuetudine ecclesiae, cum scriptum sit, In ore duorum vel trium testium, stet omne verbum: Papa praescriptam consuetudinem reprobavit, et testamenta, quae parochiani fecerunt coram presbytero suo, et tribus vel duabus idoneis personis in extrema voluntate, firma decrevit permanere: et praecipit sub poena excommunicationis, ne aliquis rescindere audeat huiusmodi testamenta»⁸⁹.

con la nueva legislación. Finalmente, «leges particulares sive ante sive post Decretum Gratiani latae, etsi sint contrariae, nova Compilatione non tanguntur». KURTSCHIED y WILCHES destacan en la actividad desplegada por el canonista mallorquín, que San Raimundo: a) *Omnia quae legibus posterioribus Decreti vel consuetudine erant abrogata, omisit*; b) *In singulis Decretalibus, quae videbantur superflua, pariter omisit*; c) *Legum contrarietatem aliosque defectus haud raro removit, textus mutando et corrigendo, idque fecit auctoritate Gregorii IX, sicut olim Tribonianus auctoritate Iustiniani in Iure Romano correctiones et interpolaciones fecerat*; d) *Materiis, in quibus desiderabantur clarae decisiones Raymundus novas Decretales a Summo Pontifice petiit easque suis locis inseruit*; e) *Inscriptiones titulorum et capitulorum, quas in quinque Compilationibus invenit, ordinarie non mutavit, etsi textum legis correxerit.*

⁸⁷ Respecto de su eficacia jurídica, solamente tiene validez la parte dispositiva de cada decretal, es decir, lo que recoge una norma, pero no se extiende a las fuentes del precepto, sino que su alcance se reduce al texto de la nueva compilación, sin conectarse con su origen histórico o la redacción normativa de otras compilaciones precedentes. Tampoco tienen valor jurídico las introducciones de los capítulos, que son títulos insertados por San Raimundo de Peñafort, mientras los sumarios fueron introducidos más tarde y carecen de relevancia jurídica. La primera impresión de la Compilación tuvo lugar en 1473, y se conservan más de mil manuscritos de la obra. Vid. W. PLÖCHL, *cit.*, pp. 456-458.

⁸⁸ *Decretales Domini Gregorii Papae IX: suae integritati una cum glossis restitutae*, Romae, in aedibus Populi Romani, 1582, cols. 1173-1174.

⁸⁹ *«Quum esses, frater episcopo, in nostra praesentia constitutus, diligenti nobis narratione proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate ab iis, qui potestatem habent super alios, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum esse alienum; quum scriptum sit: "in ore duorum vel trium testium stet omne verbum", praescriptam consuetudinem penitus improbamus, et testamenta, quae parochiani vestri coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint*

Señala Bussi⁹⁰, que con esta decretal se produjo una verdadera y profunda innovación, aunque surgida para un caso concreto, adquiriendo una importancia por el fondo, tanto en el aspecto práctico como en el histórico-dogmático. En el primero, que es la de mayor interés en este momento, sirve para introducir una forma de testamento mucho más ágil y fácil que las existentes en la Baja Edad Media, porque solamente requiere dos testigos, frente a los cinco o siete del Derecho romano⁹¹, y la presencia del párroco estaba garantizada merced a la organización eclesiástica en la cercanía de cualquier ciudadano, además de que la recogida de la última voluntad, por escrito, aseguraba la ausencia de modificaciones futuras, frente al simple testamento oral o nuncupativo⁹².

Seis aspectos destacan en la decretal *Cum esses*, algunos de los cuales están vinculados estrictamente con la Recepción: 1. La vigencia en Europa del Derecho romano-justiniano en lo referente a los requisitos exigidos para la validez del testamento, especialmente respecto del número de testigos, tal como especifica, como necesaria, la expresión *subscriptio septem testium*. 2. La existencia de una costumbre local, en base a la cual no se puede otorgar testamento sin atenerse a la norma secular, de modo que su inobservancia daba lugar a la rescisión del acto de última voluntad, aunque dicha regla era ajena a la norma eclesiástica aplicable⁹³. 3. Dicha

voluntate, firma decernimus permanere et robur obtinere perpetuae firmitatis, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi rescindere audeat testamenta». Ae. FRIEDBERG, *Decretalium collectiones*, t. II, *Corpus Iuris Canonici*, Graz, 1959, col. 541. La versión medieval hispana de las *Decretales de Gregorio IX* aporta, en este cap. *Cum esses*, algunas variantes respecto del texto latino, facilitando una interpretación que difiere de la literalidad del precepto citado: «*Idem (Alexander III) al obispo de Hostia. Cum esses. Dize aquí que costumbre era en el obispado de Ostia que ninguna manda non valie en la muerte si no oviesse y. VII. o V. testigos assi como mandan las leyes; la qual costumbre el Papa tuelle porque es contra ley de Dios e contra los establecimientos de los Sanctos Padres e contra general costumbre de la iglesia, ca escrito es que en boca de dos o de tres testigos fata IIII. esta toda palabra e iudga que valan las mandas fechas a lugares religiosos o en otras cosas de piadat delant el preste del lugar e de dos o tres omes bonos, e devieda sobre descomulgamiento que ninguno non sea osado de crebantar tales mandas*». *Decretales de Gregorio IX. Versión medieval española*. Publicada por J. M. Mans Puigarnau, vol. II, Segunda parte, Barcelona, 1942, p. 378.

⁹⁰ E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune (Contratti, successioni, diritti di famiglia)*, Padova, Cedam, 1930, pp. 160-163.

⁹¹ Sobre el testamento nuncupativo y su evolución histórica desde el Derecho romano, *vid.*, por todos, E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *El testamento nuncupativo: algunos aspectos terminológicos y de contenido, desde Roma al Derecho moderno*, en *Actas del IV Congreso de la AIDROM*, vol. II, Vigo, Universidad de Vigo, 1998, pp. 199-209; J. A. OBARRIO, *El testamento...*, *cit.*, pp. 47-166.

⁹² Desde el punto de vista histórico-dogmático, este decretal fue origen de la discusión acerca de la facultad de los papas para abrogar la Ley del Estado o Civil, asumiéndose que no hay derogación general de las leyes por el pontífice, es decir, de las normas reguladoras que refieren C. I. 6,23,21; 12 y 31, aunque canonistas insignes como Juan de Imola y el Hostiense lo sostuvieron, porque se diferenciaron los dos capítulos *Cum esses* y *Relatum*, si bien la Rota romana mantuvo la validez del testamento *ex iure canonico*, con el argumento final de estar vigente mediante costumbre, tal como reconocieron Bártolo, Baldo y Durante, entre otros.

⁹³ Sobre el alcance de la costumbre, como regla jurídica, resultan muy ilustrativas las palabras de B. SCHOTANO, *Examen iuridicum: quo omnes materiae titulique Iuris Civilis in Digestis, Codice, nec non in Novellis propositi, explicantur*, Amstelodami, ex officina Jo. Janssonii, 1643, pp. 42-45: «*Consuetudo proprie facit solus tacitus utentium consensus [...] Non requiritur consensus vel scientia principis, sufficit modo non contradicat. Qualis debet esse consuetudo: 1. Consentanea justae rationi [...] 2. Generalis, cum pro lege, cujus requisitum est, ut generaliter constituatur*

costumbre era contraria a tres fuentes normativas de primer nivel para la Iglesia: *a)* una costumbre universal propia⁹⁴; *b)* la doctrina de los Santos Padres, y *c)* los preceptos evangélicos. 4. Aunque se trata de una consulta verbal, mediante *oratio* del postulante, el papa Alejandro III resuelve la cuestión mediante un rescripto⁹⁵. 5. En dicha norma, se declara que es válido el testamento otorgado en presencia del párroco y de dos o tres testigos. 6. La resolución pontificia niega la posibilidad de la rescisión de dichos testamentos, que no respetan la regla secular del número de siete testigos, procedente del Derecho romano. 7. Finalmente, caso de llevarse a cabo una rescisión del testamento, otorgado conforme a lo dispuesto por el pontífice, se impondría la excomunión para su autor.

El primer punto señalado no presenta especial aclaración, puesto que el emperador del Sacro Romano Imperio Germánico acogió el Derecho justiniano como su propio Derecho, aplicable en todos los territorios en los que se considera como poder supremo y soberano, en calidad de heredero del Bajo Imperio. Son las denominadas entonces *Leges*, término de oposición con los Cánones o reglas emanadas por parte del papa, como supremo poder en la Iglesia, aunque ambos conjuntos normativos formarán en la Baja Edad Media el *Ius commune*⁹⁶.

El segundo punto trata del valor de la costumbre⁹⁷, en base a la cual en un territorio sometido al poder del papa se aplica el Derecho romano,

[...] *valere debeat*. 3. *Debet probari ab eo qui eam allegat, cum facti sit, per testes et instrumenta. Effectus consuetudinis: 1. Inducit ius, si lex nulla est. 2. Cum lex est obscurior, interpretatur eam [...]* 3. *Ei derogat, imo et aliquando eam tollit [...]* *Consuetudo tollit legem, si lex in desuetudinem abiit, contrariaque consuetudo observatur [...]* *Non est tanta vim ut legem, quae est in viridi observantia, vel rationem possit vincere. Sola desuetudine lex non abrogatur, verum contraria opus est consuetudine, ut tacitus consensus populi ex frequentia actuum colligatur [...]* *consuetudo mutatur vel contraria consuetudine vel lege lata».*

⁹⁴ Dada la imposibilidad de determinar el origen de ese Derecho consuetudinario universal, no obstante podemos aclarar que no solamente en el continente europeo se aplicó en el siglo XII esta forma de testar ante el párroco, como puede verse en el Fuero de Estella, del año 1164, anterior a la decretal, sino que al mismo alude la obra de GLANVILL, en su *Tractatus de consuetudinibus regni Angliae*, datado en el periodo de promulgación de la decretal, entre 1187 y 1188.

⁹⁵ Cfr. D. SAHAGÚN DE VILLASANTE, *Operum posthumorum, tomus primus. In quo insigniores libri primi Decretalium tituli. De rescriptis, consuetudine, officio delegati, officio legati, sacramentis, in integrum restitutione*, Parisiis, apud M. Sonnium, 1605, fol. 1rv; fols. 13v-14r; fol. 20r; fol. 24v y fols. 35v-36r.

