

UNA FORMA TESTAMENTARIA, VIGENTE DESDE EL SIGLO XII HASTA LA CODIFICACIÓN DE 1917 (X 3. 26. 10)*

RESUMEN

El Derecho romano exigía para el testamento nuncupativo la presencia de siete testigos. El Derecho canónico, merced a la Decretal *Cum esses*, de Alejandro III, en el último tercio del siglo XII, que pasó a la Compilación de Gregorio IX, dispuso la validez del testamento para causas profanas con la sola presencia del párroco y dos testigos. Debatieron los juristas, civilistas y canonistas acerca del significado del término «presbítero parroquial», así como de los requisitos de los testigos, sin olvidar la extensión territorial del precepto canónico y la capacidad del testador para otorgarlo. Esta regulación estuvo vigente hasta el CIC de 1917.

Palabras clave: Testamento, párroco, testigos, decretal, *Cum esses*, recepción, *Ius civile*, Derecho canónico, Papa Alejandro III, Lambertinis, Gamberini.

ABSTRACT

A TESTAMENTARY FORM, VALID FROM THE TWELFTH CENTURY UNTIL THE CODIFICATION OF 1917

Roman law required for the nuncupativo testament the presence of seven witnesses. Canon Law, by the Decree-Law of Alexander III, in the last third of the twelfth century, which passed to the Compilation of Gregory IX, established the validity of the will for profane causes with the sole presence of the parish priest and two witnesses. The jurists, civilists and canonists discussed the meaning of the term «parish priest» as well as the requirements of witnesses, not forgetting the territorial extension of the canonical precept and the ability of the testator to grant it. This regulation was in force until the CIC of 1917.

Keywords: Testament, parish priest, witnesses, decretal, *Cum esses*, reception, *Ius civile*, Canon law, Pope Alexander III, Lambertinis-Gamberini.

* *In memoriam* del profesor Ricardo Panero Gutiérrez, catedrático de Derecho romano de la Universidad Central de Barcelona.

La verdadera ciencia jurídica civil estriba en el arte de ballar... lo que para el caso aparece como justo, equitativo y social, a la gran mayoría de los hombres decentes, razonables, expertos...

*En la época clásica del Derecho romano... el pretor no se preocupaba de la ley, si la ley no se hallaba en armonía con la vida. Creaba... para proteger intereses... la equidad era la estrella polar de los juristas*¹
Miguel Manuel de las Travesas. Año 1914

*Dispón tus cosas de suerte,
Que te den vida en la muerte*
Pedro Murillo Velarde. Año 1765

I. INTRODUCCIÓN

La instrucción, emanada por la Congregación para el clero, en 2002, después de la alocución del Pontífice san Juan Pablo II, a la asamblea plenaria de la misma, el 23 de noviembre de 2001, relativa al prebitero, pastor y guía de la comunidad parroquial, destaca que la parroquia es una *communitas christifidelium*, con pastor propio, responsable de la cura de almas, recordándole que tiene asumidos, como tal, el anuncio de la palabra y demás cometidos del cn. 528, como es la administración de los Sacramentos. Como hombre de Dios, que ejerce su ministerio plenamente, acercándose a los feligreses, según refiere el cn. 529 & 1², se traduce en una serie de funciones, que especifica el cn. 530 del CIC de 1983, entre las que figura la administración de los Sacramentos, como el Viático y la Unción de enfermos, además de «confirmar a aquellos que están en peligro de muerte»³, pero sin mención alguna a su última voluntad, y menos a la forma de exteriorizarla.

1 Hace un siglo, Salvatore Riccobono, al tratar de la *aequitas*, mostraba cómo la equidad clásica era retributiva, ajustada a la función del derecho, «che pone norma e limiti alla condotta umana», mientras que por influencia del cristianismo, en Derecho justinianeo se denomina *humanitas, pietas, benignitas*, «mira a portare nel mondo la pace, il maggior contributo di felicità, e rendere gli uomini migliori con l'esercizio di tutte le virtù evangeliche», de modo que «l'equità debe attuarsi a vantaggio di tutti» y es «norma obbiettiva». RICCOBONO, S., *Cristianesimo e Diritto privato*, en Riv. Dir. Civ. 3 (1911) 46-47. Sirva como referente, para entender la crítica, que se hace en estas páginas, a la supresión, por algunos parlamentos autonómicos hispanos, de la forma testamentaria «testamento ante el párroco», que ha estado vigente en Europa casi diez siglos.

2 *El presbítero, pastor y guía de la comunidad parroquial. Instrucción*, Vaticano, Congregación para el Clero, Madrid, EDICE, 2002, p. 44: compete al párroco que haga visitas a las familias; participe en sus necesidades, y en sus alegrías; corrija con prudencia, cuide de los ancianos, de los débiles, de los abandonados, de los enfermos, y se entregue a los moribundos; dedique particular atención a los pobres y a los afligidos; se esfuerce en la conversión de los pecadores, de cuantos están en el error, y ayude a cada uno a cumplir con su propio deber, fomentando el crecimiento de la vida cristiana en las familias.

3 *El presbítero...*, *op. cit.*, p. 46.

Esta situación no coincide con la vivida en siglos precedentes, desde la Edad Media hasta la Codificación, a tenor de la cual un párroco, con cura de almas en una circunscripción concreta, intervenía frecuentemente en un acto de última voluntad, cuyo protagonista era uno de sus feligreses, en ocasiones como testigo ordinario, en otras como testigo cualificado y, finalmente, en algunas especiales, como fedatario público.

Tenemos presente que el proemio de la Partida Sexta del rey Alfonso el Sabio, no deja de mostrar la importancia de hacer el testamento, poniendo como fundamento a la jurisprudencia romana⁴: «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 e fiziessen pro de sus animas, e fincava despues de su muerte lo suyo, sin dubda e sin contienda a sus herederos»⁵.

El testamento es una institución universal⁶, que proviene del *Ius Gentium*, y posteriormente vino 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 pueblos⁷.

Rodrigo Esteban⁸ refiere las múltiples causas que impulsan a las personas, desde la Edad media, para redactar un testamento, aunque concluye: «La Iglesia, a través de la obligación de testar, controla la reconciliación del pecador con Dios, el entierro de su cuerpo en lugar sagrado, la captación de una parte de sus bienes y, en definitiva, su acceso a «la santa gloria del paradiso».

4 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.

5 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.

6 SÁNCHEZ Y SÁINZ DE ROZAS, E., *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 iuris gentium sicuti quod incestum Persis probetur non minus id jure naturali turpe est.*»

7 Cf. SÁNCHEZ Y SÁINZ DE ROZAS, F., *op. cit.*, p. 12. Esta es la síntesis de POLIANI, Io. B., *De iure canonico, libri quinque*, Romae, apud V. et A. Doricos, 1555-1559, p. 118: «*Canones testamentum confici posse tribus vel duobus testibus cum sacerdotis praesentia voluere, quia in ore duorum vel trium stat omne verbum (ut ait Christus) at digestorum leges in solemne elogio septem, in codicillo et mortis causa donatione quinque, et quidem viros probos interesse iubent.*»

8 RODRIGO ESTEVAN, M. L., *Testamentos medievales aragoneses. Ritos y actitudes ante la muerte (siglo XV)*, Zaragoza 2002, p. 60.

Un enfoque diametralmente opuesto es el de Lorenzo Pinar⁹, quien al estudiar el fenómeno sucesorio *mortis causa* en la provincia de Zamora, no duda en mostrar la raíz espiritual profunda del cristiano castellano leonés, a la hora de prepararse *in articulo mortis*, en la perspectiva trascendente de la vida Eterna, y las consecuencias de un juicio sobre su conducta moral, de donde dimanaba un alto contenido religioso del testamento.

II. ALGUNOS SUPUESTOS TESTAMENTARIOS DEL DERECHO COMÚN HISPANO

Un notario, público y del número de Ciudad Rodrigo, muestra cómo el año 1560 se produjo la manifestación de voluntad de una ciudadana mirobrigense, ante el sacerdote que le administraba la Extrema-Unción, incluyendo en su declaración todos los elementos propios de un testamento. No obstante, no produciría su eficacia *post mortem* más que al protocolizarse notarialmente¹⁰, e incorporarse el documento privado, suscrito por el presbítero parroquial, dentro del «testamento», quedando insertado como «memoria» del mismo¹¹:

9 LORENZO PINAR, F. J., *Muerte y ritual en la Edad Moderna. El caso de Zamora (1500-1800)*, Salamanca 1991, p. 21: El testamento, expresión de la voluntad humana, estuvo ligado durante la Edad Media y Moderna a una fuerte creencia en una vida futura ultraterrena, a una obsesión por la salvación, a un temor hacia el infierno y a un deseo de aparejar o poner el alma en carrera de salvación, es decir, de prepararse para un juicio final y facilitar el logro de la llamada Bienaventuranza o cielo, lo cual repercutía en un elevado contenido religioso, acorde con una sociedad impregnada de providencialismo. Aunque algunos ya habían dejado resuelto el tema económico, con vínculos y contratos matrimoniales, otros tenían la última oportunidad de distribuir esos bienes de manera más ajustada a sus conciencias. Es el planteamiento compartido por el toledano del siglo XVI Alejo Venegas (VENEGAS, A. *Agonía del tránsito de la muerte con los avisos y consuelos que cerca della son provechosos*, Toledo 1553), para quien la redacción del testamento es a modo de una protestación de justicia, en la que el hombre se preparaba para dar a cada uno lo suyo: el cuerpo a la tierra, los bienes a los herederos, las deudas a los acreedores, la limosna a los necesitados y el alma a Dios. Actuaba como una especie de corrector de los fallos de esta vida, una última confesión, como testamento práctico, que servía para eliminar conflictos entre los herederos, de los cuales también se habría de dar cuenta a Dios. Decir que el testamento es un negocio jurídico formal, unilateral, personalísimo y esencialmente revocable, mediante el cual se regula la sucesión, como aportación doctrinal moderna, o un acto solemne de nuestra voluntad donde declaramos lo que queremos sea ejecutado para después de nuestra muerte, como hace Chaunu, no es más que reproducir la institución romana y definición jurisprudencial clásica. *Ibid.*, p. 22: según Lorenzo Aznar, el testamento de este período tiene una alta función de descargo de la conciencia, haciendo rendición de cuentas, que en algunos casos era eludir la muerte *ab intestato*. Era común que el cura fuese uno de los testigos, y que fueran testamentos ante cinco testigos sin escribano, lo cual se explica por la diseminación de los habitantes castellano-leoneses en pequeños núcleos de población, sin la presencia del notario.

10 AHPsA. Sección protocolos. Escribano: Núñez Vela. Sign. 1513, años 1555-1560, fol. 555r.

11 Sobre esta materia, vid. GABANCHO LÓPEZ, J. M., *¿Las memorias testamentarias son contrarias al espíritu y al recto sentido de las leyes? Y una vez admitidas, ¿qué cosas pueden dejarse en ellas?*, Madrid, tesis doctoral, 1862; BARRIO, A., *¿Las memorias testamentarias son contrarias al espíritu y al recto sentido de las leyes? Y una vez admitidas, ¿qué cosas pueden dejarse en ellas?*, Madrid, tesis doctoral, RGLJ, 1867; RAHOLA I D'ESPONA, N., *Istitució de la memoria testamentaria*, Barcelona 2000; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones: común y foral*, t. I, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, parte 3ª, cap. V: Memorias testamentarias; LAMA AYMÁ, A. de, *Libertad para testar y memorias testamentarias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Digo yo el bachiller Antonio Sanchez teniente de cura de señor Sant Juan ques verdad que Francisca Sanchez costurera estando en lo ultimo de su vida pero con todo juicio y entendimiento le pregunte donde se queria enterrar si Dios la llevase y dixo que en el Sepulcro¹². Ansimesmo le pregunte que queria que se hiziese por su anima, dixo que le dixesen missas de novenas y consolación y revelacion y que al tiempo de su entierro le dixesen tres missas las dos rezadas y la una cantada con su vijilia y que sus novenas se ofrendasen y dixo y mando que por quanto ella hera feligresa de señor Sant Juan quera su voluntad que la mitad de todo esto se gastase en señor San Juan y la otra mitad en el Sepulcro y dexo por testamentarios a los señores Francisco de Miranda y Pedro de Robleda la qual mando ansi mesmo que por quanto ella tenia un hijo fuera de aqui y no sabia si era muerto u bivo quera su voluntad que despues de conplida su anima que si fuese bivo heredase lo remaneçiente de su hazienda y si hera muerto que todo lo que quedase la mitad heredase Maria Sanchez muger de Juan de Miranda su hermana y la otra mitad por su anima y se gastase en las dichas iglesias y esto es verdad hizo esto y mando esto ante mi el dicho Cura a veynte y quatro dias del mes de junio de 1560 años en el qual dia murio y en despues de todo esto lo mando antel muy noble señor Francisco Nuñez escribano de sus majestades y de los señores rejidores y justicias de lo qual doy fee y testimonio en firmeza de lo qual lo firme de mi nombre. El bachiller Antonio Sanchez. Rubricado.

Dicha memoria testamentaria¹³, expuesta verbalmente por la otorgante en forma interrogativa, fue posteriormente trasladada a documento por parte del mismo clérigo, interviniente en la manifestación oral de su parroquiana, quien al sobrevivir a su grave enfermedad en la misma fecha, durante algunas horas, pudo realizar, en plenitud de facultades mentales, el otorgamiento de un testamento nuncupativo, ante el fedatario público local, siguiendo las prescripciones del ordenamiento jurídico hispano de aquel momento, consistente en la declaración de voluntad ante el notario y tres testigos vecinos del lugar¹⁴,

12 La iglesia del Sepulcro era un templo ubicado intramuros de Ciudad Rodrigo, y próximo al domicilio de la testadora. Su advocación sobrevive en el callejero local mirobrigense, identificativo de la calle en la que estaba situado, aunque no quedan restos del inmueble. En palabras de Sánchez Cabañas, a principios del siglo XVII, «la parrochia del Sepulchro fue antiguamente convento de la orden militar del Templo. En ella residía el abadón, que era el superior de los clérigos y beneficiados. Su abadía era lo que agora llaman el abadengo, la qual abadía se adjudicó a la mesa episcopal después que quitaron a este obispado la ribera de Coa. Es ahora esta iglesia anexa a la encomienda de San Martín de Trebejo, de la orden militar de San Juan de Malta». Vid. SÁNCHEZ CABAÑAS, A., *Historia Civitatense. Estudio introduct. y ed. a cargo de A. Barrios García e I. Martín Viso*, Ciudad Rodrigo, Varona, 2001, p. 159. También se refiere su nombre en el elenco de calles locales: cf. BENITO POLO, J., *Historia de Ciudad Rodrigo. Originalmente escrita por don Antonio Sánchez Cabañas (siglo XVII). Comentarios actualizados de...*, Salamanca, Graficesa, 1967, p. 124: «calle del Sepulchro».

13 Otro testimonio de esta institución: AHDO. Sign. 20. 15. 45: San Andrés de la Pedrera, concejo de Gijón: memoria de testamento. Año 1679.

14 AHPsa. Sección protocolos. Escribano: Núñez Vela. Sign. 1513, años 1555-1560, fol. 554r.

conforme a lo prescrito en el ordenamiento de Alcalá¹⁵, reiterado en la ley III de Toro¹⁶, así como en la norma de la Recop. 5, 4, 1 y 2:

Testamento de Francisca Sanchez biuda.

En la noble ciudad de Çiudad Rodrigo a beinte e quatro dias del mes de junio año del naçimiento de nuestro Señor e Salvador Ihesu Christo de mill e quinientos e sesenta e un años en presençia de mi Francisco Nuñez Vela escribano mayor del ayuntamiento de la dicha ciudad e uno de los del numero della por su Majestad e de los testigos de Yuso escritos parescio presente Françisca Sanchez costurera vezina de la dicha Ciudad Rrodrigo estando enferma en cama de enfermedad pero estando en su juycio e entendimiento natural temiendose de la muerte que es cosa natural de la qual ninguna criatura puede huyr ni escapar e dixo que por quanto hella tiene declarado por una memoria que hizo Antonio Sanchez clerigo presbitero teniente de cura de la iglesia de señor San Joan de la dicha ciudad su hultima e postrimera voluntad e aquello que en la dicha memoria tiene declarado quiere y es su voluntad que se haga e cunpla al pie de la letra segund e como por la dicha memoria pareciere firmada de su nonbre que si hera nesçesario segund e como en la dicha memoria se contenia lo declarava e declaro por su hultima e postrimera voluntad ante mi el dicho escribano testigos Antonio de Monterrey e Antonio Rodríguez e Gonçalo de Mata vezinos de la dicha Çiudad Rodrigo etc.

En la dicha Çiudad Rodrigo este dicho dia mes e año susodichos en presençia de mi el dicho Francisco Nuñez Vela escribano e testigos parecio presente el dicho Anton Sanchez teniente de cura de señor San Joan vezino de la dicha Çiudad Rodrigo e dixo que porque antel Francisca Sanchez costurera estando enferma oy dicho dia declaro por su hultima voluntad çiertas mandas contenidas en una memoria firmada de su nonbre de la qual dixo que hazia e hizo presentacion todo lo qual en la dicha memoria dixo queria e hera su voluntad que se hiziese e cumpliese por su anima que su tenor de la qual al pie de la letra es esta que se sigue.

Aquí la memoria de Anton Sanchez¹⁷.

15 Ordenamiento de Alcalá, sancionado por Alfonso XI en 1348, ley única del título 19, *De los testamentos*. En el mismo sentido, Ordenanzas Reales 5, 2, 1.

16 Rige lo dispuesto en el Ordenamiento, al tratarse de un testamento nuncupativo o abierto. No siempre tuvo buena prensa el escribano, como vemos en unas estrofas burlescas gallegas, de principios del siglo XIX, en las que se lee: «Yo, preparada la péñola/ tengo señor secretario/para ir poniendo los párrafos/del papel testamentario.../ Prohibo todo inventario/en mi herencia, y no es vano,/ pues temo que el moviliario/ se lo lleve el escribano./ Y por este mi testamento/ y ultima voluntad/ hecho en santo entendimiento.../ deshago, anulo y revoco/ cualquiera otro anterior/ y mientras que no le toco/ declàresele en vigor».

17 AHPsa. Sección protocolos. Escribano: Núñez Vela. Sign. 1513, años 1555-1560, fol. 554v: «A todo lo qual segund e de la manera que en la dicha memoria se contiene en presençia de mi el dicho escribano la dicha Françisca Sanchez dixo que queria que valiese por su testamento e hultima voluntad e si no valiese por su testamento que valiese por su codocilo e si no valiese por su codocilo que valiese por escritura publica e por aquella via e forma que mejor hubiese lugar de derecho e nombraba por sus testamentarios a los dichos Francisco de Miranda e Pedro de Rrobleda en la dicha memoria contenidos e les dava poder conplido el que de derecho en tal caso se requiere a cada uno dellos yn solidum para

Ejecutando la última voluntad del *de cuius*, tuvo lugar la enajenación de sus bienes en pública subasta, unos días más tarde del óbito¹⁸.

No podemos ignorar el alcance de un proceso judicial, suscitado entre las partes afectadas con la sucesión *mortis causa*, cuyo origen se encuentra en una manifestación de última voluntad, incluyendo la designación del heredero, ante el cura párroco de San Martín del Pedroso¹⁹, en el último tercio del siglo XVII, porque en dicha localidad no pudo intervenir el notario competente, más próximo a su domicilio²⁰.

que puedan entrar en sus bienes e de los mejor parados cumplan e paguen lo contenido en la dicha memoria firmada del dicho Anton Sanchez vendiendolos e rematandolos en almoneda publica o fuera della en la persona o personas que quisieren o por bien tubieren e nombrava e nonbro en lo remanente de sus bienes a los contenidos en la dicha memoria segund e de la forma e manera que en ella se declara e contiene al pie de la letra sin faltar cosa alguna todo lo qual dixo que declarava e declaro ante mi el dicho escribano para que valga e sea firme en juicio e fuera del e do quiera que pareciere dia e mes e año susodichos estando presentes testigos los dichos Antonio de Monterrey e Francisco Rodríguez e Gonçalo de Mata e Anton Sanchez vecinos de la dicha çiudad e la dicha otorgante a la qual yo el dicho escribano conozco dixo que no sabia firmar rrogo a el dicho Francisco Rodríguez que por ella lo firmase el qual a su ruego lo firmo en mi rregistro. Por testigo, Francisco Rodríguez. Paso ante mi, Francisco Nuñez». Rubricados.

18 AHPsA. Sección protocolos. Escribano: Núñez Vela. Sign. 1513, años 1555-1560, fols. 557r-561v: Inventario de los bienes de Francisca Sánchez, costurera, que levanta el notario Francisco Núñez Vela, en Ciudad Rodrigo, a 1 de julio de 1561, con la licencia del licenciado Soto Salazar, teniente de corregidor, y que lleva a cabo Francisco de Miranda, sastre, con pregones del día 3, de dicho mes y año.

19 Localidad que hoy pertenece al municipio de Trabazos (Zamora), aunque el difunto tenía su domicilio en otro pueblo próximo de La Ribera del Duero, Villarino de los Aires (Salamanca).

20 ARChVa. Escribanía de P. Alonso. Civil (F), sign. 2895-4: In marg. «Delacion. En la villa de Alcanizas a diez y ocho dias del mes de septiembre de mill y seiscientos y setenta años ante el señor don Gaspar Malo Ortiz governador y Justicia mayor de la dicha villa y lugares de su jurisdiccion yo Fernan Gonzalez escribano di delacion a su merced como oy presente dia murio Francisco Perez bezino del lugar de Villarino Traslasierra y dexo hijos mayores de edad y por su merced vista la dicha delación la ubo por dada y esta presto de cumplir con lo que a su oficio toca y lo firmo de su nombre...». El mismo día, dicho gobernador «dixo que cometia y cometio a mi el presente escribano baya al lugar de Billarino de la Sierra en compañía de don Laçaro de Guevara merino mayor de esta audiencia a quien para ello dio comision en forma a hacer la particion de los que quedaron por fin y muerte de Francisco Perez difunto bezino que fue de el dicho lugar...». El mismo día «doy fee que llegue a la casa de la morada de Francisco Perez difunto bezino que fue del dicho lugar a cosa de la una del dia en compañía del dicho merino... Y en ejecución y cumplimiento de la comision dada al dicho merino... fue a las casas de la morada donde el dicho difunto bivio para efecto de hacer ymbentario de sus bienes y en ellas allo a Isabel Alonso biuda muger que fue del dicho Francisco Perez a la qual notifique diga y declare los vienes e acienda que quedaron del dicho su marido para que se ponga por ymbentario...». El 20 del mismo mes y año comparece la dicha viuda ante el merino y escribano «y de ella recivio juramento en forma de derecho y la yço como se requiere so cargo del qual prometio de que bien y fielmente dira y declarara los vienes y hacienda que quedaron del dicho su marido sin ocultar ninguno de ellos y no lo firmo por no saber...», y el mismo día se notifica la comisión a «Francisco Perez hijo y heredero de Francisco Perez difunto diga y declare los vienes y hacienda que quedaron del dicho su padre en su persona», pero no firmó por no saber. Sigue a continuación el inventario, y el 22 de noviembre de 1670 se pide al Gobernador de Alcañices, Gaspar Malo Ortiz, por el hijo del difunto, que haga la partija de los bienes y hacienda que quedaron por fin y muerte de Francisco Perez. El gobernador pidió a las partes que nombrasen tasadores y partidores, lo que hizo Francisco Pérez hijo en Antonio Bermuyz, vecino del lugar de Santanas, de dicha jurisdicción, mientras la viuda nombró a Simón Ratón, vecino de Villarino, ambos aceptaron y cumplieron conforme al juramento asignando valores a los bienes, incluyendo la

En este supuesto de hecho, el causante manifiesta su voluntad, *mortis causa*, en presencia de dicho clérigo y de cinco testigos²¹:

Yn Dei nomine amen. Sepan quantos esta carta de mi testamento bieren como yo Françisco Perez vezino de Vilarino Tras de la Sierra estando emfermo de mi enfermedad natural que Dios a sido servido de darme y estando en mi sano juicio y entero entendimiento natural que Dios a sido servido de darme, Hordeno mi testamento en la forma y manera siguiente²²...

Y por no aver scrivano o notario al presente, otorgo este mi testamento ante el lizenziado Antonio Hidalgo cura propio de San Martino de El Pedrosso y sus anexos, y revoco otros cualesquiera testamentos o codicillos que aya echo. Este quiero que tenga fuerça en juycio y fuera de el, al qual fueron rogados y llamados el Licenciado Domingo Turiel clerigo presbitero natural de Sexas y Lorenzo Hidalgo bezino de Alcanzas y Domingo Fernandez estudiante y Gonzalo Fernandez criado de Manias y Domingo de Rivas y por saber enfirmar los mas lo firmaron de sus nombres en fe de lo qual lo firme en diez y siete de agosto de mill y seiscientos y setenta = Antonio Hidalgo = i yo Domingo Turiel Cura presbitero.

dote que recibió el difunto por el matrimonio con Isabel Alonso, que aceptó el juez de comisión, Lázaro de Guevara. Finalmente, el 27 de noviembre presenta el hijo del difunto la escritura de transacción y concierto realizada en razón de la dote, y solicita que el juez de comisión lo aceptara, lo que aprueba y manda a los tasadores que sigan haciendo la partición, para terminar con las adjudicaciones.

21 ARChVa. Escribanía de P. Alonso. Civil (F), sign. 2895-4: «Rollo de Autos. Villarino. Alcañizas (sic). Año de 1673. DE Francisco Perez CON Isabel Alonso viuda. Escribano Olmos, fols. 62v-67r.

22 «Primeramente mando mi anima a dios nuestro Señor que la crío y redimió con su preciosa sangre y mi cuerpo a la tierra de que fue formado. Yten mando que mi cuerpo sea sepultado en la iglesia parrochial de este lugar de Nuestra Señora de las Candelas a quien tomo por mi avogada y medianera, en la sepultura donde mi muger Ysabel Alonso se asienta. Yten mando que asistan a mis oficios y entierro a cada uno tres sacerdotes y el señor Cura del lugar y la ofrenda de los funerales a voluntad de mis testamentarios. Yten mando que sobre mi sepultura se me ofrende año y dia pan vino y cera. Yten mando que en esta Iglesia se me digan treinta misas y en la Iglesia de Santanas otras treinta. Yten mando y es mi voluntad que el Lizenziado Domingo Turiel clerigo presbítero me diga sesenta misas. Yten mas otro treintanario a voluntad de mis testamentarios. Yten mando que ademas de estos cinco treintanarios se me digan otras cient misas mas. Mando que en el Altar de San Antonio de el Comvento de San Françisco de Alcanzas (Alcañices) se me diga una misa reçada. Yten mando a Nuestra Señora una libra de çera = A San Bartolomé media libra = A los Martires otra media. Yten mando a mi muger Ysabel Alonso ademas del pan que le toca de su parte todo el pan que ahora se a de coger = a Jacinto y a Pedro mis nietos les mando las colmenas para que estudien. Yten mando se pague a las ordenes mendicantes treinta y çinco maravedis con que las deseredo y aparto de mi hacienda = A Nuestra Señora de las Trabazas mando se le de un camison de los mejores que tengo. Yten declaro que Antonio Fernandez de San Mamed le di en dote y casamiento con mi entenada Ysabel de Castilla çinquenta ducados. Yten mas a Thome Sanchez bezino de Alcanzas le di en dote y casamiento con Catalina de Castilla noventa ducados y una posesion que tengo en Alcanzas = y a mi hijo Françisco Perez le mande en dote y casamiento con Maria Castilla mi entenada mil reales y no se les e dado. Yten declaro que a Cavallero de Matellanes le vendi cuarenta y tres castrones a precio de cuarenta y siete reales cada uno y la paga para San Bartolomé de este presente año y para esto e reçivido trece ducados y la carne que el dijere me a dado. Nombro por mis testamentarios a Juan de Castilla de San Mamed y a mi hijo Francisco Perez. Cumplido mi testamento y mandas dexo por mi lexitimo heredero de lo que se allare de mi hacienda a Francisco Perez mi lexitimo hijo que lo goçe con la bendicion de Dios y la mia».

La disputa jurídica, en la sucesión del testador, afectaba a la viuda y al heredero, descendiente en primer grado del causante, con intereses enfrentados, los cuales, a pesar de las iniciales discrepancias, parecían concordes, tras la intervención del juez competente en dicho territorio, ubicado en Alcañices (Zamora)²³, para llevar a término la ejecución de su última voluntad²⁴.

A pesar ello, la viuda instó en primera instancia que dicho documento, *mortis causa*, no se redujera a documento notarial, después de comenzar el inventario, consiguiendo a su favor un auto judicial, con el cual paralizaba la ejecución, mientras que el hijo del causante requería que tuviera lugar la partición patrimonial, consiguiendo asimismo un nuevo auto judicial favorable a su planteamiento, el cual se llevó a efecto, pero sin respetar el primer auto judicial, por lo cual Isabel Alonso, viuda del difunto, interpuso un recurso de agravio, ante la Real chancillería vallisoletana²⁵.

Se negaba validez a la ejecución del testamento nuncupativo, amparándose en la circunstancia de no haberse protocolizado previamente, con respaldo judicial, dada la disputa sobre sus cláusulas, puesto que la eficacia

23 Se habla, en esta centuria, del gobernador de Alcañices como autoridad judicial, pero con el RD de 21 de abril de 1834, al asignar una nueva división territorial de partidos judiciales en la Península e Islas adyacentes, quedó San Martín del Pedroso dentro de la provincia de Zamora, en el de Alcañices.

24 In marg. «Petición. Francisco Perez hixo lexítimo de Françisco Perez difunto bezino que fue del lugar de Billarino tras la Sierra de esta jurisdicción: ante buesa merced parezco y digo que dicho mi padre yço su testamento y ultima voluntad debaxo de la qual murio. Y para que se cumpla con el, pido y suplico a V. merced se autorize y por auto de vuestra merced que en tal caso lugar aya le reduzga a escriptura publica, y mande a los ynteresados pasen por el pues es justicia...» (reclama que la viuda le pague doscientos treinta ducados de las dotes que dio a sus hijas, según la ley 53 de Toro, pues debió darlas de sus bienes y no de los de su padre, pues no son hijas legítimas de su padre sino del primer matrimonio de la suegra, quien debió pagarlas de bienes propios suyos y no de los comunes gananciales.

25 ARChVa. Escribanía de P. Alonso. Civil (F), sign. 2895-4: «Rollo de Autos. Villarino. Alcañizas (sic). Año de 1673», fol. 88r: El Gobernador de Alcañices «fue mandado en veinte y nueve de noviembre del año pasado de mill y seiscientos y setenta/ que dicho testamento (de Francisco Perez) con citación de las partes ynteresadas se autorizase». Ibid., fol. 69rv: A petición de Francisco Pérez, heredero, se dicta el auto del tenor literal siguiente «Manda su merced se de traslado y con citación de la otra parte se autorize el testamento otorgado por dicho Francisco Perez difunto bezino que fue del lugar de Villarino de la Sierra. Assi lo proveyó y mando el señor don Gaspar Malo Oertiz gobernador y Justicia mayor de la villa de Alcanzas y su jurisdiccion en ella a veinte y nueve del mes de noviembre de mill y seisçientos y setenta años. Don Gaspar malo. Ante mi, Fernan Gonzalez». Fol. 90rv: después de las tres rebeldías, Francisco Pérez consigue que el juez dicte un auto «se autorize el testamento como por mi auto de veinte y nueve de noviembre del año pasado de setenta esta mandado y se notifique a la otra parte que dentro de tercero dia parezca a decir y alegar de su justicia lo que le combenga», a 28 de enero de 1671. Gaspar Malo. Fernán González. Pero de inmediato comparece por procurador la parte contraria, Isabel Alonso, ibid., fol. 91rv, alegando contra el auto anterior, para oponerse al mismo «de vuesa merced que mandava se autorizase el testamento que el dicho Francisco Perez dejo y ço en su postrimera y ultima voluntad lo qual no ha ni debe ser y dado casso se autorize no ha ni debe perjudicar a mi parte ni lo mandado por el susodicho difunto así legados como todo lo demas por averse echo ya partición y division de dichos vienes por vuesa merced y ante Fernan Gonzalez averse echo escriptura de compromiso, rrenunciando así el dicho Francisco Perez todas las acciones y derechos que a la hacienda de su padre tuviese y unos y otros hicieron combenio, y pidió probanzas, que se autorizaron por el juez de Alcañices, quien denegó que se autorizase el testamento y determinó dar valor a la división pactada.

jurídica del acto estaba salvada legalmente con la presencia del suficiente número de testigos idóneos.

El punto de partida del contencioso radicaba en la libre expresión de voluntad del causante, privada de vicios, sin que fuera necesario para su validez que se redujera a escritura pública, aunque este procedimiento era normal, a fin de eludir futuros conflictos, acerca del contenido del testamento oral, y por ello, de ordinario, a petición del heredero, o de alguna parte más interesada, se protocolizaba por un escribano público²⁶.

La Partida 6, 2, 4 determinó que cuando el testamento tenía lugar ante testigos, sin escribano, el heredero debía pedir al juez que citase a los testigos presentes en el acto *mortis causa*, a fin de reconocer aquella manifestación de voluntad, como testamento del causante. Desde ese reconocimiento judicial, aunque posteriormente falleciesen los testigos, dicha manifestación tenía el valor de testamento digno de ejecución.

Entre la abundante doctrina hispana de la Edad Moderna, será suficiente la cita de Luis de Molina²⁷, quien muestra con claridad que: «*Quando ad validum testamentum, sive illud sit in scriptis, seu clausum, sive sit nuncupativum, concurrat tabellio publicus, necessaria non est publicatio illius, iuxta probabiliorum sententiam, quam ordinationes huius regni... et Covarrubias*

26 ARChVa. Escribanía de P. Alonso. Civil (F), sign. 2895-4: «Rollo de Autos. Villarino. Alcañizas (sic). Año de 1673. DE Francisco Perez con Isabel Alonso viuda. Escribano Olmos. Legajo 1: no se conserva la primera hoja. «... fecho procedido y ejecutado por don Gaspar Malo Ortiz governador de la dicha villa de Alcañizas contra su parte a favor de Isabel Alonso su madrastra y otros consortes por los quales aviendo muerto Francisco Perez padre de su parte y otorgado çierta escriptura de testamento ante el cura del dicho lugar y cinco testigos y respecto de no ser testamento legitimo conforme a derecho por su parte pedido el que se redujese a escriptura publica y autorizase para que echo lo susodicho se cumpliese con la voluntad del dicho Francisco Perez el viexo y mandadolo assi despues de lo susodicho dicho Juez a pedimiento de la dicha Isabel Alonso avia dado otro auto en que avia rebocado los antecedentes declarando no aver lugar reducir el dicho testamento a escriptura publica y sin aber precedido lo susodicho y sin poderlo hacer avia mandado se yçiesen quantas y particiones entre su parte y las contrarias y avia pasado a hacer ymbentario de los vienes del dicho Francisco Perez el biejo y echo a su parte otros agravios... y pidio dellos revocacion y nuestra carta y provision real de emplazamiento y compulsoria en forma o como la nuestra merced fuese y nos tubimoslo por bien porque os mandamos... que dentro de tres dias primeros siguientes de cómo con esta nuestra carta fueredes requeridos o cualquier de vos por parte del dicho Francisco Perez le deis y entregueis un traslado de el dicho pleito y caussa de que ba fecha mension... dada en la ciudad de Valladolid a trece de fevrero de mill y seiscientos y setenta y un años. Licenciado don Joseph Fernandez de Retes = Lizenziado Joseph de Salamanca y de Forcalla = Licenciado don Luis de Silva y Cañas = En la villa de Alcañizas a veintiun dias del mes de fevrero de mill y seiscientos y setenta y un años, yo Phelipe Arias de Quiroga scrivano del numero y ayuntamiento de esta dicha villa y lugares de su Jurisdicción de pedimiento de Francisco Perez el mozo becino del lugar de Billarino de la Sierra requerí con la Real provision de su Majestad y señores de su Real chancillería de la ciudad de Balladolid escripta en estas dos foxas a Fernan Gonzalez escribano publico y del numero de esta villa... y dijo estava presto de cumplir con su tenor entregandosele por el dicho Francisco Perez el papel sellado y blanco que fuese necesario para efecto de sacar los autos que por dicha real provision se manda».

27 MOLINA, L., S. J., *De iustitia*, Conchae, ex of. Io. Masselini, 1593, cols. 701-702: «*publicatio testamenti quando est necessaria*».

et Antonius Gomezius affirmant. Quare, quia de iure huius regni et regni Castellae, testamentum, in scriptis seu clausum, nunquam est validum, nisi ad illius inscriptionem et confirmationem interveniat tabellio publicus, tunc nunquam necessaria est illius publicatio. In eventibus autem, in quibus de iure huius regni, et Regni Castellae dictum est validum esse testamentum nuncupativum, in quo non intervenit tabellio publicus, necesse est ut post defuncti mortem testamentum illud iudicis autoritate publicetur»²⁸.

La apelación interpuesta por la viuda Isabel Alonso no prosperó, ya que inicialmente se hizo inventario y tuvo lugar la partición de los bienes del difunto, de conformidad por las dos partes interesadas, admitiendo ambas un compromiso, mediando transacción, sobre el alcance de sus respectivas reclamaciones²⁹. Ciertamente, no podía prosperar una impugnación de la validez del testamento nuncupativo, porque a pesar de indicar verbalmente el difunto, que otorgaba el testamento ante el cura del domicilio, su presencia no implicaba que el párroco de El Pedroso actuara con la calidad de fedatario público, puesto que no estaba reconocida normativamente, su presencia como tal, en territorio de Derecho común hispano.

Sin embargo, faltando el notario, era válido el testamento otorgado ante cinco testigos, vecinos de la localidad, como recuerda explícitamente Diego de Covarrubias³⁰, que son los que se enumeran en el acto de última voluntad,

28 Para la publicación, se solicita la intervención del juez a petición de los herederos o de cualquier interesado, y el juez llama a los testigos del testamento, para verificar las firmas, si hubo subscripciones o las manifestaciones del testador según los testigos. Verificado que el testamento es válido, lo declara así el juez «*idque ad perpetuam rei memoriam iubet iudex scriptis mandari, manetque eo ipso testamentum publicatum*».

29 La Real Chancillería emitió dos sentencias, de vista, el 26 de mayo de 1673, y de revista, el 21 de julio de 1673, con las que admitió algunas reclamaciones del heredero, estableciendo compensaciones económicas a favor de este último, para no deshacer la división y adjudicación anteriormente pactadas, al demostrarse que la viuda, Isabel Alonso, había abonado dotes de sus hijas con bienes de su difunto segundo marido y padre del heredero, además de imponer a la misma todas las costas del litigio, desde que se inició.

30 COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *In titulum de testamentis interpretatio. Cap. Cum esses*, en *Opera omnia*, t. I, Lugduni, Ph. Tinghi, 1574, pp. 51-52: «*Testamentum Nuncupativum vero testamentum fieri debet coram septem testibus: dicta lex hac consultissima & per nuncupationem. 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: I. prima titulo 2 lib. 5 Ordin... Sed illud notandum est, condito testamento per nuncupationem, cui praesens fuit tabellio, ut notarius, et publica persona, non oportere fieri testium depositionem iudicalem, sed illam examinationem testium, qui actui interfuerunt/... si quidem absque hoc publico examine fidem adhibere testamento iure necessarium est. Si vero tabellio, uti testis actui intersit, iudicialis haec contestatio et examinatio accedere debet*», según criterio de Baldo de Ubaldis, al que se remite. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ DE FONSECA, B. A., *Digesto teórico-práctico o recopilación de los Derechos comun, real y canonico, por los libros y titulos 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. *Ibid.*, p. 315: En el testamento nuncupativo, según la ley de

asumiendo el clérigo, como cometido especial, la transcripción documental de las cláusulas, expresadas oralmente por el *decius*, como indicó, en la apelación, el hijo del causante³¹.

Este requisito del número de testigos, vigente en España desde la Baja Edad Media, corrigiendo al Derecho justiniano, que prescribía siete³², es recordado por los comentaristas más relevantes, como eran Díaz de Montalvo³³, o

Toro, 3, y de la Recop. 5, 4, 1 y 2, otorgado ante escribano público, deben hallarse presentes a lo menos tres testigos, vecinos del lugar donde se hace el testamento; y si se 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. *Ibid.*, p. 326: D. 28, 20, 6: *Mulier testimonium...* La mujer no puede ser testigo en el testamento; pero puede serlo en otros instrumentos, y concuerda con Part. 6, 1, 9.

31 Cf. MOLINA, L., S. J., *De iustitia, op. cit.*, cols. 700-702 : «*De iure huius Lisitaniae Regni, si testamentum nuncupativum fiat per tabellionem publicum... satis sunt quinque testes masculi, liberi aut liberi existimati, qui decimum quartum annum excedant, ita ut cum tabellione sint sex testes... Debent... illud subscribere, si scribere sciat et possit... Ita habetur 4 lib. Orden. tit. 76 in principio. Potest etiam secundo fieri testamentum nuncupativum validum in hoc regno sine tabellione, scriptum manu testatoris... Tertio fieri etiam potest testamentum nuncupativum in hoc regno... sine ullo tabellione, aut scriptura tam publica quam privata, voce tenuis; dummodo fiat tempore mortis, et adsint sex testes, sive masculi sive foeminae. Privilegium disponendi hoc modo conceditur, eo quod fiat mortis tempore. Quare extra illud tempus irritum est tale testamentum in hoc regno. In hoc etiam testamento requiritur publicatio illius post mortem testatoris. De iure Regni Castellae Ord. 5, 2, 1 quae hodie est Recop. Regis Phillippi 2 5, 4, 1 nonnihil aucta, et l. 3 Tauri confirmata. Si testamentum nuncupativum fiat cum tabellione publico, adesse debent tres alii testes vicini eius loci in quo fit testamentum. Si vero fiat sine tabellione, adesse debent quinque testes vicini similiter loci, in quo fit testamentum; modo oppidum tale sit, ut tot adesse possint. Quod si oppidum sit tale, ut tot adesse non possint, saltem adesse debent tres, qui eius oppidi sint vicini. Quod si fiat coram septem testibus, validum erit, esto neque illi vicini sint oppidi, in quo fit testamentum neque adsit tabellio... testes semper debent esse earum qualitatum, quae de iure communi exiguntur.*

32 Cf. GRATIANO DE GARZATORIBUS, F., *Compendium Iuris civilis enucleati, in quo reiciuntur omnia, quae a iure Canonico, Novellis Iustiniani Constitutionibus Imperio mutatio, contrario usu derogata sunt*, Venetiis, apud F. Valgrisium, 1582, tertia pars, fol. 2v: «*Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare testamentum, septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata sciat, hoc perfectissimum testamentum esse firmumque constitutum. In testamentis sine scriptis, postquam septem testes convenerint satis est voluntatem testatoris omnibus testibus, simul manifestari significantis ad quos substantiam suam, vel legata, vel fideicommissa pervenire velit etiamsi non ante huiusmodi descriptionem praedixerit illa formalia verba. Si autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus adhibendi sunt, minus autem nullo modo conditur. Si vero unus, aut duo, vel plures scierint litteras, ii pro ignorantibus litteras praesentibus subscriptionem suam imponent, sic tamen ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem: maxime quem, vel quos haeredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant.* *Ibid.*, fol. 3r: «*Omnia quaecunque testator disponit, sive vir existat, sive mulier, ea firmitatem habeant: sanciat enim quisque in rebus suis, ut dignum est, et pro lege voluntas eius esto. Testes adhiberi possunt hi, cum quibus testamenti factio est: sed neque mulier, neque impubes, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque hi quos leges iubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.*

33 DÍAZ DE MONTALVO, A., *Solenne repertorio seu secunda compilatio legum Montalvi, sequi glossa super leges ordinationum Regni, in lucem aeditum subtiliterque emendatum et in pluribus copiosae additum*, Salmanticae, P. de Castro, 1549, fol. 121r: «*Testamentum seu ultimam ordinans voluntatem cum publico tabellione debet tres testes ad minus loci vicinos ubi testamentum conficitur presentialiter adhibere. Si vero testamentum sine publico conficiat tabellione quinque adhibeat testes, ut praemittitur*

Antonio Gómez³⁴, pero también los estudiosos de la Recopilación de Felipe II, como el placentino Alfonso de Acevedo³⁵, sin olvidar a otros juristas españoles, como Matienzo³⁶.

vicinos: si in dicto loco haberi possunt. Si autem tot testes reperiri in loco non valent: tres testes ad minus sint praesentes. Testamentum inquit taliter ordinatum perpetuam obtinet firmitatem. Nota Testamentum: Tabellione. Minor ergo numerus tetium requiritur in confectione testamenti cum fit coram tabellione quam sine eo. Tum quia tabellio in numero testium computatur. Item quia fides tabellionis aufert omnem suspicionem falsitatis... ubi certus numerus testium est de substantia actus et de forma obmissio substantialis forme viciat.

34 GOMEZII, A., *Commentarium absolutissimum ad leges Tauri*, ed. nov., op. et st. J. B. Antonii, Venetiis, Balleoniana, 1735, pp. 11-35, especialmente p. 20: «In testamento nuncupativo requiruntur septem testes, masculi, puberes, liberi et rogati, ut in testamento in scriptis... excepto quod debent audire et intelligere voluntatem testatoris, et non debent se subscribere nec signare... Hodie tamen de iure regio aliqua videntur mutata et correcta in forma testamenti nuncupativi: quia si fiat sine tabellione coram testibus, vel scriptura privata, requiruntur quinque testes vicini ejusdem loci, ubi fit testamentum: si tamen locus sit ita desertus, quod in eo non sit copia hominum sufficiunt tres testes, et intelligo, quod sint vicini, sicut in superiori casu. Si vero fiat cum tabellione in scriptura publica indistincte, sufficiunt tres testes vicini etiam illius loci, ubi fit testamentum. Ita disponit lex 1 tit. 2 lib. 5 Ordinamenti... in testamento nuncupativo, sicut illa lex corrigit numerum testium: ita etiam corrigit qualitatem eorum, quia requiruntur, quod sint vicini illius loci, ubi testamentum fit: et illa lex ordinamenti est hodie confirmata per istam nostram legem. Quaero tamen circa praedictam legem, si in illo loco possit haberi tabellio, et in testamento non interveniat, sed tantum testes praedicti, an valeat et teneat? Et videtur, quod non, quia praedicta lex conditionaliter dicit: E si fuere tal el lugar que non se pudiere aver escribano publico etc. Ergo stante ibi tabellione non valet testamentum sine eo: sed teneo contrarium, imo quod valeat coram testibus, quia parem vim obtinent testes, quod instrumenta: quia probationes non sunt restringendae, sed ampliandae: item etiam maxime in testamentis». Cf. GÓMEZ, A., *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gómez, a las ochenta y tres Leyes de Toro, por el Lic. Pedro Nolasco de Llano*, Madrid, imp. De J. Doblado, 1785, p. 24. El testamento nuncupativo debe hacerse ante escribano y tres testigos, o ante cinco que sean vecinos del pueblo, en caso de no intervenir persona público, o extenderse en escritura privada; y aun bastan tres de dicha cualidad si sea parage desierto; siendo tambien suficiente la solemnidad de siete testigos no vecinos, aunque en este caso, y demás, excepto el primero, haya en el pueblo escribano que pudiese autorizar el acto: Recop. 5, 4, 1, numero 47.