⁹⁶ Examinando la situación del Derecho castellano, RODRÍGUEZ DE FONSECA (B. A. RODRÍGUEZ DE FONSECA, *Digesto teórico-práctico o recopilación de los Derechos comun, real y canonico, por los libros y títulos del Digesto. Traducción literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresión de sus concordantes y discordantes con las del Código, Derecho real de España e Indias, y capítulos canonicos, por el orden de su antigüedad: y la exposición de todas ellas, hasta las nuevamente recopiladas en el año de 1773, con sus derogaciones, correcciones y ampliaciones*, t. IX, Madrid, Imp. Real, 1788, pp. 314-334. p. 315), sostiene que desde el siglo XVI hasta el XVIII solo se practicaban dos especies de testamentos, que son escrito y nuncupativo, según la Ley 3 de Toro, y la Recop. 5,4,1 y 2, de modo que en el nuncupativo, otorgado ante escribano público, deben hallarse presentes a lo menos tres testigos vecinos del lugar donde se hace el testamento; y si se hace sin escribano, cinco testigos a lo menos, vecinos del lugar donde se hace; y si en el lugar no pudiesen ser habidos cinco testigos, ni escribano, a lo menos sean presentes tres testigos vecinos del lugar donde se hace el testamento; pero si se hiciese el nuncupativo ante siete testigos, aunque no sean vecinos del lugar, ni pase ante escribano publico, teniendo aquellos las calidades que previene el Derecho, será válido el testamento.

⁹⁷ Cfr. J. L. MURGA GENER, *Donaciones y testamentos...*, cit., pp. 86-93.

como Derecho consuetudinario. Aunque el origen de la costumbre, como fuente del Derecho, se pierde en los orígenes de Roma⁹⁸, su elaboración proviene de la jurisprudencia clásica, ya que Juliano, en D. 1,3,32, de sus digestos, señala que el origen de su valor *pro lege* viene del respaldo que a la misma le da el pueblo, aunque no esté escrita: «*Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*», lo cual se corresponde con el fragmento de Ulpiano, Tít. ex corp. Ulp. 1,4 y el de Hermogeniano, en D. 1,3,35.

Los dos elementos básicos para su validez son la duración prolongada de su vigencia y el tácito consentimiento⁹⁹, que sirven para elevar la realidad de hecho, en que consiste la costumbre, en regla jurídica. Desde Constantino, a partir de C. I. 8,52(53)2, se reconoce el valor normativo de la costumbre, pero de nivel inferior a la ley: «*Consuetudinis ususque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*», lo cual enlaza con la supremacía de poder que concentra la figura del emperador, de donde dimana la fuerza vinculante de cualquier regla vigente¹⁰⁰.

En este planteamiento hay que entender la constitución imperial de León y Antemio, del año 469, referida en C. I. 8,52(53)3, al señalar que es concesión graciosa de los emperadores que una costumbre tenga validez como norma jurídica «*perpetuae legis vicem obtinere statuimus*»¹⁰¹. Ante la aparición de nuevas reglas consuetudinarias, los emperadores romanos de época posclásica no dudan en reconocer que su vigencia planteaba dudas¹⁰², las cuales desaparecían o bien mediante el respaldo que obtenían del poder político imperial, «*sententiae principalis auctoritas*», o bien de la «*suggestio iudicantis*», es decir, del juez¹⁰³.

⁹⁸ Observa el jurista salmantino Vergas, experto en ambos Derechos, que la afirmación: «*Consuetudo legem imitatur, et consuetudo pro lege suscipitur, cum lex defuit*», no pudo tener lugar en origen, y en cambio la sentencia contraria *verior est: «Post legem naturalem, ius consuetudinis ortum habuit*», de modo que primero fue la costumbre y luego el Derecho escrito, por lo cual afirma VERGAS: «*Antequam leges conscriberentur, deficiebat lex, et ideo ius non scriptum observatur*» (R. DE VERGAS, *Interpretatio rubricae et cap. primi de Constitutionibus*, Salmanticae, exc. P. Lassus, 1602, p. 3).

⁹⁹ Cfr. Ch. PHILIPPI, *Centuria regularum sive praeceptorum ex universo juris tam canonici, quam civilis corpore sparsim desumptorum, ubi variae materiae, quaestiones, atque controversiae utilissimae sunt ventilatae, decisaes atque praejudiciis et responsis probatissimorum collegiorum juridicorum illustrate et confirmatae*, Jenae, typis C. Freyschmidii, 1654, p. 124.

¹⁰⁰ La constitución de Alejandro Severo, C. I. 8,52(53),1, tiene un inciso de valor general, probablemente a causa de la interpolación justiniana, porque en sus inicios hay que entender que la disposición del emperador tenía un objeto específico, a partir de un caso concreto y en función de sus propios presupuestos de hecho. Los compiladores la utilizaron con valor paradigmático, añadiendo la justificación teórica de la norma, afrontando el problema de las costumbres locales, respecto de las cuales el gobernador de la provincia no podía quedar en una actitud pasiva, sino que debía evitar cualquier violación de la *longa consuetudo*. Cfr. G. LOMBARDI, «C. 8,52(53)1», en *SDHI*, núm. 17, 1951, pp. 281-287.

¹⁰¹ Cfr. B. A. CARTAGENA, *Enchiridion juris utriusque: seu definitiones, distinctiones, quaestiones clare et breviter definitae Iuris Canonici et Civilis*, Matriti, apud Jo. Ibarra, 1782, pp. 11-12.

¹⁰² C. I. 1,14,11, del año 474, emanada por los emperadores León y Zenón.

¹⁰³ Por último, entre las notas exigidas a la costumbre para que sea considerada una fuente normativa, además de que sea racional y el transcurso del tiempo, junto con el consentimiento de los ciudadanos. Cfr. Th. TREVISANUS, *De privilegiis sponsaliorum tractatus*, Venetiis, apud R.

El régimen aplicable a la costumbre desde el Medievo viene expuesto, sucinta pero con claridad, por Sahagún de Villasante¹⁰⁴, aunque la Iglesia acogió, en esta materia, el planteamiento posclásico romano, lo cual hace reflexionar a Gaudemet¹⁰⁵, acerca de si la contaminación de una doctrina espiritual, mediante la norma secular, pudo traer resultados desastrosos para la Iglesia al contacto con la sociedad temporal, preguntándose, ¿se puede hablar de desviación?, para contestar: «*Après la réception du Droit romain au cours du XII^e et du XIII^e siècle, le droit canonique conserve encore une individualité indéniable, parce qu'il est le droit d'une société dont les fins dépassent le monde terrestre. Plus que de victoire, c'est de service qu'il faut parler. Le droit romain permit à la communauté chrétienne de s'organiser en société. Ce service se poursuivra pendant des siècles. Il fera, dans un certain sens, de l'Église catholique la plus authentique héritière de l'Empire romain*».

El cuarto punto merece una consideración singular, ya que da lugar a la emanación de un rescripto. Señala Le Gauffre¹⁰⁶, que «*rescripta strictius accipiuntur pro iis duntaxat litteris quibus princeps aut pontifex ad supplicationem impetrantis et eius solius causa iubet aliquid fieri, quas authores Basilicon vocant lib. 2, tit. 5, Iustinianus sacras iussiones in Novella 114*» (del año 542). König¹⁰⁷, por su parte, indica que «*rescripti sunt omnia illa, pro quibus supplicatur, et quae vel ex officio aut secundum jus alicui debentur, vel ex gratia concedi possunt, ac solent: non possunt autem et non solent rescripto concedi quae sunt contra bonos mores aut ius tertii*»¹⁰⁸.

Por lo que se refiere a los efectos del rescripto, uno es general y otro especial. «*Generalis: seu cuiuslibet rescripto communis effectus est, quod in negotiis et inter personas, in quibus et inter quas rescriptum concedi-*

Meietum, 1598, fol. 10v. Una cuestión que interesó a la doctrina es la diferencia entre costumbre y prescripción. Vid. E. DE BELLAMERA, *Consilia*, Lugduni, V. de Portonaris, 1512, fol. 30rv.

¹⁰⁴ «*Consuetudinem esse ius ex frequentia eorumdem actuum communitalis introductum legis auctoritate [...] Unde deducitur primo ut consuetudo legitima sit legis auctoritate ut introducatur necessarium fore, unde secundo contendunt plures inutilem hodie consuetudinem esse nisi a Principe probata sit. Verius tamen est non desiderari explicatam Principis scientiam, necessariam tamen esse generalem cuiuscumque Principis approbationem [...] Iudex a Principe datus ut cognoscat secundum ius, poterit et secundum consuetudinem cognoscere, quia iuris pars est*» (D. SAHAGÚN DE VILLASANTE, *Operum posthumorum*, t. I, Parisiis, 1605, fols. 56r-70r). No hay que olvidar, que el punto de partida de esta materia, en el ámbito del Derecho canónico bajomedieval fue la decretal *Quum tanto*, X 1,4,11, en la cual se fijan como requisitos a la costumbre que sea racional y legítima prescripción, además de no poder contravenir el Derecho natural, dando por supuesto que el origen de la misma está en el *tacitus consensus populi*, y su vigencia amparada por el reconocimiento expreso, o al menos tácito, por parte del poder eclesiástico competente, siendo un instrumento para el logro del bien común. Los juristas bajomedievales insistirán en sus diversos requisitos y abordarán el alcance de los mismos, así como en la necesaria convicción de los autores de la costumbre respecto de su obligatoriedad.

¹⁰⁵ J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, 2.^a ed., Paris, 1979, p. 230.

¹⁰⁶ Vid. A. LE GAUFFRE, *Synopsis Decretalium seu ad singulos antiquarum decretalium titulos methodica omnium utriusque iuris mutationum distinctio*, ed. Nov., Lutetiae Parisiorum, apud G. Clovzier, 1655, pp. 5-6, 9 y 518.

¹⁰⁷ R. KÖNIG, O. S. B., *Principia Juris Canonici ex libro I et II Decretalium*, t. II, Salisburgi, lib. Jo. J. Mayr, 1714, pp. 32-35: *De rescriptis*.

¹⁰⁸ Por lo que se refiere a la forma del rescripto, vid. R. KÖNIG, O. S. B., *cit.*, p. 34.