35 AZEVEDO, A., *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae regias constitutiones, t. III. Quintum librum Novae Recopilationis complectens*, hac nov. ed., Madrid 1612, pp. 89-91: En el testamento nuncupativo: Es válido el testamento ante notario y tres testigos vecinos del lugar. Igualmente, es válido ante cinco testigos vecinos sin notario, incluso si se pudiera lograr un notario, y es doctrina *verissima et tenenda*. Es válido ante tres testigos vecinos, si no se pudieren encontrar los cinco testigos vecinos ni el notario «et hic est literalis intellectus et verissimus nostri textus et in practica receptus et communis». Es válido, también, ante siete testigos no vecinos, ni notario, aunque pueda encontrarse.

36 MATIENZO, J., *Commentaria regii Senatoris... in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*, Mantuve Carpentanae, exc. F. Sanctius, 1580, fol. 65v: «Quaestionis esse solet, quid si in loco ubi testamentum fit, haberi possit tabellio, testamentum autem non fuerit coram eo confectum, an sit satis, si quinque testes vicini, vel tres etiam vicini interventiant, si plures inveniri non possint? Et videtur non sufficere propter verba huius legis, quae expressa videntur ibi, ni escribano. Ergo a contrario sensu, si copia tabellionis haberi potuit, non valebit testamentum absque eo factum. Contrarium tamen voluit Antonius Gomez... cui sententiae adhaeret Covarrubias, in capite cum esses num. 2 de testamentis versi. Admonitus... Sed Ferdinandus Vazquez Menchaca libro 3 de successionum creatione §21 num. 20 et Marcus Solon de Paz Burgensis in lege 3 Tauri num. 826 contrarium voluerunt, imo quod quinque testes sufficiant sine tabellione, liceo copia tabellionis haberi possit contra Michaellem Cifontanum in dicta lege 3 Tauri et Tellium Fernandez ibi in 2 part. Num.14, tres tamen asserit non sufficere licet alii haberi non possint, si adsit tabellio in loco ubi testamentum fit, quia tunc coram eo fieri debet testamentum, cum ipse iuxta ius nostrum vicem duorum testium obtineat et haec sententia verior est iuxta literam legis nostae

Una exposición sucinta, del régimen legal aplicado en esta materia, viene redactada por Tomás Sánchez³⁷, quien, al tratar sobre la solemnidad prescrita para el testamento abierto o nuncupativo, señala: «*hodie iure Regio, si fiat absque tabellione, vel in scriptura privata, sint necessarii quinque testes vicini eius loci, ubi fit testamentum, si tamen locus sit adeo desertus, quod in eo non adsit copia testium, sufficet, si tres adhibeantur vicini eius loci. Si vero coram tabellione fiat testamentum nuncupativum in publicam formam redactum, tres sufficiunt testes vicini eius loci, ubi fit testamentum, si vero adhibeantur septem testes, sufficient sine tabellione, licet non sint vicini eius loci, ubi fit testamentum. Sic habetur Recop. 5, 4, 2 y la ley 3 Tauri*»³⁸.

Para la ejecución de sus cláusulas testamentarias era preciso el respaldo judicial, por parte del órgano jurisdiccional competente en el territorio de Alcañices, el cual autorizó la elevación de la escritura privada a documento público³⁹, en analogía con la adveración y el abonamiento del territorio foral:

cum sic ait, Y si no pudieren ser avidos cinco testigos, ni escribano en el dicho lugar... Ergo a contrario sensu, si tabellio adsit in loco, non sufficient tres testes, etiam si plures reperiri non possint.

37 SÁNCHEZ, Th., S. J., *Consilia seu opuscula moralia*, duobus tomis contenta, t. II, Lugduni, sump. P. Prosa, 1643, pp. 2-4: «*Quam solemnitatem requirat testamentum nuncupativum id est, testamento abierto*».

38 «*Sed dubium est circa hoc, an si in loco, ubi testamentum fit, haberi possit copia tabellionis, valeat testamentum nuncupativum factum coram paucioribus, quam septem testibus. Quidam dicunt non valere, sic Tello l. 3 Tauri... Cifuentes... Alii vero dicunt valere etiam coram tribus testibus tantum, quando locus est tam desertus, ut in eo non adstit copia testium, licet fiat absque tabellione, licet in eo loco sit tabellio. Sic Antonius Gomez l. 3 Tauri. Covarrubia... Sed verius est sufficere quinque testes sine tabellione, licet sit copia tabellionis: tres tamen non sufficere, licet alii haberi non possint, si adsit tabellio in loco, ubi testamentum fit, et absque tabellione fiat... Recop. 5, 4, 1: y si no pudieren ser avidos cinco testigos... Ergo a contrario sensu, si adsit in loco tabellio, non sufficient tres testes. Sic tenent Matienzo, Menchaca..., Burgos de Paz... Quarto dico requiri, ut testes, quando sunt pauciores quam septem, sint vicini eius oppidi, in quo fit testamentum. Quis vero dicatur vicinus ad hunc effectum, latissime Burgos de Paz lege 3 Tauri et Matienzo... requiri ut civis sit, seu incola loci, in quo fit testamentum, nec sat esse, quod sit originarius, nisi ibi cum aliis vicinis, seu civibus commoratus fuerit, vel pro vicino receptus fuerit, vel vulgus pro tali habeat, licet maiori anni parte ibi non habitet. Quinto dico non oportere, ut testes sint omni exceptione maiores, etiam in casu, quo valet testamentum nuncupativum coram tribus testibus absque tabellione, sed sat est, ut non sint testes ex iis, qui prohibentur esse testes in testamento... Sexto dico, quod hi testes testamenti nuncupativi debent habere omnes qualitates iure communi, et Partitarum requisitas: unde debent esse masculi et non foeminae... et debent etiam testes esse puberes... item debent esse liberi et non servi... infames etiam et omnes alii prohibiti per leges antiquas non possunt esse testes in testamento... Septimo dico, quod oportet testes esse rogatos, vel a testatore, vel a tabellione eius nomine... iure regio sat est testes esse praesentes, licet rogati non sint, quia eo ipso intelliguntur rogati... Octavo dico, quod licet iure communi et Partitarum institutio haereditis erat de substantia testamenti, eiusque caput, hodie iure Regio noviori valet testamentum, licet non sit in eo haereditis institutio, et omnia in eo confecta sunt adimplenda, succeditque in haereditate haeres ab intestato. Ultimo dico, quod licet iure communi, et Partitarum requireretur aditio haereditatis, alias testamentum erat omnino nullum; at hodie iure Regio, Recop. 5, 4, 1, validum est, et omnia in eo contenta sunt implenda, licet haereditas non acceptetur ab haerede instituto in testamento». SÁNCHEZ, Th., S. J., *Consilia...*, op. cit., pp. 3-4.*

39 Sirva de referencia la opinión de LUPI DE PALACIOS RUVIOS, Io., *Glossmata Legum Tauri, quas vulgus de Toro appellat*, en *Opera varia*, Antuerpiae, apud haer. M Nutij et Io. Meursium, 1615, pp. 517-518: «*Testamentum factum sine tabellione est publicandum, alioquin nihil valet decedente uno ex testibus necessariis adhibito... nisi vivo testatore huiusmodi publicatio vel recognitio facta fuisset. Tale*

Abiendo muerto Francisco Perez padre de mi parte y otorgado cierta escriptura de testamento *ante el cura de dicho lugar y cinco testigos y respecto de no ser testamento lexítimo conforme a derecho (sic)* y por mi parte *pedido a dicho juez de Alcañices el que se redujese a escriptura publica y autorizase para que hecho lo susodicho se cumpliese con la voluntad del dicho Francisco Perez el Biejo y mandadolo asi dicha Justicia*, sin embargo de lo susodicho, reboco los autos en que abia mandado se redujese a escriptura publica dicho testamento, solo a persuasión de la dicha Ysabel Alonso y sus hijos (de un matrimonio precedente) y sin aber precedido lo susodicho mando el que se hiçiesen quantas y partijas entre mi parte y la contraria y passo a hacer ynventario de los vienes... *no lo pudiendo hacer hasta tanto que dicho testamento estubiese rreducido a escriptura publica...*

Esta participación de los párrocos, como testigos, en los que depositan su confianza los feligreses seculares⁴⁰, es fácilmente verificable en los testamentos otorgados en aldeas, desprovistas de fedatario público⁴¹, a través de los archivos diocesanos, de lo que es buena muestra el Ovetense, lo que tiene

enim testamentum sine tabellione factum est privata scriptura, quae per se non subsistit. Dicitur testamentum publicatum, quando apud iudicem et notarium publicatur. Quis autem sit iudex competens ad faciendum huiusmodi publicationem testamenti, is apud quem veniret ventilanda quaestio testamenti... Ibid., p. 520: *-de presbytero parochiali, quando testamentum fit in terris ecclesiae, caput Cum esses. In terris vero imperii vel aliorum regum quid sit, vide Ioannem Andream et Abbatem. De consuetudine regni tam laici quam clerici qui non sunt notarij, rogantur de testamentis laicorum, non ut publicae personae, sed ut privatae, itaque illa scriptura est privata, et debet publicari, et si negetur, plene probari. Solus princeps coram quo fit testamentum probat integre... idem dicimus de clerico parochiali. Sed quamvis ista non habeant vicem duorum testium: magis tamen creditur eis quam aliis et sic quodammodo supplent aliorum defectum.* Ibid., p. 523: *Testamentum in quo non intervenit numerus testium hic requisitus, est nullum ipso iure, unde non creditur tabellioni sine testibus, quamvis alias in iudicijs sibi credatur. An huic testium numero derogetur per caput Cum esses de testamentis, vide plenissime per doctores, signanter per Abbatem, tam in lectura, quam in repetitione. Si de testamento nuncupativo facta est scriptura solemnns manu notarij coram testibus rogatis, talis scriptura plene probat, quamvis testes sint mortui. Si autem in testamento nuncupativo nulla intervenit scriptura publica, sed sola nuncupatio in praesentia testium cum scriptura privata testatoris vel alterius qui non erat notarius: tunc si iudex authenticavit talem scripturam, vel eam fecit publicari citatis citandis, facit fidem absque eo quod alij testes examinentur. Si autem nulla intervenit scriptura publica, nec secuta fuit publicatio iudicis, et agitur de probatione, quod testator fecit tale testamentum in quo talem instituit haeredem, et tunc examinandi sunt testes.*

⁴⁰ No podemos olvidar que el concilio compostelano de 1210, a propósito de los testamentos, decreta paladinamente: *«Prohibetur sacerdotibus ne testamenta sua ordinent per manum laicalem et ipsi frequenter prohibeant laicis ne sua testamenta faciant sine praesentia proprii sacerdotis»*, que luego vemos recogido en los sínodos lisboetas de 1240 y 1264. *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. II. Portugal*, Madrid, BAC, 1982, pp. 291 y 301.

⁴¹ Cf. FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, juridica, moralis, theologica nec non ascetica, polemica, rubricistica, historica...*, 4ª ed., t. VII, S-Z, Bononiae, apud G. Storti, 1763, p. 216: *«De rigore Juris canonici non possunt saltem licite extra casum necessitatis Clerici sine licentia episcopi, et religiosi seu monachi sine praelati sui facultate, et consensu testes esse, seu testimonium ferre in testamentis, seu instrumentis saecularium conficiendis, aliisque causis sive contractibus civilibus locorum.* El papa Eugenio II, dispuso *-expresse: In conficiendis instrumentis sacerdotes ad testimonium non vocentur... quia clericis vel monachis seu religiosis illicitum est negotiis saecularibus se immiscere... Quamvis tamen de rigore Iuris Canonici id sit illicitum clericis et religiosis, nihilominus validum est eorum testimonium, etiamsi sine licentia et praescripto Superiorum testes in supradictis agant»*.

lugar en ocasiones *in articulo mortis*, pero en otras, sin que exista ese riesgo inminente para la vida⁴². En los mismos, podrá comprobarse, en la carencia de formación por parte de los ciudadanos, que no saben firmar, de modo que ni tan siquiera suscriben sus declaraciones de última voluntad, lo cual permite entender, en cierta medida, la falta, casi absoluta, de testamentos ológrafos, ni los testigos pueden llevarlo a cabo, para ratificar su presencia y escucha, durante el acto. Ello explicaría la casi insustituible colaboración del párroco, en el testamento nuncupativo ante cinco testigos, conforme al Derecho patrio, y al testamento *ruri conditum* del Derecho romano⁴³, aunque el cura no asume protagonismo, más que en casos singulares, bien como testigo, llegando a redactar materialmente el documento, que recoge por escrito la manifestación del *decius*, o como albacea, o simplemente como ejecutor testamentario⁴⁴.

En el arciprestazgo de Pajares, existen varios testamentos manuscritos, otorgados por los causantes en sus respectivas parroquias, normalmente en presencia del párroco, a veces en la casa rectoral. Así lo vemos en San Pedro de Jomezana⁴⁵, dentro del concejo de Lena, donde Valentín Álvarez Fidalgo otorgó su última voluntad, sin la presencia del notario, pero con cinco testigos, vecinos del lugar, el 21 de octubre de 1892, incluyendo la institución de heredero⁴⁶. También localizamos el testamento de Manuela Rodríguez, de 9

42 Dada la abundancia de testimonios documentales, nos limitaremos a seleccionar algunos de los supuestos que hoy se conservan en algunos archivos diocesanos.

43 Esta forma extraordinaria o especial del testamento, atendiendo a las circunstancias particulares de sus habitantes, los *rustici*, porque «*non litterarum periti*», y de dichas circunscripciones territoriales, en las que no es fácil encontrar el número de testigos previstos en el testamento ordinario, que alcanzaba el número siete, se introdujo en época posclásica como dispensa en la estricta observancia de muchas sutilezas impuestas por las leyes, por la que se reduce la exigencia de los testigos hasta cinco, con la obligación de asistir y enterarse todos ellos de la declaración de voluntad del causante que integra el testamento, especialmente del nombramiento del heredero o herederos, y pudiendo firmar, los que supieran, por los que no sabían: C. I. 6, 23, 31.

44 Entiende CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *La compilación del Derecho civil asturiano. (Conceptos, estudios doctrinales, soluciones notariales, jurisprudencia regional)*, Madrid 2001, p. 95: «En las zonas de montaña era frecuente que el testamento se otorgara ante el cura del pueblo y testigos, siendo redactado por el párroco en un documento privado, que luego se protocolizaba. También se admitía el testamento simplemente con que fuera otorgado ante cinco testigos. Se intentaba que no valieran las disposiciones testamentarias en las que pudiera haber habido captación de la voluntad del causante, en los casos de enfermedad respecto a sus cuidadores, aunque parecía fomentarse esa captación, cuando el beneficiario lo iban a ser los pobres».

45 AHDO. Parroquia de San Pedro de Jomezana. Arciprestazgo de Pajares. Sign. 40. 6. 34, fol. s. n. rv: Testamento otorgado por Valentín Álvarez Hidalgo, una hoja, fecha 1892, en papel sellado de 12ª clase, 75 céntimos. N. 3.631.136.

46 «En el nombre de Dios Amen. En la parroquia de San Pedro de Jomezana, concejo de Lena, en la provincia de Oviedo, a veintinueve días del mes de octubre del año mil ochocientos noventa y dos, digo yo Valiente Álvarez Hidalgo, vecino de esta parroquia, de cuarenta y siete años de edad y casado que hallandome postrado en cama por grave enfermedad, aunque en completo uso de potencias y sentidos, quiero hacer testamento y lo otorgo en la forma siguiente: Primeramente, nombro tutora y curadora de mis hijos a mi esposa Belarmina Medina. Segundo: Quiero que mi cadáver sea sepultado en el cemente-

de noviembre de 1901⁴⁷; el de Mercedes Álvarez Barbado, de 3 de agosto de 1933⁴⁸, y el de María González, a 23 de mayo de 1949⁴⁹, todos los cuales se otorgan ante cinco testigos, y con respaldo del clérigo parroquial.

En el testamento de Manuel Requejo Uría, fechado en Parana, el 26 de abril de 1932, puesto que sabía escribir, se recoge en el archivo parroquial un testamento ológrafo, dejando un espacio en blanco, reservado para

rio de esta parroquia, haciendose por el eterno descanso de mi alma los funerales, que mi esposa tenga a bien disponer. Tercero: Ynstituyo herederos de mis bienes y haciendas a mis hijos Agustín, María, Antonio, Manuela, Salomé y José. Este es mi testamento, que quiero valga por tal, o por codicilo o por la especie de última voluntad, que mejor proceda en derecho. Y leído ante mi el otorgante y los testigos, José Gonzalez y Fernandez, Antonio Iglesias, José Barbado y Velasco, Silvestre Hevia y Francisco Pulgar, todos vecinos de esta parroquia, en él me ratifico y por no saber firmar lo hace por mi uno de los testigos en el día, mes y año arriba citados. Por el otorgante, Silvestre Hevia. Jose Barvado. José Gonzalez Fernandez. Silvestre Hevia. Antonio Iglesia». Rubricados.

47 AHDO. Sign. 40. 6. 35, fol. s. n.rv. No es papel de Estado, sino folio normal: «En el nombre de Dios. Amen. En la parroquia de Jomezana concejo de Lena, a nueve dias de Noviembre de mil novecientos uno, declaro yo Manuela Rodríguez, casada y vecina de esta, que encontrandome gravemente enferma, aunque en el uso de mis facultades y sentidos, deseo manifestar mi ultima voluntad que es la siguiente: Primero: Como fiel y católica cristiana quiero morir en el seno de nuestra santa Religión. Segundo: Quiero que por mi alma se hagan sufragios los que quedan a cargo y voluntad de mi marido Francisco Fernandez. Tercero: Reconozco como hijos legitimos habidos en mi matrimonio con el citado Francisco a Jesusa, Matilde, José, Pedro, Liduvina, María y Delfina a los que declaro como herederos por iguales partes de mis bienes y sucesores en todos mis derechos. Esta es mi voluntad en la que me ratifico ante los testigos José Barbado, José Gonzalez, Juan Fernandez, Pedro Fernandez y Aureliano Alvarez y no firmo por no saber, advirtiendome, finalmente, que dejo como testamentario a mi esposo arriba citado. Pedro Fernandez Alonso. Jose Barvado. Jose Gonzalez Palacios, Aureliano Alvarez. Juan Fernandez». Rubricados.

48 AHDO. Sign. 40.6. 37, fol. s. n. vr, en folio sin sello: «En Jomezana Alta, concejo de Lena a los tres dias del mes de agosto del año de mil novecientos treinta y tres. Yo Mercedes Alvarez Barbado natural y vecina de esta parroquia, hija legitima de Juan y de Maria, mayor de edad, soltera, hallandome en pleno uso de mis facultades mentales, y queriendo por esta declaración de mi última voluntad anular toda otra disposición que ubiere hecho anteriormente ya sea por escrito o verdad, declaro lo siguiente: Que instituyo por única heredera de todos mis vienes, derechos, acciones u obligaciones que me pertenezcan o me puedan pertenecer, a mi hermana Matilde Alvarez Barbado, con la condición de asistirme mientras viva y darme sepultura y demas ceremonias que requieran las circunstancias y le dicte su conciencia. Despues de leído ante los testigos presenciales que son Angel Concepción, Francisco Fernandez, José Barbado, Joaquin Alonso y Alfredo Alonso, lo firmamos todos en el día de la fecha que encabeza, haciendolo a mi ruego por no poder firmar el testigo. Angel Concepción. Joaquin Alonso. Alfredo Alonso. Francisco Fernandez. José Barbado». Rubricados.

49 AHDO. Sign. 40.6.38, fol. s. n. rv, y sin ser papel de Estado: «En la rectoral de Jomezana, a ventitrés de Mayo de mil novecientos cuarenta y nueve. Ante mi, el primero de la misma que suscribe, comparece Maria Gonzalez, hija natural de la expresada, de ochenta y cuatro años de edad, de estado soltera, hija natural de María Gonzalez, difunta y manifiesta: Que es dueña de una casa sita en Jomezana, de donde es natural y vecina, y cuya casa lega a D. Antonio Rodríguez Fernández, vecino de la repetida de Jomezana bajo las siguientes condiciones: Primera. La Maria Gonzalez se reserva el derecho de usarla o venderla si lo necesitara para su sostenimiento. Segunda. Si no necesitara enajenarla queda obligado el referido Antonio a mandar celebrar por el ánima de la citada Maria Gonzalez unos funerales de tercera clase y tres misas en sufragio de su anima. Y para que conste lo firmo en Jomezana dia mes y año citados. Rufino Suen». Lleva un sello impreso de tampón de la parroquia de San Pedro de Jomezana. «No quiere que le queden mas de 1000 pts. a favor».

«testigos»⁵⁰. Este documento *mortis causa* resulta sumamente sencillo en sus cláusulas, sin institución de heredero, mientras en la parroquia de Piñera, del mismo arciprestazgo, Antonio González, vecino de Carraluz, expresa en su acto de última voluntad⁵¹, fechado el 20 de septiembre de 1828, su profunda fe religiosa católica, e instituye heredero, además de disponer abundantes mandas pías⁵².

A 20 de junio de 1833, Clara Fernández otorgó testamento abierto, en presencia de los citados cinco testigos, vecinos del lugar, en la parroquia de Piñera, arciprestazgo de Pajares, reproduciendo las cláusulas habituales, pero sin asistencia de notario, y con multitud de cláusulas relativas a las obras pías⁵³. Las fórmulas utilizadas en estos actos *mortis causa*, cuando la pobla-

50 AHDO. Parroquia de Santa María de Parana. Arciprestazgo de Pajares. Sign. 40.9.26, fol. s. n.r: en una media cuartilla, sin sello alguno: «El que suscribe Manuel Requejo Uria manifiesta de un modo manifiesto y expreso que quiero morir según he vivido como hijo de la Santa Madre Iglesia Católica Apostólica Romana; que a mi cadáver se le de sepultura eclesiástica en tierra sagrada con todas las ceremonias ritos y bendiciones de la Iglesia Católica; que a mi entierro asista el clero con cruz alzada y que sobre mi sepultura vendecida por sacerdote católico se ponga la Santa Cruz. Parana 26 de Abril de 1932. Ynteresado: Manuel Requejo Uria. Rubricado. Testigos: en blanco».

51 AHDO. Parroquia de Piñera. Arciprestazgo de Pajares. Sign. 40.10.20, fol. s. n. rv. Año 1828: en papel ordinario: «Yn Dey Domine amen. Sepan los que la presente carta de testamento bieren como yo Antonio Gonzalez soltero vezino de Carraluz parroquia de Piñera en Lena, hallandome enfermo en cama de enfermedad natural que Dios se a serbido darme y temiendome de la muerte por ser cosa natural a toda criatura, hago y hordeno esta memoria de testamento y para mejor acertarlo llamo por mis yntercesores y abogados a los Santos Angel de mi Guarda santos de mi nombre y de mi devocion y a la Santísima Virgen, digo que soy christiano Catolico y como tal quiero vivir y morir en aquella catolica fe que cree y confiesa nuestra Santa Madre Iglesia Católica apostolica Romana bajo la dirección del Sumo Pontifice: Digo que creo los Santos Misterios de la Trinidad, Encarnación, Natividad, Vida, Pasión, Muerte, Resurrección y Ascensión de nuestro Redentor Jesucristo = Digo que quando Dios nuestro Señor fuese serbido de me llebar de esta presente vida a eterna mi alma la encomiendo a Jesucristo que la crio y redimio con su preciosa sangre, y el cuerpo dejo a la tierra de que fue formado... yten nombro por mis testamentarios para que hagan que se cumpla todo lo aquí insinuado al señor Cura de mi parroquia, y a Jose y Francisco Gonzalez vezinos de Carraluz; y con este que otorgo a la presencia de los testigos presenciales que lo son Silvestre Suarez, Salustiano Suarez, Melchor Rodríguez, Enrique Fernandez y Francisco Gonzalez Cienfuegos mis vezinos anulo y reboco cualesquiera otro testamento o cudicilio que aparezca por mi antes de ahora y solo quiero que este valga, no firmo por no poder y rogue a un testigo que lo hiciese por mi fecha en Carraluz y septiembre veinte y cinco de mil ochocientos veinte y ocho = yten mando se me diga otra misa a Nuestra Señora del Rosario. Testigo y a ruego del otorgante Francisco Gonzalez Cienfuegos. Enrique Fernandez. Silvestre Suarez. Salustiano Suarez». Rubricados.

52 Uno de los albaceas o executor testamentario nombrado fue el párroco, quien asienta, unos años más tarde: «Esta cumplida la última voluntad de Antonio Gonzalez vecino que fue de Carraluz, y lo firmo en Piñera y Junio quince de mil ochocientos treinta y tres. Jose Martinez de Vega». Rubricado.

53 AHDO. Sign. 40.10.21, fol. s. n.rv: Testamento de Clara Fernández. Año 1833. «En el lugar de Piñera la Cimera parroquia del mismo nombre a veinte dias del mes de junio año de mil ochocientos treinta y tres, digo yo Clara Fernandez viuda que quede de Jose Gonzalez y vecina de la citada Parroquia y lugar, que estando enferma de enfermedad grave que Dios nuestro Señor tubo a vien darme, mas sana en mi entendimiento y potencias, temiendo la muerte, cosa natural a toda criatura viviente, aunque dudosa su hora, tomo por mi intercesora y abogada a María Santísima Madre de Dios y Señora nuestra, y a todos los Santos y Santas de la corte celestial, y creiendo como firmemente creo en el altísimo misterio de la Santísima Trinidad Padre, Hijo y Espiritu Santo, tres personas distintas, un solo Dios verdadero, bajo cuya creencia y fe espero vivir y protesto morir, y en la forma siguiente dispongo este mi testamento.

ción estaba sin notario, y claramente aislada de otros núcleos urbanos, se reiteran a lo largo del tiempo, como comprobamos en el testamento de María Álvarez, a 24 de octubre de 1839⁵⁴, o en el de Josefa Abella, con data del 22 de diciembre de 1842⁵⁵, o el de Alonso Díaz⁵⁶, o el de María Gafo, casada, que con fecha de 27 de enero de 1845, deja como usufructuario de los bienes a su marido, pero con la institución, una vez fallecido el esposo, a favor de las almas de sus cognados y benditas almas del purgatorio⁵⁷, o el de Rita Pulgar, fechado el 18 de marzo de 1849⁵⁸, o el de María Fernández Quirós, a 12 de

Primeramente encomiendo mi alma a Dios nuestro Señor y el cuerpo a la tierra de que fue formado. Y es mi voluntad que cuando su Divina Majestad fuese servido llevarme de esta presen te vida a la eterna... Y para cumplir con todo lo dicho nombro por mis testamentarios al señor Cura de esta Parroquia a Rodrigo Alvarez tambien vecino de la citada parroquia a quienes suplico azeten este encargo. Por esta mi ultima voluntad anulo y revoco cualesquiera testamento o codicilo que parezca echo por mi antes de este, el que quiero que valga y otorgo dicho dia a la presencia de los testigos que fueron Rodrigo alvarez Cienfuegos, Norberto Fernandez barbado, Ramon Fernandez, Manuel Gutierrez Pedro Fernandez y Jose Gutierrez vecinos del citado lugar, firmaron los que supieron, y no firmo la testadora y rogo a uno de los testigos que por ella lo hiciese y lo fue Rodrigo Alvarez Cienfuegos. Testigo y a ruego. Rodrigo Alvarez Cienfuegos. Pedro Fernandez. Jose Gutierrez. Manuel Gutierrez. Ramon Fernández, Norberto Fernandez Barbado. In marg. Testamento de Clara Fernandez. Año de 1833.

54 AHDO. Sign. 40.10.22, fol. s. n. rv, y en papel ordinario. Testamento de María Álvarez, viuda, vecina del lugar y parroquia de Piñera la Cimera, a 24 de octubre de 1839; nombra por heredero a su hijo, y entre los testamentarios y albaceas al cura de la parroquia; suscriben cinco testigos, pero no la testadora, por no saber firmar, y lo hizo a su ruego un testigo. Se entierra en la iglesia parroquial, con funeral de clase mediano, pero asisten ocho sacerdotes que digan misa por su alma, además de los oficios y cabo de año; encarga las misas gregorianas, y hace algunas otras mandas pías. Hay cinco testigos.

55 AHDO. Sign. 40.10.23, fol. s. n. rv: en papel ordinario. Testamento de Josefa Abella, viuda, a 22 de diciembre de 1842, de Piñera la Cimera, con el mismo formulario, pero instituye por herederos a sus cuatro hijos; nombra curador de uno, así como tasadores y para hacer el inventario de bienes. Tiene algunas mandas pías, y hace algunas adjudicaciones de bienes entre sus hijos. Hay cinco testigos.

56 AHDO. Sign. 40.10.24, fol. s. n. rv, en papel ordinario: Testamento de Alonso Diaz, viudo, «de edad avanzada y achacoso aunque sano de todas mis potencias y entendimiento natural», ordena un testamento muy religioso, con diversas mandas de misas, además del entierro; por ejemplo, las gregorianas, o diez reales anuales a la escuela pública de enseñanza de niños de vecinos de la parroquia, y dona al que lo entierre una manta; por heredero, en el remanente de sus bienes instituye a un sobrino, pero entre los testamentarios o albaceas nombra al cura de la parroquia. Hay cinco testigos.

57 AHDO. Sign. 40.10.25, fol. s. n. rv, en papel ordinario. Testamento otorgado por María Gafo, a 27 de enero de 1845, vecina de la parroquia de Piñera, «hallándome gravemente enferma ya ace tiempo pero sana de mi juicio y entendimiento natural». Confiesa la fe ortodoxa, pide entierro de clase de menores, con asistencia de cuatro sacerdotes, y los mismos a los oficios y cabo de año; sobre su sepultura se alumbre y ofrezca cuatro años, y se digan un grupo de misas votivas. Deja a las obras pías y mandas forzosas lo acostumbrado. «Yten es mi voluntad dejar a mi marido Lorenzo Fernandez Miranda, por sus dias y vida, el remanente de mi herencia satisfechos como llevo dicho todos los gastos y costos que arriva ban expresados; y depues de su fallecimiento quiero que dicho remanente de herencia se invierta en Misas y oficios por la Animas mia de mi marido nuestros padres hermanos y mas del Purgatorio, a quienes con esta condicion instituyo por mis herederos». Entre los albaceas figura el cura «que es o fuere» de la parroquia. Hay cinco testigos «que fueron presenciales», como los anteriores.

58 AHDO. Sign. 40.10.26, 2 fols. s. n rv y el tercero recto, con las firmas de los testigos, menos la testadora que no supo: Testamento de Rita Pulgar, viuda de Manuel Gutiérrez, vecina del lugar y parroquia de Piñera «hallándome gravemente enferma pero sana de mi juicio cabal memoria y entendimiento natural», a 18 de marzo de 1849, dispone su testamento, en el que nombra por herederos a sus

enero de 1860⁵⁹, o el de María Menéndez, viuda, del 20 de marzo de 1860, en el que Victoriano García, párroco de Piñera, suscribe como uno de los cinco testigos presenciales⁶⁰, lo que reitera en el testamento de María Cortina, vecina de Carraluz, lugar de la misma parroquia de Piñera, a 8 de octubre de dicho año⁶¹, o en el de Francisco Barbado, de 17 de febrero de 1861⁶², aunque en el otorgado por María Cienfuegos, el año 1868⁶³, solamente se le nombra como albacea, sin que falten testamentos, en dicha parroquia, en los cuales se instituye directamente, como heredera, a las almas del purgatorio⁶⁴.

Un aspecto relevante de esta materia, es la referencia a los cánones aprobados en los sínodos diocesanos hispanos hasta el siglo XVI, porque en los mismos podemos observar el diferente alcance de los preceptos que se aprueban, en las respectivas asambleas sinodales, acerca de la participación de los

sobrinos; deja muchas mandas pías, especialmente de misas, nombrando como testamentario al cura de la parroquia, junto a un hermano suyo.

59 AHDO. Sign. 40.10.27, fol. s. n. rv. Testamento, en papel ordinario, de 12 de enero de 1860, que otorga ante cinco testigos, María Fernández Quirós, vecina de Carraluz, parroquia de San Juan de Piñera, partido de Lena, «hallándome enferma en cama ya tiempo padeciendo de enfermedad recelosa de la muerte temida a toda criatura pero sana de mi juicio y cabal memoria y entendimiento natural», dispone el testamento con muchas mandas pías, después de confesar el credo ortodoxo de la Iglesia Católica apostólica romana, y disponer que su entierro fuese mediano con seis sacerdotes, oficios y cabo de año, junto con otras mandas pías. Instituye herederos a sus cinco hijos, y entre los testamentarios al cura de la parroquia. No firmó, por no saber, y lo hizo un testigo a su ruego. Eran cinco los testigos presenciales.

60 AHDO. Sign. 40.10.28, fol. s. n. rv: en papel común. Testamento de María Menéndez, viuda, vecina de Piñera la Fondera, a 20 de marzo de 1860, «que hallandome achacosa ya haze barios años y en abanzada edad de mas de setenta años recelosa de la muerte», ordena el testamento, donde instituye por herederos a sus cuatro hijos. Nombra como testamentarios a dos vecinos, y entre los cinco testigos presenciales figura «el actual señor cura», que firma y rubrica Victoriano García, junto al resto, pero no la testadora, que no sabía, y lo hizo un testigo a su ruego, aunque no se identifica en la subscripción.

61 AHDO. Sign. 40.10.29, fol. s. n. rv, en papel común. Testamento de María Cortina, viuda, vecina de Carraluz, parroquia de san Juan de Piñera, concejo de Lena, a 8 de octubre de 1860, estando enferma en cama, de enfermedad natural; instituye en el testamento por herederos a sus cuatro hijos, disponiendo varias mandas pías, especialmente de misas, pero también nombra curador de uno de sus hijos, y al cura de la parroquia como uno de los testamentarios, que en este caso firma como testigo: «el señor cura parroco... el Parroco = Victoriano García», rubricado, junto a los otros cuatro, y no lo hizo la testadora, porque no sabía firmar, y son cinco testigos.

62 AHDO. Sign. 40.10.30, fol. s. n. rv. Papel común. Testamento, a 17 de febrero de 1861, de Francisco Fernández Barbado, vecino de Carraluz, parroquia de San Juan de Piñera, partido de Lena, instituye por herederos a sus dos hijos; dispone varias mandas pías, comenzando por las misas y entierro, que es de clase mediano con seis sacerdotes, pero no firma el testador por no poder, aunque figura como testigo «El parroco, Victoriano Garcia», con su rúbrica.

63 AHDO. Sign. 40.10.31, fol. s. n. rv, papel común: Testamento a 30 de diciembre de 1868, de María Gonzalez Cienfuegos, viuda, vecina del lugar de Piñera, que nombra al cura entre los testamentarios, y por herederos a sus sobrinos; hace varias mandas pías, comenzando por el entierro, con diez sacerdotes, las misas gregorianas y otras. No firmó, por no saber.

64 AHDO. Sign. 40.10.32, fols. s. n. rvr: Testamento de Pedro Fernández, célibe y vecino de Carraluz, parroquia de Piñera, que dispone varias obras pías, especialmente misas, y en el remanente deja como heredera a las benditas ánimas. Lo mismo vemos en la parroquia de Murias, concejo de Aller: AHDO. Sign. 2. 9. 24. Parroquia de Santa María. Año 1778, 4 hojas.

curas, encargados de una parroquia, respecto de los principales cometidos que le venían asignados a favor de sus feligreses, en caso de grave enfermedad.

Navarra fue uno de los territorios españoles que, por disfrutar de un régimen foral propio, reconocía legalmente, en el ámbito secular, la capacidad del párroco, como fedatario público, para recibir los testamentos nuncupativos, lo cual explica que el sínodo diocesano de 1531, en su cn. 46⁶⁵, se obligue al cura a la presentación casi inmediata del testamento, objeto de reclamación ante el juez, obligándosele a «*exhibere in iudicio testamentum testatoris defuncti pro interesse citantis*», para que la autoridad judicial pudiera autorizar la expedición de copias, referentes a su contenido.

Conforme al Derecho de las decretales, el sínodo compostelano del dominico González de León, el año 1289⁶⁶, dispuso que al enfermar un parroquiano, debía visitarle su párroco o rector, invitándolo a la confesión y penitencia, así como a la Eucaristía «*et confectionem testamenti conficiendi coram ipso rectore et testibus*», dado que normalmente incorporaba cláusulas para obras pías, como eran los sufragios a favor de su alma, cuyo precepto es reiterado en 1309 por Rodrigo de Padrón⁶⁷.

En el sínodo placentino de 1499, Gutierre Álvarez de Toledo ordena al médico que, al visitar al enfermo, le diga en su primera visita que «se confiese e resciba el santo Sacramento e ordene su testamento e hacienda»⁶⁸, que es el mandato reproducido por su sucesor Gutierre Vargas de Carvajal, en 1534⁶⁹. El obispo de Coria, Francisco de Mendoza y Bovadilla, posteriormente cardenal y obispo de Burgos, en el sínodo de 1537, denuncia una de las prácticas corruptas, que solían ponerse en ejecución dentro de su diócesis, declarando la nulidad de los *testamentos otorgados por el cura en nombre de los difuntos que murieron ab intestato*, si no estuvieran legalmente habilitados para ello, merced a un poder notarial previo⁷⁰.

65 *Synodicon Hispanum, dir. por A. García y García. VIII. Calaborra-La Calzada y Pamplona*, Madrid, BAC, 2007, pp. 767-768.

66 *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. I. Galicia*, Madrid, BAC, 1981, p. 276.

67 *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. I. Galicia*, Madrid, BAC, 1981, p. 285, cn. 27: «*invitetur... confectionem testamenti coram ipso rectore et testibus*».

68 *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. V. Extremadura: Badajoz, Coria-Cáceres y Plasencia*, Madrid, BAC, 1995, p. 347.

69 *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. V. Extremadura: Badajoz, Coria-Cáceres y Plasencia*, Madrid, BAC, 1995, p. 397.

70 «Por quanto somos informado que quando algunos mueren sin testamento, el cura con algunos parientes se juntan y hacen testamento por el tal defuncto, y hacen, asimismo, mandas y officios en el dicho testamento, diciendo que de derecho o por costumbre pertenece al cura hazer testamento por los que mueren sin el. Y porque lo susodicho es injusto y contra derecho, mandamos a los curas y clérigos de todo nuestro obispado no hagan los dichos testamentos, si no tuvieren especial poder para lo hazer ante escribano, si lo huviere, e si no ante siete testigos (como en Derecho común), so pena de diez mil maravedís». *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. V. Extremadura: Badajoz, Coria-Cáceres y Plasencia*, Madrid, BAC, 1995, p. 241.

La diócesis oxomense, por su parte, fue una de las primeras en regular unas situaciones, conflictivas judicialmente, que se presentaban frecuentemente en Castilla y León, ya que el obispo Roberto de Moya, en el sínodo de 1444, y en su cap. 28⁷¹, dispone expresamente:

Que non se fagan testamentos por ante el clérigo del lugar, non seyendo notario, salvo en defecto de notario... algunas vezes no se escribe la voluntad del que el tal testamento fizo ni como el ordeno... e por quitar e obyar a las milicias... ordenamos que cada e quando alguno quisiere ordenar su testamento segund dicho es, sea llamado notario publico, para que pase ante el, sy en el lugar lo ovyere, e caso que clérigo alguno sea llamado, non sea osado de lo escrivyr nyn fazer escrivyr (salvo sy el tal clérigo fuere notario) (sic), so pena que el tal clérigo por el mesmo fecho pague dos florines de oro para nuestra cámara. Pero sy acaesçiere que el dicho notario non pudiere o non quisiere yr donde estovyere el dicho enfermo, seyendo llamado en el dicho lugar, o el tal enfermo dize que non quiere que pase su testamento por el tal notario e non ovyere en el lugar otro, pueda entonce el clérigo ordenar e escrivyr o fazer escrivyr el dicho testamento, syn pena alguna. E que el tal testamento fecho por el dicho clérigo coronado, tornado en publica forma por ante juez, faga fe asy como sy a principio pasara ante notario⁷².

En el sínodo diocesano de Guadix, celebrado un siglo más tarde, en 1554, por el obispo y teólogo tridentino Martín Pérez de Ayala, después de recordar a los sacerdotes, que asisten a los enfermos *in articulo mortis*, que «con la agonía de la muerte y angustia de la enfermedad, se olvidan de declarar algunas cosas de que son a cargo», y que sus confesores les han advertido que ejecuten, decreta en el cap. 12: «curas y confesores, especialmente a los que a los tales ovieren oydo de penitencia, se hallen presentes al hazer del dicho testamento, para que acuerden a los dichos enfermos lo que por olvido dexaren, que importara a su consciencia», añadiendo una norma especial para la validez de los testamentos: «*Que ningún beneficiado ni sacristán haga testamento solo con el enfermo*», negando respaldo jurídico a la última disposición *mortis causa*, en esas circunstancias⁷³.

71 *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. XII. Osma, Sigüenza, Tortosa y Valencia*, Madrid, BAC, 2014, pp. 112-113, n° 241.

72 Se reitera en el cn. 3 del Sínodo de 1511, eod. loc. pp. 252-253, y el homónimo del año 1536, pp. 428-429, n° 236. Se reproduce literalmente el cn. 3, del sínodo de Canarias de 1514. *Synodicum hispanum, dir. por A. García y García. XI. Cádiz, Canarias, Cartagena, Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla*, Madrid, BAC, 2013, p. 66, n° 66. También lo encontramos, en mismo tenor literal, en el sínodo asturicense de 1553, cn. 3: *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. III. Astorga, León y Oviedo*, Madrid, BAC, 1984, pp. 112-113.

73 «Como en algunos lugares de nuestro obispado, por ser pequeños, haya falta de escribano público o del rey para hazer testamentos, suelen ofrecerse algunas veces necesidades en los enfermos por donde son forçados a ocurrir a los beneficiados o sacristanes del dicho lugar para que les hagan los dichos testamentos. Y porque ha acaecido que algún beneficiado o sacristan por sí singularmente han hecho testamentos y asentado mandas pías en ellas, que por ventura son contra la intención de

Es evidente que el prelado guadicense trata de salvar la libre voluntad del disponente, incluso para obras pías, que quedarán sin ejecutar, en caso de que falten las mínimas garantías de ausencia de vicio en la voluntad del *decius*, expresada en el testamento, aunque reitera los requisitos que exige la decretal X 3. 26. 11, cap. *Relatum*.

En el sínodo salmantino, de 1411, cn. 9⁷⁴, reiterado por el abulense de 1481, cap. VII, 9, 5⁷⁵, se establece que, si hubiera un parroquiano doliente, después de visitarle su párroco, y administrarle los sacramentos, «faga y ordene su testamento, si viere y entendiere que le cumple. Y adonde lo el fazer quisiere, agradézcalo a Dios; en otra manera, descargue su conciencia y no será tenido de dar cuenta a Dios de sus pecados»⁷⁶.

A pesar de esta normativa sinodal, protectora de la libre voluntad de las personas, a la hora de otorgar su testamento⁷⁷, sorprenden algunas reflexio-

los testadores, defendemos estrechamente, sacra aprobante synodi, que quando ocurrieren las tales necesidades, que ningún beneficiado ni sacristan vaya a hazer testamento solo con el enfermo, sino que lleve consigo un christiano viejo que no sea clérigo ni sacristan, o dos christianos nuevos aljamiados, que puedan testificar de la voluntad del testador en lo que dispone. Y hechos desta manera los dichos testamentos, mandamos, conformándonos con el derecho, que sean válidos, quanto a las mandas pias. Y no haziendose desta manera, mandamos que las tales mandas no valgan, aunque sean missas, sino que se digan solamente por el tal defuncto las ordinarias que nos tenemos mandadas, e incurra el tal beneficiado o sacristan que el tal testamento hiziere en pena de dos ducados, la tercia parte para el que lo accusare y las dos para obras pias a nuestra disposición». *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. IX. Alcalá la Real (Abadía), Guadix y Jaén*, Madrid, BAC, 2010, pp. 326-327, n°s 187-188.

74 *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. IV. Ciudad Rodrigo, Salamanca y Zamora*, Madrid, BAC, 1987, p. 300.

75 Del obispo Alonso de Fonseca, aunque fue editado nuevamente a mediados de la siguiente centuria, con adiciones de Diego de Álava y Esquivel. *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. VI. Ávila y Segovia*, Madrid, BAC, 1993, p. 214.

76 También el sínodo alcalaíno del abad Juan de Ávila, celebrado en 1542, cn. 21, a propósito de la vigilancia de los curas, respecto de la salud de las almas de sus parroquianos, se dispone, después de sancionar pecuniariamente la negligencia en la administración del Viático y Extrema-Unción, que «quando algun perrochiano estuviere doliente, luego sea por su cura visitado y le ruegue y amoneste, en quanto pudiere, que se confiese y haga penitencia de sus pecados e reciba el Cuerpo de nuestro Señor y la extrema unción, e haga e ordene su testamento», sin que haya ningún cometido específico al contenido de la última voluntad, que es lo mismo que preceptúa el sínodo jiennense de 1511, de Alonso Suárez de la Fuente del Sauce, a propósito de los clérigos que se hacen pasar falsamente por enfermos, sin dedicación a su ministerio, y respecto de los responsables de beneficios curados o sus tenientes, a quienes se encarga visitar a los «dolientes», administrándoles los últimos Sacramentos, y añade: «ruéguele e induzale... faga e ordene su testamento, si viere y entendiere que le cumple e adonde e como el lo quisiere fazer. En lo qual el dicho sacerdote descargara su consciencia e no será tenido de dar cuenta a Dios de los pecados ajenos». *Synodicum Hispanum, dir. por A. García y García. IX. Alcalá la Real (Abadía), Guadix y Jaén*, Madrid, BAC, 2010, pp. 33-34; pp. 687-688 y 829-830. Este mismo cometido se hace a los «físicos» o médicos llamados para curar a los enfermos, a los que se encomienda que «requieran e amonesten (al enfermo) que confiese e resciba los sacramentos e faga su testamento».

77 Señala BERNAL RODRÍGUEZ, M., *El hábito no hace al monje, clero y pueblo en los refraneros españoles del Siglo de Oro*, Sevilla 1994, pp. 15-16, acerca del testamento: «todos responden a unas características formales similares, a unas pautas semejantes de realización y a una casi idéntica finalidad, puesto que la práctica testamentaria aparece ya perfectamente regulada en las Partidas y desde el siglo XIII no ofrece variaciones sustanciales en sus aspectos jurídicos. El modelo lo describe Pedro Melgarejo a

nes de estudiosos seculares, que ponen el acento en esta materia, no en la preocupación pastoral del clero por sus fieles, sino en una supuesta coerción moral del mismo⁷⁸, por motivos sociales, psicológicos o religiosos, para conseguir legados y mandas pías, en beneficio personal o de su iglesia, aprovechándose del estado terminal de salud en algunos feligreses⁷⁹.

No era el enfoque del franciscano Coll, a finales del siglo XIX⁸⁰, cuando ponía el acento en una premisa muy notoria, a la luz de la realidad social que constataba en la sociedad hispana: «Gran cosecha de almas trasiega el demonio para los trojes del infierno, con persuadir a tantos, que las diligencias conducentes a la eterna salvación han de ser las últimas de la vida; y por aditamento de un error y mal tan pernicioso raya tan alto la malicia y perversidad de los hombres, que muchos casi llegan a persuadirse que la hora de su muerte está identificada con la del testamento, y que éste es como el preludio de la agonía y pasaporte visado para la eternidad».

De este postulado, deduce unas consecuencias de gran valor y actualidad: «Por tal razón, los más de los hombres, funestamente engañados por el

mediados del siglo XVII (MELGAREJO MANRIQUE DE LARA, P., *Compendio de contratos públicos. Autos de particiones, ejecutivos y de residencia*, Madrid 1667, p. 76), pues «deben llevar los testamentos invocación divina y profesión de nuestra Santa Fe Católica... después se previene la disposición de entierro, sepultura, misas que le han de decir, deudas, mandas y mejores... nombrar albaceas y herederos; y revocar todos los testamentos hechos antes. Por lo común son nuncupativos o abiertos, es decir, dictados por el testador, ante el escribano «y ratificados por un número de testigos que oscila entre tres y cinco».

78 Según Rodrigo Estevan, *op. cit.*, p. 33: «Desde los siglos XII y XIII, la redacción de últimas voluntades se incrementa por un cúmulo de circunstancias entre las que sobresalen el creciente desarrollo urbano y la ruptura de vinculaciones familiares extensas y de los tradicionales marcos de convivencia». Su difusión se produjo, sin lugar a dudas, como consecuencia de que la Iglesia decretó el carácter obligatorio de testar bajo pena de excomunión y negación de sepultura cristiana, convirtiéndolo en medio de expiar los pecados cometidos a través de legados a iglesias y establecimientos religiosos y la realización de otras mandas piadosas (VOVELLE, M., *La mort en Occident de 1300 à nos jours*, París 1983, 72). La generalización fue consecuencia de la expansión de ideas sobre la plegaria de intercesión y la comunión de los santos, difundidas por los frailes mendicantes instalados en los núcleos urbanos. El testamento, al igual que las cofradías, permitieron que el creyente «obtuviese las ventajas que las mutuas plegarias aseguraban a sus afiliados en la etapa altomedieval» (ARIÈS, Ph., *Images de l'homme devant la mort*, París 1977, trad. cast. *El hombre ante la muerte*, Madrid 1983, p. 161). A fines de la Edad Media y durante el Renacimiento, el testamento constituye la vía religiosa que gana el cielo asociando las riquezas a la obra salvadora, un contrato de seguridad entre el hombre y Dios a través de la Iglesia, un pasaporte para el cielo que garantiza los bienes eternos mediante primas pagadas en moneda temporal (LE GOFF, J., *La civilización en Occidente medieval*, Barcelona 1969, p. 263). La distribución de bienes no solo en legados piadosos, sino también entre los herederos, se convierte en un deber de conciencia.

79 VIFORCOS MARINAS, M. I., *En casa del cura siempre hay ventura. ¿Realidad o simple imaginario en la diócesis astorgana a mitad del siglo XVII?*, Astorga 2005, pp. 10-11, aporta muchos refraneros anticlericales, refiriendo algunos que eran alusivos al saneado nivel de vida de los eclesiásticos, o a la codicia y conveniencia de tenerlos lejos, «por poco o nada fiables», o «con los curas y los gatos pocos tratos», «con los curas y los frailes, buenos días y buenas tardes», «el cura y el nogal, lejos del corral», y «ni fraile por amigo, ni clérigo por vecino». En el mismo sentido, ESTEBAN, J., *Refranero anticlerical*, Madrid 1994.

80 COLL, J., fr., O. F. M., *El testamento canónico concordado con el Derecho civil*, Madrid 1895, p. 5: «De los testadores».

enemigo, temen hacer testamento, porque se imaginan que en tratando de dar este paso, luego al punto van a morir, y así lo prolongan hasta el verdadero trance de la muerte, precisamente cuando su cabeza no está ya para nada; siendo así que por ser el testamento una cosa tan grave y ocasionada a pendencias y litigios, debería hacerse siempre despacio, en buena salud y con muy sano y maduro consejo... conviene que si el paciente tuviese ya otorgado testamento antes de su última enfermedad, lo ratifique y confirme después de recibir los santos Sacramentos. Cosa es ésta que cuesta poco e importa mucho: nadie sabe lo que vale.⁸¹

III. RÉGIMEN LEGAL DEL TESTAMENTO ANTE EL PÁRROCO EN LOS TERRITORIOS FORALES

Dicha institución jurídica, inexistente en Derecho histórico común hispano⁸², aparece bien contrastada en algunos territorios españoles, ya a principios de la Baja Edad Media⁸³. En Cataluña, cuyo origen algunos sitúan en el siglo IX⁸⁴, dada su derivación del derecho consuetudinario amparado por las

81 El testador deberá, sobre todo, tener muy presente el mayor interés de su alma, para lo cual, después de cumplir con las legítimas y deudas de justicia, procurará dejar, según sus haberes, para obras pías, culto, divino, enseñanza católica, propaganda de libros buenos, misiones, dinero de San Pedro, dotes para pobres que desean consagrarse a Dios, abrazar el estado matrimonial, etc. Este autor matiza la distinción entre sufragios y obras pías. Los sufragios, como las misas, tienen un fin puramente espiritual, y la supervisión al ordinario, mientras las obras pías otro benéfico y temporal, y aunque sean obras de piedad, la supervisión al gobernador civil. COLL, J., fr., O. F. M., *El testamento canónico...*, *op. cit.*, pp. 6-15 y 53.

82 No faltan las memorias testamentarias, pero es una institución diferente. Vid. FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., *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.

83 Cf. MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Madrid, Universitas, 2002, p. 404; id., *El testamento ante párroco en Aragón, Navarra y Cataluña. Evolución histórica de una forma testamentaria foral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

84 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 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 documentos*. 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. MOUTÓN Y OCAMPO, L., *La sucesión testada en el derecho foral*, en RGLJ 112 (1908) 264-265.

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 usatge *Accusatores*, concordante con la máxima del Evangelio: «*In ore duorum vel trium testium stet omne verbum*»⁸⁵, ratificado por las Cortes de Barcelona en 1413⁸⁶.

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 Orriols⁸⁷, 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 1736⁸⁸.

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 artículo 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 aquél, observándose las demás 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

85 Mt. 18, 16.

86 Cf. LOPE ORRIOLS, A., *El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra*, en RGLJ 97 (1900) 80.

87 LOPE ORRIOLS, A., *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

88 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. Cf. LOPE ORRIOLS, A., *El testamento...*, *op. cit.*, pp. 284-286.

aparece en los arts. 117-119, cuando no existía notario en la localidad⁸⁹, con presencia de dos testigos, además de su depósito en el archivo parroquial, si bien observando las demás solemnidades prescritas para el testamento notarial, con la posterior protocolización⁹⁰.

Esta peculiaridad foral de Cataluña⁹¹ ha sido recientemente eliminada por sus legisladores, al calificarlo, impropiaemente, contrario 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 1º *De tutoribus*⁹², y fueros 1º, 2º y 3º *De testamentis*. El *decuius* expresaba oralmente su última voluntad, si no hubiere notario en la localidad de residencia del testador, o no pudiera acudir, por

89 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. MASPONS Y ANGLASELL, F., *El testamento parroquial de Cataluña*, en RDP 16 (1929), 252-256; ROMEO Y LAGUNAS, M. J. de, *Especialidades testamentarias en Cataluña*, en RGLJ 90 (1962) 80-86; BOADA Y CAMPS, J., *El testamento ante el cura párroco en Cataluña y estudios complementarios*, Barcelona 1963; ROCA I TRIAS, E., *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, vol. III. *Dret de sucessions*, 6ª ed., por L. Puig i Ferriol y E. Roca i Trias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 176-178.

90 El Decreto Ley de 27 de diciembre de 2012, dispuso en la disposición transitoria tercera del libro 4º del CCC, modificando el apartado 1º de la Disposición transitoria tercera 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.

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

92 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 adverbación. Cf. MOUTÓN Y OCAMPO, L., *op. cit.*, pp. 274-275.

hallarse ausente o enfermo, o el testador estuviera en grave peligro de muerte, cuya circunstancia no le permitiera esperar al fedatario público⁹³.

Señala Rivas Pérez⁹⁴, apoyándose en Vidal Tolosana, que estamos ante una forma ordinaria y regular de testar *in articulo mortis*, en las localidades aragonesas donde no existía notario.

Según el Apéndice foral, aprobado por RD de 7 de diciembre de 1925, conforme al art. 22⁹⁵, y la Compilación aragonesa de 8 de abril de 1967, en sus arts. 91-93, que matiza algunos aspectos inexistentes en la regulación histórica, ni en el Apéndice citado⁹⁶, 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 protocolización⁹⁷.

93 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. FRANCO LÓPEZ, L., *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 DIESTE Y JIMÉNEZ, M., *Diccionario de Derecho civil aragonés (precedido de una introducción histórica)*, Madrid, M. Minuesa, 1869, pp. 584-586; OBARRIO, J. A., *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.

94 RIVAS PÉREZ, J. E., *El testamento ante el párroco en Aragón*, Zaragoza, Librería General, 1945, pp 8-9

95 Vid. QUINTANA, C., *Caducidad del testamento otorgado ante párroco*, en ADA I (1944) 365-368, porque no se trataba de esa institución concreta respecto del régimen legal aprobado, entonces vigente.

96 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. PELLICER Y GUÍU, J., *Tratado teórico práctico de Derecho civil, op. cit.*, pp. 303-311; PELLICER, J., *Los sacerdotes y las disposiciones testamentarias en Aragón*, en RDP 1 (1914) 42-46; QUINTANA, C., *Caducidad del testamento otorgado ante párroco*, en ADA 8 (1944) 365-368; id., *Persona en cuyo poder debe quedar el testamento otorgado ante párroco*, eod. loc., pp. 369-370; RIVAS PÉREZ, J. E., *El testamento ante el párroco en Aragón*, eod. loc., pp. 379-398; id., *El testamento ante el párroco en Aragón*, Zaragoza, Librería general, 1945; ROMEO Y LAGUNAS, M. J. de, *El testamento ante el párroco*, en *Rev. de Dº Español y Americano* 9 (1964) 61-76.

97 Vid. RIVAS PÉREZ, J. E., *El testamento ante el párroco*, Zaragoza... , *op. cit.*, pp. 12-40. 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.

La supresión de este instituto en ambos territorios forales se ha realizado con el argumento político de su escasa práctica, de ser contrario al principio constitucional de la no discriminación y tildarlo de anacronismo, 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 testamento⁹⁸.

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.13.10⁹⁹, ya permitían otorgar testamento abierto ante el párroco u otro clérigo y dos testigos, acompañado del posterior abonamiento, que equivale a la adveración aragonesa, y su protocolización final¹⁰⁰.

98 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 adveración, 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 30-6-1837 y SSTS. MASCARÓ Y ALBERTY, M., *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. Cf. MOUTÓN Y OCAMPO, L., *op. 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». MASOT MIQUEL, M., *Los principios generales del derecho sucesorio balear*, en *Derechos civiles de España*, pp. 77-79.

99 La motivación de la norma, procedente del Fuero General, lib. 3, tít. 10, cap. 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 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.

100 Vid. por todos, SOLCHAGA LOITEGUI, J. J., *El testamento ante párroco en Navarra*, Zaragoza, La Académica, 1959; PELLICER Y GUÍU, J., *Tratado teórico práctico de Derecho civil...*, pp. 551-555; ITURRIOZ LLOP, M. C., *Origen del testamento otorgado ante párroco en Navarra*, tesis doctoral. Rep. internet, pp. 361-392. Cf. MOUTÓN Y OCAMPO, L., *La sucesión testada en el derecho foral*, en RGLJ 112 (1908) 447; GARCÍA PRESAS, I., *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 7-3-1973), 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 le ley 191 fija los «Requisitos comunes

El testamento ante el párroco, 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 consejos 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 citada¹⁰¹.

Jiménez Hernández¹⁰², 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 preocupación¹⁰³, 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 la celeridad junto a la mayor frecuencia 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

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. SOTO HERNÁNDEZ, A., *Testamentarias y abintestatos*, 3ª ed., t. I, Madrid s. a., pp. 100-103; 129-130 y 132-136.

101 Cf. LOPE ORRIOLS, A., *El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra*, en RGLJ 95 (1899) 308-311.

102 JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, J. I., *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.

103 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, cohercarlo plenamente con el principio constitucional de no discriminación por razón de religión».

que lo infrecuente sirve como resorte jurídico para atender a ciudadanos en situaciones no habituales¹⁰⁴. 3. La Constitución de 1931, proclamó la aconfesionalidad del Estado Español, a pesar de lo cual no hubo iniciativa alguna para suprimir la 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 segundo del apartado c) del punto 4º, 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 considera 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 Álvarez Suárez¹⁰⁵, 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, con dos significados 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; de otro, el amplio campo de actuación de la autonomía individual, puesto que el derecho privado es una creación del ciudadano libre, como reconocía Schulz¹⁰⁶, reproduciendo las palabras de Cicerón, quien afirmaba: «*legum servi sumus, ut liberi esse possimus*»¹⁰⁷.

104 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.

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

106 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. SCHULZ, F., *Principios del Derecho romano*. Trad. de M. Abellán, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pp. 180 y 188.

107 CICERÓN, *Pro Cluentio* 53, 146.

IV. DISCIPLINA JURÍDICA DEL TESTAMENTO ANTE EL PÁRROCO EN LAS DECRETALES

La intervención del párroco, como elemento clave a la hora de otorgar testamento válido, estaba prevista, dentro del Derecho Canónico¹⁰⁸, desde la decretal *Cum esses*, de Alejandro III¹⁰⁹, en el último tercio del siglo XII, para las disposiciones de última voluntad sobre causas profanas, si bien era indispensable, para su validez, que dos testigos idóneos concurrieran con el párroco¹¹⁰. Se trata de una forma de testamento, denominada por algunos juristas como «testamento canónico», ya que, siguiendo a Rugerio¹¹¹, difiere del civil, en la forma y solemnidades previstas en Derecho justiniano, y se rige por una decretal, que es una constitución de la Iglesia, aunque también se denomina a veces testamento eclesiástico, «*quod in Terris viget Ecclesiae et a Summo Pontifice, uti Principe Status Ecclesiastici, in sua ditone dirigitur, erit confectum*», pero no para todo el Orbe católico e Iglesia universal.

a) *Aspecto terminológico*

En un análisis histórico-jurídico del precepto canónico citado, es preciso tomar como referencia inicial la terminología, en la que hay un vocablo

108 Observa Naz, que la decretal de Alejandro III, dirigida al obispo de Ostia, dando validez al testamento hecho ante dos o tres testigos competentes, en presencia del párroco, hizo que en la práctica, a lo largo del siglo XIII, se articularan diferentes costumbres, descritas por Guillermo Durante en su *Speculum Iudiciale*, ampliamente citado por la doctrina posterior, a partir del principio canónico que admite la validez de un testamento oral hecho en presencia de dos o tres testigos, si es para causas pías; si era para causas profanas, la presencia del párroco, hacía que se encargase de poner por escrito, normalmente, la manifestación oral del parroquiano, llevando en muchos casos registros donde se guardaban esos testamentos que habían recibido, sin olvidar que diversos concilios obligaron a los fieles a otorgar su testamento en presencia del párroco, quien en el momento de la confesión del moribundo, le daba consejos sobre la salvación de su alma. NAZ, R., *DDC*, sous la dir. de R. Naz, t. VII, Paris, Letouzey, 1965, cols. 1190-1206, s. v. testament, especialmente cols. 1193-1194. Vid. PALAZZINI, P., *Dictionarium morale et canonicum*, dir. P. Palazzini y F. Galea, O. F. M., t. IV, Romae, officium Libri Catholici, 1968, pp. 471-474, s. v. *testamentum*.

109 Como señala Rugerio, siguiendo al salmantino Manuel González, en sus notas al cap. 1 tit. 3 *de rescriptis* y a Paulo Rubeo, junto a otros muchos, como el cardenal de Luca, que elogiaron a este pontífice jurista «*et Pontificum Iurisconsultissimum*», el autor de la decretal *Cum esses* se llamaba Rolando «*natione Tuscus, Patria Senensis, è familia Paparona*». RUGERIO, A. S. de, *De testamento canonico, sive commentaria ad cap. Cum esses, de testamentis... ac tractatus teorico-practicus, in quo de origine et progressu Tribunalis Rev. Fabricae Sancti Petri de Urbe, adpellati; atque de potestate ejusdem... nec non earumdem executione*, Neapoli, ex typ. N. Valiero, 1711, pp. 9-10.

110 Mayor alcance, respecto de las disposiciones de última voluntad y obligaciones de los párrocos, era la ejecución de los testamentos en los que se insertaban cláusulas con mandas pías, ya que los obispos eran vigilantes de su ejecución, y por ello aparecen reiteradas disposiciones sinodales sobre esta materia, como vemos en el sínodo Civitatense del obispo Salvatierra, aprobadas el 19 de abril de 1592, en el libro 1º, título 15, capítulo 5. SALVATIERRA, M. de, *Constituciones sinodales del obispado de Ciudad-Rodrigo, con algunos decretos del Sancto Concilio de Trento, y Motus proprios de los Summos Pontifices*, Salamanca, Pedro de Adurça, 1595, pp. 63-64.

111 RUGERIO, A. S. de, *De testamento canonico...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

latino, testamento, tomado del Derecho romano republicano y clásico, suficientemente conocido. Será suficiente aludir a las definiciones de Ulpiano, en Tit. ex corp. Ulp. 20, 1: *mentis nostrae iusta contestatio*, muy acorde con el planteamiento de Justiniano, en sus *Institutiones*, 1, 10 pr., *testamentum est testatio mentis*, matizando Prateius¹¹² 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*», y la de Modestino, en D. 28, 1, 1, quien resalta que es una disposición que nace de la voluntad: *voluntatis nostrae iusta sententia*¹¹³, en consonancia con el Derecho bizantino posterior, tal como vemos en Constantino Harmenopulos¹¹⁴.

Como recuerda Chérueil¹¹⁵, la palabra testamento designa las últimas voluntades de un hombre que se dispone a morir, pero también sirve para referirse a 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 Papa¹¹⁶. Vivas, insiste en las varias acepciones de la palabra durante la Alta Edad Media, ya que llegó a comprender diversos actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, con efectos *inter vivos* o *mortis causa*, identificando todo documento, cualquiera que fuese su contenido, el otorgante, su finalidad o formalismo¹¹⁷.

En sentido estricto, Belloni¹¹⁸ insiste en la idea, proveniente de las constituciones posclásicas romanas, 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*

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

113 Cf. HEUMAN., H. – SECKEL, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11 auf., Graz 1971, p. 584, s. v. *testamentum*.

114 HARMENOPULOS, C., *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*».

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

116 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.

117 VIVAS, M. C., *Las disposiciones de última voluntad hasta la vigencia del Código Civil* (argentino), Córdoba (Argentina, 2000, pp. 34-39.

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

*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*¹¹⁹.

El segundo término es griego, vertido al latín, *parochus*. Según Prateius¹²⁰, a tenor del lenguaje jurisprudencial clásico, con referencia a un fragmento de Pomponio¹²¹, equivale a *habitor in loco*, es decir, *incola*, «*qui in aliquam regionem domicilium suum contulit, quem Graeci paroicon vocant*». Cornaro¹²², por su parte, sostiene que «Parrochia è detta *Parochia* 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 Canoni.... 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»¹²³.

119 BELLONI, P., *op. cit.*, pp. 18-19.

120 PRATEIUS, P., *Lexicon iuris civilis et canonici...*, *op. 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. LÉCRIVAIN, Ch., *Dictionnaire des Antiquités, grecques et romaines*, D-S, t. IV-1, Paris, Hachette, 1907, reimpr. facs. Graz 1969, p. 337, s. v. parochos.

121 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*. Así lo resalta Cf. BUDEO, G., *Annotationes in XXIII Pandectarum libros*, Lugduni, apud S. Gryphium, 1546.

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

123 Cf. TRULLENCH, Io. Aeg., *Villae-Realis, regni Valentiae, Tractatus de iure parrochi seu parochiali et de vicario perpetuo ac temporali*, Valentiae, apud Cl. Macè, 1647, p. 3. El francés Filesac, argumenta sobre el origen y significación de ambos términos, parroquia y párroco: FILESACI, Io., *De paroeciarum origine, et Missa paroeciali audienda*, en *Opera varia*, rec. et auct., 9ª ed., Parisiis, apud N. Buon, 1621, pp. 520-566: «*Paroikia, vicinia proprie dicitur, et paroikoi, vicini... Erunt igitur paroikoi nostri eiusdem Ecclesiae quae e vicino adiacet consortes, et paroikia eorum qui eandem Ecclesiam accolunt vicinia*». También recoge que tuvo el significado de diócesis, ibid., p. 521: «*paroecia, Ecclesiae nascentis temporibus et sequentibus seculis aliquot nec paucis, non pro vicinorum incolarum ad aliquam sacram aedem consortio, sed pro Dioecesi... usurpata est, v. g. canon 14 Apostolorum*». Ibid., pp. 548-549: el canon sexto del concilio de Calcedonia dispone «*Nullum absolute ordinandum esse, nec presbyterum... ex iis qui sunt in ordine Ecclesiástico, nisi specialiter in Ecclesia Civitatis vel pagi, aut in Martirio aut in Monasterio, is qui ordinatur designatur... Volunt sanctissimi patres neminem absolute esse ordinandum, id est certo loco esse assignandum, in quo suo sive presbyteri, sive diaconi, aut alterius ordinis fungatur officio...*». Ibid., pp. 552-553: «*Ex illo igitur Canone Calcedonensi factum est ut sequentibus Conciliis paroeci seu parrochi nostri dicantur presbyteri in paroichiis ordinati, quibus sunt Ecclesiae deputatae*».

A principios del siglo XVIII¹²⁴, Basteró y Lledó, a la hora de presentar los fundamentos del ministerio parroquial, desde el período clásico romano¹²⁵, recuerda que «entre los romanos se nombraba párroco, aquél que como Parainfo conducía a la nueva esposa hasta la casa del marido, y por ello intitula, al cura párroco, parainfo de la esposa: «*Christianorum ducem, amicam sponsi, sponsae Parainphum*»¹²⁶.

No se pueden confundir los párrocos con los presbíteros. Estos son de institución divina, aquellos de institución eclesiástica¹²⁷. 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 encomendados¹²⁸.

Los párrocos nacieron con la fundación de las iglesias rurales¹²⁹, a lo largo del siglo IV d. C., que al principio estuvieron encomendadas a pres-

124 BASTERO Y LLEDÓ, B. de, obispo de Gerona, *El parroco 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... distribuida para mayor claridad y distinción de la materia, en diferentes Cartas Pastorales*, s. l., año 1729?, siglo XVIII, p. 22-24: «*Vide ministerium, quod accepisti in domino, ut illud impleas*. Paul. ad Coloss. 5. 17».

125 BASTERO Y LLEDÓ, B. de, obispo de Gerona, *op. cit.*, p. 25.

126 «*Ille parochus dicebatur, qui in curru veluti Parainphus ascendebat, cum novam nuptam ad mariti Aedes, mediam inter maritum, et ipsum parochum collocatam deducebant*». 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, cuotidianas pro Populo ad Deum preces, et oraciones effundere, et laudabilis vitae, et conversationis 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 asistir a los moribundos, y ayudarles a bien morir.

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

128 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 ARRIETA, A., *Las leyes eclesiásticas, sacadas del Nuevo Testamento*. Trad. del ital. al español por..., Madrid, en la of. de B. Cano, 1793, pp. 42-43.

129 No faltan autores que defienden su origen en el siglo III d. C., como CAVALLARIO, D., *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 GAUDEMET, J., *L'église dans l'Empire Romain (IVe-Ve siècles)*, París 1958, pp. 100-107, reiterada por este mismo romanista, en *Institutions de l'Antiquité*, 2ª ed., París 1982, p. 694: La sociedad eclesiástica fue jerarquizada muy tempranamente. Desde 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,

bíteros amovibles, pero luego se convirtieron en pastores propios, sin que fuera consecuencia de ningún decreto general conciliar ni pontificio¹³⁰. No faltan autores modernos, como Fantappiè, que defienden la consolidación de la parroquia, como realidad institucional y jurídica, a partir del período que va de la reforma gregoriana al IV concilio Lateranense, en el siglo XIII, para suplir la inoperancia de las «iglesias privadas»¹³¹. Entendemos, con Jiménez Martín, que desde el siglo IV ya existieron dichas parroquias rurales, y se implantaron en Roma, además de Alejandría, aunque fuera de estas ciudades no llegarían hasta el siglo X, desarrollándose en la siguiente centuria¹³².

Basta recordar la argumentación, bien fundada, de Bouix¹³³, 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*.

Aguirre ha mostrado cómo hasta el siglo IV hubo dos enfoques diferentes en las relaciones iglesia-imperio, porque mientras una reacción eclesial acentuaba el sentido escatológico, insistiendo en la incompatibilidad entre iglesia y sociedad pagana, con actitud ideológica beligerante, otra se muestra

encargados principalmente de labores asistenciales y de administración del patrimonio eclesiástico, «les prêtres et les évêques qui seuls peuvent offrir le sacrifice».

130 BOUIX, D., *op. 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. Cf. JOUSSE, D., *Traité du gouvernement spirituel et temporal des Paroisses...*, Paris 1774, pp. 1-2. Son ilustrativas las palabras de GAUDEMET, J., *La formation du droit seculier et du droit de l'Eglise aux IVe et Ve siècles*, 2ª ed., París 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».

131 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 período antes señalado una serie de derechos, con propios fieles y territorio, y dotadas de cementerio, misa pública, además del diezmo. FANTAPPIÈ, C., *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 148-149.

132 Este canonista salmantino reitera el origen etimológico de la parroquia, como vecindario o conjunto de casas, y también grupo de habitantes vecinos, derivando del griego. JIMÉNEZ MARTÍN, S., *Teoría y práctica parroquial*, Salamanca, La Gaceta Regional, 1930, pp. 2-3.

133 BOUIX, D., *Tractatus de parrocho, ubi et de vicariis parochialibus, necnon monialium, militum et xenodochiorum cappellanis*, ed. sec., ab auct. recogn., Parisiis-Bruzellis, apud Perisse fratres catholicos, 1867, pp. 4-12.

respetuosa con las autoridades, y no ejecuta una hostilidad abierta, adoptando una postura más positiva con la cultura greco-romana, que es la posterior de la iglesia, a partir de Constantino¹³⁴.

Conforme a las consideraciones del canonista francés, antes citado¹³⁵, «*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 soleat quoad banc 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*».

Los párrocos tenían las facultades que les daban los obispos, según lo consideraban conveniente¹³⁶. En opinión de Cornaro¹³⁷, 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. 21¹³⁸, 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*».

134 Aguirre Monasterio, R., S. J., *La iglesia del Nuevo testamento y preconstantiniana*, Madrid, Fundación Santa María, 1983, pp. 40-41. Sobre la legislación imperial en materia religiosa, vid. GAUDEMET, J. – SINISCALCO, P. – FALCHI, G. L., *Legislazione imperiale e religione nel IV secolo*, Roma, Istituto patristico Augustinianum, 2000; JOANNOU, P.-P., *La legislation imperiale et la christianisation de l'Empire Romain (311-476)*, Roma, Pontificium Institutum Orientalium Studiorum, 1972; DE GIOVANNI, L., *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*, Napoli, M. d'Auria, 1985. En criterio de Álvarez Suárez, el Derecho eclesiástico pudo haber sufrido en su formación el influjo del Derecho romano, aunque debió ser de carácter exclusivamente formal, citando algunas materias, como la organización de los sínodos, de las diócesis y tribunales de la Iglesia. ÁLVAREZ SUÁREZ, U., *Influencias del cristianismo en el Derecho romano*, en RDP 25 (1941) 323.

135 BOUUX, D., *op. cit.*, pp. 12-14.

136 Cf. LOPE ORRIOLS, A., *El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra*, en RGLJ 95 (1899) 490-499.

137 Cornaro, G. A.,..., *op. cit.*, pp. 178-180.

138 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, encargado de un territorio pastoral para la cura de almas de sus fieles, por mandato episcopal. *Conciliarum Oecumenicorum Decreta*. Cur. J. Alberigo et alii, Bologna, Istituto per le Scienze Religiose, 1973, p. 245. Sobre la figura del «*proprius sacerdos*», vid., KIRSCH, P. A., *Der sacerdos proprius in der abendländischen Kirche vor dem Jahre 1215*, en Archiv für katholisches Kirchenrecht 84 (1904) 527-537.

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. 13¹³⁹, 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 valeant, et a quo licite sacramenta suscipiant*»¹⁴⁰.

Respecto de los oficios y deberes de los párrocos¹⁴¹, 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 lucro¹⁴². Esta prohibición se renovó por una Decretal de Alejandro III¹⁴³, en la

139 Vid. *Conciliarum Oecumenicorum Decreta*, *op. cit.*, p. 768. Viene recordado por Gaudemet: GAUDEMET, J., *Droit Canonique*, Norfol, Cerf, 1989, pp. 94-95: «Érigées par les grands propriétaires sur leurs domaines ou par les paysans pour leur village, églises et chapelles accueillent le peuple du voisinage. Les frontières du territoire paroissial ne se précisent que lentement. Dans les villes, les églises se multiplient au gré de l'accroissement de la population. La paroisse avec son territoire, son recteur et son peuple, où doivent s'accomplir les actes graves de la vie religieuse, est, pour bonne part, création tridentine. La session XXIV du concile de Trente (novembre 1563), dans un canon qui se préoccupait avant tout de l'insuffisance des revenus... demandait aux évêques de répartir le peuple en paroisses précises et déterminées, et d'en créer, là où il n'y en aurait pas encore (c. 13 de ref.). Cf. GAUDEMET, J., *Il Diritto Canonico*, a cura di R. Bertolino e L. Musselli, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 97-98. Vid. NAZ, R., *DDC*, t. VI, París, Letouzei et Ané, 1957, cols. 1234-1240, s. v. paroisse; PARISELLA, I., en *Dictionarium morale et canonicum*, dir. por P. Palazzini, t. III, Romae, Officium libri catholici, 1966, pp. 589-605, s. v. *parochus* y *parocia*; DÍAZ MORENO, J., S. I., *Diccionario de Derecho canónico*, dir. por C. Corral y J. M. urteaga, Madrid, Tecnos-Comillas, 1996, pp. 438-448, s. v. párroco y parroquia. Sobre el régimen jurídico actualmente vigente, vid. ARROYO VEGA, A., *La función del párroco al servicio de la comunión parroquial*. Tesis doctoral, dir. por J. San José Prisco, UPSA, 2012; D'OSTILIO, F., *Prontuario del Codice di Diritto Canonico. Tavole sinottiche*, 2ª ed. riv. e agg., Città del Vaticano, Libreria editrice Vaticana, 1983, pp. 240-243.

140 Observa Cavallario, D., *op. 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. cap. 1, y estos por sí mismos o por otros que lo puedan desempeñar si ellos estuviesen legítimamente impedidos: Tridentino ses. 5 de reform. cap. 2. En el mismo sentido, JOUSSE, D., *Traité du gouvernement spirituel et temporel des Paroisses...*, *op. cit.*, p. 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».

141 Vid. VILLARINO, R., S. J., *La parroquia y el párroco*, Bilbao, El Mensajero, 1900; GAUDEMET, J., *L'Église dans l'Empire Romain (Ive-Ve siècles)*. T. III, de Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident, dir. por G. Le Bras, t. III, París, Sirey, 1989, pp. 168-177. Cf. BOUIX, D., *op. cit.*, pp. 170-175 y 214

142 Concilio Cartaginense III, del año 419, cap. 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 deposcat...*». CAVALLARIO, D., *op. 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.

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

que dispuso: «*Secundum instituta praedecessorum nostrorum sub interminatione anathematis probibemus, ne monachi vel clerici causa lucri negocientur*», mientras en el Decreto de Graciano se lee: «*Negotiatorem clericum et ex inope divitem, ex ignobili gloriossum quasi quamdam pestem fuge*»¹⁴⁴.

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 legos¹⁴⁵. Bajo esta denominación general pueden comprenderse los de procuradores, mayordomos, apoderados, secretarios y los demás oficios que tengan por objeto el cuidado de cosas temporales¹⁴⁶.

Este planteamiento respecto de los clérigos, vigente en Derecho romano durante la época posclásica, viene expuesto por Gaudemet¹⁴⁷, desde tres pers-

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

145 Una constitución del emperador Constancio, C. Th. 16, 2, 16, ponía énfasis en que el Imperio se sostenía más con la religión que con los *munera* y servicios materiales de los clérigos, a los que, en C. Th. 16, 2, 42, se manifiesta que «*nihil commune clerici cum publicis actibus vel ad curiam pertinentibus habeant*», porque su misión principal es la de propagar la fe y ser testigo con la honestidad de su propia vida. DE GIOVANNI, L., *op. cit.*, p. 169. El concilio de Coyanza, anterior a la reforma gregoriana, de 1055, dispuso paladinamente: «*Et clerici nullum inde servitium laicis faciant, nisi sua voluntate et suorum episcoporum iussione*». GARCÍA Y GARCÍA, A., O. F. M., *Legislación de los concilios y sínodos del Reino leonés*, en *El Reino de León en la Alta Edad Media. II. Ordenamiento jurídico del Reino, León, San Isidoro, 1992*, p. 24. En el concilio provincial toledano, de 1565, aplicación de los decretos tridentinos, como recoge FERNÁNDEZ COLLADO, A., *Concilios toledanos postridentinos*, Toledo, Cromograf, 1996, pp. 569 y 608: «Prohíbe el Santo sínodo que los clérigos del orden sacro y los beneficiados sean mayordomos de los laicos y dispensadores de cosas seculares, y procuradores en tribunales civiles, a excepción de aquellos negocios en que según los cánones y por causa de piedad puedan ocuparse; y si no obedeciesen, los castigará el ordinario con la pena de suspensión del oficio y beneficio por seis meses».

146 En la Baja Edad Media, los clérigos se mezclaron en las disputas del foro, y fueron asesores en los juicios seculares, por lo que 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, 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. Cf. Nov. 123, cap. 5 (año 546). Esta realidad histórica viene sintetizada por Gaudemet, J., *La formation du droit seculier et du droit de l'Église aux IVe et Ve siècles*, 2ª ed., París 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...».

147 GAUDEMET, J., *Le Droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du IIIe au Ve siècle*, en *Ius Romanum Medie aevi*, Mediolani 1978, p. 82.

pectivas 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, se prohíbe a los clérigos recibir liberalidades *inter vivos* o testamentarias, de viudas y huérfanas¹⁴⁸.

En segundo lugar, el romanista francés¹⁴⁹ 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: 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.

148 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 parentesco, 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. Vid. para la normativa hispana de nuestro tiempo, que arranca de los fueros municipales, hasta el Código Civil de 1889, PRADA GUAITA, J. M. de, *La incapacidad para suceder del confesor. Comentario a la sentencia de 6 de abril de 1934*, en REDC 10 (1955) 437-453.

149 GAUDEMET, J., *Le Droit romain dans la littérature chrétienne occidentale du IIIe au Ve siècle...*, *op. cit.*, pp. 83-85.

b) *Contenido e interpretación de la decretal 3. 26. 10. Cap. Cum esses*

El instituto que nos ocupa, *Testamento ante el párroco*, dejando al margen otros aspectos de la sucesión testada¹⁵⁰, 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 XII¹⁵¹, e incorporada como norma general en la Compilación de las Decretales de San Raimundo de Peñafort, a finales del primer tercio del siglo XIII¹⁵². Una valoración del precepto, realizada sumariamente por Rugerio, refleja que¹⁵³ «*si Pontificis Decretalis favori publico congruit, Jurique naturae pariter adaptatur, ac miseras, nimiasque diligentias, quas jus humanum invenit, abrogavit, concludendum omnino videtur: praefatum cap. Cum esses, justum, rationale, et pium omni ex parte fore reputandum... rationabilis, aequa, ac omni ex parte utilis, et Ecclesiae necessaria fuit ipsa Decretalis promulgatio*»¹⁵⁴.

150 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, MURGA GENER, J. L., *El testamento a favor de Jesucristo y de los santos en el Derecho romano postclásico y justiniano*, en AHDE 35 (1965) 357-419; id., *Donaciones y testamentos 'in bonum animae' en el Derecho romano tardío*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968.

151 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.

152 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 7 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. PLÖCHL, W., *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.

153 RUGERIO, A. S. de, *De testamento canonico...*, op. cit., pp. 19-20.

154 La decretal *Cum esses* fue emanada por Alejandro III «*tanquam temporali Principe Status Ecclesiastici: non autem promulgata fuit ab ipso Papa, tanquam Papa, et Episcopo Universalis Ecclesiae, cui ex infinita potestate omnia subijciuntur*», dado que el Romano Pontífice, en el solio del Aula romana, se presenta bajo cuatro categorías: como vicario general de Cristo y obispo de la Iglesia Universal; como patriarca de Occidente; como obispo particular de la ciudad de Roma, «*quae particularis Dioecesis límites habet, quandoque intra quadraginta, interdum vero infra centum milliaria descriptos; et quarta, Imperatoris vel Principis temporalis Urbis, illiusque Italiae temporalis ditionis, quae sub utriusque mediati, ac immediati Status Ecclesiastici nomine explicatur*», aunque también de la ciudad de Benevento, en el reino napolitano, o Aviñón y condado de Nenaissinus, en las Galias. Rugerio insiste, frente a los ataques de los luteranos, que el Papa Alejandro III «*suis in utroque foro subditis leges ferebat; Hostiensibus nempe Civibus... non... legem civilem, qua Imperatores in Regionibus suae ditioni subjectis utuntur, improbare voluit; sed iudices etiam laicos in Ecclesiae patrimonio, non secundum Imperatorum jura; sed juxta Sacrorum Canonum leges, de testamentis judicare decrevit*». RUGERIO, A. S. de, *De testamento*

Sobre su alcance normativo, con la promulgación solemne, a través de la bula *Rex Pacificus*, del 5 de septiembre de 1234, y remisión a las Universidades parisina y bononiense, el Pontifice afirma: «*Volentes igitur, ut hac tantum compilatione universi utantur in judiciis et scholis, districtius probibemus, ne quis praesumat aliam facere absque auctoritate Sedis speciali*». Por consiguiente, es una ley universal, que obligaba a todos los fieles cristianos, indiferentemente que afectase 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*»¹⁵⁵.

En relación con el sistema de fuentes del Derecho Canónico, una vez promulgada la Compilación, Plöchl señala los siguientes aspectos relevantes: 1º. Todas las leyes generales que estuvieran en contradicción con la misma quedaban derogadas. 2º. Las leyes generales promulgadas después del Decreto de Graciano, y no comprendidas en esta nueva Compilación, debían considerarse abrogadas, aunque no contradijeran sus principios. 3º. El Decreto del monje Graciano mantenía plenamente su vigencia. 4º. El derecho particular, cualquiera que fuera el período de su emanación, no estaba abrogado, siempre que no contradijese las normas generales de la Compilación¹⁵⁶.

canonico..., *op. cit.*, pp. 22 y 32, con remisión a la doctrina de Diego de Covarrubias. Rugerio hace una síntesis de los planteamientos doctrinales que se emitieron sobre la decretal, comenzando por la cuestión más relevante, que dividió, a los canonistas, entonces sin posible concordia, pues observa que «*non adhuc cognosci possit, quae sit tutor, et recepta sententia: an dispositio hujus capituli Cum Esses servari dumtaxat debeat in Terris Ecclesiae Romanae, quoad temporalem jurisdictionem subiectis, vel etiam in Terris Imperij? Et tam in foro Ecclesiae, quam in foro civili? Et tam ad causas pias, quam ad causas profanas?*». *Ibid.*, pp. 30 y 41.

¹⁵⁵ «*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, KURTSCHIED, B., O. F. M. – WILCHES, F. A., 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 exprimunt, 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 con la nueva legislación. Finalmente, «*leges particulares sive ante sive post Decretum Gratiani latae, etsi sint contrariae, nova Compilatione non tanguntur*». Kurtscheid 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 inventi, ordinarie non mutavit, etsi textum legis correxit*.

¹⁵⁶ 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

La redacción de este precepto, X 3. 26. 10, es la siguiente¹⁵⁷:

Idem – Alexander tertius. Hostiensi episcopo. Valet testamentum, quod parochianus facit coram presbytero parochiali, et duobus testibus: nec valet contraria consuetudo, hoc dicit inbaerendo 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 testamenta¹⁵⁸.

Señala Bussi¹⁵⁹, que con esta decretal se produjo una verdadera y profunda innovación, aunque surgida para un caso concreto, adquiriendo gran importancia, tanto en el aspecto práctico, como en el histórico-dogmático. El

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. PLÖCHL, W., *op. cit.*, pp. 456-458.

157 *Decretales Domini GREGORII PAPAE IX: suae integritati una cum glossis restitutae*, Romae, in aedibus Populi Romani, 1582, cols. 1173-1174.

158 *«Quum esses, frater episcope, 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 aliis personis idoneis in extrema de cetero fecerint voluntate, firma decernimus permanere et robur obtinere perpetuae firmitatis, sub interminatione anathematis probibentes, ne quis praesumptione qualibet huiusmodi rescindere audeat testamenta».* FRIEDBERG, Ae., *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 escripto es que en boca de dos o de tres testigos fata IIIII. 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.

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

primero, que es 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 testigos¹⁶⁰, frente a los cinco o siete del Derecho romano¹⁶¹, mientras la presencia del párroco estaba garantizada, merced a la organización eclesiástica en la cercanía de cualquier ciudadano, además de fomentar la recogida de la última voluntad por escrito, la que aseguraba ausencia de modificaciones futuras, frente al simple testamento oral o nuncupativo¹⁶².

No podemos olvidar que un sector doctrinal, desde la Baja Edad Media, trató de aplicar el mismo criterio al testamento para causas pías y al de causas profanas, de modo que identificaron los requisitos, estableciendo la exigencia de algunos por simple analogía, a pesar de la inexistencia de apoyo legal para esta identificación, como recuerda Cabassutio, después de señalar la obligación en conciencia, que tenía el heredero, de ejecutar la voluntad del difunto, si ésta constaba verazmente, al referir la opinión de Guido Papa, que defiende su ejecución, siempre que el testamento fuera otorgado en caso de grave enfermedad, y en presencia del párroco, aspectos inexistentes en la decretal *Relatum*¹⁶³.

160 Según DAOIZ, St., *Juris Pontificii summa, seu index copiosus*, pars secunda, Mediolani 1745, p. 390: s. v. testamentum: «In testamento de iure canonico non est necesse, quod testes subscribant, nec quod sint rogati, dicto capite cum esses».

161 Sobre el testamento nuncupativo y su evolución histórica desde el Derecho romano, vid. por todos, RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *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; OBARRIO, J. A., *El testamento...*, op. cit., pp. 47-166.

162 Desde el punto de vista histórico-dogmático, esta 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.

163 CABASSUTIO, Io., *Juris Canonici theoria et praxis, ad forum tam sacramentale, quam contentiosum, tum ecclesiasticum, tum saeculare. Opus exactum non solum ad normam Juris Communis et Romani, sed etiam Juris Francici*, Lugduni, apud Boudet, Declaustre, Deville et de la Roche, 1719, pp. 568-569: «Cum vero ultimas voluntates valere ad pias causas, etiamsi non plures quam duo, vel tres testes intervenerint», frente a los siete del *Ius Civile*, introduce la cuestión de la presencia del párroco, a la hora de otorgar dicho testamento, «sed dictum cap. Relatum, nihil de Parocho dicit, etsi vero glossa d. cap. Cum esses, dicat habere locum in terris Ecclesiae, attamen Guido Papae doctor gallicanus, dicit habere quoque locum in aliis ditonibus et terris; ita tamen ut velit non aliter valere cum duobus tribusve testibus, nisi in infirmitate gravi et si praesentia Curati concurrat: non alio nixus fundamento, nisi d. cap. Cum esses, quae tamen necessitatem non probant extremi morbi, aut praesentiae curati: quae duae conditiones non apponuntur in cap. Relatum. Sed non advertit Guido Papae dictum c. Cum esses loqui de quocumque testamento etiam in causis profanis, ut valeat cum duobus testibus, modo curatus quoque interfuerit. At vero cap. Relatum, non loquitur nisi de dispositionibus ultimarum voluntatum ad pias causas, ideoque non requirit aliud in his nisi duorum testium praesentia. Item cap. Cum esses, non videmus recipi ne nunc quidem in terris Ecclesiae. Caput autem Relatum servatur et in terris Ecclesiae,

Seis aspectos destacan en el cap. *Cum esses*¹⁶⁴, algunos de los cuales están vinculados estrictamente con la Recepción del Derecho romano: 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 aplicable¹⁶⁵. 3. Dicha costumbre era contraria a tres fuentes normativas de primer nivel para la Iglesia: a) una costumbre universal propia¹⁶⁶; 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 rescripto¹⁶⁷. 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

et alibi pariter, atque adeo in Gallia, ut testatur Tiraquellus in tractatu de privilegiis causae piae, et alii Gallicani Doctores.