*tur, jus statuatur, obligetque ad observationem omnes, ad quos dirigitur, nisi aliquid insolitum, a recta ratione alienum vel contra publicam utilitatem mandetur»*¹⁰⁹.

Murillo Velarde¹¹⁰, después de reiterar que *rescriptum* viene a *rescribendo*, señala que es una especie de ley, aunque mientras esta última se refiere a cosas y materias habituales, el rescripto trata de cuestiones que ocasionalmente suceden, si bien regularmente se expide y dirige a cosas y personas particulares, aunque tenga fuerza de ley, «*si a Principe vel Pontifice generaliter servari mandetur, vel ad Corpus juris reducatur»*¹¹¹, como ocurrió con la decretal *Cum esses*.

Señalan Cerami y Púrpura¹¹², que en época imperial romana, la *auctoritas principis* se concreta en el ejercicio de un poder *decisionale* acerca del *iudicium de utilitate rei publicae* o *utilitas communis omnium*, de modo que la *utilitas* es el motivo inspirador de todas las medidas adoptadas por el emperador, como *rector civitatis* y *gubernator imperii*, para solucionar los intereses particulares de cada ciudadano y del conjunto de la colectividad, evitando la arbitrariedad.

Osaba¹¹³, reconoce que el rescripto no tenía validez, en principio, más que para el caso concreto que había sido presentado al emperador, aunque por otros aspectos externos, como la autoridad del príncipe que lo emanaba, o en cuyo nombre eran emitidos, o bien de los juristas-funcionarios que preparaban las respuestas, consiguieron asumir valor de regla general y de precedente aplicable a casos análogos, atribuyéndoles valor normativo de ley, al menos, desde el siglo III d. C.¹¹⁴.

¹⁰⁹ Cfr. St. DAOIZ, *Juris Pontificii summa, seu index copiosus, pars secunda*, Mediolani, 1745, pp. 317-319: «*Dubium est, an rescriptum faciat jus commune, et non tantum pro illis casibus et personis, pro quibus emanat, sed etiam pro aliis? Affirmo, si emanet ad declarationem dubii et obscuri, tali quippe rescriptum est instar interpretationis authenticae, quae valet in vim legis. Dubium est, an rescriptum faciat jus commune, et non tantum pro illis casibus et personis, pro quibus emanat, sed etiam pro aliis? Affirmo, si emanet ad declarationem dubii et obscuri, tali quippe rescriptum est instar interpretationis authenticae, quae valet in vim legis. Nego, si inter partes de jure privato agatur, et rescriptum dirigatur solum ad certas causas, personas, loca et tempus: tale enim illis duntaxat jus facit, pro quibus datur, per lib. 2 et 3 C. de legibus, nisi specialiter caveat Princeps, ut hujusmodi rescriptum generaliter, ubique et omnes obliget; quod velle creditur, si ejus jussu et auctoritate importetur in Corpus Juris*». Vid. A. VILLAGUT, *Consultationes decisivae*, Venetiis, apud D. Zenarium, 1601, fols. 471r-473r.

¹¹⁰ P. MURILLO VELARDE, *Cursus juris canonici*, t. I, Matriti, ex typ. E. Fernández, 1743, pp. 28-35.

¹¹¹ Cuando se emana para decidir una controversia *inter partes*, solamente tiene el valor de una sentencia y de un derecho particular. Este canonista define el rescripto: «*Responsum Principis, vel contra, vel extra, vel secundum jus, in scriptis datum ad instantiam alicujus, vel supplicantis, vel consulentis [...]* Si a Principe saeculari dimanet seditula Regia, hispane Cedula Real, et si haec in alia posteriori sit inserta, Sobrecarta dicitur [...] A vivae vocis oraculo differt, quia hoc verbo, seu viva voce datur, licet postea redigatur in scripturam», que fue nuestro supuesto de análisis.

¹¹² P. CERAMI y G. PURPURA, *Profilo storico-giurispudenziale del Diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 167-168.

¹¹³ E. OSABA, *Gordianus rescriptsit. Rescriptos de Gordiano III en materia dotal dirigidos a mujeres*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, pp. 22-25.

¹¹⁴ La generalización de las consultas, especialmente escritas o *libelli*, fue habitual y muy frecuente por parte de los provinciales, especialmente del mundo oriental, y las respuestas a esas consultas se convierten en disposiciones que debía respetar el juez o autoridad de quien depen-

Un último aspecto, derivado de la redacción de la decretal, y que fue objeto de reiterados debates por parte de la doctrina, es el alcance de la derogación pontificia respecto de la norma procedente del Derecho romano, al fijar un menor número de testigos, para la validez del acto de última voluntad, incluyendo la presencia del párroco, y su fundamentación¹¹⁵.

Mientras la costumbre local de Ostia, que ahora se deroga¹¹⁶, se ajustaba al texto jurisprudencial clásico, asumido por los compiladores de Justiniano, el pontífice señala que esa regla positiva no concordaba con una aludida costumbre universal existente en la Iglesia, de lo que serían buena muestra las regulaciones existentes en la República de Venecia o en el Derecho consuetudinario francés, a partir de la costumbre de París, sin olvidar algunos territorios forales hispanos, como eran Navarra, Mallorca, Aragón y Cataluña.

En segundo lugar, no existía duda alguna sobre la capacidad del papa en la fijación de los requisitos externos que eran necesarios, en los territorios que le estaban sometidos temporalmente, a efectos de la validez del testamento, aunque disputaron ampliamente los juristas, legistas y canonistas, sobre su alcance territorial —puesto que en la vigencia para el clero, *ratione personae* venía previsto desde Constantino—.

Para algunos, llegaba hasta la derogación universal del *Ius Civile*, por entender que lo dispuesto era materia de pecado, en cuyo ámbito prevalecía la norma canónica sobre la secular, aunque la generalidad de autores mantuvo el criterio de restringir su vigencia a las circunscripciones sometidas respectivamente al emperador y al papa¹¹⁷.

día la solución requerida, quien se limitaría a controlar la veracidad de los hechos alegados, con la diferencia de insertar la *subscriptio* en el propio texto de consulta, para personas ordinarias, y en carta aparte, para las de rango elevado. Vid. E. OSABA, *cit.*, pp. 25-29. Cfr. M. AMELOTTI *et al.*, sotto la dir. di M. TALAMANCA, *Lineamenti di Storia del Diritto romano*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1988, pp. 217-222. Señala BONFANTE, que los *rescripta* o pareceres sobre puntos controvertidos de Derecho, tanto para particulares como para magistrados, en cuyo supuesto toman el nombre de *epistolae*, el *princeps* actúa ciertamente como intérprete de la ley en un sentido amplio y tradicional con que los romanos asumían ese criterio, es decir, «*da ora legge in perpetuo*», y el uso ordinario de los *rescriptos* proviene desde la época del emperador Adriano (P. BONFANTE, *Storia del Diritto romano*, vol. I, Rist. dalla IV ed. riv. dall'aut. a cura di G. BONFANTE e di G. CRIFÓ, con pref. di E. BETTI, Milano, A. Giuffrè, 1959, pp. 395-396). Vid. A. D'ORS, «Rescriptos y cognición extraordinaria», en *AHDE*, núm. 47, 1977, pp. 5-41; *Rescriptos*; J. P. CORIAT, «La technique du rescrit à la fin du Principat», en *SDHI*, núm. 51, 1985, p. 348; *id.*, *Le Prince Législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du Droit Impérial a la fin du Principat*, Rome, 1997; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo D. C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 19-36.

¹¹⁵ Cfr. J. CLARO, *Communes opiniones sive receptae iuris utriusque sententiae... ad haec Antonij Gabrielii communes conclusiones*, Lugduni, apud haer. Iac. Iunctae, 1571, pp. 366-367. Curiosa es la interpretación de F. ACCOLTI, *Commentaria in secundam Decretalium*, Venetiis, per Paganinum de Paganinis Brixiensem, 1511, fol. 9 r: *Rescriptum est quaedam lex privata vel constitutum*.

¹¹⁶ Vid. J. FERNÁNDEZ DE OTERO, *Singularium interpretationum iuris pontificij liber unicus*, Bononiae, apud haer. Io. Rossij, 1616, pp. 20-21.

¹¹⁷ Cfr. F. G. DE ERCILLA Y ARTEAGA, *De ultimo fine iuris canonici et civilis*, Lugduni, 1523, fol. 15r: «*Consuetudo quae improbat in capite cum esses non est contra legem divinam. In c. cum esses Pontifex dicit ex eis non iudicandum in civitatibus ecclesiae subiectis [...] non est verum quod consuetudo ex qua testes septem in testamento requiruntur sit contra legem divinam [...] Nam*

Dada la abundantísima literatura canonística sobre la materia, referiremos, como ejemplo, el criterio de Barbazza, a principios del siglo XVI¹¹⁸. Según este canonista:

«Valet testamentum quod facit parochianus coram presbytero suo et coram duobus testibus nec valet consuetudo contraria, et est communis divisio (textus Decretalis), nam in prima ponitur facti narratio, in secunda provisio.

Secundum lecturam, testamentum valet in terris ecclesie in qua est testis sacerdos parochialis et alii tres vel duo idonei nec valet consuetudo contraria. Consuetudo potest super eodem concurrere cum iure communi seu divino [...] Papa hic ponderat quod illa specialis consuetudo quae disponit id quod ius civile erat contraria iuri divino canonico et generali ecclesie consuetudini [...] Consuetudo exigens superfluas probationes esse reprobanda [...] secus si induceret quod minus sufficienti probationi detur fides [...] talis consuetudo exigens superfluas probationes non est rationabilis immo non est servanda. Si vero inducit consuetudo quod minus sufficienti probationi adhibeatur fides, tunc concordat cum iure naturali.

Papa potest tollere consuetudinem loci particularis etiam si disponat id quod ius civile et nedum consuetudinem sed etiam leges imperiales [...] quando imminet peccatum, nam ratione peccati omnis omnia est subiecta/Papae [...] ubi non imminet peccatum Papa non habet temporale iurisdictionem, nec potest tollere legem quoad forum civilem quia potestates distincte sunt».