164 Recuerda BEROIUS, A., *In librum tertium Decretalium commentarii*, Venetiis, apud D. Nicolinum, 1580, fol. 76v, a propósito de la institución de heredero: «*De iure canonico aliud dicendum est... quia ius canonicum solum effectum considerat, non autem modum, neque formam, ut in capitulo cum esses, capitulo relatum de testamentis. Solam etiam veritatem, aequitatem et voluntatem testatoris attendit, non autem iuris subtilitatem... Baldus inquit ius canonicum in aequitate esse fundatum.*»

165 Sobre el alcance de la costumbre, como regla jurídica, resultan muy ilustrativas las palabras de SCHOTANO, B., *Examen iuridicum: quo omnes materiae tituli que Iuris Civilis in Digestis, Codice, nec non in Novellis propositi, explicantur*, Amstelodami, ex of. 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... 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.*»

166 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 alude al mismo la obra de Glanvill, en su *Tractatus de consuetudinibus regni Angliae*, datado en el período de promulgación de la decretal, entre 1187 y 1188. Sobre la teoría de la costumbre en Derecho canónico, vid. VAN HOVE, A., *DDC*, dir. por R. Naz, t. IV, Paris, Letouzey et ané, 1949, cols. 731-755, s. v. coutume; GAUDEMET, J., *La doctrine canonique médiévale*, Paris, Variorum, 1994, pp. 224-251, con el título *La coutume en Droit Canonique*.

167 Cf. SAHAGÚN DE VILLASANTE, D., *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. Sonnum, 1605, fol. 1rv; fols. 13v-14r; fol. 20r; fol. 24v y fols. 35v-36r.

Derecho romano¹⁶⁸. 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 autor¹⁶⁹.

El primer punto señalado no presenta especial aclaración, puesto que el emperador del Sacro Romano Imperio Germánico acogió el Derecho justinianeo 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*¹⁷⁰.

168 Una de las cuestiones reiteradas entre los juristas, legistas y canonistas, desde la Edad Media, era el origen del testamento, para determinar posteriormente la autoridad que disfrutaba de capacidad legal para establecer los requisitos correspondientes. Sirva como testimonio, CEVALLOS, Hier. de, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, t. V, Antuerpiae, apud Io. Keerbergium, 1623, t. II, p. 29, q. 512: «An testamentum sit iuris gentium vel civilis. Et quidem, quod sit iuris civilis tenet Dinus et glosa, sed Orosius et Gutierrez et duas opiniones contrarias refert Menchaca. Sed contrariam sententiam, quod testamentum origine et substantia sit iuris gentium, licet quoad solemnitates sit iuris civilis, tenet Bartolus, Iaso, Covarrubias, Antonius Gomez et ante omnes dicit communem Abbas et Fortunius, Rodericus Suarez, Alciatus in l. nihil aliud n. 14 de verborum oblig., Viglius, et ante omnes Theophilus et Peralta et hanc dicit veriore et magis communem opinionem Gutierrez. Quae opinio verissima est et ab ea non est recedendum».

169 El jesuita Luis de Molina hace una valoración sumaria de algunos aspectos: MOLINA, L., S. J., *De iustitia...*, op. cit., col. 725: «Ex dictis patet, quando Alexander 3 dixit, alienum esse a divina lege, sanctorum Patrum institutis, et consuetudine Ecclesiae, ut invalida sint testamenta sine septem aut quinque testibus, non voluit affirmare, esse contrarium: quippe cum neque divinum ius, neque Patres, aut ecclesiae consuetudo id fieri prohibeant, praesertim si particulares aliquae, cur ita statuatur, adsint causae: sed voluisse dicere, esse alienum, hoc est dissimile, minime conforme: quando autem non est praeceptum conformandi sanctiones seculares sanctionibus quibusdam positivis, quae in veteri lege reperiuntur, aut quae regulariter a patribus in Ecclesiasticis causis servantur, non tenentur principes seculares se illis conformare, praesertim quando adsunt peculiare causae aliter aliquid statuendi. Improbatur ergo Alexander 3 seu abrogat consuetudinem illam quantumvis praescriptam, solum ut in posterum non servetur in terris temporalis ipsius dominio subiectis: non vero ut invalida fuerint, quae iuxta illam usque ad illud temporis momentum fuerant facta. Illud etiam observa, prohibitionem illam sub anathematis interminatione, ne quis rescindere audeat testamenta illa, non esse latae sententiae, sed ferendae, ut Panormitanus Covarrubias et alij doctores ibi communiter affirmant».

170 Examinando la situación del Derecho castellano, RODRÍGUEZ DE FONSECA, B. A., *Digesto teórico-práctico o recopilación de los Derechos comun, real y canonico, por los libros y titulos del Digesto. Traducción literal al castellano de todas las leyes y párrafos del Digesto, expresion 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 exposicion 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 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

El segundo punto trata del valor de la costumbre¹⁷¹, en base a la cual en un territorio sometido al poder del Papa se aplica el Derecho romano, como derecho consuetudinario. Aunque el origen de la costumbre, como fuente del Derecho, se pierde en los orígenes de Roma¹⁷², su elaboración proviene de la jurisprudencia clásica, ya que Juliano, en el fragmento 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, Tit. ex corp. Ulp. 1, 4 y el de Hermogeniano, en D. 1, 3, 35.

Los dos elementos básicos para la validez de la costumbre son la duración prolongada de su vigencia y el tácito consentimiento¹⁷³, que sirven para elevar la realidad de hecho, en que consiste, en regla jurídica. Desde Constantino, a partir de C. I. 8, 52 (53) 2, del año 319 d. C., se reconoce el valor normativo de la costumbre, pero de nivel inferior a la ley: «*Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem*»¹⁷⁴, lo cual enlaza con la supremacía de poder que concentra la figura del Emperador, de donde dimana la fuerza vinculante de cualquier regla vigente¹⁷⁵.

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, conforme a la fórmula empleada: «*perpetuae legis vicem obti-*

171 Vid. GARCÍA SÁNCHEZ, J. – GARCÍA FUEYO, B., *Juan de Polanco, un jurista burgalés del siglo XVI, y su doctrina sobre la costumbre*, en *Droit et moeurs. Implication et influence des moeurs dans la configuration du droit*, Jaén, Universidad, 2011, pp. 287-307.

172 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*». VERGAS, R. de, *Interpretatio rubricae et cap. primi de Constitutionibus*, Salmanticae, exc. P. Lassus, 1602, p. 3.

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

174 Cf. X 1, 4, 11.

175 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*. Cf. LOMBARDI, G., C. 8, 52 (53) 1, en SDHI 17 (1951) 281-287.

*nere statuimus*¹⁷⁶. Ante la aparición de nuevas reglas consuetudinarias, los emperadores romanos, de época posclásica, no dudan en reconocer que su vigencia planteaba dudas¹⁷⁷, las cuales desaparecían o bien mediante el respaldo que obtenían del poder político imperial¹⁷⁸, «*sententiae principalis auctoritas*», o de la «*suggestio iudicantis*», es decir, del juez¹⁷⁹.

El régimen aplicable a la costumbre desde el Medievo viene expuesto, sucintamente, pero con claridad, por Sahagún de Villasante¹⁸⁰, aunque la Iglesia acogió, en esta materia, el planteamiento posclásico romano, lo cual hace reflexionar a Gaudemet¹⁸¹, 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

176 Cf. CARTAGENA, B. A., *Enchiridion juris utriusque: seu definitiones, distinctiones, quaestiones clare et brevier definitae Iuris Canonici et Civilis*, Matrithi, apud Jo. Ibarra, 1782, pp. 11-12.

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

178 Sirva como referencia la exposición de FERNÁNDEZ DE OTERO, J., *Singularium interpretationum iuris pontificij liber unicus*, Bononiae, apud haer. Io. Rossij, 1616, pp. 20-21: A pesar de que algunos autores defendieron que «*consuetudine induci non posse, ut testium numerus a iure praescriptus augeatur, vel minuat: lege enim Divina constitutum extat, ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum, ut constat ex Dt. 19, Mat. 18, Lc. 17 y Juan 8, quae sententia expresse probatur ex c. cum esses de testamentis, ubi Alexandro 3 consuetudinem exigentem septem testes in testamento improbat tanquam a lege divina alienam. Sed contraria sententia verior est quam probant Abbas, Decius, Ferretus, Misinger, Ripa, Corrasius, Soto, cum relatis a Zenedo*».

179 Por último, entre las notas exigidas a la costumbre para que sea considerada una fuente normativa, además de ser racional y el transcurso del tiempo, era preciso el consentimiento de los ciudadanos. Cf. TREVISANUS, Th., *De privilegijs sponsaliorum tractatus*, Venetiis, apud R. Meietum, 1598, fol. 10v. Una cuestión, que interesó a la doctrina, es la diferencia entre costumbre y prescripción. Vid. BELLAMERA, E. de, *Consilia*, Lugduni, V. de Portonaris, 1512, fol. 30rv.

180 «*Consuetudinem esse ius ex frequentia eorumdem actuum communitatis introductum legis auctoritate... Unde deducitur primo ut consuetudo legitima sit legis auctoritate ut introducatur necessarium fore, unde secundo continent plures inutiles 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*». SAHAGÚN DE VILLASANTE, D., *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 *tactus 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. Cf. WEHRLÉ, R., *De la coutume dans le droit canonique: essai historique s'étendant des origines de l'Eglise au pontificat de Pie XI*, París, Sirey, 1928, especialmente pp. 133-136, 394-396 y 420-423.

181 GAUDEMET, J., *La formation du droit seculier et du droit de l'Eglise aux IVe et Ve siècles*, 2ª ed., París 1979, p. 230. Un estudio sistemático de la «canonización» de normas civiles por parte del Derecho canónico, y la relación con el instituto de la recepción, incluyendo la terminología, a lo largo de la historia, y la significación especial de la decretal X 5, 32, 1, de Lucio III, vid. en CASSOLA, O., *La recezione del Diritto civile nel Diritto canonico*, Tortona, San Giuseppe, 1941, con particular reconocimiento para las reglas jurídicas, relativas al ámbito procesal y patrimonial, hasta los modernos Códigos.

du XIIIe et du XIIIe 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'Eglise catholique la plus authentique héritière de l'Empire romain»¹⁸².

El cuarto punto merece una consideración singular, ya que da lugar a la emanación de un rescripto¹⁸³. Señala Le Gauffre¹⁸⁴, 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). König¹⁸⁵, 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*

182 Vid. como bibliografía sobre la costumbre en Derecho canónico, SUÁREZ, F., S. I., *De legibus*, Lugduni, sumptibus H. Cardón, 1619, pp. 455-510: *Liber septimus, de lege non scripta, quae consuetudo appellatur*; BARBOSA, A. Barbosa, *Jus ecclesiasticum uniuersum, libri tres*, Lugduni, sumptibus P. Borde, J. et P. Arnaud, 1699, t. I, p. 252: «*consuetudo ut inducatur contra canones, requiritur scientia et expressus consensus Papae, etiam quantocunque temporis spatio illa fuerit servata*»; ENGEL, L., *Collegium uniuersi iuris canonici*, ed. 7ª, Venetiis, J. Bettinelli, 1733, pp. 27-29; SCHMALZGRUEBER, F., S. I., *Jus ecclesiasticum uniuersum*, t. I, Neapoli, 1738, p. 16; LANCELOTTO, J. P., *Institutiones iuris canonici, quibus jus Pontificium singulari methodo comprehenditur. Adjectae sunt hac editione J. Doujatii novae atque uberes notae*, Venetiis 1770, pp. 24-26; MORALES Y ALONSO, J. P. *Tratado de Derecho eclesiástico general y particular de España*. Libro isagógico o sea prolegómenos de la ciencia canónica e Historia externa de la misma, 2ª ed., Sevilla 1889, pp. 155-162; TILLOY, A., *Traité théorique et pratique de Droit Canonique*, t. I, París 1895, p. 9: El derecho no escrito, también llamado derecho consuetudinario «est celui qui s'est introduit par la coutume ou la pratique de l'Eglise». Puede ser general o particular, según sus prescripciones abarquen a toda la Iglesia, o solo a las iglesias de una provincia, diócesis o nación; GOLMAYO, B., *Instituciones del Derecho Canónico*, 7ª ed., t. I, Madrid 1896, pp. 36-37; AGUIRRE, J., *Curso de disciplina eclesiástica general, y particular de España*, 3ª ed., t. I, Madrid 1871, pp. 123-126; WALTER, M. F., *Derecho Eclesiástico Universal*, 8ª ed. alem., trad. por J. M. B., cor. y anot. con arreglo a la disciplina española por el Dr. J. Pérez y Angulo, t. 1, Madrid 1871, pp. 75-76; MANJÓN, A., *Derecho eclesiástico general y español, t. I. Parte general*, 2ª ed., not. modif., Madrid 1891, pp. 139-144.

183 Siniscalco, al tratar del poder imperial supremo, que era extraordinariamente amplio, ya en el período clásico, señala que «egli ha assoluta preponderanza nell'esercizio del potere legislativo... a lui è dato di fondare o di concedere privilegii... Attua il potere legislativo emanando *constitutiones*, che si distinguono in diverse categorie... i *rescripta*, pareri giuridici vincolanti dati a un quesito proposto alla somma autorità per iscritto da un funzionario dell'Impero o da un privato ed aventi valore non generale, ma specifico rispetto al caso per cui erano stati sollecitati». SINISCALCO, P., *Gli imperatori romani e il cristianesimo nel IV secolo*, en *Legislazione imperiale...*, *op. cit.*, p. 70. Esto cambia con su inserción en el *Corpus Iuris Civilis*, tal como vemos en la rescisión de la compraventa por lesión enorme en C. I. 4, 44, 2.

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

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

*concedi quae sunt contra bonos mores aut ius tertii*¹⁸⁶. Coriat¹⁸⁷, tratando de la técnica legislativa a finales del Principado, insiste que los rescriptos son contestaciones escritas para dar respuesta a cuestiones relacionadas, a menudo, con un proceso. Es una respuesta jurídica, que recibe aplicación si las condiciones referidas en la petición realmente existían, correspondiendo al juez el verificar los hechos alegados, y el sólido fundamento de la súplica elevada.

Por lo que se refiere a los efectos del rescripto, uno es general y otro especial. «*Generalis: seu cuilibet rescripto communis effectus est, quod in negotiis et inter personas, in quibus et inter quas rescriptum conceditur, jus statuat, obligetque ad observationem omnes, ad quos dirigitur, nisi aliquid insolitum, a recta ratione alienum vel contra publicam utilitatem mandetur*»¹⁸⁸.

Murillo Velarde¹⁸⁹, 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*»¹⁹⁰, como ocurrió con la decretal *Cum esses*.

Leonelli pone de relieve las características propias de un rescripto público, y su alcance¹⁹¹, recordando Rosa que la validez del rescripto depen-

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

187 CORIAT, J.-P., *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du Droit imperial a la fin du Principat*, Rome, Ecole Française de Rome, 1997, p. 77. Este autor reconoce que los rescritos son la principal fuente de la legislación imperial en el siglo III d. C., constituyendo precedentes aplicables en casos análogos.

188 Cf. DAOIZ, St., *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. VILLAGUT, A., *Consultationes decisivae*, Venetiis, apud D. Zenarium, 1601, fols. 471r-473r.

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

190 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 schedula Regia, hispane Cedula Real, et si haec in alia posteriori sit inserta, Sobrecarta dicitur... A viva vocis oraculo differt, quia hoc verbo, seu viva voce datur, licet postea redigatur in scripturam*», que fue nuestro supuesto de análisis.

191 LEONELLI, Io. B., *Tractatus de subreptione rescriptorum*, Venetiis, apud Fl. Pratum, 1601, fols. 1r-2v: «*Quid sit rescriptum: breviter nunc adnotemus quid proprio iudicio sit tenendum. Publicum igitur rescriptum in genere sumptum nil aliud videtur esse, nisi quaedam humana ordinatio singularis, clara, utilis, iusta, et possibilis, facta et concessa ab habente iurisdictionem ob bonum principaliter privatum, et aliquando publicum super propria materia, et cum legitima causa ad instantiam alicuius vel*

día de la veracidad de los hechos alegados ante la autoridad concedente, que en este caso era el Pontífice, puesto que si no eran ciertos, faltaría voluntad por parte del Papa, y entonces sería nulo¹⁹².

Cerami y Púrpora¹⁹³ señalan 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.

Osaba¹⁹⁴, 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.¹⁹⁵.

motu proprio obligans in suo genere ad eius observantiam etc... Rescriptum imitatur legem ut adnotant doctores, et sicut ad legem requiruntur causae, et circumstantiae, ita etiam hoc idem videtur dicendum de rescriptis. Unde dixi primo, humana ordinatio etc. quia etiam lex est quaedam humana ordinatio, según santo Tomás y Soto. Secundo, dixi singularis, ad differentiam legis, quae Semper debet esse communis. Tertio dixi, clara, utilis, iusta et possibilis, quia in hoc convenit cum lege. Quarto, dixi facta et concessa ab habente iurisdictionem etc. ad differentiam rescripti privati etc. Quinto, dixi ob bonum privatum et aliquando publicum, quia Princeps rescribit aliquando in poenam, et aliquando in commoditatem alicuius, et sic rescriptum dicitur factum aliquando ad unum et aliquando ad alium finem. Sexto, dixi principaliter, quia reductivè semper debet respicere bonum commune. Septimo, dixi super propria materia, et cum legitima causa, como enseña Cayetano en la Summa, tomándolo de Santo Tomás, quod lex dicitur iusta, et respective iniusta, aliquando a materia, aliquando a fine, aliquando a forma et aliquando ab authore, unde hoc idem puto dicendum de rescripto etc. Octavo dixi ad instantiam alicuius, vel motu proprio, quia ita legimus in iure. Nono, dixi obligans in suo genere, quia sicut lex in suo genere omnino obligat, ita quoque hoc idem dicendum de rescriptis in casu suo, cum faciat ius, ut supra diximus.

192 ROSA, Th. de, *Tractatus de executoribus litterarum apostolicarum tam gratiae, quam iustitiae...*, Venetiis, apud P. Balleonium, 1617, p. 92: «omnia rescripta habent in ventre illam clausulam et tacitam conditionem, quamvis illa non exprimat, si preces veritate nitantur, nam si deficit intentio, deficit et consensus concedentis: gesta vero absque consensu nulla sunt». En el mismo sentido se pronuncia DAOIZ, St., *Juris Pontificii summa, seu index copiosus, pars secunda, Mediolani 1745*, pp. 317-319: «Rescriptum stricte dicitur illud quod emanat ad iuris substantiam. In rescripto Apostolico semper subintelligitur clausula, si preces veritate nitantur, etiamsi non sit apposita. Rescriptum Papae per multas manus transit, et magna maturitate decoquitur: et ideo nullum vitium, etiam in latinitate, continere debet. Rescripta non extenduntur ad res vel ad personas in eis non comprehensas. Rescripta sunt stricta intelligenda. Rescripta contra ius, vel publicam utilitatem non valet. Rescriptum datum ad alterius consultationem, censetur Decretalis epistola. Rescriptum non tollit legem contrariam, nisi in eo fiat mentio de lege. Rescripta contra ius valent, quando constat de certa scientia principis».

193 CERAMI, P. – PURPORA, G., *Profilo storico-giurisdizionale del Diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 167-168.

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

195 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

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 fundamentación¹⁹⁶.

Mientras la costumbre local de Ostia, que ahora se deroga¹⁹⁷, 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 materia de derecho consuetudinario europeo será suficiente recordar que en Inglaterra, donde la materia testamentaria era competencia del fuero eclesiástico, se probaba el testamento a través de la deposición de dos testigos, como refiere Bracton¹⁹⁸, y confirma el manuscrito estudiado por Ferme¹⁹⁹.

se convierten en disposiciones que debía respetar el juez o autoridad de quien dependía 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. OSABA, E., *op. cit.*, pp. 25-29. Cf. AMELOTTI, M. y otros, sotto la dir. di M. Talamanca, *Lineamenti di Storia del Diritto romano*, 2ª 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 el que los romanos asumían ese criterio, es decir, «da ora legge in perpetuo», mientras el uso ordinario de los *rescriptos* proviene desde la época del emperador Adriano. BONFANTE, P., *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. VOLTERRA, E., *Il problema del testo delle Costituzioni imperiali*, Firenze, L. S. Olschki, 1971, pp. 821-825; D'ORS, A., *Rescriptos y cognición extraordinaria*, en AHDE 47 (1977) 5-41; CORIAT, J. P., *La technique du rescript à la fin du Principat*, en SDHI 51 (1985) 348; PALAZZOLO, N., *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.

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

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

198 BRACTON, H. de, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, texto bil., lat.-inglés, vol. I-1º, London, Longman, 1878, pp. 486-487: la discusión procesal sobre los testamentos pertenece al fuero eclesiástico, pero para probar su contenido bastan dos testigos: «*Fieri autem debet testamentum liberi hominis, ad minus coram duobus, vel pluribus viris legalibus et honestis, clericis vel laicis, ad hoc specialiter convocatis, ad probandum testamentum defuncti, si opus fuerit, si de testamento dubitetur*».

199 FERME, B. E., *The Canon Law Culture of Medieval England*, Periodica de re canonica 82 (1993) 38-40: insiste en el derecho inglés medieval, que para el testamento nuncupativo y su prueba es válido en Inglaterra solamente por el hecho de que concurren dos testigos, sin que sea precisa la presencia del párroco, y adhiriéndose al criterio de Antonio de Butrio, rechazado por el Abad Panormitano, que exigía la presencia del párroco y dos testigos. Butrio, fallecido en 1408, entiende que con dos testi-

También resulta del mayor interés la normativa que refieren las *Exceptiones Petri*, por su territorio de vigencia, e incidencia en derecho germano, lo que hace que en el *Libro de Tubinga*, en consonancia con el *Epitome Iuliani*, rija en esta materia la costumbre del lugar, a la que se refiere Gouron²⁰⁰, para mostrar cómo un testamento medieval francés se prueba válidamente, en su contenido, con un reducido número de tres testigos.

De las costumbres francesas, la de París, estudiada especialmente por Charles du Moulin²⁰¹, y con especial incidencia en otros territorios del país galo, resulta de la mayor relevancia, y a tenor de la misma era suficiente la

gos es suficiente, y la referencia al párroco es meramente accidental y no sustancial. En la XV centuria, Lyndwood acoge los argumentos de Butrio, y entiende que bastan que sean testigos idóneos legalmente competentes, amparándose en la *aequitas*, ya que afirma: *cum omnis suadet aequitas ut indubitata voluntas defuncti impleatur*. En el ms. Provinciale p. 174^a, a. v. Probatís, se lee: (ibid., p. 63 nota 36): «*Per testes enim probari potest ubi duo integri testes super hoc producuntur, et clare deponunt... Sufficit namque aequitatem canonicam, ut per duos testes integros omni exceptione majores falsitati non consentientes, constet de voluntate defuncti ad effectum, ut demandetur executioni, sive sit facta ad pias causas, sive ad non pias*», recordando el texto de la decretal de Alejandro III, que sitúan entre 1167 y 1172, de dos o tres testigos, añadiendo «*cum omnis suadet aequitas ut indubitata voluntas defuncti impleatur... Et hoc etiam dicit esse verum, licet testes interesentes ad hoc rogati non essent; cujus tamen contrarium tenuit Fredericus suo Consilio 107. Ego vero ad biero Antonio, nam ejus opinionem in Anglia approbat generalis consuetudo*». En el mismo sentido, FERME, B. E., *Canon Law in Late Medieval England. A Study of William Lyndwood's Provinciale with particular referente to Testamentary Law*, Romae, Pontificia Studiorum Universitas Salesiana, 1996, p. 43: a propósito de la legislación provincial en los concilios y sínodos, el punto de partida es «*possunt... archiepiscopi et episcopi constitutiones facere iuris communis declaratorias et revocatorias... possunt etiam constitutionibus papalibus addere, et eas supplere, et ad correctionem eorum statuta facere praeceptoría, prohibitoria, et poenalia, dum tamen ius commune non subvertant*». Recuerda Ferme que para Lyndwood «two witnesses vere sufficient to prove the truth of a testament. In this he was following Antonius de Brutio and was based on the argument that in consiente it was sufficient for the intentions of the deceased to be established by Duch proof as would be equally sufficient in the law of nature. While it was one of the forms required for the civil law testament that the witnesses should not only be present but should also be specifically requested by the testator to attest to the testament, de Butrio (and Lyndwood) held requirement superfluous according to the law of nature as it was not necessary to qualify a witness to depose to any other matter of Fac.. As long as the testator clearly expressed his last intentions in the presence of witnesses legally competent, the act was valid».

200 GOURON, A., *Droit et coutume en France aux XIIIe et XIIIe siècles*, Hampshire, Variorum, 1993, p. 137 : *Libro de Tubinga*, cap. 66, en línea con las *Exceptiones Petri* IV, 11, y siguiendo a *Epitome Iuliani* 66.12 : «Les solemnités testamentaires sont soumises à la *consuetudo regionis*». Esto explica que, en p. 287, analice el testamento de Barnard Aton, redactado en presencia de la vizcondesa «et de trois autres témoins supplémentaires», para respetar la norma particular del testamento romano en materia de prueba testifical.

201 Sobre el Derecho francés, especialmente la costumbre en materia testamentaria, comenzando por la de París, vid., DU MOULIN, C., *Commentariorum in consuetudines Parisienses*, prima pars, Parisiis, apud L. Preux, 1539; 2ª parte, *Commentariorum analyticorum in consuetudines Parisienses*, Parisiis, apud G. Buon – F. Le Preux, 1564; BOURDOT DE RICHEBOURG, Ch. A., *Nouveau Coutumier General : ou Corps des Coutumes Generales et Particulieres de France et des Provinces connues sous le nom des Gaules*, Paris, Th. Le Gras, 1724; FURGOLÉ, J. B., *Traité des testaments, codicilles, donations a cause de mort, et autres dispositions de dernière volonté, suivant les principes et les décisions du Droit romain, les ordonnances, les coutumes et maximes du royaume, tant des pays du droit écrit que coutumiers, et la jurisprudence des arrêts*, nouv. ed., rev., corr. et augm., Paris, Les libraires associés, 1777, t. I: sobre la forma del testamento.

presencia de tres testigos²⁰². En la costumbre de Bretaña, tal como verificó d'Argentré, se exigía la presencia del notario o del párroco y dos testigos²⁰³, o en la de Auvergne, se precisa un menor número de testigos de los exigidos por el *Ius Commune*, ya que en este último supuesto era el de cuatro, sin necesidad de la concurrencia del notario, puesto que se valoraba, *modo canonico*, que dos testigos equivalían al notario²⁰⁴, sin olvidar la norma vigente en Flandes, en cuyo territorio se aplica el derecho vigente del territorio en el que están sitos los bienes, a diferencia del principio general que rige esta materia, por el cual se aplica el derecho vigente en el lugar de otorgamiento del testamento²⁰⁵. Finalmente, para mostrar el alcance de una normativa muy

202 BELLAMERA, E. de, *Consilia*, Lugduni, J. de Cambray, 1512, fol. 75rv: «*Ad dubium quo queritur an attendendum debeat consuetudo parisiensis, secundum quam factum testamentum coram duobus testibus valet et tenet et habito pro constanti quod talis consuetudo valeat... alienigena testari potuit parisiis iuxta consuetudinem parisiensem et quod tale testamentum porrigitur ad bona alibi ut pote in imperio sita... et quia consuetudo talis respicit solemnitatem testandi attendi debet locum ubi fit testamentum non ubi sunt bona... testamentum ex consuetudine cum duobus testibus valet.*»

203 D'ARGENTRÉ, B., *Commentarii in patrias Britonum leges, seu Consuetudines generales antiquissimi Ducatus Britanniae*, ed. alt. em. Et auct., Parisiis, sumpt. N. Buon, 1614, cols. 2033-2034: tit. 23, *de testamentis et legatis*, art. Ve LXX: «Si testament est fait durant la santé du testateur... Et s'il est fait durant sa maladie, ou par personnage qui ne sçache signer, sera requis qu'il soit signé du Recteur de la paroisse, et d'un Notaire, ou du Recteur, presens deux tesmoins, ou de deux notaires, ou d'un notaire avec la presence de deux tesmoins gens de bien, et dignes de foy, lesquels tesmoins signeront, s'il sçavent signer». Texto en latín: «*Testamentum durante testatoris sanitate conditum, et ante morbum... et si factum sit in testatoris morbo, aut per personam, qui litteras nesciat, necessarium erit ut subsignatum a parocia Rectore sit, et notario, vel a Rectore duobus accitis testibus, aut duobus notariis, aut ab uno notario praesentibus duobus testibus probatae fidei, et dignis fide, qui testes subsignabunt si subsignare didicerint.*»

204 PUBLITIUM, Ay., *Commentarii in consuetudines Arvernicae*, Parisiis, apud A. Angelier, 1548, fol. 58rv: Art. 48: «*Et ne seront les dictes ordonnances et dispositions de derniere volonté ainsi reduictes audict quart, invalidées par faulte d'institution d'heritier, caducité ou preterition, ne aussi par faulte de nombre de tesmoings par de droit, pourvu qu'il y en ait deux avec le notaire, ou quatre tesmoings sans notaire. Ista consuetudo magis adhaeret iuri canonico, ubi sufficiunt tres testes cum parochiano c. cum esses et iuri divino dicenti: in ore duorum vel trium stat omne verbum, quam iuri civili: de quo requiruntur septem testes, defectus unicus vitiaret testamentum... consuetudo vult quod in ultimis voluntatibus sufficiant notarius et testes duo, aut quatuor sine notario: et sic secundum consuetudinem duo testes aequivalent uni notario: Regula est quod quando notarius reperiri non potest, tunc duo testes adiciuntur loco eius... et sic in subsidium.*» La costumbre debe tener una interpretación restrictiva, y la regla del *Ius commune* o civil es de siete testigos. Cf. BESSIANI, Io., *Arvernorum consuetudines*, Lugduni, apud A. Vincentium, 1548, conforme al art. 57, para la validez del testamento son suficientes cuatro testigos, si no hay notario.

205 BURGUNDI, N., *Ad consuetudines Flandriae aliarumque gentium, tractatus controversiarum... cui cum accedit Auctarium, De modo Juris dicundi et iis qui jurisdictioni in Flandria praesunt*, ed. ult., Arnheimii, Jo. Jacobi, 1646, p. 5: «*Nos consuetudinem vocamus, quod quisque populus jus sibi constituit.*» Ibid., pp. 165-166: «*Testamenti solemnitas es qualitas bonis impressa. Apud Belgas testatores compelluntur ad solemnitates, ubi bona sunt sita. Siquidem solemnitates testamenti ad jura personalia non pertinent; quia sunt quaedam qualitas bonis ipsis impressa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat... nec alieni territorii leges in se recipiant... Molinaeus ad Consuetudinem Parisiensem... sed ex edicto Principum nostrorum, Anni 1611, art. 12, ad solemnitates ejus territorii ubi bona sunt sita, testatores compelluntur... etiam mihi videtur consequens, juris civilis rationem exigere in testamentis exarandis adhibitionem solemnitatis, quam praescripserit consuetudo cujusque possessionis. Nam*

variada a nivel europeo, en la que no se aplicaba el Derecho común con los siete testigos, será suficiente el testimonio de Castillo de Bobadilla²⁰⁶:

También tienen prerrogativa los regidores de la ciudad de Norimberga, según Antonio Gerardo y otros, que valgan los testamentos en que dos Regidores son testigos, porque se presume, que personas que han de tener tantas calidades para regir y gobernar la Republica, son de tanto credito y autoridad, que basta el testimonio de dos en aquellos actos que las leyes mandan que se hagan en presencia de muchos testigos; y no es mucho que las leyes confien mas de unas personas que de otras... y esta razon parece que movio al Papa Alexandro Tercero, para decidir que valiesen los testamentos de los parrochianos, en que el presbitero cura dellos fuesse testigo con otros dos ò tres: y esta es la verdadera razon de decidir de aquel texto, y no la que trae Francisco Conano, libro 8 cap. 2 *Commentariorum juris civilis*, de que el Papa Alexandro quiso por aquella via que los sacerdotes pudiesen fácilmente adquirir las haziendas de sus parrochianos: y esto sintio Bartolomé Filipe, contra otros entendimientos que Covarruvias y los que el refiere ponen à aquel texto.

Una disputa doctrinal, de gran interés, se refiere a la valoración del requisito de los testigos, debatiendo los autores, ampliamente, si era sustancial²⁰⁷ o meramente probatoria. Alciato se adhiere, entre los civilistas, a esta tesis última²⁰⁸,

si ex solemnibus testamento nascatur jus in ipsa re, quomodo id potest praestare alterius regionis consuetudo, quae alienis fundis alterationis necessitatem imponere non potest.

206 CASTILLO DE BOVADILLA, Lic. *Política para corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz y de guerra*, ..., t. II, Amberes, hermanos de Tournes, 1750, p. 126.

207 GALVANI, M. A., ferrariensis, *De usufructu. Dissertationes variae. Tractatibus nonnullis per occasionem intercisae, ad potissimum... De iure testamentorum... et quod Leges Codicis non corrigant leges Digestorum*, Patavii, typ. P. Franbotti, 1596, pp. 77-82: «Iste sive quinarius, sive septenarius testium testamentorum numerus, omnino referendus est ad publicum modum testandi. Isti testes debebant esse cives romani et puberes, et testator sententiam suae voluntatis coram istis quinque sibi expromebat. Hi testes adhibentur ad actus testamentarij non modo fidem, et probationem, sed etiam solemnitatem, ac formam publicam, cum hi testes rogati habeant vicem omnium civium in comitijs publicis rogatorum». Cf. CRASO, M., *Tractatus de successione tam ex testamento quam ab intestato: et aliarum ultimarum voluntatum*, Lugduni 1686, pp. 337-340: «Solemnitas testium est de forma substantiali et etiam probatoria, ita ut non tantum numerus testium est de substantia, sed etiam qualitates minimae testium sunt de substantia, quibus non intervenientibus, tetamentum est ipso iure nullum».

208 Después de opinar Alciato, que si falta uno solo de los siete testigos exigidos, el testamento no vale: cf. ALCIATO, A., *Commentaria in titulum de Verborum obligationibus*, en *Opera omnia*, t. IV, reimpr. facs. Frankfurt am Main 2004, col. 539: «Cum testamentum debeat habere septem testes, si is numerus non intervenerit, quamvis testator iuraverit, non tamen valebit ut testamentum», no duda en sostener que la presencia de los testigos no es sustancial, sino probatoria: cf. ALCIATO, A., *Paradoxorum*, lib. VI, cap. 17, en *Opera omnia*, t. III, reimpr. facs. Frankfurt am Main 2004, cols. 151-152: «Probabiliter dubitari consuevit, an testes qui septem in testamento necessario advocantur, testamenti pisius substantiam respiciant, an probationis causa solum requirantur: et Accursius, Baldus, Iason, et communiter alii de solemnitate substantiali esse arbitrantur. Quam sententiam cum quandoque sequeret, eo rescripto adiuvar, quo testatum est, si testamento sex tantum testes adfuerint, illud iure deficere. De his... non ad iuris solemnitatem, sed fidei quaestionem pertinere... respondendum est, et concludendum, ad solemnitatem, non quidem substantialem, sed probatoriam pertinere: cum et Baldus autor sit, in dubio ita fieri solere interpretationem, ut testes probationis, ergo non causa solemnitatis inducti credantur... banc sententiam tuear, scire debemus, testes quidem in testamento probationem solam respicere: sed si

compartida, entre los canonistas, por Zoasio²⁰⁹, aunque sea minoritaria en la doctrina, ya que la generalidad sostiene que al disponer el Derecho ese requisito de solemnidad, entiende que era imprescindible su cumplimiento para la validez del acto jurídico *mortis causa*.

Uno de los juristas más significados en la defensa de ese planteamiento probatorio, ha sido el vallisoletano Vázquez de Menchaca²¹⁰, quien reconoce

legitimus numerus non adfuerit, testamentum deficere: non quod probari non possit, sed quoniam mutata testatoris voluntatem lex firmiter praesumit. Nam cum quilibet leges nosse credatur, quae hoc disponunt, ut septem testes adsint, si quis sex tantum adhibuerit, videtur elusorium actum conficere voluisse.

209 ZOESIUS, H., *Commentarius ad Decretales epistolas Gregorii IX*, Lovanii 1647, pp. 216-217: «Ad formam quod attinet, non desideratur hoc iure canonico, tanta solemnitas atque Civili, cum sufficiat duorum aut trium testium praesentia, coram Parocho, c. cum esses, ubi dicitur in ore duorum aut trium stare omne verbum. Ut probationis causa videantur potius requisiti testes, quam solemnitatis substantialis. Ut saltem hoc iure verior sit eorum opinio, qui volunt minus solemne testamentum obligare haeredem, certum de voluntate defuncti, ad praestanda relicta, cum probationibus non sit opus, quando propria confessione constat de veritate, nec alias ad extraneam fidem decurratur, quam si aliter non possit haberi veritas». En cuanto a la calidad de los testigos, se rechazan los sospechosos, como los domésticos, por la sujeción a la *patria potestas*, no por el parentesco o cohabitación. También son inhábiles los que carecen de algún sentido, furiosos, impúberes, y tampoco nadie puede ser testigo en su propia causa. La mujer *probabile esse non admitti*, porque el cap. *cum esses* no cambia lo dispuesto respecto de la calidad de los testigos y solamente del número. Se precisan testigos idóneos y legítimos, y la mujer no está en este grupo, sino solo los varones, como sostiene Covarrubias, aunque discrepa en contrario Viglio.

210 VASQUIJ MENCHACENSIS, F., *De successionibus et ultimis voluntatibus libri IX*, t. I, Coloniae Allobrogum, sumpt. J. A. Saraceni et A. Pernet, 1612, pp. 221: «In iure canonico, omnem formam testandi intelligi evanuisse, nec aliud desiderari, quam testatoris voluntatis legitimam probationem, legitimamque intelligi eam probationis speciem, quae in actibus inter vivos sufficeret: ut in c. cum esses. Ibid., p. 222: in testamento facto coram presbytero parochiali, ubi omnis remittitur solemnitas, secundum receptam opinionem. Quam non puto veram. Ea tamen retenta, id testamentum scite informe appellabitur, sufficereque in eo solemnitas contractuum. Ibid., p. 468: in testamento facto coram praesbytero parochiali quod testamentum non desiderat interventum duorum testium, nec rogatum eorum pro forma essentiali, sed tantum pro probatione, et consequenter, si alio quovis legitimo modo probetur, valebit sine rogatu testium, et etiam sine interventu eorum. Ibid., p. 396: De iure canonico, non tanta solemnitas in testamentis desideratur, quanta de iure civili requiritur, secundum communem sententiam. Quia in re advertendum est quod si testamentum fiat ad pias causas, tunc de iure Canonico sufficiunt duo testes c. relatum, secundum communem sententiam... Item, quando testamento fit coram praesbytero parochiali, tunc secundum omnes indifferenter tale testamentum valet sine solemnitate Iuris Civilis ut in d.l. c. cum esses, ubi Novissimi late resolvunt. Extra istos duos casus vehementer controversum est, An testamentum de iure Canonico eandem solemnitatem desideret, quam desiderat de iure Civili? Qua in re communis opinio est, quod de iure Canonico regulariter sufficiant quatuor testes. Ita resolvit Decius, quia dictum duorum testium maiorem habet fidem quam dictum unius testis cuiuscunque fuerit auctoritatis... Contrariam sententiam, ut de iure Canonico regulariter eadem solemnitas desideretur, quae desideratur de iure Civili, sequitur et dicit communem Corneus, Federicus de Senis... Nam licet Iuris civilis regularis solemnitas relaxetur in terminis d. c. cum esses, non ideo sequitur, quod ubi esset impar ratio, relaxari debeat, cum in correctoriis non solum ex paritate, sed etiam ex maiori parte rationis non fiat extensio... sed prior sententia verior est. Ibid., p. 397: regulariter de iure canonico quatuor testes non desiderentur, sed tres idonei testes sufficiant, c. relatum, quae ratio cum sit generalis, facit, ut procedat non solum in testamento facto ad pias causas, sed etiam in reliquis testamentis in quibus duo testes videntur sufficere, licet tres testes exigi videantur in d. c. cum esses. Et saltem in hac resideo sententia, ut de iure Canonico in omni testamento tres testes sufficiant, sive illi masculi sint, sive foeminae».

capacidad para intervenir como testigo a la mujer, declarándola idóneo²¹¹, además de interpretar dicho requisito, de solemnidad de los testigos, exclusivamente con ánimo probatorio, cuyo planteamiento fue acogido por una parte de la doctrina europea, aunque mitigadamente, como vemos en Cevallos, al referir la tesis de Juan de Matienzo²¹².

Barry²¹³ defiende abiertamente, siguiendo la doctrina mayoritaria, el requisito esencial de la forma testamentaria requerida por la decretal, además

211 Diego Covarrubias explica esta materia, aunque rechaza la idoneidad de la mujer. COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *In titulum de testamentis interpretatio. Cap. Cum esses*, en *Opera omnia*, t. I, Lugduni 1574, p. 54: «*Est tamen dubitatio insignis, utrum foemina possit esse testis iure Pontificio in hoc testamento: Et iure civili constat foeminam non posse testem esse testamento, etiam si honestissima sit. Regia Partida 3, 16, 17. Abbas vero... et Ancharanus asserunt sat esse ad solemnitatem huius textus hos testes, vel viros vel foeminas esse: quorum opinio communis est... cum haec decisio testamenti solemnitatem ad ius gentium reduxerit, quo quidem iure non distinguitur testimonium foeminae a testimonio viri. Quae quidem ratio non satis applaudet ex eo quod praeter solemnitatem iuris gentium exigit hic textus presbyterum. Unde non omnino sufficiens est iuris gentium solemnitas: nec mulier testis esse poterit... Maxime refragatur communi sententiae textus hic requirens, non duos quoscumque testes, sed idoneos, quo fit, ut probabilior sit opinio, quae etiam iure canonico ab his testamentis foemineum testimonium excludit, como sostiene, entre otros, Tiraquellus*».

212 CEVALLOS, Hier. de, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, t. V..., op. cit., p. 141, q. 243: «*Utrum solemnitas testium in testamentis sit substantialis vel probatoria. Solemnitatem testium in testamentis esse substantialem, et non probatoriam affirmant Bartolus, Alexander, et est communis secundum Ripam. Baldus, Crotus, cuius opinionem auctor est Accursius, Decius, Padilla, Tellus Fernandez, ubi Burgos de Paz dicit communem, et etiam Alcuius et Covarrubias... quae opinio verior est et receptor; y sigue Menchaca. Contrariam opinionem tenet Bartolus et tradit Covarrubias et plures pro hac sententia refert Menchaca et dicit communem Spino et tenet Alcuius, et plures pro utraque sententia tradit Matienzo, qui adduxit concordiam, affirmans testium numerum in testamento nuncupativo, tam iure communi, quam regio requisitum esse de forma et solemnitate substantiali testamenti, simul et probatoria, increpans Menchacam, cuius sententia verissima est, et tenenda*».

213 BARRY, F. de, *De successionibus testati ac intestati*, t. I, Lugduni, sumpt. Io. A. Huguetan, et G. Barbier, 1671, pp. 4-5: «*Secundum requisitum esse dixi de adhibendis septem testibus, sive testamentum sit nuncupativum, sive solemne. Qui numerus testium est de forma substantiali, non simpliciter de probatoria. Adeo ut unius solius testis inhabilitas vel defectus vitiet testamentum, in tantum, ut nec iuramentum in supplementum probationis possit deferri. Septem requiruntur praeter notarium. De iure Canonico suffiunt duo testes, si testamentum sit scriptum a Sacerdote parochiano. Nam fuit iudicatum non valere si factum fuerit coram Presbytero simplici, qui non erat Curatus aut vicarius generalis, licet Sacerdos, qui id scripserat, fuisset commissus a Curato vel eius Vicario. Quod si testamentum non sit scriptum a curato vel eius vicario, quid tunc statuatur ius Canonicum super numero testium, pugnant Doctores. Nam quidam tenent requiri hoc casu septem testes non minus iure Canonico quam civili: alij contra tenent iure Canonico quatuor sufficere. Quam opinionem esse veriolem dicunt (quidam)... Verum hoc non procedit nisi in terris subditis Ecclesiae romanae sive ei subditae sint mediate, vel immediate, quantum ad iurisdictionem temporalem. Hanc communem opinionem declarat..., ut procedat etiam in terris pertinentibus ad Principem saecularem, modo ei a Papa concessae fuerint, sicut sunt civitates Ferrariae et Urbini. In terris Imperii, vel alicuius Regis ius hoc canonicum non procedit. Confirmatum fuisse testamentum factum Avenione in praesentia presbyteri parochiani et duorum testium tantum, dicit Peleus in suis quaestionibus. Quod dixi septem testes requiri ex iure civili, extenditur ut procedat licet testator caverit ob testium defectum testamentum suum infirmari posset... Non solum numerus testium est de forma substantiali testamentorum, sed etiam qualitates eorum etiam mininae, quas ius in ipsis testibus exigit, quarum vel una tantum deficiente testamentum corrui...».*

de plantear la invalidez del testamento sin la presencia del párroco, aunque concurren en su lugar otros dos testigos²¹⁴.

El punto de partida para mantener la posibilidad de un testamento válido para causas profanas *iure canonico*, sin la presencia del párroco, pero con otros dos testigos, hasta componer el número de cuatro, fue un criterio defendido por el Abad Panormitano²¹⁵, según el cual el testamento canónico ante el párroco y dos testigos es válido, no solamente en tierras sujetas al poder pontificio sino en cualquier territorio, sin que se exija que los testigos sean rogados, y admitiendo la sustitución del párroco por dos testigos²¹⁶.

214 Esta es también la tesis de CORNEUS, Ph., *Consiliorum*, Lugduni 1544, fols. 62v-63r: «*Testamentum quando valeat factum coram curato parochiali et duobus testibus vel suo substituto. Et licet quidem teneatur quod loco presbyteri parochialis sufficiant duo alij testes: et sic testamentum coram quatuor testibus valeat prout factum coram presbytero parochiali et duobus testibus: prout hoc voluit Speculat. ... Item per ius canonicum, quod tenet Panormitanus. ... Tamen dicta opinio non videtur vera: et non videtur de mente aliorum qui communiter omnes tenent quod in causa profana ubi non est presbyter parochianus servanda est solemnitas iuris civilis: quod esset falsum si dicta theorica Specul. et sequacium esset vera. Et licet plus fidei soleant habere duo testes quam presbyter parochialis: tamen iura hoc casu non adhibent eam fidem duobus testibus: cum requiratur completum numerum septem testium: et sic volunt non sufficere quatuor vel quinque aut sex testes: nec minoris auctoritatis et fidei esset episcopus qui habet curam animarum totius diocesis aut cardinalis cui soli quandoque creditur... tamen hoc casu creditur presbytero parochiali cum duobus testibus et non cardinali vel episcopo... Lex adhibet fidem secundum varias circumstantias uni magis quam alteri... lex eo magis confidet de presbytero parochiali quam de duobus testibus... et hoc idem tenui legendo dictam legem hac consultissima... et est magis commune si diligenter animadvertantur dicta aliorum doctorum in dicto capite cum esses ideo tenendum est: quod in isto casu requirantur septem testes non obstante dispositione d. c. cum esses». Así lo defiende Rugiero: «*duo alij testes, ultra requisitos, bene possunt Parochi supplere probationem; quare testamentum... coram quatuor testibus idoneis conditum, etsi presbyter non interveniat, valide sustinebitur, quia duo testes Paroco praeponderant*», apoyándose en la doctrina de Speculator, al que siguen los canonistas «*communiter*», destacando Fagnani, Decio y el cardenal de Luca, aunque este último defiende que la forma no es *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*. Cf. RUGIERO, A. S. de, *De testamento canonico...*, op. cit., p. 193.*

215 *Perilustrium doctorum, tam veterum, quam recentiorum, in libros Decretalium aurei commentarii, videlicet, Abbatis Antiqui, Bernardi Compostellani, Guidonis Papae, Ioannis a Capistrano*, t. I, Venetiis, apud Iuntas, 1588, fol. 107r: *Abbas, super III Decretalium: «Cum esses. Dubitari autem consuevit ab aliquibus, an semper sit necessaria praesentia sacerdotis. Quod in provincia valet. Sed in alijs, quid dicis de iure? Dicebat magister meus, quod necessaria semper erat praesentia sacerdotis. Hoc ideo, quia a legum regula receditur, in isto casu non intelligitur recedi, nisi quatenus est expressum. Regula vero de septem testibus tradita est, et ideo ab illo numero receditur alibi, saltem quo ad quatuor. Ista enim decretalis expresse requirit tres, vel quatuor, cum dicit presbytero et duobus, et ideo dicebatur ipsum presbyterum vocandum nihilominus alios duos*».

216 PANORMITANI, N. abbatis, *Commentaria ad tertium librum Decretalium*, Augustae Taurinorum, apud haer. N. Bevilacqua, 1577, fols. 115r-119v: «*Testamentum factum coram presbytero parochiali et duobus testibus, valet non obstante consuetudine in contrarium. Testamentum de iure canonico valet etiam, si testes non sint rogati*»; *ibid.*, fol. 115v: da cuatro lecturas del texto, que expone también Fagnanus, y afirma que le parece mejor la segunda: *per istud caput sit derogatum iuri civili etiam quo ad forum seculare*, compartiendo el criterio con Goffredo y el Hostiense, y es la que desarrolla en la repetición, fols. 116r-119v, especialmente fol. 116v: el testamento ante el párroco y dos testigos vale *ubique*, porque prevalece la ley divina, que habla de dos o tres, frente a siete testigos, y debe observarse en ambos foros, por lo cual el que impugna ese testamento incurre en pecado, y de ahí el anatema. Resulta de interés el ms. madrileño en el que hay unas notas a su discurso: BN. Madrid. Mss. 18915. Misceláneo. *Tratados de Derecho canónico*, siglo XV. «*Repetitio domini abbatis Nicholai de Sicilia super cap. Cum*

Rolandini²¹⁷, su discípulo, presenta sintéticamente la doctrina de Nicolás de Tudeschis, a través de dos conclusiones, con dos corolarios:

*Quaero, an ista solennitas (de iure civili) circa numerum testium de iure canonico locum habeat? Panormitanus ponit duas conclusiones cum duobus corollarijs. Prima conclusio est: testamentum coram duobus testibus et presbytero parochiali seu coram quatuor testibus sine praesentia presbyteri, etiam non ad pias causas factum, nedum foro canonico, sed etiam in foro civili, roboris obtinet firmitatem. Haec conclusio probatur per textum in dicto capite cum esses. Ex qua conclusione infert tale corollarium: Igitur iura civilia, septem vel quinque testes in testamentis de necessitate exigentia, hodie locum sibi minime vendicant. Secunda conclusio, quam ponit, est ista: Licet valeat testamentum coram duobus testibus ad pias causas, in alijs tamen, si defuit presbyteri parochialis praesentia, licet duo vel tres testes adhibiti fuerint, nedum in foro civili, sed etiam in foro canonico impugnari potest. Prima pars istius conclusionis probatur per textum in c. relatum. Ex qua conclusione infert tale corollarium. Igitur ad validitatem testamenti non sufficit, quod adhibeantur duo testes cum uno presbytero, nisi iste presbyter sit proprius sacerdos parochialis*²¹⁸.

Juan Andrés²¹⁹ entiende que la decretal *Cum esses*, al fijar el requisito del párroco, y siguiendo la opinión del Hostiense, elimina el temor de falsifica-

esses de testamentis, fols. 206r-218r: entre otras reflexiones, hay tres cuestiones fundamentales: 1. Si la presencia del párroco-presbítero parroquial y dos testigos, «*seu coram quatuor testibus sine praesentia praesentia*», válido en el fuero canónico, tenga validez en el fuero civil. 2. El requisito de los siete o cinco testigos, mantiene poca exigencia en el ámbito del *Ius Civile*, (para lo cual sirve de referencia lo que luego dispone la ley III de Toro, y la Recop. 5, 4, 1). 3. La ejecución de la última voluntad, *ad non pias causas, ad episcopum lapsa anno devolvitur*». Cf. ABBATIS ANTIQUI, BERNARDI COMPOSTELLANI, GUIDONIS PAPAЕ, IOANNIS A CAPISTRANO, y adiciones, *In libros Decretalium, aurei commentarii*, t. I, Venetijs, apud Iuntas, 1588, fol. 107r: «*Abbas: Cum esses, Additio: Valet testamentum quod parochianus facit presbytero parochiali, et duobus testibus, nec valet contraria consuetudo. Cum esses: Cum presbytero et duobus alijs quo ad pias causas (sic) valet conditum testamentum. Dubitari autem consuevit ab aliquibus, an semper sit necessaria praesentia sacerdotis. Quod in provincia valet. Sed in alijs, quid dicis de iure? Dicebat magister meus, quod necessaria semper erat praesentia sacerdotis. Hoc ideo, quia a legum regula receditur, in isto casu non intelligitur recedi, nisi quatenus est expressum. Regula vero de septem testibus tradita est, et ideo ab illo numero receditur alibi, saltem quo ad quatuor. Ista enim decretalis expresse requirit tres vel quatuor, cum dicit, presbytero et duobus, et ideo dicebatur ipsum presbyterum vocandum nihilominus alios duos*».

217 ROLANDINI PASSAGERI, *De testamentis et ultimis voluntatibus*, en *Tractatus de successioneibus*, tam ex testamento, quam ab intestato, diversorum clarissimorum iurisconsultorum, Coloniae Agrippinae, apud Io. Gymnicum, 1590, p. 237-238: «*Hodie esse regulare in testamentis nuncupativis, ut 7 testes legitimi adhibeantur: inter quos etiam computatur tabellio et pro uno teste censetur: ita ut praeter eum sufficiant sex alii*».

218 *Selecti tractatus iuris varii, vere aurei, De successione tam a testato quam ab intestato*, Venetijs, exc. B. Rubinus, 1570, pp. 62-64. ROLANDINI, bononiensis, *Flores testamentorum, de testibus in testamento adhibendis*.

219 ANDREAE, Jo., bononiensis, *In tertium Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetijs, apud F. Franciscium, 1581, fol. 109r: «*Casus: Valet testamentum quod parochianus fecit coram presbytero suo et duobus testibus, nec valet consuetudo contraria. Per praesentiam presbyteri tollitur secundum Hostiensem timor falsitatis, nec enim praesumitur presbyter consentire alicui falsitati*».

ción respecto de la última voluntad del *decius*²²⁰. Por otra parte, ese reducido número de testigos prescritos se corresponde con la costumbre véneta, con tal que sean dos testigos no sospechosos o idóneos. Más explicativo es el discurso de Ananías²²¹, quien expresa la validez del testamento ante párroco y dos testigos en tierras de la Iglesia, pero se pregunta: «*an probet in terris Imperii?*», interpretando que este precepto se refiere a las causas pías, y por consiguiente obliga en cualquier territorio, desechando las otras tres interpretaciones aportadas por la glosa²²².

Juan de Ímola²²³ fundamenta la validez del precepto, X 3. 26. 10, en la equidad canónica, a pesar del incumplimiento que importa respecto de la forma exigida por el *Ius Civile*, con los siete testigos, o cinco, en su caso, ya que entiende que la norma canónica viene cohonestada con el derecho divino, sin menoscabo de la competencia incuestionable que gozaba el Papa en los territorios que le estaban sometidos.

El más sólido defensor de la teoría, referente a la validez del testamento con dos únicos testigos, fue Antonio de Butrio, quien después de recordar la

220 Vid. PETRUCCI, F., *Consilia sive responsa, quaestiones et placita*, Venetijs, apud F. Ziletum, 1570, fol. 96r: «*Est videntum quomodo intelliguntur duae decreta positae in titulo de testamentis quae incipiunt cum esses et c. relatum, super quorum intellectu triplex est opinio. In diversitatibus, namque opinionum illa eligenda est, quae a pluribus doctoribus approbatur, et in quam omnes opiniones recidunt, et regulariter obtinent qui potiora iura habent... cum legata et haereditas institutio fuerit ad pias causas, sequitur quod talis voluntas de qua constat per duos idoneos testes valida sit et in hanc sententiam quasi omnes opiniones in illis decretalibus recitatae consentiunt. Nam una est opinio, quae illae duae decretales derogent omnibus iuribus civilibus amplio rem numerum testium requirentibus. Aliam est quod restringatur solum, quo ad pias causas. Alia est quod ad non pias causas requiritur praesentia presbyteri in aliis non.*»

221 Anania, J. de, *Super secundo et tertio Decretalium*, Lugduni 1553, fols. 143v-144v.

222 «*Dicit quod Papa voluit derogare omnibus legibus... Quod Papa unico verbo non voluerit tollere ius civile, maxime in his qui non sunt subiecti eius iurisdictioni. Habet locum in terris ecclesiae, quia quantum ad hos habuit iurisdictionem. Vel aliter, quod aut agit in foro seculari, et tunc servetur ius civile. Si autem agatur in foro ecclesiastico: et tunc servatur ius canonicum.*»

223 IMOLA, J. de, *In tertium Decretalium commentaria*, Venetijs, apud D. Nicolinum, 1575, fols. 318r-321v: fol. 318r: «*Notat, quod de aequitate canonica valere vero testamentum factum coram praesbytero et duobus testibus. Quod ubi suadet naturalis aequitas, ut valeat testamentum et mandetur executionem secundum aequitatem canonicam, licet non sit servata rigorosa solennitas iuris civilis... De iure civili in ultima voluntate requiruntur septem, aut quinque testes... si consuetudo vel ius civile contradicat iuri divino, videtur praevalere ius divinum... de iure canonico videtur imitari ius divinum (in ore duorum).*» Ibid., fol. 318v: «*Potest opponi quod Papa non debuerit statuere de testamentis laicorum: quia non videtur ad ipsum spectare potestas statuendi de gestis per laicos,*» pero este principio admite diversas excepciones, como las causas pías, además de que el Papa «*non potest tollere leges quantum ad eos qui non sunt de temporali iurisdictione ecclesiae, quia quantum ad illos non potest se introumittere, nisi ex causa speciali, puta ratione peccati, vel alia simili ratione in iure expresa.*» El pontífice pudo derogar las leyes vigentes en el cap. *Cum esses*, porque se trata de un supuesto *in terris ecclesiae*. Solamente cabe apartarse de la norma secular si se acude al párroco y dos testigos idóneos, que es lo dispuesto en la regla de modo estricto, porque en otro caso *non valeret testamentum*, como recuerda el *Speculator*, «*quia correctio iuris civilis non debet induci, nisi in casu expresso.*»

norma de la decretal, frente a la regla jurídica secular²²⁴, se pregunta: «*si testamentum est factum coram duobus testibus, non intercedente parochiano suo, an valeat?*», para responderse: «*Doctores dicunt quod sic, quantum ad legata ad piam causam; quantum ad alia legata non, nisi adsit presbyter cum duobus testibus*», reconociendo que esta opinión es común en la doctrina, porque con la presencia del párroco, y supuesta la idoneidad de los testigos²²⁵, se destruye cualquier presunción y temor de falsedad, que es el fundamento de la solemnidad exigida por el Derecho civil. No obstante, admite que hay autores que entienden la invalidez de dicho testamento canónico para causas profanas con solos tres testigos, si el párroco no asiste al acto de última voluntad, aunque, a partir de otros textos del Derecho canónico, relativos a la prueba, sería válido el testamento si en lugar de tres testigos estuvieran presentes cuatro, «*quia validior est vox duorum, alias non valeret*»²²⁶.

Después de tomar como referente la literalidad del texto legal pontificio, para indicar que en el mismo no basta que esté presente el sacerdote, sino el párroco, ya que en otro caso no sería válido el testamento, por lo cual, según Aretino, se corrige el *Ius Civile*, en la medida de lo que explícitamente tiene expresado, Antonio de Butrio sostiene abiertamente lo contrario, y juzga que es suficiente con dos testigos, además de aplicarse universalmente en ambos fueros, civil y eclesiástico:

Ego credo quod mens istorum testuum sit quod valet testamentum etiam cum duobus testibus, sive sit ad pias causas, sive non. Nam hoc caput non pro-

224 BUTRIO, A. a, *In librum tertium Decretalium commentarij*, t. V, Venetiis, apud Iuntas, 1578, fols. 100v-101r: «*Testamentum valet, quod parochianus facit coram suo presbytero et duobus testibus tantum. De aequitate canonica valere videtur testamentum. Suadente naturali aequitate, ut valeat testamentum et dispositio, illud testamentum habet executionem secundum aequitatem canonicam in foro canonico, dato quod servata non sit rigorosa solemnitas iuris civilis. De iure civili requiruntur in actu ultimae voluntatis septem testes et in codicillis quinque, salvo quam in ruralibus, in quibus etiam sufficiunt quinque...*».

225 Molina se refiere a este requisito: MOLINA, L., S. J., *De iustitia...*, op. cit., col. 723: «*Utrum vero necesse sit, ut testes, qui cum parocho sunt adhibendi, sint masculi. Panormitanus, reiecta quorundam opinione, affirmat sufficere foeminas. Covarrubias vero asseverat debere esse masculos. Tum quia textus ille non exigit solam solemnitatem iuris gentium, sed simul praesentiam parochi. Tum etiam, quoniam exigit testes idoneos. Mibi autem longe plus placet opinio Panormitani, quia foeminae testes idonei sunt, cum ad alias causas, tum etiam ad testamenta ex natura rei, gentiumque iure, licet non de iure Caesareo: textus autem ille ultra testes, de quibus sermo est iure divino, et quorum testimonij stari solet in alijs causis in Ecclesia, quales sunt omnes, qui stando in solo gentium iure idonei sunt testes, solum exigit praesentiam parochi.*».

226 Cf. CLARO, J., *Communes opiniones sive receptae iuris utriusque sententiae...* ad haec Antonij Gabriellii communes conclusiones, Lugduni, apud haer. Iunctae, 1571, pp. 366-367: «*Testamentum, licet quoad solemnitates sit de iure civili, tamen inventum est de iure gentium, et ideo rescripto non potest tolli. Testamentum licet ad hoc quod valeat requirantur septem testes*», conforme a la norma justiniana, sin embargo la ley 3 de Toro y las del Ordenamiento exigen tres testigos y el notario, pero si falta notario, 5 testigos, y si no hay cinco, al menos tres. Dicho número siete de testigos, *secundo fallit, si coram presbitero parochiali, et duobus testibus*, como refieren Juan Durante, Corneo, Covarrubias y otros, pero «*si non sit parochus requiruntur quatuor testes, Bellonius communem dicit*».

cedit dispositive corrigendo iura civilia, sed declarando irrationabilitatem iuris civilis: quia praesupposito quod habemus voluntatem testatoris probatam per duos testes idoneos et integros, falsitati non consentientes, et omni exceptione maiores, suadet aequitas naturalis quod mandetur executioni voluntas defuncti et peccatum est, quod non mandetur. Unde cum canones insequantur finem animae, voluerunt quod servari debet testamentum, exclusa rigorositate iuris civilis: tamen non constat de idoneitate testium ut excludatur praesumpta suspicio, quam fecerit ius civile. Et credo quod hoc decretum deberet de puncto iuris servari etiam in foro civili: quia agimus etiam de materia peccati et saltem per denuntiationis Evangelicae hoc esset clarum: quia dicere contrarium foveat peccatum, scilicet voluntatem defuncti, de qua certitudinem constat, non exequi, contra aequitatem naturalem et pietatem... Non obstat quod dicitur hic de parochiano: quia vult dicere quod si cum duobus testibus testamentum factum valet, multo fortius si adsit etiam parochianus: quia in ore duorum vel trium etc. et ista alternativa vel trium adaptatur ad casum, quando affuit presbyter cum duobus... Et quod dicit de presbytero, loquitur secundum consuetudinem, et accidentia facti. Quod patet ex ratione literae: quia duo idonei testes sunt sufficientes ad probandam mentem defuncti... haec decreta servari debeat etiam in foro civili, cum agatur de materia peccati, dummodo constet de idoneitate duorum testium, qui de voluntate defuncti deponant...²²⁷.

Engel presenta un amplio discurso, para justificar el mero carácter probatorio de la forma testamentaria canónica, prevista para causas profanas²²⁸,

²²⁷ *«In relictis ad non piam causam (Aretinus) dicit quod in terris Ecclesiae servabitur iura ista... scilicet quod requirentur duo testes cum parochiano. In terris autem Imperii servatur quod testamentum non valet, nisi intercedat solemnitas requisita per legem civilem: et haec opinio est consuetudine roborata: ideo servanda, quae minime mutanda est... puto quod de puncto iuris si constet de idoneitate duorum testium, sive in legatis ad piam causam, sive ad non piam, sive in terris ecclesiae, sive in alijs, sive in foro canonico, sive civili, dicitur haec decreta servari: quia sufficiunt duo. Nam ex quo constat de voluntate defuncti, nutriretur peccatum, nisi mandentur executioni: ideo mandandum est executioni saltem per viam denuntiationis Evangelicae... Frater Aretinus tenet quod non: quia haec solemnitas non reperitur correcte a canone. Sed certe, ut dixi, hoc non procedit correcte, imo declaratorie: ideo talis voluntas servari deberet, ex quo adesset solemnitas iuris naturalis: quia alias nutriretur peccatum».*

²²⁸ ENGEL, L., *Universum Ius Canonicum*, 8ª ed., Beneventi, prostat Venetiis, in typ. Balleoniana, 1742, pp. 251-252: *«Quaeritur VIII. An praesentia parochi et duorum vel trium testium sit de substantia testamenti, vel tantum de probatione? Si de substantia, nullum erit testamentum aliter confectum: si de probatione tantum, valebit quomodocunque factum dummodo de voluntate testatoris constet, sive per scripturam manu propria nota et indubitata, exaratam, sive per testes absque parochio, sive per confessionem adversarii, aut similem modum. Communior opinio videtur praesentiam parochi et testium pro forma substantiali assignare... Sed, ut verum fateat, inter alias opiniones doctorum, quae mihi semper displicuerunt, aut certe non bene percepi, etiam haec est: quia nec textui, nec rationi satis accommodare possunt, idque ex sequentibus causis. I. Quia Summus Pontifex in dicto capite Cum esses reprobatur solemnitate Juris Civilis, quae est ultra probationem necessariam; ergo non fuit ipsius intentio, ibi exigere solemnitatem circa testamenta, sed tantum probationem: si enim ex sententia Panormitani et Covarrubias etc. in absentia parochi pro forma substantiali requiruntur ad minus 4 testes, quodnam fuisset tam grande motuum, ut Summus Pontifex cum objectione legum divinarum duos tantum testes requirentium, tam graviter inveberetur in leges civiles, quae 5 testes adeoque uno tantum plures statuunt, cum et ipsemet uno vel duobus plures testes requisivisset quam Lex divina: ne proinde Pontifex sibi ipsi contradicat, nihil est verisimilius, quam quod ibi tantum probationem non vero solemnitatem desiderarit... II. Si dubitetur, an Lex vel Canon praescribat certam formam substantialem actui, debet id decidi ex stylo et*

utilizando diferentes fundamentos interpretativos, tanto doctrinales como, por analogía, apoyándose en la normativa canónica.

El Abad Panormitano defiende la vigencia del precepto 3. 26. 10 en los dominios del Papa, ya que esta norma supone la derogación del *Ius Civile* en un ámbito de competencias que el Pontífice goza en su calidad de titular de un supremo poder temporal²²⁹, seguido en este criterio por Bártolo, Baldo, y otros muchos, al que se adhiere Benito de Capra²³⁰.

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 testamento²³¹, aunque

modo loquendi aliarum legum formas actibus praescribentium... ex communi, et receptissima sententia testamentum ad pias causas neque testes, neque aliam solemnitate, sed tantum probationem voluntatis desiderat. III. Non fuisset ratio praecipendi, ut in testamentis mere profanis Parochus intervenerit. Quid profanarum rerum dispositio ad parochum? Vel enim testamentum exhibendum foret parochus, et testibus clausum, vel apertum? Si clausum: cur necessaria qualitas parochi, ad rem sibi incognitam; si apertum: nimis magna esset obligatio, ut testator ante mortem suam teneretur invitus (secus si sponte vellet nuncupative testari) (sic) manifestare haeredem et legatarios, nec non bona et substantiam suam, atque ita se periculo captandae mortis, aliisque incommoditatibus exponere, quod nulla lege Juris civilis, vel Canone est statutum; nec sine inconvenientissima divinatione asseri potest. Accedit, quod hoc modo parochis imponeretur nova obligatio suam praesentiam exhibendi testamentis profanis, quam utique tam parum gratis exhiberent, quam alias ad infirmos Sacramentorum causa accedunt... indeque etiam difficultas testandi laicis pareretur.

229 Este es el planteamiento de Melchor Cano, para demostrar el carácter vinculante de su disposición, ya que no interviene como persona particular, clarificando la norma civil que no es «adversa» para la ley evangélica, sino diversa, al requerir los siete testigos: CANO, M., O. P. *Locorum Theologicorum libri duodecim*, Coloniae Agrippinae, apud haer. A. Birchmanni, 1574, fols. 205v-206r: «Alexander docet, consuetudinem illam civili etiam lege confirmatam, quae testamenta minus solemnia rescindit, et a divina lege et a patrum institutis et a generali ecclesiae consuetudine alienam. Quod autem ex auctoritate pontificia hoc sane loco pronunciet, illud est evidens argumentum, quod sub interminatione anathematis prohibet, ne quis eiusmodi audeat rescindere testamenta. Unde et iudicibus mandat, ut in id genus causis tres duosve solummodo testes exigant, nec civiles leges, sed canonice decreta sequantur. Si ergo iussit ecclesiae pontifex et anathematis interminatione iussit, ut nemo ea irritet testamenta, quae duorum vel trium testium sunt testimonio firmata: nimirum non ut privatus quisvis homo, sed ut publicus ecclesiae iudex eam quaestionem definiat... Qua ex re intelligitur, legem civilem, quae tollendis e republicae fraudibus cavet, ut testamenta non valeant, nisi quae septem fuerint testibus obsignata, non esse legi evangelicae adversam».

230 *Communes opiniones sive receptae iuris utriusque sententiae... ad haec Antonij Gabrielij communes conclusiones*, Lugduni, apud her. Jac. Iunctae, 1571, *Communes opiniones ex Benedicti de Benedictis de Capra, conclusionibus, regulis et tractatibus ordine alphabetico collectae*, p. 867: «Testamentum iure civili septem exigit testes... Iure autem Canonico in relictis ad pias causas duo testes idonei in utroque foro sufficient. In relictis vero extra pias causas in terrenis ecclesiae subiectis, similiter duo testes cum presbytero parochiali sufficient, sed non in foro civili, ubi septem requiruntur testes, quemadmodum concludit Ioannes Andreas in cap. cum esses de testamentis... cuius opinionem communiter teneri, ac in practica observari et consuetudine roborari... idque Bartolus, Baldus et Legistae... sequi dicit».

231 Mancio plantea varias situaciones derivadas de la norma, refiriendo el criterio más autorizado por la doctrina, incluso aunque sea una opinión singular, como la de Guido Papa, que no comparte: MANZIO, C., *Tractatus rationalis absolutissimus de testamento...*, op. cit., p. 78: «Quid si autem testes intervenerint sine parochus, valetne testamentum? Clarus putat quod non, quia pro forma requiritur interventus parochi. Ex quo sequitur: quod dispositio iuris canonici non fundetur praecise in iure divino et naturali, quia alias duo testes sufficient. Quid si autem loco parochi duo alij et sic quatuor testes

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—²³².

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 aprobada por la Iglesia sobre la secular, aunque la generalidad de autores mantuvo el criterio de restringir su vigencia a las circunscripciones sometidas respectivamente al Emperador y al Papa²³³. Consecuentemente,

adessent, valetne testamentum in terris Ecclesiae? Haec res patitur quidem difficultatem, idque propterea, quia jus canonicum pro forma videtur requirere instrumentum parochi. Nihilominus tamen communiter volunt valere per rationem: quia semper plus creditur duobus testibus quam uni, quantaecunq[ue] dignitatis sit: si ergo sufficiunt duo testes cum parochi, multo magis sufficiunt quatuor sine ipso testes, id quod etiam Vivius. In eo saltem casu concedit, quando presbyter parochialis non reperiretur in partibus et terris Ecclesiae, vel haberi non posset, per eandem rationem: quia duorum vox est potentior, quam unus, cujuscunq[ue] sit auctoritatis, ejusdem opinionis est Juan Bautista Villalobos, Suarez, Boerio. Unita haec opinio auctoritate quidem non vero magna ratione nitatur, quia forma non potest per aequipollens adimpleri. Quid si autem non parochus loci, sed aliquis alius sacerdos interveniat, forte ab ipso parochi missus, cooperato ipsius, vel capellanus, ante testamentum coram eo, et duobus testibus, factum valebit? Videri posset quod sic: quia eadem est ratio in commissio et committente. Sed hoc non obstante Boerius magis inclinatur in eam sententiam, quod debeat adesse parochialis rector, vel vicarius perpetuus, non vero alius presbyter commissionem ad id faciendum a parochi habens, eo quod sit certa ratio et modus testandi in decretali descriptus, et a paritate rationis non fiat extensio in correctivis. Idem tamen ibidem putat tempore pestis... Ad hoc tamen, ut testamentum valeat coram duobus testibus, et parochi loci conditum, requirit Guido Papa, ut factum fuerit ab aegrotante, quia textus in d. c. cum esses, requirit, ut in extrema voluntate testator fuerit constitutus, quod ipse putat idem esse, atque in extremis constitutus. Deinde ducit argumentum a milite... Unde amplius opinatur, quod testamentum conditum ab infirmo tali infirmitate, ut immediate sequatur mors, in praesentia parochi, vel curati, possit et debeat etiam valere in aliis terris, quamvis Ecclesiae non subiectis. Verum haec opinio Guidonis uti est singularis: ita parum est probabilis.

232 Un caso singular, analizado por Engel, sería el del párroco que otorga su propio testamento, conforme a la decretal: ENGEL, L., *Universum Ius Canonicum...*, op. cit., p. 252: «IV. Si praesentia parochi et testium statuitur de Jure canonico, pro forma testamenti, tunc cassus, quo parochus ipse de bonis suis patrimonialibus, vel aliis fecit testamentum, est indecisus, vel certe per meram conjecturam, et divinationem decidi debet, quia parochus non est de paroecianis, de quibus c. cum esses loquitur, nec proprie alium parochum habet, sed potest se subicere cuilibet legitime exposito sacerdoti... nulla solemnitas, sed probatio tantum requiritur. Concludo igitur, mihi videri probabilissimum mentem Summi Pontificis fuisse in saepe... non tam solemnitate aliquam statuere, quam probationem ultimae voluntatis exigere, sive, ut Joan Gotoffredus refert Covarrubias testamenta ad solemnitatem juris gentium reducere. Quam sententiam illi prae ceteris amplecti deberent, qui cum eodem Panormitano... et copiose relatis a Covarrubia... docent in conscientia esse debitum, quod testator sine omni solemnitate reliquit, dummodo de ejus voluntate constet (quod idem, et nos fatemur, si agatur de testamento, quod vel in territorio Summi Pontificis, vel a persona ecclesiastica, vel ad pias causas secundum Jus Canonicum fieri potuit) (sic) qui Sacros Canones solent se ad forum conscientiae praecipue accommodare... Sane consuetudo quorundam locorum etiam in terris Imperii est, ut ultimae voluntates defuncti praesertim in extremis pronuntiantur serventur, dummodo de illis legitime per ordinarias probationes constet, licet solemnitates Juris Civilis adhibitae non sint.

233 ENGEL, L., *Universum Ius Canonicum*, 8ª ed., Beneventi, prostat Venetiis, in typ. Balleoniana, 1742, pp. 250-251: «VII. Utrum per hanc Pontificiam Constitutionem universim correctum, et abrogatum censeretur Jus Civile, quatenus plures alias solemnitates ad testamentum requirit, et propterea in utroque foro Jus Canonicum circa testamenta observandum sit? Affirmativam defendit Panormitanus, eo quod Summus Pontifex expresse declaret leges Civiles adversari Juri Divino, ac Sanctorum Patrum

regía en ciudades como las napolitanas, Ferrara y Urbino, donde estaba presente el poder indirecto temporal del Papa, a las que aluden Mancio²³⁴ y Rugerio²³⁵, pero también tenía un régimen singular Venecia, cuyo estatuto municipal preveía la validez del testamento con dos testigos, aunque también en dicho territorio debía atenderse a la intervención del fedatario, y a la calidad del testador, siendo clérigo²³⁶. Juan Capistrano admite su aplicación más allá de esa República, cuando los bienes están situados fuera del territorio vene-

*instituit; atque hic agi de materia peccati facile colligatur exinde, quod anathema dictetur impugnanti-bus testamentum non secundum leges Civiles factum, qualis censura non nisi propter peccatum mortale infligitur, in materia autem peccati Canones praevalere Juris Civiles dispositioni. Verum communior est doctorum sententia potiori consuetudine approbata, circa materiam testamentorum ad profanas causas disponentium quodlibet jus in suo foro esse observandum: Jus Canonicum quidem in terris romano Pontifici subjectis, Jus Civile autem in terris Imperatoris et aliorum Principum... non requiritur solemnitas, sed tantum probatio ultimae voluntatis, ita simile potest esse iudicium, si qui forsan ex inopinato casu in periculosum morbum, et agonem mortis incidat, nec tempus adhibendis solemnitatibus supersit: satis enim durum est, ut quis in tali eventu jure disponendi de rebus suis, quod tamen semper inter causas favorabiles enumeratur, et jure gentium ei concessum est, sine culpa sua privetur, unde posset non improbabiler tentari dict. cap. 10 non esse tam correctorium, quam declaratorium Juris Civiles in utroque foro circa dispositionem factam a moribundo; qui copiam testium, et aliarum solemnitatium apud non habet. Cf. ERCILLA Y ARTEAGA, F. G. de, *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 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 universali 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 pertinet 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».*

234 MANZIO, C., *Tractatus rationalis absolutissimus de testamento valido vel invalido*, Augustae vindelicorum, in of. Io. Praetorij, 1661, p. 77: «De jure canonico ad testamenti validitatem sufficient duo vel tres testes, una cum parochio loci. Ratio: Quia jus canonicum magis accedere voluit ad regulam sacrae scripturae, in ore duorum, vel trium stat omne verbum, Deut. 17 y Joan. 8. Quodnam igitur jus sequendum, an civile, vel canonicum? Respondeo: civile in terris imperii, canonicum vero in terris Ecclesiae... in terris Ecclesiae valere testamentum coram duobus testibus et sacerdote, non tantum ad pias causas, sed etiam profanas conditum... et non tantum in foro Ecclesiastico, sed etiam in foro temporalis, hoc est in terris subiectis temporali jurisdictioni Ecclesiae Romanae... Idque ulterius extendit Franciscus Vivius... ut dicat tale testamentum habere etiam vires in terris Principi seculari quoad temporales iurisdictionem ab Ecclesia concessis, quales sunt civitates Regni Neapolitani, Ferraria et Urbino».

235 RUGIERO, A. S. de, *De testamenti canonico...*, op. cit., p. 43: «Huius temporalis jurisdictionis usus, et Status Urbini, et Parmae, et Regnum nostrum Neapolitanum, et caetera id genus, mediate Summo Pontifici subiecta, unanimiter complectatur».

236 Cf. FUSCO, P., *Singularia in iure pontificio atque caesareo*, Venetijs, apud A. Salicatum, 1574, p. 432: «Testamentum in regno debet confici a notario regio, alias si ab Apostolico, non tenet... notarius apostolicus si faciat testamentum clerici in Regno, debet tamen adhibere solemnitates dictae constitutionis... dicta forma servata. Testamentum esse solemniter factum solet probari per duos testes».

ciano, siempre que el acto de última voluntad fuera realizado por un sujeto con ese domicilio y en esa ciudad²³⁷.

Dentro de este ámbito de discusión, presentaba gran actualidad la posible aplicación de la decretal *Cum esses* en la ciudad de Roma, donde estaba vigente el Derecho romano-justiniano, como conjunto normativo directamente aplicable, y en otras poblaciones italianas, cuyos estatutos municipales habían sido aprobados por el Pontífice²³⁸. Rugerío aclara esta situación, partiendo del dato fáctico: «*in Urbe dispositio dicti capituli cum esses haud observatur... minime habet*», a pesar de la excepción que supone regirse por otro derecho respecto del que está vigente en otras partes del territorio sometido

237 *Perilustrum doctorum, tam veterum, quam recentiorum...*, op. cit., Juan a Capistrano, *super III Decretalium*, fol. 338v: «*Testamentum coram duobus testibus Venetiis valens factum etiam a forensibus, an ad bona extra territorium Venetiarum porrigatur? Venetiis valet testamentum coram duobus testibus, quaeritur, an valeat extra territorium tale testamentum ibi confectum? Et videtur quod sic, ut sic sibi consuetudo suae patriae observetur ubique per hic notata. Sed an tale testamentum porrigatur ad bona sita extra territorium Venetiarum? Bartolus dicit quod statutum non proderit civibus testamentum fcientibus extra civitatem Benetorum: quia quo ad solemnitatem inspicitur locus ubi res agitur. Sed in praesenti, quando de testamento facto Venetiis dicit quod porrigit vires ad bona ubicunque sita, etiam si ibi cum solennitatibus iuris communis fieret testamentum*».

238 Sirva como referencia, el criterio expuesto por MOLINA, L., S. J., *De iustitia*, Conchae, ex of. Io. Masselini, 1593, cols. 722-723: «*Utrum solemnitas civili iure in testamentis et codicillis statuta, reprobata sit iure canonico; et quae in terris Ecclesiae, et ecclesiastico foro sufficiat*. A partir del contenido de la decretal de Alejandro III 3. 26. 10, *Quidam dixerunt, caput cum esses intelligendum esse solum de testamentis ad pias causas, in quibus... necessaria non est solemnitas iuris civilis*. Merito tamen sententia haec a Panormitano Covarrubia et a plerisque aliis improbat. Tum quia summus Pontifex de testamentis in genere loquitur aperte. Tum etiam, quoniam in testamentis ad pias causas necessaria non est praesentia parochi, sed sufficiunt soli duo testes, iuxta cap. relatum. Panormitanus cap. *Cum esses*. . . Et quidam alij asserunt, Alexandrum tertium correxisse et annullasse leges civiles exigentes maiorem illam solemnitatem ad testamenta, tamquam contrarias divino iuri, et consuetudini Ecclesiae, illisque non esse standum, sed dispositioni cap. *Cum esses*. Haec etiam opinio merito reprobat communiter. Etenim in multis alijs causis, etiam de iure canonico, requiruntur plures testes, quam duo, ad obviandum malis, quae poterant oriri. Quia et cap. *Cum esses*, Summus ipse Pontifex, ut sit validum testamentum, ultra duos testes exigit parochi praesentiam: quare quemadmodum id non pugnat cum divino iure, ita neque pugnat, quod ad eundem finem civiles leges exigant maiorem illam solemnitatem. Cumque potestas Summi Pontificis ad abrogandas leges principum secularium solum se extendat ad eas, quae iniquae sunt, peccata fovent, ac cum fine supernaturali non consentaneum... sane quando aperte non constat leges principum secularium fini supernaturali adversari, credendum non est Summum Pontificem intendisse eas annullare. Nobis est opinio, Summum Pontificem locutum fuisse in terris dominio temporali Ecclesiae subiectis, de quarum numero est civitas Hostiensis, et universim comparatione omnium ita sibi subditorum, ut ad se spectaret solemnitatem circa eorum testamenta statuere. Quia enim ex solemnitate iuris civilis oriri videbat lites multas et non parva incommoda: sufficienter vero obviari malis, quae ex sola praesentia duorum testium in testamentis solent evenire, si simul adesset parochus; solam solemnitatem eo capite statutam sufficere voluit in testamentis iurisdictioni ipsius subiectis, tanquam similiorem illi, quae et de iure divino positivo fuit in veteri lege statuta, et statutis ac consuetudine Ecclesiae regulariter fuit semper in alijs causis servata. Ut vero recte Panormitanus Covarrubias et alij eo capite observant, ut eiusmodi testamenta valida sint, non satis est, si alius clericus adsit cum duobus testibus, nisi ille sit proprius parochus. Sufficerent tamen quatuor testes sine parochus; eo quod duo testes aequipolleant et praeponderent parochus. Ita affirmat communis Doctorum sententia, quam, praeter doctores citatos, refert ac sequitur Iulius Clarus.

al Papa, donde rige la constitución pontificia, gozando de un privilegio, y lo explica²³⁹:

Etenim in Urbe adest particulare statutum, quod reperitur scriptum in libro 1 cap. 42 sub rubrica De servandis Statutis, quo praecipitur, quod inter Cives incolas, et districtuales servari debeant particularia Urbis statuta; et illis deficientibus, servetur Ius Civile commune, non autem textus in d. cap. Cum esses... Quapropter Sacra Rota Romana pluries pro invaliditate similium testamentorum iudicavit... quae quidem statuta Urbis cum fuerint per Summum Pontificem confirmata, imo, et de eius ordine reformata, dubitandum non est de eorum validitate.

Dada la abundantísima literatura canonística sobre la materia, referiremos aquellas interpretaciones, de la decretal Cum esses, que juzgamos más relevantes.

El jurista alemán Meyrer²⁴⁰, después de recordar que la «*solemnitas numeri septem testium non solum sit probatoria, verum etiam substantialis in testamento... qua de causa si unus testis deest, ut numerus septem non sit completus, testamentum viribus destituitur*», al igual que cuando se exigen cinco testigos²⁴¹, resuelve: «*si quatuor testes tantum inventiuntur adhibiti, quod voluntas efficacia et effectu caret, nisi in specialibus casibus aliter sit receptum, vel statuto vel moribus introductum, quod testamentum minori numero quam septem vel quinque testibus adhibitis consistere possit*».

Dada la aplicación de un estatuto municipal o costumbre del lugar en esta materia, cuando en estos se exige tan solo dos o tres testigos²⁴², «*statuto vel consuetudini standum erit*», tal como sostienen Cyno de Pistoia, Bártolo de Saxoferrato, Paulo de Castro, Jason del Mayno, Baldo de Ubaldis, Bartolomé de Saliceto, Boerio y otros muchos, para destacar que «*Iaso refert, quod Venetiarum consuetudo habet quod testamentum coram duobus aut tribus testibus factum ratum habeatur*»²⁴³.

239 RUGERIO, A. S. de, *De testamento canonico...*, op. cit., p. 42.

240 MEYRER, H., *Tractatus de testamentariis successioneibus, quibus modis iudicia hominum solemniter ordinantur, ut rata censenda sint vel solenniter praetermissis irrita habeantur. Adiectus est titulus, Quomodo ex pacto hereditas acquiratur*, Francofurti, typ. N. Hoffmanni, 1608, pp. 177-178.

241 MEYRER, H., *Tractatus de testamentariis successioneibus...*, op. cit., pp. 295-297.

242 MEYRER, H., *Tractatus de testamentariis successioneibus...*, op. cit., p. 296.

243 Este autor aplica la doctrina común, según la cual el testamento se rige, en cuanto a sus requisitos de validez, por el lugar de otorgamiento, pero se aplica *ubicunque* se encuentren los bienes, aunque hubo autores que defienden la competencia territorial para determinar su régimen aplicable: «*Quaestio inter doctores est, an testamentum coram tabellione et duobus testibus factum suas vires etiam extendat ad bona alibi sita, ubi numerus septem testium secundum ius civile requiritur, et quod non extendat se extra territorium statuentium scribit Oldradus, quia consuetudo localis est, et ligat tantum subditos et ita non extendit se contestatio ad bona alibi siti. Atqui alii contrarium tenent, nimirum si testamentum secundum statutum vel consuetudinem loci sit perfectum conditum, quod illud extra territorium etiam suas vires extendat locorum ubique ratum habeatur. Bartolo, Alexandro, Baldo, Paulo de*

Al examinar el testamento en Derecho canónico²⁴⁴, válido ante el presbítero parroquial y dos testigos, explica que «*solemnitas numeri septem testium iure civili positivo est introducta, ut veritas magis custodiatur, et falsitas evitetur, a quo numero ius canonicum recedit, cui magis cura est animarum, quam leges politicas intueri: ideoque intuitu iuris divini testamentum ratum habet, coram presbytero parochiali et duobus testibus conditum*».

Aunque algunos intérpretes restringían su validez, al testamento para causas pías, «*alii diversum sentiunt, quorum sententia est communior, quod testamentum in utroque foro ecclesiastico et profano valeat, utpote quando testamentum conficitur in terris ecclesiae, vel in terris ubi principes vel civitas ab ecclesia temporalem iurisdictionem habet, firmum habetur testamentum coram parochiali presbytero et duobus testibus factum*», tal como sostienen el Hostiense, Butrigrario, el Abad Panormitano, el Speculator, Ruini o Tiraquello, mientras «*Corneus dicit communem esse conclusionem et Covarrubias. Rationem reddunt praefati doctores quod legalitas presbyteri et praesentia duorum testium idoneorum, sufficiens censeatur esse ad omnem fasitatem amovendam. Quia si fiat contestatio in causa profana pastorem principalem parochialem numerum duorum testium praesentare, et supplere posse, scribit Panormitanus*», aunque la presencia del párroco, para el Derecho civil, no tiene relevancia alguna.

Julio Claro expone la diferencia existente entre el testamento del *Ius Commune*, que requiere siete testigos, y el Canónico, que limita a dos testigos en la decretal 3. 26. 11, cap. *Relatum*, y el sacerdote con otros dos testigos, en la decretal *Cum esses*, 3. 26. 10, mostrando que esta disposición última, relativa a causas profanas, era opinión común, en la doctrina y en la práctica²⁴⁵.

Castro, quien dice sit communis opinio quod testamentum secundum statutum vel consuetudinem loci confectum suas vires extendat ad omnia bona alibi sita. Fulgosius, Speculator, Jaso, et ita conclusum esse in Camera imperiali attestatur Gail, quod testamentum coram notario et duobus testibus factum valeat et ista conclusio pendet ab autoritate doctorum alioqui auctoritas iuris civilis, priori opinioni non deest argumento quod bona immobilia semper respiciunt iurisdictionem, sub qua sita sunt et illo iure metiuntur. Quibus accedit, quod omnes peregrini indistincte coram duobus testibus testari possunt, estque communis opinio. Quae conclusio de duobus testibus multo magis sibi locum vindicat, quando testator praesentibus duobus testibus apud acta iudicis testatus fuerit, firma habetur ipsius contestatio.

²⁴⁴ MEYRER, H., *Tractatus de testamentariis successionibus...*, op. cit., pp. 300-302.