Sentado lo precedente, como doctrina generalizada desde los comentaristas medievales, Barbazza pasa a exponer su propio análisis interpretativo¹¹⁹:

«Sed mihi videtur quod in isto capitulo debet dare aliam lecturam videlicet quod Papa hic improbet consuetudinem que vigeat in episcopatu hostiensi nam ista consuetudo disponebat quod testamenta non valerent nisi interveniret subscriptio septem vel quinque testium secundum leges humane decernunt [...] in quantum ista consuetudo arctabat testatores ad testandum in scriptis»¹²⁰.

excommunicatio non est imposita in c. cum esses generaliter contra quemcunque, sed contra ecclesie civitatem in qua nisi observetur consuetudo ecclesie universalis cui subijcitur certe male agitur quia non congruit suo universo et cum iure canonico et consuetudine universalis ecclesie: valet testamentum factum coram duobus testibus et presbytero parochiali congruit: ut in Hostia valeat que est pars status ecclesiastici. Unde qui impugnaret testamenta taliter condita peccaret, et ob hoc sub anathemate talis impugnatio prohibetur. Ideo tam in his quae pertinent ad spiritualem iurisdictionem quam etiam in civitatibus et locis ecclesie subiectis: tale anathema habebit locum universaliter tamen falsum est. Quia si in civitatibus vel locis ecclesie non subiectis talis consuetudo vel lex figeret qui ex lege vel consuetudine impugnat testamenta non incurrit anathema. Excommunicatio in capite cum esses non est imposita contra quemcunque christianum».

¹¹⁸ A. BARBAZZA, *In tertium Decretalium preclarissima commentaria*, Venetijs, per B. de Tortis, 1511, fols. 148r-155r: comentando el cap. *Cum esses*, X 3,26,10.

¹¹⁹ A. BARBAZZA, *cit.*, fol. 151r.

¹²⁰ *«Et de iure civili est tradita duplex forma testandi in scriptis et sine scriptis. Et stat in arbitrio testatoris quam formam velit eligere in testando et forma testandi: in scriptis est satis periculosa [...] verum illa consuetudo uno modo erat secundum leges civiles [...] alio modo erat contra ius civile in quantum disponebat quod testamentum non valet nisi interveniret subscriptio septem vel quinque testium, et sic arctabat testatores ad testandum in scriptis, verum talis consuetudo improbat hic a Papa. Et ratio est quia nimis restringebat via testandi, et futurum erat quod de facili testandi essent nulla si testator non poterat reperire testes qui scirent literas ut possent se subscribere in tali testamento, unde Papa dicit quod est alienum a lege divina [...] illa consuetudo nimis restringebat legem divinam volentem in ore duorum vel trium etc. ad scripturam quinque vel septem testium [...] hic non improbat leges humanas, scilicet improbat dictam consuetudinem*

El portugués Agostinho Barbosa, en su acopio de doctrina jurisprudencial, a principios de la Edad Moderna, después de realizar una síntesis del contenido de la decretal¹²¹, insiste en la separación, respecto del ámbito de competencia específico, entre el papa y el emperador, concorde con la generalidad de autores, *asserentes*:

«In ditionibus Ecclesiae, id est, Romano Pontifici quoad utramque iurisdictionem tam temporalem, quam spiritualem subiectis, et quoad utrumque forum tam ecclesiasticum, quam saeculare, locum habere huius textus decisionem, non vero in terris Imperij, sive alterius Principis, in quibus ius civile de septem testium numero observandum est. Licet defendi possit generalem esse et ubique eandem vim obtinere. Communis tamen Doctorum sententia tenet Pontificem hic voluisse recedere a solemnitate iuris Civilis, circa testium numerum, quamvis consuetudine episcopatus, de quo agit, fuisset recepta, et insuper formam dedisse ad testamentorum factionem in suo foro Canonico observandam, unde textus hic observabitur non solum in terris Ecclesiae, ut communiter volunt doctores citandi, sed etiam in aliis quibuscumque, in suo tamen foro, et ideo leges civiles in hac materia in terris Imperij in viridi manent observantia, et in foro saeculari omnino servandae erunt, et haec est mens communis Doctorum, qui textum hunc interpretantur, ut tantum procedat in provinciis Ecclesiae temporaliter subiectis, non vero in illis, quae in dominio et iurisdictione Imperatoris sunt, itaque mens illorum est, ut utrumque ius in suo foro servetur, et neutrum abrogatum per alterum censeatur, atque ita intellexere glossa et omnes communiter, refert plures cum quibus dicit moribus receptum Covarrubias, Cano, Menochio, Cenedo, Soto, Claro, Menchaca, Molina et alii».

Por lo que se refiere a la interpretación del inciso «*Qui vero a divina lege, etc.*», la *communis opinio doctorum* entiende que es un precepto judicial, proveniente del Antiguo Testamento, y consecuentemente privado de fuerza vinculante con el Evangelio, aunque el pontífice ha querido expresamente «*hic in locis temporalis Ecclesiae subiectis servari in testamentis*», sin que exista una ley divina que obligue necesariamente y prohíba, con justa causa, un número mayor de testigos que los dos o tres del Deuteronomio¹²²: «*Pontifex illis motus novam consuetudinem improbaret, et contra illam in terris Ecclesiae novum ius constitueret, ut patet ex verbo de-*

[...] *et sic ius civile nullo modo est reprobatum, scilicet consuetudo restringens legem divinam ad subscriptionem quinque vel septem testium».*

¹²¹ A. BARBOSA, *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in Ius Pontificium Universum, t. II, in quo tertius et quartus Decretalium libri continentur*, Lugduni, 1669, pp. 210-213, cap. *Cum esses*: «*Testamenta quae fiunt coram presbytero parochiali, et duobus, vel tribus testibus, valent, etiamsi non addita sit solemnitas iuris humani, id est, subscriptio a quinque vel septem testibus, et qui rescindit talia testamenta, est excommunicatus, non obstante consuetudine contraria. Colligunt ex glossa Ordinaria, Abbas, Innoc., Ioannes Andreas, Ananias, Butrio, Ancharanus, Hostiense, Panormitano, Covarrubias, Cenedo etc. et est post Concilium Lateranensem sub Alexandro III. Hanc eandem conclusionem ex hoc textu desumunt Fuschus, Antonio de Burgos, Boërius, Guido Papa, Cenedo, Perez, Spino, Mascardo, Menochio, Velasco».*

¹²² «*Tum quia iustissima erat ratio, propter quam lex civilis septem testes in testamentis exigit, ut scilicet falsitatis occasiones evitaret, quibus morientium voluntates subiectae sunt [...] Pontificem in praesenti non reprobare consuetudinem tanquam iniustam, et legi divinae contrariam, sed quia, ut habet littera, id quod consuetudo introducebat, alienum erat, id est, diversum, et non conforme divinae legi veteri, et olim obliganti, sed non inde sequebatur illam esse iniustam, et alicui divinae legi contrariam, et ideo adiecit Pontifex illud idem alienum esse a Sanctorum Patrum institutis, et Ecclesiae consuetudini, quae omnia per se non sat erant».*

cernimus», que es un término legislativo propio de los emperadores posclásicos romanos, además de incluir como requisito esencial de la forma, aparte de los dos o tres testigos, la presencia del párroco:

*«Patet igitur ex supradictis Pontificem in praesenti tam in decisione, quam in ratione optime processisse in decisione, quia secundum receptam, et veram sententiam non generaliter abrogat leges civiles, quae in testamentis in suo foro, et inter suos subditos testes requirunt, sed solum negat illas esse observandas in terris temporali Ecclesiae dominio subiectis, qualem constat esse Episcopatum Ostiensem, de quo in praesenti, ut patet ex subscriptione, iuncto textu ibi, in tuo Episcopatu, indeque colligitur in terris Principis saecularis decisionem huiusmodi observandam non esse, ut concludunt glossa, Ioannes Andreas, Abbas et alij communiter, teste Covarrubia, ultra proxime citatos per Velascum, Spino, Menochio»*¹²³.

La expresión de la decretal *«coram presbytero suo»*, no admite discusión, ya que toda la doctrina lo equipara con el párroco propio, *«ita quod non sufficiat alius presbyter, nam sine illo testamentum esse nullum»*, sin que sea un obstáculo que el párroco del lugar acuda al acto como notario, puesto que ello importa, en cualquier caso, la validez del testamento, ya que la decretal no especifica esa prohibición, ni impone una condición determinada en el clérigo, con cuya ausencia o presencia se le impida al párroco intervenir en el testamento¹²⁴.

Un último inciso del supuesto, previsto en la decretal, se encuentra en la frase¹²⁵: *«In extrema fecerim voluntate, etc.»*, bajo cuya expresión Agostinho Barbosa saca la siguiente conclusión, limitadora del ejercicio de esta forma de testar:

«Ergo textus loquitur in testamentis tantum confectis ab aegrotis et personis infirmis, ut per Cenedum, addens hunc textum eo tantum casu reprobare, et corrigere consuetudinem, et leges civiles amplio rem numerum requirentes, ex ea ratione, quia infirmus non ita facile semper potest convocare testes, sed ut potest

¹²³ *«Rationes etiam optime adaptantur, non enim inquit hic textus esse contra legem divinam requirere plurium testium, quam duorum vel trium numerum, imo id in pluribus casibus licitum esse probat idem Alexander III [...] Solum inquit consuetudinem illam Episcopatus Ostiensis esse alienam, id est, diversam a lege divina; quam tamen rationem ex se sufficientem non esse ad annullandam consuetudinem bene intellexit idem Pontifex, ideoque alias subiungit rationes, scilicet, quod esset aliena a Sanctorum Patrum institutis, et generali Ecclesiae consuetudine, quae nunquam in terris Ecclesiae illam admisit solemnitate iuris civilis de numero septem testium in testamentis, ac subinde indecens videbatur consuetudo Episcopatus Ostiensis subiecti in temporalibus Ecclesiae, dum non observat generalem Ecclesiae consuetudinem [...] Et nota quod quamvis numerus duorum testium sit approbatus non solum iure humano, sed etiam naturali et divino, non tamen inde sequitur quod amplior numerus sit reprobatus, quia nec lex naturalis, nec divina prohibet, quin ex causa plurium aliquando fides sit necessaria»* (A. BARBOSA, cit., p. 212).

¹²⁴ *«An autem praesentia parochi possit suppleri per confessorem [...] vel duobus aliis personis. Ergo quatuor testes sufficiunt sine presbytero parochiali, numerum enim duorum testium superadditum supplere defectum personae presbyteri, resolvunt Mascardus, Clarus, Boerius y otros [...] Duo testes in quacunque materia gerunt vicem unius, quamvis maximae sit auctoritatis, ergo quamvis parochi magna sit auctoritas, illius vices duorum testimonio suppleri poterunt [...] praesentiam parochi non requiri pro forma cum decreto irritanti, sed per modum circumstantiae qualificantis testimonium duorum, vel trium, unde est quod in eius defectum non sufficit praesentia alterius presbyteri»*.

¹²⁵ A. BARBOSA, cit., p. 213.

voluntatem suam explanat parochus, qui ut medicus et iudex animae suae in eo vitae periculo et conflictu frequenter adest cum infirmo».

Con la prevención final, «*Sub interminatione anathematis*», en la que se contiene la excomunión en caso de exigir la rescisión del testamento, otorgado ante el párroco y dos testigos, el canonista portugués entiende «*ibi non credo quod sit Canon latae sententiae, sed ferendae. Notatur ad hoc, quod verba illa, sub interminatione anathematis, vel simpliciter sub excommunicatione, non sunt latae sententiae, sed ferendae*»¹²⁶, en consonancia con el criterio del papa Inocencio IV¹²⁷, aunque no faltan autores que defienden lo contrario.

Las divergencias interpretativas que mantenía la doctrina jurídica, civilistas y canonistas, desde la Edad Media, explican que el cardenal Lambertinis, antes de su elevación al papado se pronunciara sobre esta misma cuestión¹²⁸. Después de recordar lo dispuesto en la decretal *Cum Esses*, y su plena vigencia en el siglo XVIII, al establecer el papa Alejandro III que «*Testamenta, quae parochiani coram presbytero suo, et tribus vel duabus aliis personis idoneis, in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere*», aclara que no hay contradicción entre esta norma y la siguiente del mismo pontífice, dado que «*sermonem haberi de testamentis peractis non ad pias causas, sed ad profanas. Insuper decretalis Cum esses totum Ecclesiasticae ditionis ambitum complectitur, nisi forte peculiare loci statutum adversetur*», a diferencia de la decretal *Relatum*, «*universo terrarum orbi servanda proponitur*», conforme a las interpretaciones de la doctrina canonística más autorizada.

El primer punto, entonces controvertido, se refería a la relación existente entre la decretal y el estatuto de la Urbe¹²⁹, ya que en la regla de Alejandro III se impone una forma de testar diversa de la reconocida en el *Ius Civile* o *leges* del Derecho romano-justiniano, porque el papa impone, bajo censura de excomunión, la validez del testamento ante el párroco y dos testigos, que debía observarse en todos los territorios que estaban sometidos a su jurisdicción temporal, como eran la capital italiana y su diócesis, según criterio del propio Benedicto XIV, mientras en el estatuto de la ciudad de Roma se preveía la aplicación de los cinco o siete testigos

¹²⁶ Vid. F. INCARNATO, *Scrutinium sacerdotale sive modus examinandi, tam in visitatione episcopi, quam in susceptione Ordinum*. In duas partes divisum, Lugduni, apud H. Huguetan, 1658, pp. 317-379.

¹²⁷ INNOCENTII QUARTI, pontificis maximi, *In quinque Decretalium libros, necnon in Decretales per eundem Innocentium editas [...], commentaria doctissima*, Venetiis, apud B. Maiorinum, parmensem, 1570, fol. 239v: «*Cum esses [...] Anathematis: canon ferendae sententiae est*».

¹²⁸ BENEDICTI XIV, P. DE LAMBERTINIS, card., *Institutionum Ecclesiasticarum*, ed. 2.^a latina veneta, ad usum Academiae Liturgicae Conimbricensis, Venetiis, ex typ. Balleoniana, 1760, pp. 235-254: «*Leges quaedam constituuntur tum in Urbe, tum in dioecesi circa testamenta, quae sine Notario vel a Parocho, vel ab alio Sacerdote conscribi solent*».

¹²⁹ «5. *De testamentis agimus ad profanas causas pertinentibus, veluti, si bonorum haereditas in consanguineos, aut amicos conferatur. Haec vero testamenta coram parochus, ac duobus vel tribus testibus peracta, cum in tota Ecclesiastica ditione vim obtineant, pariter, ac per universam dioecesim idem statuendum est, quae Pontificum ditioni prorsus subjicitur, cum praesertim nullum statutum decretali Cum esses contrarium ferri possit. Ita fatentur Dolphius et Postius, aliique plures*».

requeridos para la validez del testamento nuncupativo, según el Derecho heredado de Roma, y no se contemplaba la forma prevista en el Derecho canónico¹³⁰.

Después de rechazar una interpretación singular, que había defendido la validez del testamento para causas temporales o profanas sin la presencia del párroco, con tal que asistieran a su otorgamiento dos o tres testigos, ya que contravenía abiertamente la literalidad del precepto, el cardenal Lambertinis contempla otra situación diferente que se produce en el habitante del campo, en caso de ausencia del párroco rural responsable, sin que hubiera sido sustituido por un capellán, encargado de administrarle los sacramentos, y del confesor habitual del testador.

Con objeto de facilitar el otorgamiento de un testamento válido, entiende que, en este supuesto, se añadiría a los dos testigos, previstos en la decretal, un tercero, con el que se perfeccionaría el requisito exigido para la validez¹³¹. Por otra parte, Benedicto XIV defiende la validez y licitud del testamento otorgado en la forma de la decretal, aunque el testador no se encuentre gravemente enfermo, puesto que, adhiriéndose al criterio del cardenal de Luca, «*Alexander III in decretali cum esses morbi quidem implicite meminit illis verbis: In extrema fecerint voluntate; sed rem tum solum exponebat, pro qua consilium ab ipso petebatur; sententiam vero Pontificis morbo nequaquam inniti Cardinalis de Luca sapienter ostendit*».

Por último, dada la posibilidad de que se otorgue testamento, en unas condiciones fisiológicas de grave dificultad para el moribundo, Benedicto XIV traza las pautas fundamentales a seguir en el otorgamiento del acto de última voluntad, una vez que haya advertido al testador sobre el contenido del testamento¹³², así como la tramitación ulterior ante el no-

¹³⁰ LAMBERTINIS interpreta en sentido amplio la expresión relativa al presbítero propio, que abarca no solamente al párroco sino también al capellán, además del confesor habitual del testador.

¹³¹ «*Ad evitandas difficultates omnes, Capellanus vel extraordinarius Confessarius alium praeter consuetos testem accersant. Si Parochus, aut proprius confessarius intersint, duo testes satis esse decernuntur. Sin illi absentes fuerint, tum Capellanus vel alius Confessarius acciri tertium quoque testem curent, qui absentiam Parochi, vel proprii Confessarii supplebit, si Capellanus, vel extraordinarius Confessarius inter testes recensentur; tum si tres alii testes vocentur, numerus testium ad rem peragendam necessarius perficietur*». Benedicto XIV aborda también la disputa relativa a si en el testamento canónico era válido el testimonio de la mujer, que no se admitía por el Derecho romano ni por otros derechos seculares de origen regio, por considerarlo *non idoneus*: «*Decretalis cum esses testes idoneos exigit, non quidem in superlativo gradu, cum testimonium etiam egenorum probitate, ac fide praestantium satis idoneum putetur, sed requirit ut viri tantum, non mulieres testimonium ferant, ut Fagnanus fuse demonstrat*». LAMBERTINIS recuerda, siguiendo el criterio tradicional de los canonistas, que es suficiente el número de los dos testigos, con el párroco o confesor habitual, pero se elevan a cuatro, si no asisten ni el párroco ni el confesor habitual.

¹³² «*Deinde Sacerdos idem manu sua describat testatoris voluntatem sibi, ac testibus expositam, idque statim clara voce coram testatore et testibus perlegere tenetur, et emendare fideliter quidquid immutandum testatori videbitur. Por haec testatori scriptum ipsum consignandum tradet; illud quoque Sacerdos, ac testes obsignabunt, asserentes, quod testamento condendo interfuerint. Si parochus ipse accitus testamentum exaraverit, Ecclesiae suae sigillum imprimet. Confessarius vero ordinarius, aut Capellanus, et Confessarius extraordinarius proprio sigillo testamentum obsignabunt. Si testator nomen suum litteris efformare nesciat, vel id facere ob gravitatem morbi nequeat,*

tario, a efectos de la protocolización, o, en su caso, la autoridad judicial, en orden a la adveración del contenido de la *voluntas defuncti*¹³³, desde la perspectiva de una necesaria instrucción, en estos casos, del párroco.

En paralelo con esta normativa eclesiástica, que llega hasta el siglo XIX, encontramos en Francia la regulación proveniente de las costumbres¹³⁴, especialmente la de París¹³⁵, asumida como régimen aplicable en otros territorios de Derecho consuetudinario¹³⁶, y con analogía en algunos, como en Orleans, aunque su régimen resultó afectado por la Ordenanza de Luis XV, de agosto de 1735¹³⁷.

En la exposición de motivos de esta norma legal, el rey francés afirma, que la oposición existente entre el espíritu del Derecho romano, «*toujours favorable à la liberté indéfinie des testateurs, et celui du droit français, qui semble n'avoir travaillé qu'à restreindre et à limiter leur pouvoir*», puede ser valorado ciertamente como primera causa «*d'une variété de jurisprudence qui se fait sentir dans cette matière, encore plus que dans aucune autre*».

Asimismo, reconoce que los intérpretes han debatido, y se han dividido, no sobre cuestiones accidentales, sino sobre los puntos más esenciales de la jurisprudencia, para asegurar la validez y efectos de las últimas dis-

satis erunt testimonia Sacerdotis, ac praesentium testium, qui, si litterarum ignari penitus sint, tum solus sacerdos testamentum manu sua signabit; testes vero crucis signum efformabunt; deinde Sacerdos illud crucis signum a testibus, quos nominabit, appositum asseret».