²⁴⁵ CLARI, Iul., *Ex libro III. Sententiarum receptorum, & testamentum*, en *Opera omnia sive practica civilis atque criminalis, cum doctissimis additionibus...*, Lugduni, apud Io. Paulhe, 1672, pp. 10-11: *Testamentum factum coram coram presbytero parochiali et duobus testibus valet ad non pias causas. Ibid.*, pp. 95-96: *Ad validitatem testamenti requiritur numerus septem testium, secundum ius civile. Sed, quid de iure canonico, an minor numerus testium sufficiat? Haec est ardua et difficilis quaestio, quae tota versatur circa intellectum capituli cum esses de Testamentis, In testamento sufficiunt duo testes cum presbyteri sui interventu etiam in testamentis ad causas profanas. Et ita communiter teneri attestatur Ruinus. Et quod de iure Canonico in qualibet ultima voluntate sufficiunt duo testes et sacerdos dicit esse communem Corneus... ultra duos testes requiritur etiam praesentia sacerdotis. Et ab hac opinione quae est magis communis, et quam consuetudo approbat ubique locorum, iudicio meo valde temerarium esset in practica recedere.*

Con esta premisa, pasa a señalar sus más inmediatas consecuencias, puesto que es incuestionable, teórica y prácticamente, la vigencia de dicho precepto en los Estados pontificios, o tierras sometidas al poder del Papa, pero en ambos fueros, secular y eclesiástico²⁴⁶, mientras que en las tierras sometidas al poder imperial solamente se aplica en el fuero eclesiástico, atendiendo a la condición de los clérigos²⁴⁷.

Puesto que el texto de Alejandro III señala claramente que es precisa la concurrencia de dos testigos y el párroco, la cuestión más ardua se encuentra en la afirmación compartida por la doctrina canonística, de modo casi unánime, según la cual a falta de párroco es válido el testamento con otros dos testigos²⁴⁸, de modo que si asisten al acto de última voluntad cuatro testigos,

246 Cf. MOLINA, L., S. J., *De iustitia...*, op. cit., cols. 724-725: «*Dubitant doctores, utrum in Ecclesiastico foro, in terris dominio temporalis Summi Pontificis minime subiectis, standum sit quoad testamentorum solemnitatem capit. Cum esses, an vero dispositioni iuris civilis. Iulius Clarus ait, communem Doctorum sententiam in practica receptam esse, standum esse dispositioni capituli cum esses. Ego autem distinguendum arbitror. Quia vel is, qui testamentum condidit, subditus erat quoad solemnitatem testandi dispositioni iuris civilis, vel ab ea erat exemptus, poteratque se conformare iuris Canonico. In primo eventu dico, sive de testamento iudicetur in foro Ecclesiastico, sive in seculari, iudicandum esse iuxta dispositionem iuris civilis, et non iuxta dispositionem capituli cum esses. Ut si testator erat laicus, et duo sacerdotes contendunt inter se in foro Ecclesiastico circa validitatem testamenti ob defectum solemnitatis, iudicandum erit iuxta dispositionem iuris civilis, cui subiectus erat testator quando testamentum condidit, et cui se debebat conformare. In secundo vero eventu, in utroque foro esse standum dispositioni capituli cum esses. Verbi gratia, si testator erat clericus, qui se posset conformare dispositioni iuris canonici, et duo laici in foro seculari contendunt de validitate illius testamenti ob defectum solemnitatis, iudicandum esse in eo foro iuxta dispositionem capituli cum esses. Quia revera testamentum fuit validum cum solemnitate capituli cum esses, dato quod potuerit testari iuxta dispositionem iuris canonici. Multum tamen dubito, an clerici locorum summo Pontifici quoad iurisdictionem temporalem minime subditorum, testari possint iuxta dispositionem iuris canonici. Ut enim tenentur se conformare alijs legibus reipublicae, cuius sunt, quoad contractus et alia, quae ad regimen politicum illius reipublicae spectant... quin et testari debent iuxta leges talis reipublicae, instituendo suos ascendentes haeredes in portionibus...».*

247 «*Quae quidem conclusio de plano procedit in terris Ecclesiae... locum habet in terris Ecclesiae non solum in foro ecclesiastico sed etiam in foro temporalis. Et licet Fulgositius dicat quod haec opinio non est communis et approbata, et contraria est communis, quod scilicet in terris subiectis temporalis iurisdictione Ecclesiae, non valet testamentum ad non pias causas conditum, nisi servata solemnitate iuris civilis, credo quod parum sit curandum, cum fere omnes doctores teneant contrarium. Et haec etiam communis opinio est consuetudine roborata... et sic non esset iudicando aut consulendo ab ea recedendum. Extra vero terras Ecclesiae, et sic in terris Imperij, non habet locum dispositio dicti capituli cum esses, sed omnino debent intervenire septem testes. Ita volunt communiter doctores... et haec videtur de generali consuetudine robotata. Quod tamen intellige, ut procedat in foro seculari. Nam in foro ecclesiastico etiam in terris Imperij, servatur dispositio dicti capituli cum esses... dispositio dicti capituli cum esses observanda est in foro ecclesiastico, ubique et in terris Ecclesiae in utroque foro, et haec est communis sententia... a qua non recedas in practica: quia quantum ego vidi, apud omnes ita servatur sine controversia...».*

248 Cf. FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, juridica, moralis, theologica nec non asctica, polemica, rubricistica, historica...*, 4ª ed., t. VII, S-Z, Bononiae, apud G. Storti, 1763, p. 217 : «*solemnitates requisitae ad valorem testamenti de jure Civili non requiruntur omnes de jure canonico. De jure Canonico ad valorem testamenti, ad causas profanas, non plus requiritur, quam ut adsint duo testes idonei, et parochus loci. Testes requisiti de jure Canonico debent esse idonei, ac testes requisiti de jure Civili, et assignati*, porque lo único que cambia es el número de testigos, pero no en lo relativo a la calidad de los mismos, pues «*ubicunque dispositio juris Civilis non reperitur expresse mutata vel correctata a Jure Canonico, debet jus Civile etiam in foro canonico et ecclesiastico servari, ut tradunt doctores*

entienden «*communiter*» que vale el testamento, a pesar de no referirse esta posibilidad en la norma papal²⁴⁹.

Se trata de un argumento de autoridad, a partir de la opinión unánime de los doctores más autorizados, pero carente de apoyo legal estricto, ya que se utiliza un argumento de analogía, en materia de prueba, que no encaja en esta materia, pero que asumen los juristas con el objetivo de mantener vivo el testamento con ese número de testigos. En este punto resulta muy ilustrativo el criterio de Ruini²⁵⁰, quien afirma que faltando los requisitos previstos en la decretal, en las tierras del Imperio se aplica íntegramente el Derecho común, y consecuentemente es inválido el testamento.

En el período bajomedieval, a veces se confundieron, en la interpretación jurídica, las dos decretales, *Relatum* y *Cum Esses*, admitiendo algunos canonistas que la disposición por la que se exigían solamente dos testigos, prevista para las obras pías, se aplicaría también en el otro precepto, de modo indistinto, lo cual provocó que la doctrina posterior se dividiera en sus planteamientos, llegando a pronunciarse Julio Claro por la invalidez del testa-

communiter, sicut leges non dedignantur Sacros Canones imitari, ita et Sacrorum statuta Canonocum Principum Constitutionibus adjuvantur. Los testigos deben ser rogados, en Derecho civil y Canónico, donde no se modifica esa exigencia, y es *communis opinio*. *In defectu Parochi proprii de jure Canonico sufficit, si quatuor testes sint adhibiti, quia duo testes aequivalent Parocho, et vices suppleunt unius, quamvis maximae sint auctoritatis, ut patet ex cap. Cum a nobis 28 et cap. Licet de testibus, et sic docent Abbas, Covarrubias, Claro, Molina y otros.*

249 Añade Julio Claro, l. c.: «*Sed pone aliquis fecit testamentum in quo adhibuit quatuor testes idoneos, non tamen aderat sacerdos parochianus: nunquid isti duo testes adhibiti ultra alios duos, supplebunt absentiam parochiani, ita ut testamentum valeat perinde, ac si ipse parochianus una cum duobus testibus adhibitis fuisset iuxta dispositionem dicti capituli cum esses? Respondeo, quod sic... ita tenent communiter omnes. Hanc enim opinionem attestatur esse communem Decius... Et licet haec opinio forte in puncto iuris non transeat sine difficultate: tamen propter auctoritatem doctorum illam tenentium, credo quod in practica obtineret: neque ego auferem consulendo, aut iudicando ab ea recedere, ubicunque essemus in foro ecclesiastico vel etiam in utroque foro in terris Ecclesiae. Et quamvis Corneus, consilio 77, dicit communem opinionem esse quod in ultimis voluntatibus in quibus non intervenerit presbyter proprius testatoris, remanet ius civile immutatum, et quod ita observatur in practica... apparet magis communem opinionem esse in contrarium. Pro qua facit, quia semper plus creditur duobus testibus quam uni, quantacunque dignitatis sit. Si ergo sufficiunt duo testes cum parochiano, dicti c. cum esses, multo magis sufficiunt quatuor testes*». Es el criterio defendido por BARBOSA, A., *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in Ius Pontificium Universum, t. II, in quo tertius et quartus Decretalium libri continentur*, Lugduni 1669, p. 212: «*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... in terminis huius textus 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*».

250 RUINI, C., *Responsorum sive consiliorum*, t. 2, Venetiis, apud N. Bevilacqua et socios, 1571, fol. 19v: «*Testamentum in terris ecclesiae conditum, etiam ad non pias causas coram duobus testibus cum parochiano, valet, et ita communis tenetur... non obstat dum dicitur quod ad probationem testamenti requiritur numerus septem testium: quia illud esse verum in terris imperii, sed in terris ecclesiae sufficiunt duo testes cum parochiano... secundum communem intellectum*».

mento con solo dos testigos²⁵¹, si era para causas profanas, sobre cuyo punto el cardenal Lambertinis debió insistir nuevamente en el siglo XVIII²⁵².

En criterio de Cenedo²⁵³, la disputa más significativa, respecto de la decretal *Cum esses*, se refiere al ámbito de aplicación, en un doble aspecto: si se extiende a los territorios que no están sujetos a la jurisdicción temporal de la iglesia, y si la disposición relativa al número de testigos tiene vigencia en el fuero civil respecto de los laicos. Julio Claro y André Tiraqueau, entre otros juristas, se pronuncian por circunscribir su aplicación a los Estados pontificios²⁵⁴, de forma que, en esta orientación doctrinal, bastaría referir ahora

251 *«Verum est, quod illi duo testes, qui debent ultra parochianum intervenire, debent esse idonei et sic omni exceptione maiores. Et haec est communis opinio. Sed quid si duo tantum testes in testamento intervenirent sine parochiano, nunquid tale testamentum valebit de iure Canonico, secundum quod dicitur, quod in ore duorum vel trium stat omne verbum? Respondeo, aliqui dixerunt, quod sic, et banc opinionem dicit esse communem Baldus... sed contraria opinio est verior, scilicet quod ultra duos testes debet etiam parochianus intervenire: et est etiam magis communis, ut attestatur Imola et quia res est nimis clara, stultus esset qui ab hac sententia recederet in practica».*

252 Acerca del testamento imperfecto, cf. FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, juridica, moralis...*, op. cit., p. 218: *Testamenta ad causas profanas carens una, vel pluribus solemnitatibus a Jure positivo requisitis, nullum et invalidum est in foro externo*, pero es inválido también en el foro de la conciencia o interno? Tres doctrinas: Primera. *«Testamentum ad causas profanas carens una vel pluribus solemnitatibus a Jure positivo requisitis sit validum in foro interno seu conscientiae, ac proinde quod haeres vel legatarius scriptum licite retinere possit haereditatem vel legatum ex tali testamento imperfecto acquisitum, nec reddere debeat haeredi ab intestato, dummodo aliunde suficientes constet banc fuisse voluntatem testatoris, et quod haeres ab intestato in conscientia teneatur ipsi trajere haereditatem, et solvere legata ex tali testamento imperfecto relicta».* Así lo sostienen Fagnano, Abbas, Jasón, Claro, Zoesio, Fachineo, Molina, Soto, Bártolo, Ímola, Alciato, Juan de Orozco, Medina, Navarro, Sarmiento y muchos otros. La segunda sentencia es la opuesta: *«Tenet quod testamentum ad causas profanas carens una vel pluribus solemnitatibus a Jure Civili requisitis, sit invalidum, et nullum, non solum in foro externo, sed etiam in foro interno seu conscientiae, adeo ut haeredes et legatarii vi talis testamenti nec possint aliquod accipere nec si jam acceperint, illud tuta conscientia retinere valeant, sed haeredibus ab intestato teneantur sub gravi cuncta relinquere, aut restituere, quantumcumque de voluntate testatoris certo constet».* Defienden esto: Covarrubias, Suárez, Salas, Valencia, Bonacina, Matienzo, Baldo, Paulo de Castro, Gregorio López, Padilla, Antonio Gómez, Ledesma, Bañez y otros, citados por el cardenal de Lugo, y la considera probable Sánchez, entre otros. *Tertia sententia est media*, y la defienden Cabasucio, Menochio, Layman, y otros: el testamento *minus solemne* seu imperfecto no es *irritum* o *invalidum ipso jure*, *in foro conscientiae*, *at tamen possit tale declarari per sententiam iudicis, apud quem, tam haeres ab intestato, quam haeres scriptum possunt licite agere ut jus suum pro sua bona fide in diversis legibus et rationibus fundata defendant, quamvis sint de voluntate testatoris omnino certi: tale testamentum est validum antequam per sententiam iudicis irritetur seu irritum declaretur, vel declaratur invalidum».*

253 CENEDO, P., *Collectanea ad Ius Canonicum*, Venetiis, ex off. D. Zenari, 1596, pp. 464-469.

254 Cf. BOHIER, N., *Decisiones burdegalenses*, Coloniae, exc. Ph. Albert, 1611, pp. 175-176: *«Testamentum factum coram presbytero parochiali et duobus vel tribus testibus legitimis ad hoc vocatis, et rogatis, valet secundum communem opinionem legistarum et etiam canonistarum in c. cum esses, volentium in terris ecclesiae valere quo ad omnia in eo contenta, et relicta etiam ad non pias causas: et sic intelligitur dicto capite cum esses. Sed in terris imperij servatur ius civile, et sic secundum hoc a iure civili non receditur, ut evitetur legum correctio».* Con idéntico criterio, aunque *«probabilius»*, vid. KÖNIG, R., O. S. B., *Principia Juris Canonici, ex libro III. IV et V. Decretalium Gregorii IX*, t. II, 2ª ed., Salisburgi, lit. Jo. J. Mayr, 1714, p. 247: *«Forma specialis testamenti... secunda respicit certum testium numerum, qui non ab utroque jure aequalis desideratur; nam Jure civili constat in omni testamento solemni requiri septem testes, eosque puberes, cives romanos, masculos, non faeminas, rogatos, non fortuitos... ut per plures homines perfectissime veritas reveletur et ne quid falsitatis committatur circa ultima hominum*

la interpretación de Capra, quien después de exponer la validez en Derecho canónico del testamento ante el párroco y dos testigos, muestra su falta de concordancia con el Derecho civil²⁵⁵, y sin embargo expresa que en Cassia, territorio pontificio, rige el primero y no el segundo²⁵⁶.

Otros autores sostienen que rige la norma canónica en cualquier territorio, incluso en tierras del Imperio²⁵⁷, que es la posición de Cenedo, pero reconociendo que ni la ley natural ni la divina prohíben que pueda exigirse mayor número de testigos, como sostienen Covarrubias y Domingo de Soto, entre otros, ya que no hay un número fijo de testigos que no pueda ser modificado, quedando al arbitrio del legislador, quien, a tenor de las circunstancias, puede

elogia, quae exitum habere, interest Reipublicae. De Jure vero Canonico testamentum coram Presbytero et duobus vel tribus testibus a parochiano conditum valet. In terris imperii etiam Jure Canonico probabilis standum est Juri civili, cum non versemur hic in materia peccati, aut causa spirituali, sed in materia adiaphora, seu profana, circa quam quodlibet jus in suo foro est servandum: Covarrubias, Molina, Engel, ubi fatetur hanc sententiam esse communioem: Barbosa contra Panormitanum et Hostiensem.

255 Cf. XIMENEZ, S., *Concordantiae utriusque Iuris Civilis et Canonici, cum legibus Partitarum: Glossematibusque Gregorij Lopez et plurimorum Doctorum, tam exterorum quam nostratum*, Toleti, typ. P. Roderici, 1596, p. 200: «*Cap. Cum esses. 10. Bartolus, repetitio l. 1. num. 79 usque in finem. L. C. Sacrosanctis ecclesiis et glosa 8 l. 7 titulo 1 Partida 6 et glosa finalis in fine l. 14 titulo 1 Partida 6. Coram presbytero. Suarez, l. 13 titulo de las deudas numero 3.4 et deinceps ubi etiam allegat textum sequentem. Spino, Speculo testamentorum, glo. 31 prin. numero 37. Cenedo in Collectanea ad decretales, Collectanea 159.*».

256 CAPRA, B., *Consilia sive responsa*, Venetiis 1556, fol. 86r: «*Testamentum factum coram presbytero parochiali et duobus testibus valet, etiam si non fiat ad pias causas, et per ipsos probatur, saltem in terris Ecclesiae. Licet regulariter verum sit, ut requirantur septem testes, tamen hoc verum est, nisi fiat coram presbytero et duobus testibus idoneis, cum tunc valeat etiam si non fiat ad pias causas, et per ipsos probetur, saltem in terris Ecclesiae, ut in c. cum esses de testamentis et ita communiter tenetur. Quod maxime procedit, quando tale testamentum in rure fieret, cum tunc numerus septem testium non requiratur et praecipue quando fieret tempore pestis, cum tunc propter penuriam testium, non requiratur numerus septem testium, sicut et in simili dicitur, quando fieret in carcere, prout et voluit Baldus... inmo testamentum esse validum si interfuissent solummodo tres testes interveniente ipso presbytero parochiali, tale testamentum fuisset et esset validum et per ipsos tres testes probari potuisset, ud c. c. cum esset. Quod videtur procedere etiam si intervenerint duae mulieres, cum et ipsae dici possint idoneae testes, prout et masculi, attenta dispositione d. c. cum esses: quod innititur dispositioni iuris divini et sanctorum patrum...», adhiriéndose incluso al criterio de Antonio de Butrio, según el cual bastarían dos testigos idóneos conforme al Derecho divino, los cuales prueban dicho testamento. *Ibid.*, fol. 125r: «*Testamentum factum coram praesbytero parochiali et duobus testibus valet Jure Canonico, secus de iure Civili. Ius Canonicum servandum est in terris Ecclesiae, quando discordat a iure civili. Tale testamentum si fuisset confectum in civitate, nihilominus valuisset ex alia ratione quia confectum fuit coram praesbytero parochiali et duobus testibus, cum sufficiant duo cum presbytero parochiali, secundum communem sententiam, quam sequitur Speculator. Quod procedit de iure Canonico secundum doctores communiter. Esto quod aliud sit de iure Civili. Unde cum hoc procedat de iure Canonico erit servandum in terra Cassiae et eius districtu, ex quo est de terris ecclesiae, cum Ius Canonicum servandum sit in terris ecclesiae, quando discordat a iure Civili.*».*

257 Cf. AXEL DE SENY, H. van, *Totius Iuris Canonici compendium, sive brevis summa in quinque libros Decretalium Sacri Concilii Tridentini Decretis*, Coloniae Agrippinae, apud a. et A. Hieratos fratres, 1630, p. 545: «*Jure Canonico, in testamento requiruntur et sufficiunt presbyter parochialis et duo vel tres testes idonei... reprobata praescripta consuetudine contraria c. cum esses, etiamsi fiat ad non pias causas et valet ubique*», como sostiene Gail.

establecer la presencia de dos, tres, cinco, siete o más testigos, a causa de la malicia humana, y para tener más firmeza en los testimonios:

Unde huiusmodi leges civiles iustae et validae sunt, nec reprobatae per ius canonicum, ideo in terris Imperij vim suam obtinebunt. Nec constitutio istius textus eas derogavit, cum Summus Pontifex non exerceat in eis temporalem iurisdictionem. Immo iurisdictiones divisae, et diversae sunt inter summum Pontificem et Imperatorem... et hoc modo communiter doctores interpretantur istum textum, declarando illum, ut tantum procedat decisio illius, de iure canonico, et in provinciis ecclesiae temporaliter subiectis, et non in his, quae de dominio et iurisdictione Imperatoris sunt, in quibus dicunt constitutionem iuris civilis servari debere.

Una segunda cuestión relevante viene referida a las personas capaces de otorgar válidamente este testamento, señalando Cenedo²⁵⁸ que en su opinión tendría aplicación solamente «*in testamentis tantum confectis ab aegrotis et personis infirmis, et in eo tantum casu reprobavit, et correxit consuetudinem, et leges civiles ampliore numerum requirentes, ut iniustas et peccati nutritivas, et non in ullo alio casu, ut apparet ex litera et inspectione istius textus, in versiculo in extrema fecerint voluntate, hoc est voluntate laborante in extremo vitae spiritu*».

Este canonista entiende que la disposición pontificia «*cum sit iuris communis restrictiva, in casu in quo loquitur, id est, in testamentis tantum confectis ab infirmis, cum in ea afflictione et vitae conflictu, et periculo imminente, non facile, immo etiam multum difficile non possit aegrotans etiam cum magno vitae discrimine tot vocare testes... quod certe videtur iniustum, ut voluntas et dispositio illius qui est in vitae periculo constitutus, non habeat effectum per supradicta, ideo in huiusmodi casu et necessitate, cum numero testium a lege divina constituto et praefinito, voluit Summus Pontifex, quod valeat testamentum*», sirviéndose de la analogía con el Derecho civil, que admite en algunos supuestos un número menor de testigos:

similiter et Summus Pontifex, ne infirmi decedant intestati ob defectum tot testium, propter periculum mortis et necessitatem imminensem, restrinxit in hoc textu solemnitates iuris civilis. Quamvis enim dispositio iuris civilis in communi et in abstracto considerata, super solemnibus numero septem testium in testamentis adhibendo, sit fundata in causa iusta, vitandi scilicet fraudes, qua attentata iusta est et rationi naturali non solum non adversa, immo maxime consona, nihilominus quando in aliquo casu particulari cessat omnis suspicio fraudis, et sumus certi de voluntate defuncti, tunc quod ob hunc solum defectum non adhi-

258 CENEDO, P., *Collectanea...*, op. cit., p. 467.

*bitae solemnitate septem testium, bona defuncti advenire debeant venientibus ab intestato, contra defuncti voluntatem*²⁵⁹.

Magdaleno Capiferreo, al tratar de los testigos exigidos en Derecho, y después de señalar que en el Derecho civil rige como principio sustancial, la presencia de siete testigos en el testamento nuncupativo, se adhiere a la doctrina de Baldo de Ubaldis, según el cual, antes de la promulgación de leyes positivas, y por derecho de gentes, los testamentos solo requerían la concurrencia de dos testigos, incrementándose su número a causa de la malicia humana, con objeto de evitar los fraudes²⁶⁰.

El Papa confirma la causa motivadora del número de testigos del Derecho civil, pero reprobó la rigurosidad de los siete exigidos por la norma justiniana²⁶¹, declarando que el testamento sería válido si asistieran dos o tres testigos con el presbítero parroquial²⁶² «*coram quo non est praesumendum*

259 «*Secundo infertur, quod dispositio istius textus indistincte procedit in provinciis iurisdictionis Summi Pontificis et Caesaris etiam, cum vulgare sit quod Papa ratione peccati possit abrogare leges civiles, et in eo casu standum sit iuri Canonico. Sequitur tertio, quod cessante supradicto casu necessitatis expresso in hoc textu, in utroque imperio et Papae et Caesaris, erit servanda in testamentis dispositio iuris civilis circa dictum numerum testium, cum in casibus non expressis a iure Canonico, Sacri Canones non dedignentur leges imitari... et cum de iure Canonico nulla alia sit dispositio contraria iuri civili, praeter expressam in hoc textu, sequitur quod in aliis casibus recurretur ad dispositionem iuris civilis, quia lex civilis quae ab ecclesia non reprobatur, debet observari etiam in foro Canonico.*

260 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis requisito, tam in foro fori Civili, et Canonico, quam in foro poli, et conscientiae tractatus*, Venetiis, apud Gueraeos fratres, 1586, p. 12: «*Antequam leges scriptae emanarent, quando sola veritas mortalibus iustitia sanciebat, et sic de iure gentium primaevae, testamenta cum duobus tantum testibus secundum regulam iuris naturalis sustinebantur, paulatim tamen hominum malitia succrescente necessariae fuerunt leges scriptae, quibus propter sinceritatem testamentorum ne ulla fraus in eis committeretur pro bono publico, ut dixit baldus. Introductae fuerunt solemnitates plurimae in illis adhibendae... advertendum, quod testamenti factio dicitur iuris civilis et iuris publici quo ad solemnitates per ius civile introductas, et quo ad formam testandi... quo ad substantiam et originem recipit efficaciam de iure naturali, quia etiam ante leges positivas et ante ius civile quis disponebat de bonis suis in ultima voluntate, ut tradit Bartolus... Ergo ratio vitandae fraudis fuit causa iuris civilis inductiva numeri septem testium in testamentis adhibendis... ad obviandum fraudibus dicitur iusta et rationabilis. Ibid., pp. 21 y ss.: *Ex causa respiciente bonum commune et utilitatem publicam lex Divina et naturalis potest distingui, limitari et declarari. Ius Divinum et naturale persuadet ut firmiora testimonia requirantur ad hoc, ut fraudibus occurratur et veritati consulatur. Exigens tamen septem testes videtur nimis excedere regulam iuris divini et sic contractari.**

261 «*Tanta est vis huius solemnitate numeri testium in testamentis requisitae, quod licet alias regulariter ubi ideo testes sufficiunt ad probandum actum, duo testes regulariter faciunt plenam probationem, unus vero facit semiplenam, et idcirco eo casu sit locus iuramento in supplementum probationis, tamen in terminis nostris ubi septem testes requiruntur, adeo sunt praecise necessarii tam ad validitatem actus, quam ad effectum probationis, quod si unus tantum ex eis deficiat, nullam reliqui penitus faciunt probationem, nec plenam nec semiplenam, idcirco non poterit hoc casu deferri iuramentum in supplementum, quia forma est indivisibilis. Ibid., p. 88: *licet probet quod numerus testium fuerit adventus ad removenda fraudes, non tamen sequitur quod si testamentum fuerit factum sine fraude quod valeat qbsque solenni et praefinito numero testium, imo contrarium est verius, ut non sufficit veritas sine solemnitate.* MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., pp. 77-80*

262 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., pp. 24, 34 y 42.

*fraudem committi debere*²⁶³, sin olvidar que la mayor diferencia entre los ordenamientos civil y canónico se encuentra en la finalidad: «*quod principalis finis iuris civilis est, conservatio boni publici mundani, tranquilla ac bona et quieta mortalium vita temporalis, iuris vero Canonici publici aeterni et salutis animarum et illarum vita aeterna et supernaturalis*».

Para la validez del testamento relativo a causas profanas, en Derecho canónico, es inexcusable la presencia del párroco y de dos testigos, a tenor de la decretal *Cum esses*, interpretando, con el Hostiense, que el mandato de no rescindir dichos testamentos se hizo «*sub poena excommunicationis latae sententiae*»²⁶⁴, presentando como principal conclusión «*quod de iure canonico in testamentis ad causas prophanas duo tantum testes sufficiunt cum interventu presbyteri parochialis, prout eam ita firmat doctores communiter; ut dicit Paulus de Castro, Boerius, etc. quamvis aliqui voluerint, quod ille textus intelligatur in testamentis ad pias causas, communiter reprobat, quia in testamentis ad pias causas non est necessarius interventus presbyteri parochialis qui tamen necessario requiritur in dicto capite cum esses. Unde necesse etiam est fateri quod loquatur in aliis testamentis ad non pias causas, ut bene advertit Abbas, et post alios Covarrubias*».

Mientras en el testamento *ad pias causas* bastan dos testigos idóneos, en el referido *ad causas profanas* se precisa la presencia del *proprius sacerdos*, «*qui est parochus, ita quod non sufficeret alius presbyter ut late probat Abbas, nisi forte secundum eum esset ei commissa generalis cura sacramentorum licet non esset parochus, prout hic Romae est vicarius Papae, et idem si esset confessor testatoris licet alius, quam parochus, ut declarat Corneus*», sosteniendo que no serían suficientes tres testigos sin el párroco, «*et tamen quattuor absque eius interventu satis essent, quia duo vim parochi obtinerent, ut voluit Speculator, Calderinus, Abbas et post alios ibi late Covarrubias et latissime Decius etc. ex quibus patet hanc proculdubio esse communem opinionem, et idcirco, ut ipse Iulius Clarus subdit non esset in practica ab ea recedendum*»²⁶⁵.

263 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., p. 26: «*Parochi praesentia removet suspicionem falsitatis: ratio vitandae fraudis propter quam lex mota fuit ad introducendam solemnitatem hanc numeri septem testium videtur sufficiens pro illius validitate, cum huic fraudis suspicioni per pauciores testes occurri potuisset, puta per duos testes adiuncto presbytero parochiali, ut statuit Pontifex in dicto capite cum Esses, coram quo non est verisimile quod committatur aliqua fraus, et sic per eius interventum providetur huic timori falsitatis*».

264 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., p.

265 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., p. 438-443: «*Ubi vero intervenit presbyter parochialis non est necesse quod interveniat tanquam testis, sed sufficit sola eius praesentia cum duobus aliis testibus quam solam exigit dicto capite Cum esses. Unde satis esset quod interveniat ut notarius rogatus de testamento cum duobus testibus, ut late consuluit Parisius, quem sequitur Covarrubias, quod singularis notandum est pro declaratione et intelligentia illius capituli et huius notrae conclusiones, quod etiam servit ad intellectum Concilii Tridentini allegati. Quamvis autem circa numerum testium in testamentis requisitum ius canonicum moderaverit rigorem iuris civilis, non tamen propterea dispensavit circa idoneitatem testium, ut expresse pater in dicto capite Cum esses, quod requirit*

Más explícito en su criterio personal se muestra Capiferreo al tratar de la vigencia territorial de la decretal *Cum esses*, porque según su punto de vista «*clarum est, quod sibi locum vindicat in terris de temporali iurisdictione ecclesiae in utroque foro, tam saeculari quam ecclesiastico; quod probatur ex communi theorica, quae habet quod ubicunque in aliqua materia etiam prophana et indifferenti est discrepantia inter ius civile et ius canonicum, tunc in terris de temporali iurisdictione ecclesiae servatur canon etiam inter laycos etiam in utroque foro*», y es opinión común, «*nec de ea est dubitandum*», pues se distingue netamente en la aplicación de las *Leges*, en las tierras del Imperio, y el canon que nos ocupa, en los territorios sometidos a la jurisdicción temporal de la Iglesia:

Et quamvis Paulus de Castro dicat quod ipse semper vidit ubique servari solennitates iuris civilis, etiam in terris Ecclesiae romanae, de quibus ipse est oriundus praeterquam in relictis ad piam causam, prout etiam de consuetudine generali totius fere Italiae, praeterquam in quibusdam locis, ut Venetiis, idem quoque in terminis attestatur Baldus. In terris igitur immediate subiectis Papae sine dubio locum habet dispositio dicti capituli Cum esses, prout est Roma cum toto eius territorio et Ducato Spoletano, provincia Marchiae, et Romandiolae, Ferraria et Insula Sardiniae et Siciliae et aliis terris et locis de Orto (ut dicitur) (sic) Ecclesiae Romanae, et de patrimonio Beati Petri, in quibus habet usum et exercitium temporalis iurisdictionis, et quo ad utrunque gladium et Summi Pontificis auctoritatem exercet, et Summi Principis exequitur potestatem... quarum terrarum et locorum plura hodie reperiuntur penes Reges et alios Principes feudum ab Ecclesia romana concessa, in quibus pariter quo ad utrunque forum servanda est dispositio dicti capituli cum esses, quales sunt Civitates regni, Ferraria et Urbinum, ut declarat Corneus, hic Romae inter laycos, non servatur dispositio dicti capituli Cum esses, sed solennitas iuris civilis in testamentis conficiendis adhiberi debet, prout usu adhiberi videmus; quod tamen, mirum videri non debet, eo quod hic extat particulare statutum, lib. 5 cap. 37, sub rubrica quod servetur ius commune et in statutis noviter compilatis lib. 1 cap. 42 sub rubrica de servando statuto quo specialiter cavetur, quod inter cives incolas et districtuales serventur statuta, et ubi statuta non disponunt, servetur ius civile, et in subsidium recurratur ad ius canonicum; quae quidem statuta Urbis cum sint per Pontificem confirmata non est de eorum validitate dubitandum²⁶⁶.

duos vel testes idoneos, adeoque foemina non poterit esse testis in testamentis ad non pias causas etiam de iure canonico: cum enim ipsa repellatur tanquam non idonea de iure civili et hoc non reperitur immutatum, nec contrarium statutum de iure canonico merito standum erit dispositioni iuris civilis et ut christiani Imperatores pro aeterna vita Pontificibus indigerent, et Pontifices pro cursu temporalium tantummodo rerum imperialibus legibus uterentur. Sancta enim Ecclesia legum secularium non respuit famulatum, unde Papa multoties fundat suas decisiones in legibus imperialibus.

266 «*Sed difficilis quaestio nunc sese offert, nunquid aliae civitates, castra, et loca huiusmodi de tempore iurisdictione Ecclesiae possint citra approbationem Pontificis statuta condere contra dispositionem dicti capituli cum esses; nam et si clerici, et personae ecclesiasticae contra dispositionem iuris canonici statuere non possint... Pontifex expresse reprobatur in dicto capite cum esses contrariam consuetudinem tamquam nimis rigorosam et a iure naturali, divino et pontificio et a totius ecclesiae generali*

Del mismo modo que en los Estados Pontificios rige la norma canónica sobre testamentos para causas profanas, está vigente, en ambos fueros civil y eclesiástico, respecto de las personas que son clérigos²⁶⁷. Esta conclusión se refiere a la solemnidad testamentaria que debe observar el eclesiástico en su otorgamiento, respecto de la presencia del párroco y dos testigos, aunque en el resto de disposiciones para su ejecución, como la *insinuatío* o el registro, se aplica el *Ius Civile*, diferenciándose entre el heredero instituido, según sea laico o clérigo²⁶⁸.

Se pregunta el citado jurista, si por razón del laico, que otorga su testamento en tierras del Imperio²⁶⁹, «*an servanda sit dispositio iuris civilis, vel iuris canonici*». Algunos autores distinguen por el foro, eclesiástico o secular, de modo que en el primero se aplica el canon, en el segundo la ley civil, conforme al pronunciamiento de Inocencio IV: «*dicens, finaliter, quod legista militat in foro Iustiniani, canonista autem transit in foro Beatri Petri, et ideo tribunalia distingue. Et hanc esse communem opinionem et consuetudine roboratam, et ab ea in practica non esse recedendum attestatur, omnes servari sine controversia, cui suffragatur communis theorica quod data discrepantia inter ius civile et canonicum in materia indifferenti, prout est illa, et in foro seculari servatur ius civile, in foro vero canonico servatur ius canonicum*».

consuetudine minis etiam alienam, quae ratio pariter quoque viget in statutis particularibus et talis expressa reprobatio porrigitur nedum ad praeterita, sed etiam ad futura, ita ut non videatur posse de novo introduci aliquod statutum, seu consuetudo in contrarium». No obstante, cabe una costumbre inmemorial y nuevo estatuto modificatorio de la decretal si existe justa causa, por lo cual *per consequens colligitur ex his resolutio propositae quaestionis, videlicet, quod etiam in terminis et locis temporaliter subditis Ecclesiae valeat statutum et consuetudo requirens septem testes in testamentis ordinandis iuxta dispositionem iuris civilis contra dispositionem dicti capitis cum esses, praesertim cum ex hoc redeatur ad primaevum ius commune, quae reductio favorabilis iudicatur. Nec obstat quod Pontifex in dicto capite cum esses reprobet huiusmodi consuetudinem tanquam nimis alienam a iure naturali divino... validam esse dispositionem iuris civilis requirentem numerum septem testium in testamentorum confectione, et maxime iustam, ac consonam iuri naturali non obstante his quae in dicto capite cum esses in contrarium adducuntur*».

267 «*Etenim in testamento personae ecclesiasticae, quae omnino soluta et exempta est a potestate seculari, et subdita tantum potestati ecclesiasticae, sine dubio standum erit dispositioni dicti capitis cum esses in quocunque foro causa agitur, sive ecclesiastico sive seculari, licet specificè hunc casum de testamento clerico a nemine tactum reperiam. Et ratio est in promptu, quia cum leges civiles ex defectu potestatis non ligent personas ecclesiasticas, et statuta Caesaris non ligent subditos Papae, idcirco satis erit quod in testamento clerici sit servata solemnitas requisita per canonem ex dispositione Papae in dicto capite cum esses, cui ipse clericus est subiectus*».

268 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., p. 444: «*Concludendum est, quod nedum in terris ecclesiae, sed etiam in terris Imperij vendicat sibi locum dispositio canonis dicti capitis cum esses, ubicunque agitur de testamento clerici non solum in foro ecclesiastico, de quo nulla potest esse dubitatio, sed etiam in foro seculari, puta si de validitate et invaliditate illius esset quaestio inter haeredem a clerico institutum, et venientes ab intestato mere laycos coram ipsorum iudice seculari, nam certe licet in decisorijs iudex debeat attendere ad leges et statuta ipsorum litigantium... agitur de actu celebrato a clerico, merito iudicare debet secundum legem ipsius clerici*».

269 MAGDALENO CAPIFERREO, P. D., *De numero testium in testamentis...*, op. cit., p. 446.

Sin embargo, no faltan autores que interpretan la decretal como una derogación por el Pontífice de la norma del Derecho civil que exige siete testigos, si bien la generalidad de juristas estiman que no se abrogaron las leyes civiles, por lo cual en tierras del Imperio hay que observar las leyes civiles. En criterio de Capiferreo, el capítulo *Cum esses* «*tantum in terris sibi temporaliter subiectis servanda erit, quia in illis potuit legibus derogare iuxta interpretationem magis communem et veriore, et facto ipso de generali consuetudine roboratum, nos etiam sequimur et comprobamus*».

Barbazza, a principios del siglo XVI²⁷⁰, hace un examen sistemático de la decretal, comenzando por situar el supuesto de hecho y analizando su contenido:

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 interpretativo²⁷¹:

Sed mihi videtur quod in isto capitulo debet dare aliam lecturam videlicet quod Papa hic improbet consuetudinem quae 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 scriptis²⁷².

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

271 BARBAZZA, A., *op. cit.*, fol. 151r.

272 «*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*

El toledano Diego de Covarrubias²⁷³, en su análisis de la decretal *Cum esses*, y después de exponer la regulación vigente en España para el otorgamiento de un testamento válido, especialmente la ley 3 de Toro y la Recopilación de Felipe II, rechaza abiertamente la identificación del precepto X 3. 26. 10 con la norma siguiente del mismo libro y título, relativo a causas pías, «*quod testamentum in pias causas condendis aliam peculiarem solemnitatem speciatim aptat*». Además, defiende que no hay duda acerca de la capacidad del Romano Pontífice, para modificar el número de testigos previstos en la norma positiva, y mientras el cap. *Relatum* se aplica universalmente, con solo el testimonio de dos testigos, «*et id ubique servare scripsit Alciatus*», no ocurre lo mismo en el testamento para causas profanas, ya que en un territorio no sujeto al poder temporal del Papa, ni directa ni indirectamente, rige el *Ius Civile*.

Finalmente, sentencia el antiguo obispo Civitatense, «*principaliter caput hoc, Cum esses, ita intelligitur, ut procedat iure canonico, et in provincijs ecclesiae Romanae subiectis quoad temporalem iurisdictionem: in his etenim casibus testamentum solenne est, si factum fuerit coram duobus testibus et paroeciali presbytero, quamvis ad causas pias factum non sit... Quod si presbyter huic actui non adsit, loco tamen eius sint praesentes duo testes, validum erit hoc testamentum: quia duo testes satis gerunt vices unius quantumcunque maximae auctoritatis... Decius... dicens hanc opinionem esse communem...*», sin olvidar que la excomunión, con la que se amenaza en caso de transgresión, es *ferendae* y *non latae sententiae*²⁷⁴.

Durante, desde el punto de vista del Derecho cesáreo²⁷⁵, insiste en la necesidad de los siete testigos varones, libres y púberes, que escuchen al testador nombrando al heredero, respecto del testamento nuncupativo, «*sed hoc quoque testamentum infirmum est, nisi per depositiones testium coram*

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

273 COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *In titulum de testamentis interpretatio. Cap. Cum esses...*, op. cit., pp. 51-55.

274 COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *In titulum de testamentis interpretatio. Cap. Cum esses...*, op. cit., p. 54: «*Glossa ultima notat verba huius capituli esse comminatoria ferendae excommunicationis, non latae, cui similis est in capite sicut tuis de Simonia verbo Anathematis et in cap. 1 de sagit. et in c. Salontanae, quas ubique doctores approbant*».

275 DURANTE, G., *De arte testandi, et cautelis ultimarum voluntatum tractatus*, Lugduni, apud G. Rovillium sub scuto veneto, 1547, p. 29.

iudice confirmetur», puesto que no se precisa la presencia del notario. No obstante, «*Si testator minorem numerum testium intervenire velit in suo testamento, ut eius voluntas valeat, remedium est, quod coram presbyterum parochiali, et duobus testibus disponat de rebus suis, et valebit testamentum etiam ad non pias causas et est communis opinio et hoc procedere etiam in terris principii saeculari quo ad temporalem iurisdictionem ab ecclesia concessis quales sunt civitates regni, et Ferraria, et Urbinum. Sed in aliis non procedit, ut per Baldum*».

A pesar de este planteamiento generalmente compartido, Durante sigue la doctrina de Antonio de Butrio y otros, según la cual, *stricto iure*, el testamento ante el párroco y dos testigos es válido en los territorios que no estaban sujetos al poder pontificio, «*quia talis presbyter est iudex animarum, et dignior iudice saeculari. Et testamentum factum coram iudice et duobus testibus ubique valet*»²⁷⁶.

Gerhard²⁷⁷ explica que el testamento otorgado sin la solemnidad debida, porque falta alguno de los testigos prescritos, es nulo *ipso iure*, dado que es *non jure factum*, siendo obligatorio el respeto íntegro de la forma. El jurista alemán admite que dicho número de testigos puede ser minorado mediante una norma estatutaria o a través de la costumbre, sin olvidar que puede tener lugar en un rescripto del Príncipe, y cita varios lugares en los que no se exigen más que dos o tres testigos²⁷⁸, como en Venecia, donde es válido el testa-

276 En cuanto a la condición del presbítero interviniente, que sea el párroco, Durante presenta algunas matizaciones: «*Animadvertendum tamen est, opus esse, quod presbyter sit his cui universae parochiae cura commissa sit. Nam sacerdos alius cui commissa esset administratio sacramentorum defectum testium non suppleret, ne frustra videatur dictum de parochiali (aunque hay opiniones contrarias). Si tamen generaliter animarum cura alicui non parochiali testamentum factum valeret, secundum eundem Corneum, et si parochialis presbyter haberi non possit, remedium est, quod loco presbyteri alii duos testes adhibeantur, et valebit testamentum, quia duorum vox est potentior quam unius quaecumque sit auctoritatis... a praedicta opinione, quod saltem quatuor testes adhiberi debeant recedendum non est, quoniam magis communiter dicta opinio approbatur*». DURANTE, G., *De arte testandi...*, op. cit., pp. 30-32.

277 GERHARD, J. A., *Dissertationes de jure testamentorum romano*, 2ª ed., Jenae, typ. G. Sengenwaldi, 1660, p. 56: «*Quod attinet solemnem numerum, certe VII. Testes, non minores sunt adhibendi*». Ibid., p. 58: *etiam jure hodierno*, y añade: «*Ad solemnitatis autem, non ad fidei quaestionem hic numerus cum pertineat, uno deficiente ipsum ipso iure deficit testamentum, ratio: solemnitas enim testamentaria ad testamenti formam pertinet, et testamentum non jure factum dicitur, ubi solemnitas iuris defuerunt, y no será perfecto, si no estan los siete testigos... formae nihil addi, nihil detrabi possint... si formae detrahatur, actus nullus est, deficiente forma: si additur, actus non est nullus. Ratio diversitatis quia forma integra servata est, et cautela suberabundans non nocet, necessaria praetermissa nocent*».

278 GERHARD, J. A., *Dissertationes de jure...*, op. cit., p. 59: «*Statuto tamen vel consuetudine quin numerum ille minui possit, dubitandum non est: solemnitas ista meri juris civilis est, civile autem jus alio jure civili veluti lege municipali aut consuetudine potest mutari, aut saltem ei derogari, praesertim suadente hoc utilitate publica, quatenus nimirum civitas illa non recognoscit superiorem, aut facere ei alias statuta liceat... statuentes quod in testamento duo forte testes sufficiant, non stauerint, quod inducerent falsitatem, multo minus ut praebeant manum falsitati*», sino que la normativa tiene una justa

mento con dos testigos, o en Siena, que son tres no rogados, sin olvidar que en España era posible con el notario y tres testigos.

La normativa canónica de la decretal *Cum esses*, a la que se refiere este autor, con una exposición literal del contenido de dicho precepto, acerca de la validez del testamento ante el presbítero parroquial y dos testigos, así como la amenaza de anatema, para quien lo rescinda, no impide que haga una valoración negativa de su alcance, siguiendo a Connano, y aludiendo a Bodino²⁷⁹, ya que en su criterio «*Pontifex ista testandi facultate, praesertim quod parochum adesse jubet, fenestram tanto magis sacerdotibus ad privatorum fortunas adpariat, qua in omnium fere possessionem nomen sacerdotale invaserit. Quis enim dubitat inquit Bodinus ab ista testamentorum describendorum licentia, qua nec oculati, ac ne auriti quidem testes adhibeantur; Pontifices et curiones quam plurimos in privatorum fortunas ac possessiones invasisse?*», con remisión a la normativa aprobada por los emperadores Valentiniano y Graciano, que prohibió a los presbíteros y clérigos de la ciudad de Roma, más arriba ya citada, ser nombrados herederos por los moribundos, y cuya norma es elogiada por San Jerónimo.

Este jurista aplica la teoría de la división de poderes, para explicar que en Alemania rige el derecho imperial, resultando indiscutible que en el Impero romano germánico se aplica el *Ius Civile*, y para la validez del testamento son precisos los siete testigos, sin que se necesite la presencia del párroco, ni su normativa vaya contra el Derecho divino, al exigir mayor número de testigos, y sin que les afecte la conminación pontificia de la excomunión²⁸⁰.