¹³³ BENEDICTO XIV, *cit.*, pp. 237 y ss.: «*Non ignoramus, haec omnia non sufficere, ut supremae tabulae vim suam obtineant, et executioni mandentur, nisi Parochi ac testium examen decreto idonei Judicis intercesserit, et illi vocentur ad hoc iudicium, ad quos testamentum pertinere videatur. Quippe fides Parochi, ac testium nihil aliud prae se fert quam testimonium ad perpetuam, quod quidem parvi momenti habetur, nisi quae modo exposita sunt, omnino observentur. Sed hoc negotium a nobis declinandum putamus, et solum instruendos esse Parochos, aliosque Sacerdotes operam sedulam conferre, ne ipsorum imperitia male testamenta condantur, aut in tenebris sepulta delitescant. Reliqui vero, ad quos testamenta ipsa spectant, ad juris peritos confugiant, ex quorum consilio faciendum suscipient quidquid utile sibi et consentaneum iudicabunt*», pero facilita la actuación del párroco, al referir: «*1. Formula testamenti, quod absente Notario conficitur a parochi; 2. Formula servanda, dum Parochus testamentum Notario publico committit, entregándole la escritura del testador; 3. Formula depositionis Parochi, cum interrogatur de iis, quae in testamento continentur*», y 4. Interrogatorio de los testigos del testamento.

¹³⁴ Vid. M. F. LAFERRIÈRE, *Histoire de Droit Français, précédé d'une introduction sur le Droit civil de Rome*, t. V, y VI. *Coutumes de France dans les diverses provinces*, Paris, Conseil d'État, 1858.

¹³⁵ Cfr. O. MARTIN, *Histoire de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 vols., Paris, Cujas, 1972, t. II, pp. 525-546.

¹³⁶ Señala TARDIF, que fue obligatorio hasta el siglo XII la presencia de cinco testigos como mínimo, hasta la promulgación de la decretal del papa Alejandro III, añadiendo: «*La Coutume de Toulouse adopta cette règle sur un point, en se contentant de l'assistance de deux ou trois témoins; mais elle déclara inutile la présence du curé, ou même sa convocation*» (A. TARDIF, *Le droit privé au XIII^e siècle*, Paris, 1886, p. 66). HUBRECHT, a propósito de las costumbre de Beauvaisis, reitera este mismo planteamiento, al señalar que, en lo relativo a la forma testamentaria, la Iglesia favoreció los legados piadosos y conservó la competencia en esta materia, contribuyendo ampliamente a la aparición del testamento en territorio dominado por las costumbres. El testamento podía ser escrito o verbal, y si antes era necesaria la presencia de cinco testigos, con el triunfo del Derecho canónico pasó a ser válido solamente con dos testigos, siempre que no estuvieran interesados en el acto, para tener la prueba del mismo (Ph. BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis, t. II. Commentaire historique et juridique par G. Hubrecht*, Paris, Picard, 1974, pp. 62-63).

¹³⁷ ISAMBERT, DECRUSY y TAILLANDER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, t. 21, 1er septembre 1715/1er janvier 1737, Paris, 1830, pp. 386 y ss., núm. 478: *Ordonnance concernant les testaments*. Versailles, août 1735, 3 février 1736.

posiciones, entre las cuales está «*la solennité ou la forme extérieure des dispositions testamentaires [...] C'est sur des matières si importantes que nous jugeons à propos de rendre la jurisprudence entièrement uniforme dans tous les tribunaux de notre royaume*».

Con este nuevo enfoque normativo de la materia, el artículo primero de la ley señala el planteamiento básico, ya que si el testamento, en su tradición romanista, podía ser verbal o escrito, sin embargo, a partir de este momento, para la validez del mismo se exige que figure siempre en un escrito y no se admite la simple prueba del mismo mediante testigos, que era el requisito esencial del testamento nuncupativo¹³⁸.

En su proyecto de unificar el Derecho francés, admite el testamento ante el párroco, con presencia de dos testigos, aunque de manera más limitada a la anteriormente prevista en diversos territorios de Francia¹³⁹:

«*Art. 25. Les curés séculiers ou réguliers, pourront recevoir des testaments ou autres dispositions à cause de mort, dans l'étendue de leurs paroisses, et ce seulement dans les lieux où les coutumes ou statuts les y autorisent expressément, et en y appelant avec eux deux témoins, ce qui sera pareillement permis aux prêtres séculiers préposés par l'évêque à la desserte des cures, pensant qu'ils les desserviront, sans que les vicaires, ni aucunes autres personnes ecclésiastiques, puissent recevoir des testaments ou autres dernières dispositions. N'entendons rien innover aux règlements et usages observés dans quelques hôpitaux, par rapport à ceux qui peuvent y recevoir des testaments ou autres dispositions à cause de mort*»¹⁴⁰.

Ferrière, tres lustros más tarde de la emanación de la Ordenanza, y comentando la costumbre parisina, recuerda, en su análisis del art. 289, que el testamento solemne es válido si pasa ante el cura de la parroquia del testador, sea del clero secular o regular, o su vicario general y tres testigos¹⁴¹, mientras Pothier, señala que la costumbre de Orleans admite dos

¹³⁸ «*Art. 1er. Toutes les dispositions testamentaires ou à cause de mort, de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seroient faites que verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par témoins*».

¹³⁹ ISAMBERT, DECRUSY y TAILLANDER, *cit.*, pp. 392-393.

¹⁴⁰ ISAMBERT, DECRUSY y TAILLANDER, *cit.*, núm. 26: «*Le curé ou le desservant seront tenus incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, de déposer le testament ou autre dernière disposition, qu'ils auront reçu, chez le notaire ou tabellion du lieu [...] sans que lesdits cures ou desservants puissent en délivrer aucunes expéditions, à peine de nullité des dites expéditions, et des dommages et intérêts des notaires ou tabellions, et des parties qui pourroient en prétendre*». *Ibid.*, p. 395. Art. 39: «*Los testigos tendrán la edad de 20 años cumplidos, salvo en los territorios de Derecho escrito, donde se fija en la edad precisa para poder testar en dichos territorios*». Art. 40: «*Los testigos serán varones, regnícolas y capaces de efectos civiles, a excepción del testamento militar, en el cual los extranjeros, no notados de infamia, pueden ser testigos. Los regulares, novicios o profesos no pueden ser testigos de ningún acto de voluntad. Tampoco pueden ser testigos los clérigos, servidores o domésticos del notario o tabellion u otra persona pública que recibirá el testamento. Los herederos instituidos no pueden ser testigos en ningún caso*».

¹⁴¹ CL. DE FERRIÈRE, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévoté et vicomté der Paris*, nouv. ed. rev. corr. et augm. par M. Salvan d'Aramon, t. II, Paris, 1751, p. 251: Título XIV, «*Des testaments. Article 289. De la forme et division des Testaments. Pour réputer un testament solemnel, est nécessaire qu'il soit écrit et signé du testateur; ou qu'il soit passé pardevant deux notaires, ou pardevant le Curé de la paroisse du testateur, ou son Vicaire general, et un notaire; ou du dit Curé ou Vicaire et trois témoins; ou d'un Notaire et deux temoins*», *ibid.*, pp. 253-254: «*Es un testamento*

formas de testamento, el ológrafo y el solemne, si bien este último será válido si se hace en la forma prescrita por la ley del lugar donde se otorga¹⁴², aunque el testador no tenga allí su domicilio y se encuentre de paso.

Por consiguiente, «*L'art. 289 de la Coutume de Paris*¹⁴³, exigeoit trois témoins avec le Curé; et la même disposition étroite portée par l'article 289 de la Coutume d'Orléans: mais l'Ordonnance de 1735, en exigeant seulement deux témoins, a dérogé a cet égard a la disposition de ces Coutumes»¹⁴⁴.

La explicación de la supervivencia, en la normativa secular francesa, de la capacidad del párroco para intervenir en el otorgamiento de los testamentos, hay que deducirla exclusivamente de la función pastoral que ejercen, y especialmente de la atención a los moribundos, con la administración del Sacramento de la Extrema-Unión, aunque Jousse, en su tratado de gobierno espiritual y temporal de las parroquias, no se refiera a la misma¹⁴⁵:

«Outre les fonctions spirituelles et autres, les Curés en ont encore quelques-unes de particulières. Ainsi ils sont en droit de recevoir des testaments ou autres dispositions à cause de mort dans l'étendue de leurs Paroisses, mais seulement dans les lieux où ils y sont autorisés expressément par les coutumes ou statuts, en y appelant avec eux deux témoins: Ordonnance des testaments, du mois d'Août 1735, art. 25. Cet article ajoute que les Prêtres séculiers préposés par l'Évêque pour la desserte des Cures, jouiront du même droit tant qu'ils desserviront, sans

que se hace ante el párroco de la parroquia del testador; y aunque el cura sea religioso, pueden en este concepto recibir testamentos. Basta que el testador viva actualmente en una parroquia para que pueda recibir su testamento el cura de la misma, aunque no sea la parroquia ordinaria del testador. Necesitan un notario o tres testigos. Los testigos han de ser idóneos, suficientes, males y mayores de veinticinco años, no legatarios». Cfr. T. K. RAMPSAY, *Notes sur la coutume de Paris: indiquant les articles encore en force avec tout le texte de la coutume à l'exception des articles relatifs aux fiefs et censives, les titres du retrait lignages et de la garde noble et bourgeoise*, Montreal, 1863, pp. 69-70: formas del testamento. Reproduce el artículo vigente, y señala algunas modificaciones que no afectan a supresión de la intervención de los párrocos, sino que benefician a los misioneros.

¹⁴² M. POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'Iceux*, nouv. ed., Paris, 1770, pp. 479: «*Un testament est un acte revêtu des formes prescrites par la Loi, qui renferme les ordonnances de dernière volonté d'un personne sur la disposition qu'elle entend faire de ses biens après sa mort*», *ibid.*, pp. 481-482. No hay duda que el testamento de un sujeto natural de Orleans, pero hecho en Lyon, en la forma exigida en las provincias de Derecho escrito, es válido.

¹⁴³ La *Coutume de Paris* era una costumbre general, que se aplicaba en todo el ámbito del Parlamento de París, y era supletoria de las costumbres locales en el resto del territorio francés, salvo los de Bordeaux, Languedoc, Sole, Béarn, Bourgogne y Flandre, que se regían por el Derecho escrito, aparte de otras partes con Derecho consuetudinario propio, sin olvidar que también se aplicaba en el siglo XVII en los pueblos ribereños de los canales. Fue introducido en la conocida como Nouvelle France, territorio de América del Norte bajo mandato francés, con capital en Quebec, en 1627. Muchas de sus disposiciones pasaron al Code Civil de 1804, especialmente en materia de derechos reales, pero también en Derecho de familia.