Ampliamente citado por otros canonistas, Farinacci²⁸¹ presenta en el siglo XVII una exposición sumaria de la materia, a partir de una premisa, según la cual «*Testamentum sine septem testibus regulariter non valet*». A continuación pasa a establecer las restricciones al postulado, y las respectivas ampliaciones:

Limita hanc regulam pluribus modis, et primo, ut non procedat de iure Canonico, secundum quod testamentum factum coram Parocho et duobus testibus valet et tenet, cap. Cum esses, Covarrubias, Nevizan, Julio Claro, Villalobos, Capra y otros. Amplia hanc limitationem procedere, sive testamentum sit factum ad pias causas, sive non, secundum communem, et veram opinionem: Nevizan, Covarrubias, Julio Claro. Amplia II, quod si parochus non adest, sufficiunt duo alii testes loco parochi: Covarrubias, Claro, Villalobos y otros, ubi de communi.

causa... Ibid., p. 60: «*Princeps relaxare solemnitates testamenti poterit, civitatum autem superiorem non recognoscentium statuta, aequae sunt pars Juris Civilis ac rescripta Principum*».

279 GERHARD, J. A., *Dissertationes de jure...*, op. cit., pp. 61-62: n° 57.

280 GERHARD, J. A., *Dissertationes de jure...*, op. cit., pp. 62-64.

281 FARINACCI, P., *Repertorium de ultimis voluntatibus cum fragmentis*, Lugduni 1644, pp. 131-132.

Amplia III. Ut praedicta conclusio procedat nedum in foro ecclesiastico, sed etiam in foro temporalis: Julio Claro. Sublimita modo istam primam limitationem procedere, prout loquitur, quando scilicet cum duobus testibus intervenit parochus, alias secus. Sublimita II procedere quando isti duo testes sunt omni exceptione maiores: alias secus. Sublimita III ut dispositio dicti cap. Cum esses procedat solum in terris subiectis Ecclesiae quoad temporalem jurisdictionem, secus in terris Imperii: Covarrubias, Claro y otros, ubi testatur hanc opinionem esse consuetudine roboratam, videtur de mente Iosephi Ludovici. Sed contrarium tenet Mantica, ubi de magis communi. Hanc autem sublimitationem intelligas primo non procedere in foro ecclesiastico, iuxta quem etiam in terris Imperij habebit locum dispositio dicti capituli cum esses, Claro. Secundo intelligas illam non procedere in civitate Neapolis, Ferrariae et Urbini et similia, quae immediate sunt subiectae Ecclesiae: quia in illis habebit locum dispositio dicti capituli cum esses.

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 decretal²⁸², insiste en la separación entre el Papa y el Emperador, respecto del ámbito de competencia específico, 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, quavis 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 abro-

282 BARBOSA, A., *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».

gatum 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 judicial²⁸³, proveniente del Antiguo Testamento, y consecuentemente privado de fuerza vinculante a causa del 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 Deuteronomio²⁸⁴: «*Pontifex illis motus novam consuetudinem improbaret, et contra illam in terris Ecclesiae novum ius constitueret, ut patet ex verbo decernimus*», 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 temporalis 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

283 El salmantino Manuel González se expresa en estos términos: «*nota 'divina lege': non quia adsit aliquod praeceptum divinum circa numerum testium, sed ut duo tantum, aut tres adhibeantur... illa enim verba, a divina lege, profert Alexander III, quasi dicat, ideo consuetudinem, de qua in praesenti, non esse observandam; quia erat aliena a lege divina per Santos Patres statuta, et generalem Ecclesiae consuetudinem receptam; non vero, quia esset contra praeceptum divinum introducta... licet enim iuxta ius naturale divinum sufficiens sit ad probationem duorum, vel trium testimonium; non tamen ius divinum stabilire intendit, tanquam necessario certum, nec ita ut censeat plures non posse requiri in nonnullis causis. Quare nisi hominum malitia nimium excresceret, duorum vel trium abundaret testimonium; sed postquam labefactari coepit humana fides, receptum fuit, eiusdem legis naturae suggerente ratione, ut testimonia firmiora requirantur*», siguiendo el criterio del dominico Domingo de Soto. GONZÁLEZ TÉLLEZ, M., *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium Gregorii IX*, t. III, Lugduni 1673, pp. 481-482. Por su parte, SOMOZA A QUIROGA Y LOSADA, J. de, *Index novus atque generalis rerum omnium quae in celebri repetitione D. Emmanuelis Gonzalez Tellez ad quinque libros Decretalium continentur*, 2ª imp., Matriti, typ. P. A. de Padilla, 1735, pp. 390-391, pone de relieve, en su doctrina, que «*Testamenta quoad solemnitates sunt iuris civilis*», para añadir: «*testamentum factum coram parrocho et duobus testibus, de iure canonico valet non obstante contraria consuetudine*».

284 «*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*».

*alij communiter, teste Covarrubia, ultra proxime citatos per Velascum, Spinum, Menochium*²⁸⁵.

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 notario²⁸⁶, 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 testamento²⁸⁷.

Un último inciso del supuesto, previsto en la decretal, se encuentra en la frase: «*in extrema fecerim voluntate etc.*», bajo cuya expresión Agostinho

285 «*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.* BARBOSA, A., *op. cit.*, p. 212.

286 Se pregunta Rugerio, «*an parochus debeat intervenire, uti testis, uti notarius, vel tantum ipsius praesentia sufficiat?*», para responder que basta su sola presencia, a tenor de la partícula «*coram*», siempre que tenga cura de almas respecto del testador, o sea su confesor ordinario. Es precisa la presencia intelectual y operativa, es decir, el párroco debe intervenir «*attentus et scire quid testator agat*», sin olvidar que son innumerables los doctores, a la hora de afirmar que el párroco, en la confección del testamento, debe intervenir «*uti testis, non uti simpliciter actui praesens*»; otros autores entendieron que intervenga «*uti notarius, rogatus de testamento cum duobus testibus*», aunque este criterio tiene gran dificultad para ser asumido, aunque es indudable que debía aplicarse el estatuto local en la redacción del testamento, como ocurre en Venecia, pero la presencia del párroco será como testigo, y no como fedatario público, según el cap. *Cum esse*, salvo que el párroco sea notario apostólico, ya que entonces puede otorgar *fides* a la disposición, con mayor veracidad que una simple pluralidad de testigos. La decretal exige «*essentialiter*» que participe, escribiendo el documento o de otro modo, siempre que sea «*vere et realiter esse parocum, vel testatoris ordinarium confessorium... tanquam testem interfuisse, Semper ratione characteris, et animarum curae, et scripsisse, et intervenisse praesumendum est... Parochus habilis reputabitur, cui a loci ordinario, adhibitis de Iure requisitis, animarum cura commissa est.*» RUGIERO, A. S. de, *De testamento canonico...*, *op. cit.*, pp. 135-191.

287 «*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.*» BARBOSA, A., *op. cit.*, l. c.

Barbosa²⁸⁸ saca la siguiente conclusión, limitadora del ejercicio de esta forma de testar²⁸⁹:

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

Con la prevención final, «*Sub interminatione anathematis*»²⁹⁰, en la que se contiene la excomunión, en caso de exigir la rescisión del testamento, otorgado ante el párroco y dos testigos, Barbosa 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*

288 BARBOSA, A., *op. cit.*, p. 213.

289 Rugerio dedica dos capítulos al análisis de esta cuestión: en el primero, trata de la validez de la decretal «*extra casum gravis infirmitatis*», mientras en el segundo se pregunta: «*an testamentum ab aegrotis confectum, illo postmodum convallescente, irritetur?*». Por lo que se refiere al primer punto, Alejandro III utiliza dos expresiones análogas en sendas decretales: «*testamenta quae fiunt in ultima voluntate*» y la de «*in extrema fecerint voluntate*», ya que ambas se refieren a las disposiciones «*quae fiunt in ultimo vitae spiritu, et in infirmitate, mortis praeambula*», de modo que la voluntad del Papa, al otorgar el privilegio de la validez del testamento *coram parrocho et duobus testibus*, no era otra «*nisi quia aliquis miseratione est dignus; si positus in limine vitae et inter mortis agonias, à varijs periculis perterritus, majorem testium numerum habere non potest*», de modo que «*necessitate cessante, nullatenus permitteretur*», o como señala Bártolo de Saxoferrato «*quatenus durat necessitas*». Consecuentemente, se aplicará el testamento, si el testador «*postmodum moriatur*». Esta forma testamentaria no valdría, «*nisi praesentem infirmitatem, ex qua mors faciliter et inopinate evenire posset*», es decir, en caso de necesidad, «*nullo existente Notario*». RUGERIO, A. S. de, *De testamento canonico...*, *op. cit.*, pp. 71-89.

290 Cf. INCARNATO, F., *Scrutinium sacerdotale sive modus examinandi, tam in visitatione episcopi, quam in susceptione Ordinum*. In duas partes divisum, Lugduni, apud H. Huguetan, 1658, p. 317 y ss.: «*Censura es poena spiritualis, quam ecclesia propter inobedientiam infligit locis et universitatibus, singularibus personis, communionem et actus spirituales interdicens*»: Concilio Trento sess. 25 c. 12. *Species censurae sunt tres: interdictum, suspensio et excommunicatio*. Puede ser local y personal o simultáneamente personal y local, y la personal puede ser general y particular, al igual que la local puede ser general o particular. *Ibid.*, p. 334 y ss.: «*De excommunicatione: Est a communione Ecclesiae separatio. Est censura quae privat communionem Sacramentorum tantum, aut Sacramentorum et hominum. Excommunicatio maior: separat a sacramentis ecclesiae et a participatione fidelium et ab ingressu Ecclesiae et multis aliis, dicitur seu Anathema. Id est, a Sacramentis participatione exclusio et a communione fidelium separatio. Excommunicatio minor est separatio a communione Ecclesiae quoad fructum et suffragia generalia. Quid differt inter Excommunicationem maiorem et Anathema? Quando excommunicatio simpliciter profertur sine solemnitate, ut quando iudex dicit, excommunico talem, tunc dicitur excommunicatio maior. Quando vero excommunicatio profertur cum solemnitate, tunc dicitur anathema. Non licet participare cum excommunicatis*», según estos versos: «*os (osculum pacis) orare (oratio cum aliis in ecclesia) vale (salutatio) communio (communicatio sacramentorum, non solum in Eucharistia), mensa (id est, cibus et potus, scilicet, comestio vel potatio cum excommunicato) negatur, si pro delictis Anathema quis efficiatur*». *Ibid.*, p. 344 y ss.: «*Papa potest excommunicare cum excommunicatione maiori proprie in universali Ecclesia et singulus episcopus in sua dioecesi. Duobus modis infligitur Excommunicatio: per dispositionem iuris communis, et per condemnationem iudicis seu hominis*». *Ibid.*, pp. 377-379.

latae sententiae, sed ferendae», en consonancia con el criterio del Papa Inocencio IV²⁹¹, aunque no faltan autores que defienden lo contrario.

Reiffenstuel, refiere las tres opiniones en las que se dividió la doctrina, en caso de incumplimiento de las solemnidades exigidas para el testamento, conforme al Derecho civil²⁹², para deducir, como corolario, que el testamento

291 INNOCENTII QUARTI, pontificis maximi, *In quinque Decretalium libros, necnon in Decretales per eundem Innocentium editas...*, *commentaria doctissima*, Venetiis, apud B. Maiorinum, parmensis, 1570, fol. 239v: «Cum esses... *Anathematis: canon ferendae sententiae est*». Cf. SUÁREZ, F., S. J., *De censuris in communi, excommunicatione, suspensione, et interdicto, itemque de irregularitate Disputationes complectens*, en *Operum* tomus vicesimus, Venetiis, apud S. Coleti, 1749, p. 7: «*Censura juxta Latinam quandam et propriam significationem, idem est quod Censoris dignitas: Censor autem dictus est a verbo, Censeo, quod est constituere vel praecipere... Pertinebat autem ad dignitatem Censoris de civium moribus indagare, et indignos honoribus repellere. Ex quo ulterius derivata est vox, Censura, ut idem sit, quod severa correctio; vel potius mulcta aliqua, quae loco poenae imponitur, et censeo etiam Latine dicitur. Hinc ergo translata est et accommodata haec vox ad significandam Ecclesiasticam poenam et mulctam, quae severitatem contineant, et rigorem aliquem Ecclesiasticae jurisdictionis et potestatis coercitivae exerceat... Censuram prout est in usu Ecclesiae, ita posse definiri: Censura est poena spiritualis et medicinalis, privans usu aliquorum spiritualium bonorum, per Ecclesiasticam potestatem ita imposita, ut per eandem ordinarie absolvi possit. Ibid., p. 137: Excommunicatio est censura, qua quispiam separatur ab ecclesiastica communione fidelium. Después de explicar la diferencia entre excomunión mayor y menor. Ibid., pp. 139-140: *Anathema est quaedam excommunicatio major. Nomine anathematis Ecclesiae usu significari censuram excommunicationis. Circa quam vocem advertendum est propriam esse Hebraeorum et ab eis fuisse derivatam. In usu Ecclesiae anathematizari quis dicitur, cum ab Ecclesia separatur, et sic separatus vocatur anathema, tanquam ab Ecclesia maledictus et aliis fidelibus execrabilis... Etiam constat, anathema in usu Ecclesiae relatum ad personas, nihil aliud esse, quam censuram quandam excommunicationis, per quam aliquis a consortio et communicatione fidelium separatur.* Ibid., pp. 247-249 y 351-356.*

292 REIFFENSTUEL, A., *Ius canonicum universum*, t. III, Venetiis, apud A. Bortoli, 1726, p. 368: «*Quaeritur: An etiam pro Foro interno necessariae sint solemnitates a Jure Civili ad testamentum requisitae, ita ut sine illius Testamentum factum non subsistat? Haec quaestio celeberrima est, non tantum, quia et summe controversa inter doctores, sed et quia summe practica, et vix non quotidiana est. Tres igitur celebres circa hanc quaestionem sententiae Doctorum sint. Prima dicit, solemnitates a Jure Civili praescriptas, pro Foro interno non esse necessarias, valere proinde in dicto foro testamentum, etsi una vel pluribus hujusmodi solemnitatibus careat, dummodo aliunde sufficienter constet de voluntate testatoris. Ita docent*» Fagnani, Molina, Jasón y Julio Claro, entre otros, «*qui opinionem suam probare conantur duplici praecipuo fundamento. Oprimum desumunt ex legibus... vigore quarum ultima dispositio absque debitis solemnitatibus facta subsistit... Secundum fundamentum eorum est, quod Leges Civiles solemnitatem testamentorum praescribentes fundentur in praesumptione fraudis: lex etenim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, majorem numerum testium exigit etc. Atqui praesumptio cedit veritati, consequenter si aliunde sufficienter constat de voluntate testatoris, omnemque fraudem abesse, clare dignoscitur, Leges in conscientia saltem non obligant. Hinc inferunt, quod licet in testamento solemniter scripto vel non adessent septem testes, vel ex septem unus vel plures ad testandum essent inhabiles, vel alia similis solemnitas deesset, testamentum in foro interno nihilominus valeret... Secunda sententia dicit, solemnitates Iuris Civilis non tantum in foro externo, sed etiam interno absolute et ad substantiam esse necessarias, adeo ut haeredes et legatarii retinere valeant, sed haeredibus ab intestato cuncta relinquere, vel restituere graviter obligentur, quantumcunque de voluntate testatoris certo constet. Ita docent*» Covarrubias, Vázquez de Menchaca, Salas, Bonacina, Diana, Lugo, Dicastillo y otros. «*Fundamentum hujus sententiae praecipuum duplex est. Primo quod Leges Civiles requirentes solemnitatem ad testamentorum valorem justae sint, uti supponunt. Lex autem justa in foro externo, est etiam justa et obligat pro Foro interno... Secundo quia ad valorem cujusvis actus requiritur voluntas, et potentia... nemo autem testari potest sine solemnitatibus a Jure Civili praescriptis... Tertia sententia docet, mentem legislatorum solemnitatem testamentorum praescribentium fuisse, testamentis minus solemnibus*

en cuyo otorgamiento se incumple alguno de los requisitos prescritos por la norma jurídica, antes de la sentencia del juez, y si nadie se opone a su contenido, es vinculante para el heredero en el fuero de la conciencia, así como para los legatarios que vengan nombrados, pudiendo, mientras tanto, retener los bienes hereditarios, aunque una vez pronunciada la sentencia por el órgano jurisdiccional, dicho testamento es nulo, y los beneficiarios del mismo deben restituir, del mismo modo que los herederos *ab intestato* podrán impugnar el testamento, si no reúne uno de dichos requisitos, aunque les conste, por testigos, que era la auténtica voluntad del testador.

Por lo que afecta a la solemnidad exigida en el testamento para causas profanas²⁹³, conforme al Derecho Canónico, después de recordar lo dispuesto por la decretal *Cum esses*, que requiere testigos idóneos, de modo que excluye a los amentes e infantes, pero también a los impúberes, esclavos, mujeres, herederos, siguiendo a Fagnano, ya que «*ubicunque dispositio Juris civilis non reperitur expresse immutata, vel correcta a Jure Canonico, debet Jus Civile etiam in foro Canonico et Ecclesiae servari*», según la opinión común, resalta que la principal diferencia con el Derecho civil se encuentra en el número de testigos que prescribe el Derecho canónico, sin olvidar que esa solemnidad prescrita no es mera forma probatoria, sino sustancial para la validez, por lo que «*invalidum sit testamentum etiam in Foro Canonico, cui non interfuit parochus, vel ubi testes non fuere rogati, aut non debite idonei, licet alias per duos vel tres testes satis constet de voluntate testatoris. In foro interno autem valeat testamentum ante sententiam judicis, non item post illam*».

Schmier²⁹⁴, trata de las solemnidades requeridas para la validez del testamento canónico, y refiere el criterio personal de Fagnani, según el cual la decretal *Cum esses* derogó la normativa del *Ius Civile*, puesto que la regla eclesial se aplicaría en cualquier territorio, lo que ya había sido contradicho por la generalidad de autores, a los que se adhiere, y entre los que cita al salmantino Manuel González o a Engel, porque entienden que el Papa no pudo reformar el Derecho civil, que exige siete testigos en las tierras del Imperio, al no ser materia de su competencia: «*non damnaverit Jus Civile, sed consuetudinem solum, in terra Hostiensi, Ecclesiae Romanae in temporalibus et spiritualibus*

resistere tantum civiliter sollendo actionem et obligationem civilem... non tamen tollere obligationem naturalem ex tali testamento consurgentem, vi cuius haeredi, vel legatario competit jus accipiendi, vel retinendi legatum, aut haereditatem in minus solemnii testamento sibi relictam, nisi per exceptionem Legis, vel per sententiam Judicis jus tale infirmetur, prout fieri posse fatentur, eo quod obligatio naturalis, et jus ex testamento imperfecto consurgens non sit tam firma et efficax, quin exceptione Legis elidi queat...».

293 REIFFENSTUEL, A., *Ius canonicum universum*..., op. cit., p. 372.

294 SCHMIER, F., O. S. B., *Iurisprudentia Canonico Civilis, seu Ius Canonicum Universum iuxta V libros Decretalium*..., t. II. Pars prima, liber tertius, 3ª ed., Avenione, 1738, pp. 676-677.

*subjecta, ad normam Juris Civilis receptam, improbaverit*²⁹⁵, y por tanto solamente el *anathema*, con el que se fulmina al contraventor del precepto, se aplicará a los que «*Summo Pontifici etiam in materia politica sunt subjecti*».

Matiza este canonista que la expresión del Pontífice no implica que la costumbre derogada sea contraria al *Ius Divinum*, sino *aliena* o *diversa*, porque exige más testigos de los que deberían requerirse en este negocio del testamento, sin que pueda afirmarse que el requisito de los siete testigos, vigente en la costumbre para la realización de un testamento, esté prohibido por Derecho divino.

La presencia del párroco y de los dos testigos no solamente tiene valor probatorio sino que es un requisito esencial del testamento, conforme a la interpretación del Abad Panormitano, Covarrubias y otros, «*quia nuda veritas ejusque probatio in duorum et trium testium assertione conquiescit, nec praesentiam aut qualitatem parochi desiderat. Dum ergo in citato capite Cum esses efflagitatur ad testamentum praesentia parochi, et quidem proprii seu ordinarii, non nudae probationis gratia, sed pro forma et valore exigitur*», en contraposición con la tesis defendida por Engel, para quien solamente tiene valor probatorio, a fin de determinar con certeza la veracidad del testamento, a cuyo criterio se adhiere Schmier²⁹⁶.

295 Un caso particular es el de los clérigos: «*Instabis: in citato capite abrogari quidem consuetudinem, in terra Hostiensi receptam... ex quo relatum fuit in Corpus Juris Canonici, habere vim Legis Universalis, adeoque etiam in terris Imperii ligare. Respondeo: nonnulli, de necessitate non esse, ut constitutiones Corpori Juris Canonicae insertae, habeant vim Legis Universalis... Sed, cum constitutiones in Corpore Juris contentae, vi solius insertionis habeant vim Legis Universalis; ac... pleraeque constitutiones Pontificae possent eludi, quod emissae tantum sint ad iudices et personas singulares: malim respondere, dictam constitutionem etiam in terris Imperii ligare, non quidem personas omnes, sed tales, quae Sedi apostolicae in spiritualibus et temporalibus sunt subiectae; nempe personas Ecclesiasticas. Et licet Glette cum Wissner existimet, etiam clericorum testamenta Juri Civili in terris Imperii concordanda esse: eo quod membra sint Reipublicae, ejusque Legibus ex aequitate se teneantur commensurare, contrarium tamen probabilius censeo: quia Clerici, tametsi sint membra Reipublicae, in materia adiaphora non tenentur sequi Leges Civiles, quando Jus Canonicum aliud quid determinat: tunc enim ex communissima sententia quodlibet Jus in suo foro est observandum*».

296 Realiza una síntesis de los argumentos de la tesis del jesuita: «*Sed contra hanc sententiam argumenta tam fortia in aciem educit P. Engel, ut plene convictum me fatear, ac defendere cogar, praesentiam Parochi et testium de Jure Canonico nudae probationis causa requiri; adeoque, si aliunde, v. g. ex scheda, testatoris manu indubitate conscripta, constet de veritate testamenti, id validum esse, tametsi nec parochus nec alius testis adfuerit... Summus Pontifex non dicit, testamenta, quae non fiunt coram Parocho et testibus esse infirma, sed, quod confecta coram parocho et testibus sint firma et rata, decernit, rescissionem eorum prohibendo. Et quia caput cum esses ex speciali rescripto, ad Episcopum Hostiensem directo, fuit desumptum, non valet argumentum a sensu contrario, quod testamentum, si aliter ac coram parocho et 2 vel 3 testium ordinetur, invalidum et nullum sit... Denique non occurrit prudens ratio, cur Parochus, et quidem proprius, ad testamenta, velut negotia profana et impertinentia, requiri pro forma debeat: sola namque exclusio fraudum, tametsi praesentiam parochi fortassis ad prohibitionem non inepte desideret, pro forma tamen eutiquam exigit: sic enim Parochus subiret ingens onus, et parochiani difficultatem non parvam, dum parochum saepe non possent habere praesentem et saepe non vellent. Ipsi quoque parochi, testamentum facturi, testarentur invalide: cum parochum alium,*

Respecto de la capacidad del testador para otorgar este testamento ante el párroco, recuerda que no se refiere a cualquier testamento, sino solamente «*de illo, quod in ultima vel extrema voluntate, hoc est, in agone et suprema quasi hora ab aegrotis et lethaliter decumbentibus conficitur, in qua circumstantia plerumque solet adesse parochus*», como indican los ya citados Antonio de Butrio y Engel. El Papa con esa fórmula «*ultima vel extrema voluntas, non intelligit testamentum, sed ultimum vitae et voluntatis humanae terminum et periodum*». Por otra parte, de la literalidad del precepto se deduce paladinamente que este testamento para causas profanas, ante el párroco y dos o tres testigos, no precisa ninguna otra solemnidad²⁹⁷, y Schmier entiende que la decretal responde a una única motivación del Pontífice, consistente en reducir los requisitos exigidos para la validez del testamento, acomodándolos a los preceptos del derecho divino y natural. Declara válidos, aquellos otorgados ante el párroco y dos o tres testigos, los cuales no podrán rescindirse, bajo amenaza del anatema, y añade, dada su interpretación del mero valor probatorio de esa forma prescrita: «*non licet tuto a contrario sensu arguere, quod aliter facta non valeant: quia ad casum, sibi propositum, in iisdem terminis respondit*», siempre que se pruebe la última de voluntad, de cualquier modo que sea, porque hay siempre obligación de ejecutarla.

Respecto del ámbito territorial y fuero de aplicación, el cap. *Cum esses* estaba vigente, tanto en el fuero civil como eclesiástico, dentro de los dominios del Papa, salvo las excepciones estatutarias con respaldo pontificio, mientras que en los territorios bajo poder secular se aplicaba el *Ius Civile*, al cual también se ajustaba la solemnidad respetada por los clérigos de esos territorios, a la hora de otorgar sus respectivos testamentos²⁹⁸.

cui subjecti sint, haud agnoscant; et, si delegare vellent potestatem alteri, idem esset, ac si propria auctoritate testamentum efficerent solenne: cum delegatus suam potestatem exerceat nomine et vice delengantis».

297 SCHMIER, F., O. S. B., *Iurisprudentia Canonico Civilis, seu Ius Canonicum Universum...*, op. cit., p. 682: «*Utrum ad testamentum non pium de Jure Canonico requirantur aliquae solennitates? Communissima sententia tenet, non requiri illas solennitates, quas praescribit Jus Civile, in cap. Cum esses. Quia tamen in hoc capite cum esses decernitur testamenta quae parociani coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema fecerit voluntate, firma permanere, quaestio suborta est: an non de Jure Canonico, saltem duo vel tres testes ac Parochus ad valorem testamenti desiderentur? Ad quam negative respondi*». Schmier aprovecha para presentar su argumentación frente al punto de vista de Pichler, quien sostenía que era una forma esencial y no meramente probatoria, requiriendo los siete testigos, el Derecho civil, mientras el Canónico reducía su número, a dos o tres: «*Quoad praesentiam parochi lubens adstipulatur P. Pichler, contra me defendit, illos tanquam solennitatewm substantialem, ad valorem testamenti esse necessarios. Cujus ratio est: quia Jus Canonicum in materia adiaphora sequitur Jus Civile, ubi diversum quid expresse non statuit: atqui Jus Civile requirit septem testes pro valore et solennitate, et Jus Canonicum solummodo ab eo diversum est quoad numerum septenarium, non vero quoad binarium vel trinarium: sicque duo aut tres testes sunt de forma et solennitate*».

298 Cf. FERRARIS, L., *Prompta biblioteca canonica, juridica, moralis...*, op. cit., p. 218: «*In dittonibus Romano Imperio subjectis, tam in foro ecclesiastico, quam Laicali fieri et judicari debent testamenta secundum solennitates de jure Civili requisitas; in dittonibus autem temporali jurisdictioni romani Pontificis subjectis secundum solennitates de jure Canonico requisitas et praescriptas. Sic glossa, Layman,*

Uno de los canonistas más autorizados del siglo XVIII fue el italiano Fagnani²⁹⁹, quien comentando la decretal que nos ocupa, cita la doctrina precedente más autorizada, y presenta las diferentes interpretaciones de modo sistemático, a través de lo que denomina lecturas, que inicia con la literalidad del precepto de Alejandro III en su rescripto al obispo de Ostia, para significar que la interpretación, «*quae magis placet Canonistis, et videtur verior*», sostiene que dicho testamento para causas profanas, regulado en X 3. 26. 10, «*valet nedum in foro Canonico, sed etiam in foro civili, contraria consuetudine non obstante*», a diferencia del requisito de los siete testigos, tanto para el testamento escrito como para el nuncupativo, conforme al Derecho justinianeo, «*et hic numerus non tantum est de forma probatoria, sed etiam de forma substantiali, ut firmat Bartolus et est communis opinio. Et si unus deficiat, testamentum corrui*».

Su discurso se centra en la capacidad del Pontífice para abrogar leyes civiles, incluso imperiales, siempre que sean causa de pecado, aunque «*in aliis vero casibus ubi peccatum non imminet, Papa non potest infringere leges humanas quoad forum civile in locis, ubi jurisdictionem temporalem non habet, cum potestates distinctae sint. Sed in suo foro potest tollere legem civilem, etiam in locis Imperio subjectis*».

Entiende Fagnani, con la generalidad de canonistas, que si el Derecho civil no ha sido modificado por el Canónico, debe aplicarse el primero en el fuero eclesiástico, como ocurre con los testigos rogados³⁰⁰. El testamento previsto

Alexander dicens banc esse communem, Parisius, testans sic affirmare scribentes omnes, nullo excepto, dicentes banc conclusionem esse communem, et sequendam in iudicando et consulendo; idem asserit eam esse firmissimam et indubitabilem; Pirbling dicens opinionem banc esse consuetudine receptam, sicque confirmatam, et consequenter tenendam, sicque tenere communem aliorum apud Fagnanum. Et ratio est, quia cum clerici sint cives ac membra Reipublicae, ubi degunt, aequum est, et rectae rationi consonum, ut in rebus mere politicis, legibus saecularibus locorum se conforment. Quamvis tamen gravissimi doctores teneant, quod clerici etiam in terris imperii, aliorumque regnorum possint condere testamenta iuxta dispositionem, et formam Juris Canonici, traditam in cit. cap. Cum esset, ita ut ubique servanda sit in foro ecclesiastico, sic Joannes Andreas, Hostiensis asserit banc opinionem esse veriore, Imola dicens banc opinionem videri consuetudine roboratam, et per consequens servandam, Calderinus dicens banc servari de facto, Clarus dicens non esse ab ea in consulendo et iudicando recedendum, et paulo infra subdens: a qua non recedas in practica, quia quantum ego vidi omnes, ita servatur sine controversia, et sic tenent alii apud Fagnanum. Unde in praxi est attendendum ad consuetudinem locorum, ut recte monent Molina y Pirbing», sosteniendo Layman, quod in Imperio Romano est usu receptum, quod testamenta a clericis fiant secundum Jus Civile, et Caesareum, et si aliter fiant, non valeant».

299 FAGNANI, P., *Commentaria in tertium librum Decretalium*, Venetiis, ex typ. Balleoniana, 1764, pp. 265-278.

300 «*Inter jus civile et Canonicum discrepantia non est inducenda, ubi jus civile non reperitur expresse immutatum per ius Canonicum, et lex civilis servari debet etiam in foro Ecclesiae. Ubique non reperitur aliqua dispositio juris civilis expresse immutata a jure Canonico, non debemus inducere discrepantiam inter jus Canonicum et jus civile; immo lex civilis servari debet etiam in foro Ecclesiae. Sed dispositio iuris civilis requirens, ut testes sint rogati, tam in testamento in scriptis, quam in testamento nuncupativo, nullibi reperitur expresse correctae per jus Canonicum, quin potius videtur approbata, ergo servari debet in utroque foro. Et quamvis regulariter in aliis actibus humanis non requiratur haec*

en la Decretal solamente requiere la concurrencia de dos testigos idóneos³⁰¹, juntamente con el párroco, de modo que esta presencia del presbítero es un requisito esencial para su validez³⁰².

La decretal *Cum esses*, según Fagnani, solamente se aplica a los testamentos para causas profanas. En opinión de Tancredo, el Arcediano, Gofredo y otros, la normativa canónica tiene vigencia en las tierras sometidas al poder pontificio e imperial, y en ambos fueros, teoría a la que se adscribe este jurista, aunque representa una opinión minoritaria frente a la *communis opinio*. Rechaza este canonista italiano la teoría, sostenida especialmente por legistas, a tenor de la cual *«hoc caput servari debeat in terris Ecclesiae in utroque foro, in terris autem Imperii servetur jus civile»*, al igual que hace con la

solemnitas, ut testes sint rogati, tamen secus est in testamento propter gravitatem materiae, et maximum timorem fraudis et falsitatis. Quae ratio maxime viget in testamento, quod fit iuxta dispositionem bujus capitis valde enim periculosum esset, ut Parochus, vel testes, qui forte convivi, vel confabulandi causa, vel aliud tractandi adessent, et audirent testamentum fieri, forsitan aliud mente revolventes, et ad illum actum non attendentes, fidem adstruerent testamento. Quod considerat jus civile in l. Haerede palam, Et testamentis ff. eod. cit. Et hoc puto verius in testamento, quod fit ad non pias causas, ad praescriptum bujus Decretalis». Fagnani, P., Commentaria in tertium librum..., op. cit., pp. 267-268.

301 *«Testes duo in testamento adhibendi de jure Canonico debent esse idonei, id est in aliquo non suspecti. Nota ibi, personis idoneis, duos testes de jure Canonico debent esse idonei, id est, in aliquo non suspectos. Et quidem de jure civili testes idonei dicuntur, scilicet masculi, non feminae, puberes, et liberi. Verum, secundum Canones, qui jure naturali a testimonio repelluntur, absque dubio non sunt idonei, ut domestici, inimici et consimiles, sed illi, qui de jure civili tantummodo repelluntur, ut servi et feminae, utique de jure Canonico, quod jus naturale imitatur, in testamento poterunt esse testes, secundum Petrum Ancharanum et Joannem de Anania et de femina Angelus et hanc dicit esse communem opinionem Parisius». Según Fagnani, «in testamento ad non pias causas verius videtur mulierem de jure Canonico non posse in testem adhiberi, tum quia hoc caput quatenus temperat rigorem juris civilis, est stricte intelligendum, nec a legibus est recedendum, nisi quatenus contrarium in Canonibus reperitur expresse dispositum... ut testes sint idonei, haec qualitas non videtur verificari in femina, quia est fragilis et corruptibilis, ideoque valde periculosum esset de illius integritate confidere in actu tam praejudiciali, et in quo saepe solent committi falsitates et fraudes... Communem opinionem esse in contrarium. Hanc sequitur dicens veriolem et magis communem Julius Clarus. Mulieres in testamento ad non pias causas verius videtur de jure canonico non posse in testem adhiberi, tum quia hoc caput quatenus temperat rigorem juris civilis est stricte intelligendum, nec a legibus est recedendum, nisi quatenus contrarium in Canonibus».*

302 *«Testamentum de jure canonico coram duobus, vel tribus testibus non valet, nisi etiam adhibeatur proprius Parochus testatoris: Nota, presbytero suo, de jure Canonico non valere testamentum conditum coram duobus vel tribus testibus, nisi etiam fuerit adhibita praesentia Presbyteri Parochialis praefati: hic est casus secundum omnes in summario textus. Et pondera illud pronomen, suo, quia non sufficit praesentia cujuslibet Presbyteri, etiam Curam animarum habentis, sed requiritur, ut sit proprius, et ordinarius Parochus testatoris, nec sufficit alienus, ut hic per Imolam, et Abbatem. Et potest esse ratio, quia fides magis adhibetur indigenis ignotis, quam extraneis notis. Item proprius Sacerdos Parochialis dicitur pater spiritualis omnium suorum Parochianorum, cum illos recipiat ad poenitentiam. Non ergo est verisimile, ut talis consentiat falsitati. Ex hac littera deducunt quidam testimonium Presbyteri Parochialis aequipollere quinque testibus. In testamento enim septem testes requiruntur, sed hic statuitur, ut sufficiant duo cum Presbytero; ergo dicunt ipsi, Presbyter repraesentat quinque. Sed hoc tanquam simplices redarguit hic Hostiensis et Joannes Andreas, et merito, quia duo testes idonei praeferuntur unico quantaecumque Dignitatis existat, licet proprius Sacerdos sit testis authorizabilis, de quo Canones multum configunt». Fagnani, P., Commentaria in tertium librum..., op. cit., p. 269.*

doctrina que defiende la vigencia del precepto «*in foro Ecclesiae, lex autem civilis in foro seculari*».

Con mayor fundamento se aparta de quienes defendieron la validez de la decretal con la sola presencia de dos testigos, sin el párroco, ya que no respeta la literalidad del precepto. También se muestra disconforme con la doctrina que limita la validez del testamento otorgado conforme a X 3. 26. 10, solamente a los que «*fiunt in mortis articulo*», a pesar de cohonestarse con la literalidad del precepto, y esta lectura ya había sido defendida por Guido Papa: «*ait duo esse necessaria ad hoc ut locum habeat haec Decretalis. Primum scilicet, ut disponens sit aegrotans, hoc est in extrema voluntate constitutus... et verbum illud decedens, exponitur, id est in actu decedendi existens, seu quando est in mortis articulo constitutus. Et pro hac lectura moderni ponderant hanc rationem, quod in extremis constituti haud facile possunt tot testes convocare; ideoque consentaneum fuit eis indulgere ut absque legali solemnitate possent voluntatem suam aperire presbytero Parochiali, qui ut plurimum adesse solet suis Parochianis ad mortem decumbentibus. Ita Cenedo. Guido Papa in tantum putavit hoc caput habere locum in existente in infirmitate gravi, ex qua sequitur mors in praesentia curati, ut si testator reconvalesceret, testamentum non valeret*»³⁰³.

Fagnani examina, finalmente, el supuesto del «*Testamentum Romae conditum ad non pias causas coram Parocho et duobus testibus*», y se pregunta: «*an valeat stante statuto urbis, quod praecipit servari jus civile, et eo deficiente jus Canonicum*», para afirmar que: «*Stante Statuto Urbis, cap. 42, tenoris infrascripti, videlicet, inter cives, incolas et districtuales ubique servantur urbis statuta, nisi in loco districtus in casu contingenti aliter per particularia statuta fuerit provisum, et ubi statuta non disponunt, servetur jus civile (nec immerito quando in hac urbe Roma jura civilia orta, acceptaque sunt, et ad alios populos defluerunt, et adhuc suscepta benigne servantur) (sic) et ubi deficit jus civile, tunc ad sacros Canones recurratur*»³⁰⁴.

A pesar de este planteamiento, Fagnani concluye³⁰⁵: «*Ego vero existimo hanc opinionem non esse veram*», puesto que previamente ha defendido

303 Fagnani se aparte de otros criterios doctrinales, como los que sostienen que esta decretal no se aplica en los testamentos, sino en los legados y fideicomisos, o que solamente es válido en el fuero de la conciencia, como defiende Menochio. FAGNANI, P., *Commentaria in tertium librum...*, op. cit., pp. 270-275.

304 En su criterio, el estatuto local, donde se previene una determinada solemnidad testamentaria, en línea de principios, rige para sus ciudadanos, aunque ello implique que no se ejecuta el precepto pontificio, como ocurre en Ravenna: «*Statutum Ravennae, quod servetur jus civile, quando contradicit juri Canonico, valet etiam sine confirmatione Apostolica, quia populi subiecti Ecclesiae Romanae etiam quoad temporalem jurisdictionem possunt statuta condere contra jus Canonicum servanda quoad ipsos laicos, ut firmat Abbas*».

305 FAGNANI, P., *Commentaria in tertium librum...*, op. cit., pp. 277-278.

que la ley civil, contraria a la canónica, era favorecedora de pecado en este supuesto, y consecuentemente no debería aplicarse en ningún caso:

Statutum Urbis de servando jus civile non extenditur ad leges requirentes numerum septem testium in testamentis, tanquam foventes peccatum, rebellantes juri Divino, statutis Patrum, et generali Ecclesiae consuetudini. Item non extenditur ad leges per jus Canonicum abrogatas. Non obstante confirmatione apostolica: dictum Statutum jubens inter cives Romanos et districtuales servari jus civile, non extenditur ad illas leges, quae reperiuntur expresse correctae et abrogatae per jus Canonicum, ut in terminis statuti Urbis firmavit Rota, adducens bonam rationem, quia jus civile correctum non dicitur amplius jus civile. Sed leges civiles irritantes testamenta cum pauciori numero, quam septem testium, tanquam irrationabiles et nutritivae peccati sunt abrogatae per hoc caput, secundum intellectum communem et veriolem, ut dixi in secunda lectura, praesertim in terris Ecclesiae. Ergo statutum Urbis ad illas leges non extenditur. Nec obstat, quod statuta populi Romani fuerint confirmata a Gregorio XIII in forma speciali, quia confirmatio non dedit robur statutis loquentibus de jure civili, alias per jus Canonicum correcto: atque ita ius civile etiam in materia testamentorum servabitur in illis casibus duntaxat, in quibus expresse per jus Canonicum non apparet abrogatum. Et ratio est evidens, quia de natura confirmationis est non alterare statum rei confirmatae, sed illum convalidare, aut ei robur adjicere, remanentibus tamen omnibus in eisdem statu et terminis. Statutum et leges civiles, ut in testamentis servetur jus civile quoad numerum septem testium, de validitate jure optimo dubitari possent, quia huiusmodi leges sunt contra jus Divinum, Sanctorum Patrum instituta, et generalem Ecclesiae consuetudinem, ideo non valet. Statuta et consuetudines locales requirentes numerum septem testium in testamento esse sublatas per hoc caput Cum esses quasi inducant peccatum et rebellant Juri divino, quia infringunt veritatem; magis tamen credo statuti verba ad praedictas abrogatas non extendi ex defectu intentionis Papae.

Uno de los canonistas que más influyeron en el siglo XIX fue Thomassin³⁰⁶, quien presenta una doctrina sistemática y bien argumentada, a partir de la evolución histórica de la institución. Después de señalar que en el Concilio de Cashel, en Irlanda, el año 1172, se aprobó un canon, «*ut aegrotantes testamenti tabulas scribant coram parochio et testibus, si conjux illis, si liberi sint, illi tertiam, his tertiam haereditatis partem addicant, tertiam residuam sibi, hoc est, animae funerique suo*», recuerda que era una costumbre vigente antes del Papa Alejandro III, en razón de lo cual se otorgaba el testamento, «*ex formulis Juris canonici, praesente parochio, vel confessore, et duobus testibus*», del mismo modo que hubo muchos sínodos y concilios, «*quibus vetantur condi testamenta, nisi praesente parochio, qui testimonio suo Catholicum*

306 THOMASSINO, L., *Vetus et nova Ecclesiae disciplina circa beneficia, et beneficiarios, in tres partes distributa*, t. III, ed. Postrema, Venetiis, typ. P. Savioni, 1773, pp. 47-51.

fuisse testatorem addocean, et exequendo ejus testamento intervenire debere Ecclesiam, quoad legata potissimum pia», adscribiendo al fuero eclesiástico las causas testamentarias, como ocurrió en Inglaterra.

El fundamento básico de las dos decretales del Pontífice, más arriba citado, que disponen la validez del testamento con dos testigos, era para la Iglesia *«ad plenissimam instituendam vel restituendam libertatem testamentorum, quae nulla plerumque tum et cassa pronuntiabantur, non servatis nimirum formulis et calliditatibus omnibus Legum civilium»*³⁰⁷. *Tam justae ergo et tam necessariae cum causae inciderent ad suscipiendam testamentorum defensionem, non abs re accersebatur Scripturarum et juris divini auctoritas, ut valerent testamenta simplicius scripta et duorum vel trium testimonio roborata»,* habiéndose convertido ya, precedentemente, en una costumbre general³⁰⁸, frente al nuevo modelo que se divulga. con la Recepción del Derecho romano:

Forma canonica testamentorum ea erat, ut modo Alexander III perhibebit, coram paroco ut fierent, vel confessore, duobusque vel tribus testibus. Nusquam tam opportuna, adeoque necessaria Pastoris parentisque spiritalis praesentia, consilium, cura, quam extremo illo in discrimine, ubi statuendum est de rationibus aeterno judici mox reddendis, ubi aliena restitui, ubi debita solvi, ubi largis elemosynis peccata redimi, ubi de exequiarum summa decerni necesse est.

307 Sobre el *Ius Civile* y normativa testamentaria, vid. ESPINO DE CÁCERES, D., *Speculum testamentorum, sive thesaurus universae Iurisprudentiae, in quo non solum causae quae in publico foro versantur, sed etiam quae in gymnasiis assidua acclamatione docentur et quae in animae iudicio consilij opus habent, et regali iure servantur, singulari ordine illustrantur*, 2ª ed., Metymnae a Campo, exc. Iac. A Canto, 1593, p. 23: *«solemnitates et alia requisita ad perfectionem testamenti sunt necessaria, tradunt doctores in hac lege hac consultissima C. de testamentis»*, Viglius, Decio, Avendaño, Gómez de León, Vázquez de Menchaca, Peralta, Juan Gutiérrez, Covarrubias, Molina de primogenijs, Burgos de Paz, Tello Fernandez, Antonio Gomez, Gregorio López, Matienzo, Diego Perez. *Ibid.*, pp. 23-24: La expresión *«quo quis post mortem suam fieri velit»* indican que *dispositio testatoris et eius ultimae voluntatis accipiat vires a die mortis ipsius*, y por tanto produce efectos *in tempus quo iam non est futurus dominus*. *Ibid.*, p. 26: *verissimam opinionem, scilicet, quod inventio, et introductio testamentorum fuit de iure gentium: at vero approbatio, confirmatio, solemnitas est de iure civili introducta: tenet Bartolus in l. interdum de conditione indebiti, receptus communiter secundum»,* Peralta, Piñel, Covarrubias, Viglio, Antonjio Gomez, Burgos de Paz, Tello Fernandez, Julio Claro, Menchaca. *«Ius enim civile addit robur testamentis, statuens, ut testatoris voluntas servaretur pro lege, nam ius gentium, quo testamentum inventum est, nullam necessitatem imponebat, sed totum dependebat a postestate haeredis, et sic ius civile statuit, ut totum dependere a testatoris dispositione. Hinc fit, quod cum substantia testamentorum sit de iure gentium, non potest per principem tolli, intellige, quantum ad hoc, ut postquam est factum, ius auferatur: nihilominus quia solemnitates et formae fuerunt a iure civili in testamentis traditae, potest ex causa princeps interdicere alicui, ne faciat testamentum. Illis, quibus prohibita non est factio testamenti, non potest per principem condiciones, formas et solemnitates secundum iuris dispositiones a testatore traditas tollere, nec mutare, tenet Covarrubias y Burgos de Paz. Ibid.*, p. 28: *Differt testamentum in scriptis a testamento nuncupativo in multis solemnitatibus.*

308 *«Usitatissimum et familiare jam tum fuisse, ut utraque forma valerent testamenta, vel legibus civilibus, vel juri canonico accommodata: generali consuetudine».* THOMASSINO, L., *Vetus et nova Ecclesiae disciplina...*, op. cit., p. 48.