¹⁴⁴ La Ordenanza susodicha, arts. 22 y 23, establece para el testamento solemne una forma que debe regir en todos los territorios de Derecho consuetudinario. Este testamento debe ser recibido por dos notarios, y ambos deben estar presentes, o por un notario acompañado de dos testigos, pero es indiscutible que los dos notarios deben ser competentes. La Ordenanza permite también a los párrocos, incluso si son regulares, y a sus ecónomos o capellanes seculares, recibir los testamentos en el ámbito de su parroquia, cuando la costumbre del lugar se lo permite, como ocurre en Orleans, con la presencia de dos testigos.

¹⁴⁵ D. JOUSSE, *cit.*, pp. 259-261.

que les Vicaires ni autres personnes Ecclésiastiques puissent recevoir des testaments ni autres dispositions, en quoi l'Ordonnance a aussi dérogé à l'art. 289 de la Coutume de Paris, et à l'art. 289 de celle d'Orléans, et autres Coutumes semblables»¹⁴⁶.

Bouix¹⁴⁷, insiste en la tarea pastoral del párroco, que le acerca a las personas de su parroquia en el momento de la última enfermedad, y esto implica que se está especialmente obligado a la administración de dicho Sacramento:

«Ad parochum pertinet jus extremam-unctionem parochianis suis ministrandi; ita ut alii sacerdotes, etsi valide, licite tamen, extra casum necessitatis, illud ministrare nequeant absque parrochi vel ordinarii licentia. Dicimus extra casum necessitatis: nam instante mortis periculo, et absente parochi, posse a quolibet sacerdote aegrotum sacro oleo inungi, pro certo tenendum est.

Idem dicendum de administratione sanctissimi sacramenti per modum viatici; ut pote quae ad parochum eodem modo pertinet ac ministratio extremae-unctionis¹⁴⁸.

¹⁴⁶ «L'article 26 de la même ordonnance (del año 1735), porte que le Curé ou le Desservant seront tenus aussi-tôt après la mort du Testateur, s'ils ne l'ont pas fait auparavant, de déposer le testament ou autre disposition qu'ils auront reçu, chez le Notaire ou le Tabellion du lieu; et s'il n'y en a point, chez le plus prochain Notaire Royal dans l'étendue du Bailliage ou Sénéchaussée dans laquelle la Paroisse est située, sans que lesdits Curés ou Desservants en puissent délivrer aucunes expéditions, à peine de nullité desdites expéditions, et des dommages et intérêts des Notaires ou Tabellions, ou des parties qui pourraient en prétendre. L'article 33 de la même Ordonnance, ajoute qu'en temps de peste les testaments [...] pourront être faits, en quelque pays que ce soit, en présence du Curé, ou Desservant, ou Vicaire, ou autre Prêtre chargé d'administrer les Sacraments aux malades, quand même il seroit régulier, et de deux témoins. Les curés peuvent, chacun dans leur Paroisse, recevoir les testaments des personnes qui y décèdent, quand même le Testateur seroit domicilié et demeurant dans un autre Paroisse: Ainsi jugé par un Arrêt du 2 Mars 1714, à la disposition duquel l'Ordonnance de 1735 n'a rien changé à cet égard, puisque au contraire elle autorise les Curés à recevoir des testaments dans l'étendue de leurs Paroisses, et ne limite pas les pouvoirs qu'elle leur donne à leurs seuls Paroissiens. Les Cures et autres Ecclésiastiques qui reçoivent ainsi des testaments, doivent se conformer aux dispositions portées par cette nouvelle Ordonnance de 1735, en ce qui concerne la date, la forme du testament, et la qualité des témoins ainsi qu'il est établi par l'article 47 de la même Ordonnance». *Ibid.*, p. 264: «Un curé peut recevoir un Testament dans lequel le Testateur fait des legs à la Fabrique de l'Église dont il est Curé, quand même ces legs seroient faits à condition de services pour lesquels il y auroit quelques rétributions en faveur du Curé (por ejemplo, por un servicio anual, del párroco y sus sucesores). Les curés, vicaires et autres personnes publiques qui reçoivent des testaments où il y a des legs faits au profit des Hôpitaux, Églises, Communautés, Prisonniers et pauvres, sont tenus d'en donner avis à M. le Procureur-Général aussi-tôt que lesdits testaments ont lieu, et sont venus à leur connoissance, et de lui en remettre des extraits en bonne forme, à peine de répondre en leur nom des dommages et intérêts (Arrêt de Rég. du 7 Septembre 1701). Ces extraits doivent être contrôlés gratis (Arrêts du Conseil des 7 mars 1702 et 21 Août 1703)».

¹⁴⁷ D. BOUX, *cit.*, pp. 464-466.

¹⁴⁸ «Parochus ratione officii sui ex justitia obligatur hoc sacramentum (Extremae-Uctionis) subditis ministrare; ut proinde mortaliter peccet, si petenti sine justa excusatione neget, vel differat cum probabili periculo ne interim infirmus decedat, según Barbosa [...] Item conferenda est amenitibus et phreneticis, dummodo absit periculum irreverentiae, et aliquando rationis usum habuerint. An parochus illud sacramentum ministrare teneatur cum propriae vitae periculo; aegrotis, verbi gratia, peste laborantibus? Negarunt aliqui doctores, sed sanior pars, cui adhaeret Benedictus XIV, putant eum omnino teneri [...] Senibus, qui senectute conficiuntur absque alia infirmitate, tenetur parochus hoc sacramentum ministrare. Quod attinet ad spiritualem assistentiam infirmis et moribundis a parochi praestandam: 1.º Teneri illum, ubi necesse est, ad visitandos infirmos accedere, eosque opportunis remediis juvare; habendo in promptu argumenta, ad animum consolandum, excitandumque ad res divinas et aeternas congrua. 2.º Magnum et necessarium esse ministerium, majoremque ei incumbere obligationem assistendi aegro incipiente agonizare, et ferendi opem op-

Praxis est Romae, et in caeteris status Pontificii dioecesisibus, ut infirmus in extremis constitutus, nullo diei noctisque tempore, parochi auxilio et praesentia destituatur. Quod et tanta religione servatur, ut instar scandali foret, eo momento infirmum obire, quo non adesset parochus ejusve substitutus. A qua praxi in nonnullis Galliae regionibus ita recedere solent parochi, ut vix mihi persuadeam, eos suum in hac re officium satis intellexisse».

Si la doctrina jurídica francesa se ocupó, en la Edad Moderna, de las obligaciones pastorales del párroco y de la regulación normativa secular aplicable al testamento ante el párroco, no es de extrañar que en Italia, donde todavía estuvieron vigentes los Estados Pontificios, y la jurisdicción temporal del papa se extendía a una parte de la Península, hasta el último tercio del siglo XIX, diversos titulares de la Sede petrina se ocuparan de la legislación testamentaria aplicable en esos territorios, aunque fuera Gregorio XVI, el papa que abordó la materia de modo orgánico y sistemático.

Dicho régimen legal se fundamenta en un *Motu proprio* de enero de 1835¹⁴⁹, revisando la normativa de sus antecesores, Pío VII y León XII. Al tratar de la legislación civil, el pontífice asume, como punto de partida, en materia de fuentes normativas, conforme a la tradición secular precedente, al disponer¹⁵⁰: «1. *Le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudizi civili in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento».*

Consecuentemente, al tratar de las normas por las que se regían los actos de última voluntad¹⁵¹, sienta un principio general y sus inmediatas aplicaciones:

portunam in eo periculoso momento. Non tamen teneri parochum sub mortali assistere infirmo qui sacramenta recepit, censet Barbosa [...] Quod si tamen infirmus fuerit impenitens, tenetur ei assistere usque ad reductionem».

¹⁴⁹ *Acta Gregorii Papae XVI. Scilicet, Constitutiones, bullae, litterae apostolicae, epistolae.* Auspice Emo. ac Rmo. S. R. E. Cardinali V. Vannutelli. Rec. et dig. cura ac studio A. M. Bernasconi, vol. IV. Pars secunda civilis. Ordine chronologico disposita, Roma, S. C. de Propaganda Fide 1904, reimpr. facs. Graz, 1971, p. 299: «*Motu proprio De reformatione ordinis legislativi et iudicarii in universa ditione Pontificia. Gregorius PP. XVI. Elevati appena per divino volere alla cattedra di San Pietro, il primo e il piú vivo dei Nostri desideri fu quello di una riforma nel sistema legislativo e giudiziario [...] sottoposto a rigorosa censura il progetto di tale regolamento, legislativo e giudiziario, lo abbiamo trovato pienamente conforme ai bisogni dei popoli soggetti al dominio de la Santa Sede [...] si raggiunga il fine a cui furono saggiamente dirette le cure di Pio VII nel promulgare la sua legislazione (sullo stato e capacità delle persone, sulle successioni, sugli atti di ultima volontà, sui fedecommessi, sui contratti e sulle ipoteche; e che sebbene in parte modificate dal di lui successore Leone XII di felice ricordanza, tutta volta lasciavano a desiderare un qualche miglioramento), di seguire, cioè, la grande massima che dichiara ottime quelle leggi le quali attribuiscono ai giudici il minimo arbitrio, senza violentare la loro coscienza; ed ottimi i giudici, i quali attribuiscono il minimo possibile arbitrio a loro stessi [...] ordiniamo e comandiamo che, a datare dal primo giorno di gennaio del prossimo anno 1835, tanto in Roma, quanto in tutte le provincie de Nostro Stato, siano pienamente ed intieramente osservate come leggi sovrane».*

¹⁵⁰ *Acta Gregorii Papae XVI. Scilicet, Constitutiones, cit.,* p. 300: *Regolamento legislativo e giudiziario.* Parte I. Della legislazione civile. Titolo I. Delle leggi civili in generale, suscritto por la Segreteria per gli affari di stato interni li 31 dicembre 1834. A. D. cardinal Gamberini.

¹⁵¹ *Acta Gregorii Papae XVI. Scilicet, Constitutiones, cit.,* pp. 301-302: *Título IV. Delle leggi concernenti gli atti di ultima volontà.*

«33. Nelle disposizioni testamentarie e negli altri atti di ultima volontà dovranno osservarsi le forme prescritte dal diritto comune.

34. Saranno validi i testamenti per implicita nuncupazione: i testatori ed i notai osserveranno le norme e le cautele usitate finora¹⁵².

36. I testamenti ordinati secondo la forma del cap. Cum esses, saranno validi allora soltanto quando siano fatti negli ospedali, ovvero da persone malate e defunte in una campagna o villaggio lontano più di tre miglia¹⁵³ dai luoghi ove resiedono pubblici notai: dovranno inoltre osservarsi in questi testamenti le regole stabilite dal pontefice Benedetto XIV nella sua istituzione ecclesiastica 105 che incomincia *Quamvis consentaneum*»¹⁵⁴.

El CIC de 1917¹⁵⁵ canoniza las leyes civiles en las materias respecto de las cuales el legislador canónico no regula, como ocurre con las formas de testamento válido: «*Leges civiles ad quas ius Ecclesiae remittit, in iure canonico iisdem cum effectibus servantur, quatenus iuri divino non sint contrariae et nisi alius iure canonico caveatur*», como sucede en los testamentos a favor de las causas pías¹⁵⁶, desapareciendo de su normativa canónica el testamento ante el párroco para cosas temporales, tal como disponía la decretal *Cum esses*, a finales del siglo XII.

El testamento ante el párroco, como forma de otorgar testamento que estaba vigente en Cataluña y Aragón, hasta fecha reciente, sigue presentando su utilidad práctica, de modo que su supresión representa una minoración de posibilidades reales en los ciudadanos, a la hora de otorgar testamento, respecto de las que han gozado plurisecularmente. Prescindiendo de los abusos que pudieron haberse introducido, por parte de las familias de los testadores, ahorrando el dispendio de tiempo y recursos económicos si lo hubiera otorgado ante notario, o de utilizarlo sin necesidad, ante la inexistencia de grave enfermedad, hay que recordar el momento vital de actuación por parte del párroco, los prudentes conse-

¹⁵² «35. Se le schede che contengono l'ultima volontà, nel caso del &precedente, sono scritte interamente, datate e sottoscritte di carattere del testatore, basterà solo la presenza di due soli testimoni all'atto della consegna nelle mani di pubblico notaio. L'atto di consegna conterrà la dichiarazione del testatore, che la scheda chiusa e sigillata è scritta, adattata e sottoscritta di suo carattere: dovrà essere sottoscritto dal medesimo, dai due testimoni e dal notaio che ne sarà rogato».

¹⁵³ Se refieren a la medida de longitud romana, en la que cada paso equivalía a 1,48 metros, de modo que los mil pasos significaban 1.482,5 metros.

¹⁵⁴ «37. Non s'intende derogato al disposto nel cap. Relatum, in quanto concerne il favore delle cause pie», que seguía vigente en todos sus extremos.

¹⁵⁵ Cn. 1529 de 1917, reiterado en cn. 22 del 83.

¹⁵⁶ CIC 1983, cn. 1299, &1. «*Qui ex iure naturae et canonico libere valet de suis bonis statuere, potest ad causas pias, sive per actum inter vivos sive per actum mortis causa, bona relinquere. &2. In dispositionibus mortis causa in bonum Ecclesiae servantur, si fieri possit, solemnitates iuris civilis; quae si omissae fuerint, heredes moneri debent de obligatione, qua tenentur, adimplendi testatoris voluntatem*». Este canon reproduce el 1513 del CIC de 1917, poniendo el acento en la protección de la voluntad del disponente. La legitimación se funda en el Derecho natural y canónico, respecto de las disposiciones a favor de causas pías, y aunque pide el respeto a las normas del *Ius civile* para la forma, su omisión no suprime la obligación de los herederos de respetar la voluntad del difunto: «*Si tratta nel caso di obbligazione di coscienza, ma si può ritenere che essa sia riducibile ad una vera obbligazione naturale azionabile anche civilmente, considerando l'orientamento della dottrina civilistica in tema di interpretazione delle ultime volontà risultanti da documenti aventi valore testamentario*». Cfr. P. VITO PINTO, *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2001, p. 748.

jos del pastor, la fidelidad y veracidad de su conducta, como garantía de confidencialidad y fiabilidad en el cumplimiento de algunas obligaciones dimanantes de la conciencia, y no estrictamente patrimoniales, cuya experiencia práctica le habilita para resolver pacíficamente, y en justicia, las cuestiones que le formulen, por lo que las antiguas constituciones sinodales facilitaban a los párrocos prudentes y loables prevenciones, acerca del ejercicio de dicha facultad, máxime por la vigencia de la decretal citada¹⁵⁷.

Jiménez Hernández¹⁵⁸, al comentar la exposición de motivos del inicial proyecto de reforma del régimen foral aragonés, que conllevaba la supresión del instituto, mostraba absoluta perplejidad y preocupación¹⁵⁹, e insistía en varios principios, que asumimos por su rigor científico: 1. La validez de una institución jurídica no depende de lo cotidiano, de su uso y estadística, sino de su propia naturaleza y razón de ser, de la utilidad que puede reportar a los ciudadanos en determinadas circunstancias, máxime si son excepcionales. Este postulado haría abrogar multitud de preceptos normativos. 2. La utilidad pública del testamento ante el párroco ha disminuido modernamente por la nueva demarcación notarial y rapidez en las comunicaciones, pero ello no supone que sea prescindible totalmente, y menos que sea innecesaria, puesto que a tenor de las circunstancias particulares puede resultar precisa, aunque su uso sea poco frecuente. Una cosa es que sea una forma extraordinaria y otra la habitualidad de su uso, de modo que lo infrecuente sirve como resorte jurídico para atender a ciudadanos en situaciones no habituales¹⁶⁰. 3. La Constitución de 1931, proclamó la aconfesionalidad del Estado Español, a pesar de lo cual no hubo iniciativa alguna para suprimir esta figura jurídica, que siguió usándose con normalidad, máxime porque con la misma se presta un servicio al ciudadano. Sería muy recomendable recordar el preámbulo, al final del párrafo 2.º del apartado c) del punto 4.º, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, de 30 de diciembre de 1991, donde se lee textualmente: «Esta forma testamentaria no se consi-

¹⁵⁷ Cfr. A. LOPE ORRIOLS, «El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra», en *RGLJ*, núm. 95, 1899, pp. 308-311.

¹⁵⁸ J. I. JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, *El testamento ante capellán*. Discurso de toma de posesión como académico en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación... y contestación de... José CASTÁN VÁZQUEZ, Zaragoza, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, 1999.

¹⁵⁹ Se afirmaba literalmente: «No ha parecido necesario mantener la figura del testamento ante capellán, a pesar de su indudable antigüedad histórica. Su utilidad es hoy muy limitada y sería muy difícil, cuando no imposible, cohonestarlo plenamente con el principio constitucional de no discriminación por razón de religión».

¹⁶⁰ También se deben tener en cuenta, otros aspectos: «1. Se impide una forma de testar en múltiples pueblos que carecen de notario, los cuales quedan más desprotegidos y discriminados que otros conciudadanos. 2. El Derecho aporta medios que sirvan a los ciudadanos, tanto en situaciones normales como en otras que no lo son, pero a las que se debe atender en calidad de tratarse con personas humanas, y su inherente dignidad. 3. Aludir a la imposibilidad de cohonestar el testamento ante el párroco con el principio constitucional de no discriminación por razón de religión, no impide que el legislador tenga presente las creencias mayoritarias de la sociedad, lo que le ha obligado a mantener relaciones de cooperación singulares y distintas, por diferenciadoras, negando a los párrocos la posibilidad de colaborar, prestando un cauce de apoyo a los ciudadanos, ya que el beneficiado del acto es el testador y no el párroco».

dera privilegio de ninguna Iglesia ni Religión, sino un servicio público», constituyendo una carga para la Iglesia y no un privilegio. 4. Finalmente, la experiencia romana nos lleva a unas medidas distintas de las utilizadas, porque en lugar de restringir las instituciones, o reducir su uso, habría que expandir la institución, permitiendo el otorgamiento del testamento ante el ministro autorizado de la confesión religiosa en España; ello ampararía el ideal básico de la libertad.

Recordaba Ursicino Álvarez Suárez¹⁶¹, cómo uno de los rasgos característicos del Derecho romano fue la sabia ponderación y coordinación de los principios encerrados en las palabras *libertas* y *auctoritas*, conforme a la definición de Florentino en D. 1,5,4 pr., y que encuentra reconocimiento en el ámbito del Derecho privado en dos sentidos diferentes: de un lado, un carácter preferentemente individualista, que ofrecen las instituciones jurídicas privadas, mostrando clara hostilidad hacia toda clase de vinculaciones que puedan significar una limitación de la autonomía particular y, de otro, el amplio campo de actuación de la autonomía individual, puesto que el Derecho privado es una creación del ciudadano libre, como reconocía Schulz¹⁶², reproduciendo las palabras de Cicerón, quien afirmaba: «*Legum servi sumus, ut liberi esse possimus*»¹⁶³.

Si el Derecho romano abandonó el rígido formalismo, incluso en materia testamentaria, pero mantuvo restricciones para evitar fraudes, y otros efectos perniciosos, como fueron la prohibición de condiciones inmorales e ilícitas, la relevancia de los vicios del consentimiento respecto de la validez de los negocios, la protección de la buena fe, etc., sin embargo mostró un equilibrio armónico con el papel de la *auctoritas*, que hoy ejercen nuestros legisladores. Podemos concluir, con Trevisano¹⁶⁴, «*veritas semper una sola est, substantia legis, basis et fundamentum iustitiae*».

¹⁶¹ U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho romano*, t. I, Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1955, pp. 151-153.

¹⁶² Recuerda el romanista alemán, que el Derecho privado romano es un monumento *aere perennius* de la tendencia romana hacia la libertad, observados los límites impuestos por el sistema del Derecho privado, a la luz de principios tales como la *pietas*, la *fides* o la *humanitas*, mientras al Estado le corresponde tutelar y garantizar esa libertad individual. F. SCHULZ, *Principios del Derecho romano*, trad. de M. Abellán, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pp. 180 y 188.

¹⁶³ CICERÓN, *Pro Cluentio*, 53, 146.

¹⁶⁴ Th. TREVISANUS, *De privilegiis sponsaliorum tractatus*, Venetiis, apud R. Meietum, 1598, fols. 9v-10r.