La mejor demostración, corroboradora de este planteamiento, son los cánones sinodales europeos, comenzando por el parisiense de 1196, en el que «*Prohibetur sacerdotibus, ne testamenta sua ordinent per manum laicalem, et ipsi frequenter probibeant laicis, ne sua testamenta faciant sine praesentia parochi*», mientras en otras sinodales posteriores de la misma diócesis «*prohibere ne illa parochi exciperent testamenta, nisi subscribentibus duobus aut tribus testibus: et sanxere, ut fideles excitarent ad ea subjicienda jurisdictioni Ecclesiae, prout decet et est pietatis et rationis*».

Las constituciones del sínodo de Salisbury, en Inglaterra, del año 1217, dispusieron: «*Praecipimus quod laicis inbibeatur frequenter, ne testamenta sua faciant sine praesentia sacerdotis, sicut diligunt quod eorum voluntates extremae adimpleantur... et paulo post: sacerdotibus pariter inbibemus, ne testamenta sua per manum ordinent laicalem*»³⁰⁹.

El concilio de Toulouse, de 1229³¹⁰, exigió la presencia del párroco o de un clérigo en el acto de otorgar testamento, mientras en el concilio de Tours, de 1236, se previene que si no hubo más que un testamento verbal o nuncupativo, «*testamentum Ecclesia in formam publicam redigebat*»³¹¹.

Este régimen sinodal y conciliar, que se divulga por toda Europa, permite a Thomassino³¹² concluir que «*Ad annum usque 1300, leges has ecclesiasti-*

309 Tres años más tarde, las sinodales de Durham confirmaron lo anterior, «*ut ne presbyteri laicos adhiberent ad sua testamenta, et ut laicis probiberent, ne testamenta facerent, nisi astante confessore suo, cum optatissimum id illis esse debeat, ut ultimae eorum voluntates exitum sortiantur: Praecipimus quod laicis frequenter inbibeatur, ne testamenta sua faciant sine praesentia sacerdotis, sicut diligunt, ut eorum ultimae voluntates adimpleantur. Sacerdotibus similiter inbibemus: ne testamentum suum per manum ordinem laicalem*. Esta regulación, *iisdem verbis*, se reitera en los Estatutos de Edmundo, arzobispo de Canterbury, en el año 1236. La vigilancia de los párrocos en la ejecución de los testamentos era una constante en dichas constituciones sinodales, como vemos en el Sínodo de Viterbo, del año 1246, y antes en el de Narbona de 1227, así como en el inglés Worcesterensis, de 1240: «*Qua ultima voluntas defuncti debet inviolabiliter observari, volumus et praecipimus, ut testamentum vel ultima voluntas cujusque in praesentia semper Catholicorum virorum et Parochialis Sacerdotis, vel alterius Ecclesiasticae personae loco ipsius condatur*».

310 «*Cum aliquis voluerit condere testamentum, hoc faciat sub testimonio sui presbyteri, vel alterius ecclesiasticae personae, si proprius non possit haberi sacerdos, adhibitis bonae opinionis viris, quos ad haec voluerit accersiri. Et testamenta aliter facta vigorem non habeant, ne alicujus sint momenti*».

311 El concilio Rufficense, presidido por el arzobispo de Burdeos, año 1258, dispone: «*Praecipimus et mandamus, ut tam clerici, quam laici, cum sua voluerint condere testamenta, vel ultimas voluntates, proprium advocent capellanum. A parochis vero ipsis acciri debere unum, aut alterum e proximis parochis, qui ultimas eorum excipiant voluntates: Capellani ad suas ultimas voluntates, duos vel unum advocent vicinos capellanos*». Varios concilios ingleses del siglo XIII insisten en la libertad absoluta de las personas para otorgar el testamento, como lo estime el testador oportuno, bajo la pena de excomunión. Basta recordar que el concilio de Aviñón, de 1281, dispuso: «*ne scribantur testamenta, nisi adsit parochus, vel confessor, qui aegrotum moneat, urgeatque, si quid alienae rei retineat, eam restituere, et eorum bonorum quae sibi jam elabuntur utili jactura, regnum coeleste lucrifacere: Ne aliquis auderet sine suo parochiali presbytero condere testamentum, propter damnum et animarum pericula*». En el concilio de Bourges, del año 1286, se renuevan los decretos del concilio de Tours, de 1233, reiterado en otros, «*ne scribantur testamenta nisi astante parochus*».

312 THOMASSINO, L., *Vetus et nova Ecclesiae disciplina...*, op. cit., pp. 48-49.

cas omnes ante conditas, servatas, confirmatasque fuisse in omnibus regnis christianis occidentalis Ecclesiae, summo Regum Principumque consensu», como se comprueba en el concilio de Colonia, del año 1300, «*a presbyteris hortandos esse laicos, ne extrema opperiantur vitae intermorientis tempora ad testamentorum factionem: sed ut ea conscribant, dum corpore valent, dum sana et vegeta mens est»,* y en el aviñonense, de 1326: «*sancitum est, ut adesset parochus, dum scribitur testamentum...*». Todavía, en el concilio de Reims, de 1581, «*placuit, ut parochi ad aegros invisendos invitati, post administrata sacramenta, illos de condendo admonerent testamento: Cum Curatus ad aegros vocatus fuerit, post debitam adhortationem, et Sacramentorum administrationem, admoneat de testamento, de cura animae post mortem agenda, ac suffragiis Ecclesiae».*

Por lo que se refiere a España, Thomassino³¹³ trae a colación la noticia, transmitida por Jerónimo Blancas, quien publicó «*fragmentum consuetudinum antiquarum civitatis Jaccensis in Aragonia, quas et affirmatas fuisse ab Alphonso II Rege et veluti regulam fuisse accuratissimam, quam consulerent et imitari eniterentur provinciae Castella, Navarrae et aliae complures. Iubent eae consuetudines, ut plenissima testandi libertate utantur omnes: ad intestatorum bona vocentur proximi, si desint proximi, ad ea pauperes veniant. Si non habeant propinquos, res eorum dentur pauperibus... tertia detur pro anima sua, consilio bonorum hominum et episcopi vel capituli de Jacca... si autem nullus de consanguineis venerit, tota pecunia detur pro anima sua eorundem consilio».*

Del Vault, a finales del siglo XVII, realiza una síntesis doctrinal bastante completa del contenido y alcance de la decretal, a la luz de la doctrina precedente, señalando cinco aspectos complementarios: 1. Como testamento nuncupativo, no precisa de escritura, para su validez. 2. Es suficiente la presencia del párroco y de dos o tres testigos. 3. Se aplica en territorio pontificio, tanto en el fuero secular como eclesiástico. 4. En territorio ajeno al poder papal o tierras del Imperio vige el Derecho civil³¹⁴. 5. Dos testigos equivalen

313 THOMASSINO, L., *Vetus et nova Ecclesiae disciplina...*, op. cit., p. 50.

314 VALLENSIS (Del Vault, andanensis), A., *Paratitla Iuris Canonici, sive Decretalium D. Gregorii Papae IX. Summaria ac methodica explicatio*, 7ª ed., Lugduni, ex off. Anissoniana, 1673, p. 299: «*Nuncupativum dicitur, quo testator, non interveniente scriptura, coram septem testibus, ad hoc convocatis, nuncupat et exprimit palam nomen haeredis... ad substantiam huius non requiritur scriptura, nec testium subscriptio aut subsignatio, sitque ex mero iure Civili. Hodie vero passim receptum est moribus ut testamentum fiat coram Notario et duobus pluribusve testibus. Quod testamenti genus esse nuncupativum verius est, quia testator voluntatem suam nuncupat et declarat coram testibus; Notarius vero voluntatem nuncupatam excipit scripto: non ad substantiam testamenti, sed ad rei gestae comprobationem, nempe testamentum nuncupativum factum fuisse. Similiter iure Pontificio valet testamentum factum coram parochi et duobus tribusve testibus... utrumque ius in suo foro servandum esse (secular y eclesiástico): Civile quidem in foro civili, et terris Imperii; Pontificium vero in foro Ecclesiastico et ditonibus Romanae Ecclesiae, etiam quoad temporalem iurisdictionem subiectis, Iulius Clarus... Nam decisio et responsio*

al párroco, de forma que la asistencia de cuatro testigos, sin concurrencia del presbítero parroquial, permiten la validez del testamento. No obstante, este autor deja la duda, felizmente resuelta en criterio unánime por la doctrina posterior, sobre la válida sustitución del párroco por un confesor especialmente encargado por el responsable de la cura de almas, sin olvidar, finalmente, que en muchos territorios europeos, el régimen legal previsto requería la asistencia del notario, cura párroco o su vicario, junto a un reducido número de testigos.

Murillo Velarde³¹⁵, en la siguiente centuria, insiste en la validez del testamento ante el párroco y dos o tres testigos idóneos, «*in terris Romani Pontificis*», citando como tales las ciudades de Roma, Ferrara y las del patrimonio de San Pedro, mientras que fuera de dichos territorios debían observarse las formas previstas en cada lugar, no solamente por parte de los laicos, sino también de los clérigos, tal como defendieron Covarrubias, González Téllez y otros, en contra del Abad Panormitano, Fagnani y otros, que admitían la vigencia de la norma canónica fuera del dominio pontificio, ya que se trata de una materia que no va contra la Ley divina, sino que está al margen de la misma, y la conducta, que es contraria a la regla jurídica, relativa a la forma de testamento, no implica generación de pecado.

in cap. Cum esses directa est ad episcopum Hostiensem, qui in temporalibus subiectus est Romano Pontifici... Ibid., p. 300: *Pontifex ipse, in c. cum esses, praeter duos testes vult adhiberi presbyterum parochialem. Praeterea non damnat consuetudinem Hostiensis Episcopatus, requirentem ad testamentum septem testes, quasi divino iuri contrario, sed quia ea contra generale Ecclesiae ius receptum non legitime inducta esset. Loquitur vero Pontifex in c. cum esses de proprio Parocho, quia non est tanta praesumptio falsitatis in eo, atque in extraneo. Quod si tamen loco presbyteri interveniant duo alij testes, valebit testamentum, quia duo idonei testes supplent vicem Parochi, maiorisque sunt auctoritatis, quam solus Parocho. Attamen alterius confessarii, etiam a parocho specialiter deputati, non sufficeret praesentia, secundum Chopin... Et Edictum Principum nostrorum anno 1611, requirit Notarium, Pastorem aut eius vicarium, certamque formam praescribit de testamentis ordinandis.*

315 MURILLO VELARDE, P., *Cursus juris Canonici hispani*, t. I, Matriti, ex typ. E. Fernandez, 1743, pp. 533: *Juri naturali esse valde consentaneam testamenti factionem, según Covarrubias y Molina, de justitia. Necessaria fuit lex civilis, et plures solemnitates Jus Civile induxit.* Ibid., p. 535: *In terris Romani Pontificis, quod temporale dominium, ut sunt Roma, Ferrara, et Patrimonium S. Petri, vel Ecclesiae, satis est, coram duobus vel tribus testibus idoneis, et proprio Presbytero, hoc est, Parocho testamentum facere C. 10. hoc titulo. Extra territorium tamen temporale Pontificis non obligat dicta Constitutio in C. 10 hoc titulo, sed debent servari solemnitates ad testamenta requisitae in singulis provinciis, non solum si Laici testamenta condant, sed etiam Clerici, si ad causas profanas testentur, ut tenent Covarrubias, Gonzalez et alii, contra Abbatem, Fagnanum et alios, qui extendunt hanc constitutionem etiam ad terras non subjectas Pontifici in temporalibus: non tamen debet extendi, cum dicta Decretalis inscripta et directa sit Episcopo Hostiensi, cujus Dioecesis est in territorio temporali Papae. Nec Pontifex vult, nec potest corrigere Leges formam actibus mere profanis praescribentes, si nullum peccatum contineant, quales sunt praedictae Leges solemnitate testamentorum praescribentes (ley 3 de toro y Recop. 5, 4, 1-2): quae quidem in materia mere profana disponunt, et aliunde justae sunt, cum varijs fraudibus occurrant... solemnitas praedicta non est contra Legem Divinam, sed praeter illam, quatenus ex Lege Divina duo vel tres testes sufficiunt: sed non prohibetur Lege Divina, quod aliquando plures adhibeantur... ad testamenti valorem ultra duorum vel trium testium praesentiam, insuper requiritur assistentia Parochi, quae cum de Jure Gentium necessaria non sit, aliquam includit solemnitate Juris Positivi.*

V. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL CARDENAL LAMBERTINIS

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 cuestión³¹⁶. 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 la doctrina canonística más autorizada.

El primer punto, entonces controvertido, se refería a la relación existente entre la decretal y el estatuto de la Urbe³¹⁷, 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-justiniano³¹⁸, porque el Papa impone, bajo censura de excomuniación, 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

316 BENEDICTI XIV, DE LAMBERTINIS, P., card., *Institutionum Ecclesiasticarum*, ed. 2ª latina veneta, ad usum Academiae Liturgicae Conimbricensis, Venetiis, ex typ. Balleoniana, 1760, pp. 235-254. En el inicio de la Institución eclesiástica *Quamvis consentaneum*, traza el programa de su discurso: «*Leges quaedam constituuntur tum in Urbe, tum in dioecesi circa testamenta, quae sine Notario vel a Parocho, vel ab alio Sacerdote conscribi solent. Quamvis consentaneum magis existimemus adhiberi Notarium, quam Parochum, cum testamenta condenda sunt; tamen haud ignoramus non semel evenire, praesertim in dioecesi, quod Notarius nullus versetur, aut praesto nequaquam sit, aut testator ipse libentius Parocho, quam Notario sese committat. Non ignoramus etiam, quae a jure Pontificio in hac re decernuntur; ac tandem cognitum habemus, perspectumque, vel ob imperitiam, vel ob negligentiam Parochorum plura testamenta ab ipsis confecta concidisse, ex quo factum est, ut iidem Parochi maledictis proscinderentur. Quamobrem aliquid a nobis constituendum pro muneris nostri ratione ducimus, ut his corruptelis aditus in hac dioecesi occludatur. Ac primum, exponemus juris Canonici sanctiones, ac praecipuas Interpretum quaestiones, quae ab ipsis instituuntur ad explicanda juris ipsius decreta. Postremo, formulam subjiciemus, qua utantur Parochi mutatis mutandis, cum ipsos acciri contigerit ab aliquo testatore, qui supremas tabulas condere velit, nullamque Notarii publici operam intercedere. Aliam quoque formulam proponemus, ex qua Notarius deprehendat, quid gerendum sit, cum Parochus testamenti tabulas sua manu descriptas ipsi tradiderit*». Ibid., pp. 234-235.

317 «*5. De testamentis agimus ad profanas causas pertinentibus, veluti, si bonorum haereditas in consanguineos, aut amicos conferatur. Haec vero testamenta coram parocho, 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 decretalis Cum esses contrarium ferri possit. Ita fatentur Dolpbius et Postius, aliique plures*».

318 Cf. GARCÍA GALLO, A., *Del testamento romano al medieval: las líneas de su evolución en España*, en AHDE 47 (1977), 425-497.

del propio Benedicto XIV, mientras en el estatuto de la ciudad de Roma se preveía la aplicación de los cinco o siete testigos requeridos para la validez del testamento nuncupativo, según el Derecho heredado de Roma, y no se contemplaba la forma prevista en el Derecho canónico³¹⁹.

Después de rechazar una interpretación singular, que había defendido la validez del testamento para causas temporales o profanas sin la presencia del párroco, sostenida por Antonio de Brutrio, al que califica de «*civis noster*», con tal que asistieran a su otorgamiento dos o tres testigos, ya que contravenía abiertamente la literalidad del precepto pontificio, 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 sacramentos³²⁰, 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 validez³²¹. 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*».

319 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.

320 «*Quod si parochus absens fuerit, difficile admodum valere testamentum constabit, ad quod Capellanus accersitur, licet illum Parochus suo loco substituerit. Nam ob hanc delegationem administrandi Sacramenta facultatem Capellanus tantum assequitur. At vero non semel in iudicio probatum fuit testamentum, quod factum fuit coram Confessario et duobus aliis vel tribus testibus. Non is tamen Sacerdos intelligitur, qui testatoris confessionem forte excepit, sed is, qui Poenitentiae Sacramento testatorem ipsum expiare jam dudum consueverit. Nam plurimi facienda est fiducia quam stutuit quisque in Confessario, cui reipsa tribui queunt ea verba coram Presbytero suo, quemadmodum cardinalis de Luca recte perpendit*».

321 «*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 eleva su número a cuatro, si no asisten ni el párroco, ni el confesor habitual.

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 testamento³²², así como la tramitación ulterior ante el notario, a efectos de la protocolización o, en su caso, la autoridad judicial, en orden a la adveración del contenido de la *voluntas defuncti*³²³, desde la perspectiva de una necesaria instrucción, en estos casos, del párroco.

VI. RÉGIMEN LEGAL FRANCÉS ANTERIOR A LA CODIFICACIÓN

En paralelo con esta normativa eclesiástica, que llega hasta el siglo XIX, encontramos en Francia la regulación proveniente de las costumbres³²⁴, especialmente la de París³²⁵, asumida como régimen aplicable en otros territorios de Derecho consuetudinario³²⁶, y con analogía en algunos, como en Orleans,

322 «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 obsignandum 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, 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».

323 BENEDICTO XIV, *op. cit.*, p. 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 suscipere quidquid utile sibi et consentaneum iudicabunt», pero facilita la actuación del párroco, al referir: «1. Formula testamenti, quod absente Notario conficitur a parochio; 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.

324 Vid. LAFERRIÈRE, M. F., *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.

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

326 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 déclare inutile la présence du curé, ou même sa convocation». TARDIF, A., *Le droit privé au XIIIe siècle*, París 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

aunque su régimen resultó afectado por la Ordenanza de Luis XV, de agosto de 1735³²⁷.

En la exposición de motivos de esta última norma legal citada, 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, el monarca galo 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 disposiciones, 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 ya citada, señala el planteamiento básico por el que se regula dicha cuestión, 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 documento³²⁸ y no se admite la simple prueba del mismo mediante testigos, que era el requisito esencial del testamento nuncupativo³²⁹.

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 Francia³³⁰:

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. BEAUMANOIR, Ph., *Coutumes de Beauvaisis, t. II. Commentaire historique et juridique par G. Hubrecht*, París, Picard, 1974, pp. 62-63.

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

328 Sobre su repercusión en el Derecho español codificado, vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos ó Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. III, Madrid 1863, pp. 115-179; COVIAN, V., *El testamento hecho de palabra en el Código Civil*, en RGLJ 102 (1903) 5-21; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, t. V, 7^a ed., corr., aum. y puesta al día por P. Marín Pérez, Madrid, Reus, 1972, pp. 608-620.

329 «Art. 1^{er}. 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».

330 ISAMBERT - DECRUSY - TAILLANDER, *op. cit.*, pp 392-393.

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 mort³³¹.

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 testigos³³², mientras Pothier, señala que la costumbre de Orleans admite dos 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 otorga³³³, aunque el testador no tenga allí su domicilio y se encuentre de paso.

331 ISAMBERT - DECRUSY - TAILLANDER, *op. cit.*, nº 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 tabellión u otra persona pública que recibirá el testamento. Los herederos instituidos no pueden ser testigos en ningún caso.

332 FERRIÈRE, Cl. de, *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté der Paris*, nouv. ed. rev. corr. et augm. par M. Salván 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 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. Cf. RAMP-SAY, T. K., *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 lignager 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 la supresión de la intervención de los párrocos, sino que benefician a los misioneros.

333 POTHIER, M., *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orleans, 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

Por consiguiente, «L'art. 289 de la Coutume de Paris³³⁴, exigeoit trois témoins avec le Curé; et la même disposition étoit portée par l'article 289 de la Coutume d'Orleans: mais l'Ordonnance de 1735, en exigeant seulement deux témoins, a dérogé a cet égard a la disposition de ces Coutumes»³³⁵.

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 ejerce, 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 misma³³⁶:

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 appellant avec eux deux témoins : Ordonnance des testaments, du mois d'Août 1735, art. 25. Cet article ajoute que les Prêtres séculiers préposés par l'Evêque pour la desserte des Cures, jouiront du même droit tant qu'ils desserviront, sans 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 semblables³³⁷.

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.

334 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.

335 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.

336 JOUSSE, D., *op. cit.*, pp. 259-261.

337 «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 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 Sénéchauffée 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 pourroient 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

Bouix³³⁸, 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 parochio, 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-unctionis*³³⁹.

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

Vicaire, ou autre Prêtre chargé d'administrer les Sacrements 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 du quel 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 pouvoir 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'Eglise 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, Eglises, Communautés, Prisonnier 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 Régl. du 7 Septembre 1701). Ces extraits doivent être contrôlés gratis (Arrêts du Conseil des 7 mars 1702 et 21 Août 1703).

338 BOUIX, D., *op. cit.*, pp. 464-466.

339 *«Parochus ratione officii sui ex justitia obligatur hoc sacramentum (Extremae-Uinctionis) 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 amentibus et pbreneticis, dummodo absit periculum irreverentiae, et aliquando rationis usum babuerint. 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 parochio praestandam: 1º. 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. 2º. Magnum et necessarium esse ministerium, majoremque ei incumbere obligationem assistendi aegro incipiente agonizare, et ferendi opem opportunam 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».*

VII. NORMATIVA CANÓNICA DEL PAPA GREGORIO XVI

Si la doctrina jurídica francesa se ocupó, en la Edad Moderna, de las obligaciones pastorales del párroco³⁴⁰ y de la regulación normativa secular aplicable al testamento ante el párroco, no es de extrañar que en Italia, donde todavía 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 fue Gregorio XVI, el Papa que abordó la materia de modo orgánico y sistemático.

Dicho régimen legal se fundamenta en un *Motu proprio* de 10 de noviembre de 1834, publicado el 17 del mismo mes y año³⁴¹, que entró en vigor el 1 de enero de 1835³⁴², revisando la normativa de sus antecesores, Pío VII y León XII³⁴³. Al tratar de la legislación civil, el Pontífice asume, como punto de partida, en materia de fuentes normativas, conforme a la tradición secular prece-

340 Se debatió entre los autores, quién era párroco de los estudiantes. Presenta interés la síntesis de CEVALLOS, Hier. de, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, t. V, Antuerpiae, apud Io. Keerbergium, 1623, t. I, p. 217, quaestio 413: «*Utrum proprius parochus scholastici sit ille, in cuius parochia habitat. Communis contra communem. Dubium est quis sit proprius sacerdos scholarium, cui teneantur peccata sua confiteri. Et esse proprium sacerdotem illius parochiae, in qua habitant, tenet glossa et haec est communis opinio, secundum Abbatem. Sed contrariam sententiam (imo quod non sit proprius sacerdos parochus, nisi scholaris steterit per annum in illa parochia) tenet Innocentius, cuius opinio est communis, secundum Sylvestrum et Abbatem. Prima tamen opinio servatur de consuetudine, prout vidi in civitate Salmanticensi*».

341 Cf. *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civil emanato dalla Santità di Nostro Signore Gregorio papa XVI con motu proprio del 10 novembre 1834 esibito il 17 dello stesso mese negli atti dell'Apolloni segretario e cancelliere della R. C. A.*, Roma, tip. Camerale, 1834.

342 *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 lla 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 fedecommissi, sui contratti e sulle ipoteche; e che sebbene in parte modificate dal di lui successore Leone XII di felice ricordanza, tuttavolta 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».

343 Cf. *Editti*, Roma, Rev. Camera Apostolica, 1828-1839, 4 vols; *Leggi dello Stato pontificio, dal 6 aprile 1754 al 4 maggio 1816*, Roma 1816; *Regolamenti sul registro e successioni, della s. m. di Pio VII e della s. m. di Leone XII, in quanto sono conservati o ripristinati dalla notificazione di Segretaria di Stato del dì 24 dicembre 1832, e misure generali e transitorie per la loro esecuzione*, Roma, Rev. Camera Apostolica, 1832; *Raccolta delle leggi e disposizioni*, Roma 1834-1870, el primer grupo son de 1831 a 1846, y el segundo, de 1846 a 1867..

dente³⁴⁴: «1. Le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canonico e le costituzioni apostoliche, continueranno ad essere la norma dei giudizi civili in tuttociò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento».

Consecuentemente, al tratar de las normas por las que se regían los actos de última voluntad³⁴⁵, bajo el epígrafe del título IV: «Delle leggi concernenti gli ultimi atti di volontà», sienta un principio general y sus inmediatas aplicaciones, suficientemente notorias:

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 finora³⁴⁶.

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 miglia³⁴⁷ 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*³⁴⁸.

VIII. INSTRUCCIÓN DEL CARDENAL ANTONIO GAMBERINI³⁴⁹

Un lustro más tarde, de la entrada en vigor de los preceptos citados, el cardenal-obispo de Sabina, con data en Roma, «fuori della Porta Flaminia», el 31 de marzo de 1840, se dirige al clero de su diócesis³⁵⁰, para resolver algu-

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

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

346 «35. Se le schede che contengono l'ultima volontà, nel caso del precedente, sono scritte intieramente, 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, dattata e sottoscritta di suo carattere: dovrà essere sottoscritto dal medesimo, dai due testimoni e dal notaio che ne sarà rogato».

347 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.

348 «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, al igual que se recoge en el CIC de 1917, como hemos señalado más arriba. Este texto normativo fue objeto de las *Declaratorie ufficiali di vari paragrafi del Regolamento legislativo e giudiziario del 10 novembre 1854 e dell'Editto disciplinare del 17 dicembre sudetto*, disposte secondo l'ordine delle materie e corredate d'indice alfabetico e di note, per cura di S. Vinciguerra, Roma, Menicanti, 1847.

349 BAV. R.G. Miscell. N. 53(17).

350 GAMBERINI, A.-D., card., commendatario di Santa Prassede, segretario per gli Affari di Stato interni etc., *Istruzione pe'testamenti da farsi alla forma del Diritto Canonico...* Diretta al clero della sua

nos casos ocurridos en su territorio diocesano, porque «o por impericia o por negligencia de algunos clérigos de su obispado», habían dejado sin ejecutar algunos testamentos otorgados siguiendo la forma prevista en el Derecho canónico, «o per le disposizioni in essi contenute sono divenuti motivo di dicerie, e mormorazioni», a pesar de lo dispuesto en el párrafo 36 del *Motu proprio* de Gregorio XVI, sin olvidar que dichos comportamientos del clero no respaldaban la validez de los testamentos otorgados en esa forma «quando siano fatti negli ospedali, ovvero da persone malate, e defunte in una Campagna, o Villaggio, lontano più di tre miglia dai luoghi ove risiedono pubblici Notaj», conforme a la interpretación dada al instituto por Benedicto XIV, tal como hemos señalado más arriba, en su Institución Eclesiástica *Quamvis consentaneum*³⁵¹.

Insiste el cardenal Gamberini que estaban vigentes dos disposiciones jurídicas diferentes en materia testamentaria: una referida al cap. *Cum esses*, y otra contenida en el cap. *Relatum*. En la primera, se declaran válidos los testamentos hechos por un parroquiano enfermo, en presencia de su párroco y de dos o tres testigos, mientras que en la segunda, basta la presencia de dos testigos, porque se refiere a las causas pías. En el primer supuesto, es necesario la intervención del párroco, pero no en el segundo, de forma que en el primer caso estarían presentes tres personas, a saber, el párroco y dos testigos, a diferencia del segundo, que no requiere más que dos testigos³⁵².

Se trata de dos normas con diverso objeto, ya que la primera habla de testamento hecho para causas profanas, y la segunda del redactado *ad causas pias*. El prelado de la diócesis de Sabina se ocupa específicamente del primer tipo de testamento, en el cual se instituye como herederos a los parientes o a los amigos, pero el acto de última voluntad viene otorgado en presencia del párroco y de dos o tres testigos, que era una forma válida «in tutto lo Stato Ecclesiastico», dentro del cual se encontraba la diócesis citada, sujeta al dominio temporal del Pontífice³⁵³.

La primera cuestión, que entiende ser objeto de clarificación, es si la frase *coram presbytero suo*, en terminología de la Decretal, pueda incluir el testamento hecho «alla presenza del Cappellano del Curato, o alla presenza del Confessore del Testatore; e come debba farsi se non si potesse ritrovare il Curato, e non vi fosse il Cappellano, o il Confessore del testatore».

diocesi. Si aggiunge la notificazione risguardante le Congregazioni per la risoluzione de' casi morali e dubbj liturgici, Roma, tip. Camerale, 1840. Este prelado rigió esa diócesis *Sabiniensis*, que era una de las seis suburbicarias, sita en el Lazio, desde el 18 de febrero de 1839, hasta su óbito, ocurrido el 25 de abril de 1841.

351 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 3-4.

352 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 4-5

353 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 5-6

La segunda duda se refiere a la calidad de los testigos, puesto que deben ser idóneos, y ello plantea la dificultad de incluir a las mujeres.

La tercera mención del texto de Alejandro III trata de clarificar la frase *in extrema fecerint voluntate*, para determinar si vale el testamento hecho por quien está sano de mente y de cuerpo, y si estando enfermo de cuerpo, pero no con tal enfermedad que implique peligro de muerte, pueda realizarlo válidamente, o si habiendo sufrido ese riesgo mortal, posteriormente ha recuperado plenamente la salud³⁵⁴.

Concorde con Benedicto XIV, el testamento debía hacerse en presencia del *proprio parroco*, o al menos del *proprio Confessore ordinario*, a los que se incluye, por la norma canónica, en la frase *coram presbytero suo*³⁵⁵.

Por ello, difícilmente podrá realizarse válidamente ante el capellán, si el párroco, al ausentarse, le ha dejado en su lugar, porque la simple delegación viene restringida normalmente a la mera administración de los Sacramentos, al igual que sucede con el confesor no ordinario, y el sacerdote que accidentalmente interviene en la confesión sacramental del testador. Al objeto de salvar esta dificultad, el cardenal Gamberini propone que si intervienen el capellán y el confesor no ordinario intervenga un nuevo testigo, es decir, en lugar de dos estarían tres, para suplir la falta del párroco y del confesor ordinario, computándose al capellán y confesor no ordinario como un testigo más, ya que de este modo se tendrían los cuatro requeridos³⁵⁶.

La segunda duda planteada hace que no se exijan testigos idóneos en grado superlativo, lo que facilita que intervengan como tales las personas muy pobres pero honradas, aunque deben ser varones y no mujeres.

En lo relativo a la validez del testamento hecho por quien no está en riesgo de muerte, la duda que planteaba la decretal de Alejandro III, que originó amplios debates en la doctrina canónica, por la frase *in extrema fecerint voluntate*, concluyendo que en ella se hace una mención implícita a la enfermedad, dicho problema interpretativo queda resuelto con el *Motu proprio* de Gregorio XVI, al disponer claramente: «saranno validi (i tetamenti) soltanto quando siano fatti negli Ospedali, ovvero da persone malate, e defonte in una Campagna, o Villaggio lontano più di tre miglia dai luoghi ove risiedono pubblici Notaj»³⁵⁷.

Con esta regulación, Gamberini interpreta que al referirse al testador enfermo, incluso grave, si posteriormente recupera su salud, no valdrá su

354 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 6-7

355 Añade, como clarificador, un caso ya referido por Lambertinis: «nel caso che qualcuno solito dimorare in Città, cadesse malato in villeggiatura, e volesse far testamento, si riguarda comunemente il párroco della Villa como Parroco proprio del villeggiante, atteso che tale si valuta, e per Viatico, e per la estrema Unzione».

356 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 7-8

357 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

acto de última voluntad. Por ello, como cautela, el capellán y el confesor no ordinario llamarán un nuevo testigo, mientras que si es el párroco y confesor ordinario serán suficientes dos testigos, aunque la disposición legal se dirige a prescribir la llamada del notario, siempre que pueda intervenir. Por este motivo, hecho el testamento en el hospital, si el testador se recupera de la enfermedad, «sarà opportuno ad evitare le questioni, e per una prudente cautela, che chiamato il Notajo, e colla di lui opera, o rifaccia, o confermi il detto testamento».

Un último aspecto merece ser destacado en la *Instrucción* del obispo de Sabina. Es la advertencia a sus párrocos y eclesiásticos diocesanos³⁵⁸, que no tienen prohibido hacer sugerencias al testador, especialmente «quando oppresso dal male non possa da se stesso pensare a tutto, e dire tutto», con relación a los legados. Les aconseja que usen la máxima reflexión «ed agire con coscienza, e non deve importunarsi perchè disponga in un modo piuttosto che in un altro, in particolare poi se ciò fosse per ridondare in danno dei legittimi Eredi, e de'suoi Congiunti, molto più se questi fossero della classe degl'indigenti», además de recordarles la obligación que tienen, de notificar a la curia diocesana los legados y disposiciones pías y, sin olvidar, «e molto più che non abusino del loro ministero nell'assistere ai Testamenti, che vengano fatti alla forma del Diritto Canonico», porque si se produjeran los abusos, «non andranno esenti della meritata pena, e che nell'applicarla useremo tutto il necessario rigore»³⁵⁹.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Si desde Justiniano, y anteriormente a partir del siglo IV d. C., la Iglesia vivió del Derecho Romano, especialmente en materia de derecho privado y procesal, desde Graciano se consideró como derecho supletorio respecto de las lagunas de la legislación canónica, especialmente a partir de la decretal del Papa Lucio III, X 5. 32. 1³⁶⁰, cuya norma sirvió de fundamento, durante varios siglos, para construir la doctrina interpretativa a favor del Derecho romano-justiniano, como subsidiario, tal como reconoce Nicolas de Tudes-

358 GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 12-13.

359 Puesto que se trata de una instrucción aclaratoria, está plena de consejos prácticos, insertando en su final, siguiendo el ejemplo de Benedicto XIV, varios formularios: «Formola del testamento che si riceve dal Parroco per mancanza di Notajo»; «Formola dell'Atto della consegna che fa il Parroco al Notajo»; «Formola della deposizione del Parroco interrogato sopra il contenuto nel Testamento» y «Formola della deposizione dei Testimonj sopra il testamento suddetto». GAMBERINI, A.-D., card, *op. cit.*, *Istruzione pe'testamenti...*, *op. cit.*, pp. 18-26.

360 «Sicut humanae leges non dedignantur sacros canones imitari, ita et sacrorum statuta canonum principum constitutionibus adiuvantur».

chis: «*Causa Ecclesiae debet decidi per jus civile in defectu canonum*», si bien solamente en materia profana entraba el Derecho romano como supletorio³⁶¹.

El CIC de 1917³⁶² 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*», que se aplica en los testamentos a favor de las causas pías³⁶³, desapareciendo de su normativa canónica el testamento ante el párroco para cosas temporales, tal como disponía la decretal *Cum esses*, a finales del siglo XII³⁶⁴.

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 Derecho³⁶⁵, sin cuyo cumplimiento no era

361 CASSOLA, O., *op. cit.*, pp. 5-7 y 15-17.

362 Cn. 1529 de 1917, reiterado en cn. 22 del 83. Según Cassola, se trata de un canon mediante el cual las leyes civiles adquieren valor en el ordenamiento eclesiástico, denominándose a este fenómeno recepción o canonización del Derecho civil, o bien, con términos civilísticos, reenvío recepticio al mismo. Supone un acto legislativo eclesiástico, con el cual vienen adoptadas leyes civiles en el ordenamiento canónico y aplicadas en materia eclesiástica, unas leyes que fueron promulgadas en materia civil. Cf. CASSOLA, O., *op. cit.*, pp. 118 y 122.

363 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. Et 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*». Cf. VITO PINTO, P., *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano 2001, p. 748.

364 A principios del siglo XX, anterior al CIC de 1917, el jesuita Wernz, comentando las Decretales, presenta un *status quaestionis* de la materia, digno de apreciarse, porque facilita la perspectiva actual: WERNZ, F. X., S. I., *Ius Decretalium. T. III. Ius administrationis Ecclesiae Catholicae*, pars prima, alt. ed. em. et aucta, Romae, ex typ. Polyglotta, 1908, pp. 285 y ss. Afirma Wernz, p. 286: «*Ius disponendi per ultimam voluntatem de bonis suis temporalibus per se ex iure naturali*». *Ibid.*, p. 288: «*Alexander III optimo iure etiam extra ditionem pontificiam resistit in testamentis formas praescriptas a Iure Romano et tunc a generali consuetudine Ecclesiae alienas: X 3, 26, 10. Quod caput aliter ab aliis explicatur, nec semper solidis insistitur rationibus v. g. inscriptioni capitis. Quae amplissima iurisdictio Ecclesiae in causas testamentarias etiam post collectiones aubenticas iuris Decretalium retenta paulatim imminui atque impugnari coepta est*». *Ibid.*, p. 289: «*At testamenta laicorum passim solo iure civili reguntur et in tribunalibus civilibus diiudicantur. Ex disciplina vigente Ecclesiae unice practica est disputatio de testamentis clericorum et regularium, et de testamentis laicorum ad causas pias*».

365 Cf. MOLFESIO, A., *Tractatus de utraque hominum dispositione inter vivos et in morte, sive compendiosa praxis contractuum, ultimarum voluntatum et de sepulturis*, Neapoli, ex typ. L. Scorigij, 1622, p. 229: «*Quotuplex est testamentum? Duplex principaliter... Et aliud nuncupativum, quod voce fit per testatorem, coram septem testibus, vel minori numero, prout est privilegium testantis. Ibid., pp. 232-234: Testamentum nuncupativum est, quod a testatore fit coram septem testibus, ad id rogatis per*

válido³⁶⁶. Los requisitos del testamento fueron ampliamente recordados por la doctrina, tanto civilista como canonista³⁶⁷, ya que en caso de inobservancia de alguna de las formalidades previstas para su validez, se incurriría en la nulidad del testamento³⁶⁸, y no se ejecutaría legalmente la última voluntad, aunque los

*nuncupationem voluntatis: hoc est per expressionem vivae vocis, nec indiget scriptura ad eius essentiam; sed solum ad illius probationem dicta lex hac consultissima ēper nuncupationem. Hinc est, quod si testator coram septem testibus voluntatem suam declaret, et inibi non adsit notarius, validum est testamentum et probandum est per testes, quia notarius solum requiritur, ut testamentum redigat in publicam formam, et cesset onus haeredi, verificandi testamentum per testes: ita Alexander, Baldus, Bartolus, Castro, ruinus, Imola, Aretino, Jasón, Felinus, Mariano Socino et alii plures: quia publicatio respicit notarium, non autem testatorem, qui ex sola declaratione voluntatis habet completam illam dispositionem, et solum probandum est testamentum per testes. Estos, satis est, ut sint habiles et numero opportuno», como recuerda Ancharano y Mascardo, entre otros. «In hoc testamento nuncupativo requiruntur istae solemnitates: primo, legitimus numerus testium, nempe septem testes. Secundo, debent esse specialiter rogati a testatore, vel ab alio. Tertio testator ore proprio debet nominare haeredem. Quarto in eo adesse debet institutio certi haeredis». Ibid., p. 241: «Quando valeat testamentum cum minori numero septem testium. Inter liberos, et ad pias causas, sufficiunt duo testes. Sufficiunt quinque testes in testamento rustici et tempore pestis. Denique si testamentum fieret coram Principe, non recognoscente superiorem, vel per oblationem ei factam vel penes Acta Curiae: tunc duo testes sufficiunt ad probandum consensum Principis, vel sententiam Iudicis». Una valoración crítica sobre las formas previstas en la regulación civil del testamento, vid. LAMBERT, E., *La tradición romana sobre la sucesión de formas del testamento ante la historia comparada*. Trad. de E. García Herreros, en RGLJ 99 (1901) 539-553; CASTILLEJO Y DUARTE, J., *La forma contractual en el Derecho de sucesiones*, Madrid, hijos de M. G. Hernández, 1902, pp. 9-15.*

³⁶⁶ Sobre este extremo, vid. OBARRIO MORENO, J. A., *Testamentorum solemnitas iuris romani medii aevi memoria*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 25-33.

³⁶⁷ VENATOR, D., *Analysis methodica iuris Ponticii*, Lugduni 1604, pp. 449-450: «*Forma nuncupativa testamenti est, ut nulla scriptura interveniente, testator coram septem testibus voluntatem suam declaret: nec ad eius substantiam scriptura pertinent, licet testatoris voluntas coram testibus declarata quandoque ins cripturam redigatur. Nec aliter hoc testament genus a solenni differt, quam quod in solenni celetur, in nuncupativo autem exprimitur voluntas. Omnia etiam requisita, quae in solenni testamento desiderantur, et nuncupativo testamento adhiberi debent, excepta sola scriptura, subscriptione, et sigillatione testium. Requiritur autem ad solenne testamentum: 1. Ut testator habeat factionem activam: hoc est, ut possit condere testamentum. 2. Ut fiat institutio haeredis, qui habeat testament factionem passivam, id est, haeres in testament institui non prohibeatur. 3. Si testator literas norit, ut propria manu testamentum scribat. 4. Praesentia septem testium, praeter eum, qui loco testatoris scribit. 5. Quod illi testes sint ad hoc rogati et non casu accesserint. 6. Ut illi testes sint omni exceptione maiores, non mulieres, impuberes, servi, muti, surdi, furiosi, prodighi, vel potestati testatoris subiecti. 7. Quod testes se subscribant, si possint; non autem unus pro alio. 8. Ut testes consignent propriis annulis, ut alienis, si proprios non habent. 9. Ut illa omnia uno contextu, nullo alieno actu interveniente, fiant: nisi humana necessitas aliud coegerit. Ultimo denique requiritur: quod testes sint in praesentia, et conspectu testatoris, ipsi quoque oculis videant. Et praedicta adeo sunt necessaria in testamento solenni, ut si unum deficiat, vitietur testamentum, ob defectum solemnitate: nisi parens testetur inter liberos: quia tum duos testes adhibere satis est vel ad pias causas: valet enim ultima voluntas ad pias causas, coram duobus testibus declarata. Imo testamentum, quod Parochianus coram presbitero parochiali, et duobus testibus ordinavit, iure Canonico subsistere, Alexander III decrevit, cap. Cum tu esses.*

³⁶⁸ Cf. ROMAGNOSI, G. D., *Sulle donazioni, sulle prede marittime, sulla qualificazione dei fiumi e prime materie e questioni sulle forme testamentarie ec.* Opuscoli, 2ª ed., Prato, tip. Guasti, 1836, pp. 208-210: la ley ordena la observancia de una determinada formalidad bajo pena de nulidad, y por consiguiente dispone su ejecución. En el mismo sentido, PEREYRA, B., S. I., *Promptuarium iudicium*, Eborae, ex typ. Academiae, 1690, p. 508, nn. 1900-1901: «*Quando solemnitates in testamento requiruntur pro forma, qualibet earum non servata, testamentum corrui. In testamento non solum requiritur veritas, sed etiam debent intervenire solemnitates a iure postulate. ... In testamento nuncupativo tota substantia est in dicto testium*». Ibid., p. 507, n. 1896: «*Testamentariae solemnitates ob vitandas falsitates inventae*

autores no omiten las formas particulares válidas, relativas a los actos de última voluntad, a partir del Derecho romano³⁶⁹, entre las que se encuentran, para el Derecho canónico, las dos decretales de Alejandro III³⁷⁰, cap. *Cum esses* y cap. *Relatum*.

En esta materia del testamento imperfecto, Scotti³⁷¹ 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. g. 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. g. 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*, que es el planteamiento de muchos canonistas en la Edad Moderna, pero argumentando que es un deber moral³⁷².

sunt. Testamentariae solemnitates juris civilis sunt, et Princeps illis derogare valet. Criterio compartido por BAITELLI, L., *De ultimis voluntatibus decisiones*, Mediolani, ex typ. F. Vigoni, 1671, p. 202: *-testamentum non servata legum forma, corrui, est nullum et invalidum.*

369 Cf. OFMÜLNER von MÜLFELDT, W., *De testamento principi, aut comiti oblato: tractatio analytico-synthetica l. 19 C. de testamentis theoriam et praxin ostendens...*, Argentorati, ex off. Io. Staedelii, 1658, p. 2: *«Dicit Iustinianus: multa eum scire oportere, qui valida ac subsistentia testamenta velit conficere. Ipsum Iustinianum fateri... magnam atque innumerabilem esse occasionem subvertendi testamenta. Argentraeus, en su comentario a las costumbres de Britania afirma: miseris proclamat, quibus negotiosas illas solemnitates, acuminosa nempe luxuriantis reipublicae inventa, immensas, et sine modo congestas formas, primarum et secundarum institutionum: acrescendi iura, heredum distinctiones, hereditatum capiones etc. nondum rejicere licuit. A difficilioribus Reipublicae temporibus difficultates istae et nimia miseraque diligentia aegre tolerarentur, faciliores atque expediti testandi modi inventi sunt. In his etiam apud acta, vel apud ipsum Principem voluntatis ultimae desideria publicandi. Qui cum similibus aliis compendiose testandi modis, ita grati, populo accidisse videntur, ut usque ad huc multis in locis Testamenta solemnia minus. Judicialia autem magis frequententur.* Sobre la oscilación relativa al número de testigos exigidos en Roma, vid. FOISSIATUS, J., *Disputatio juridica de testamentis*, quam D. O. M. A. praeside amplissimo et consultissimo viro Domino Dionysio Gothofredo J.C., Codicis Professore ordinario, et illustris Academiae Heidelbergensis, rectore magnifico, Heidelbergae, typ. J. Lancelotti, 1608, sin paginación, n° 29: *«testes autem numero septem in testamento requiruntur: plures tamen adhiberi possunt: superflui enim non nocent*, n° 31: *Quaenam testamenta nullos omnino testes requirunt, quaedam pauciores... Prioris generis sunt, testamentum Principi oblatis precibus confectum... Et apud acta judiciaria factum.*

370 Cf. MASCHJAT, R., *Institutiones canonicae, pars secunda*, Ferrariae 1760, pp. 61-66: p. 63: *«Quae sit solemnitas testamentorum de jure Canonico. Respondeo: 1. Hoc jure plus non requiritur, nisi praesentia parochi et duorum testium idoneorum, quod jus observandum est in terris Romanae Ecclesiae subjectis. Neque per hanc decretalem correctae sunt leges civiles, ut vult Fagnanus, nam leges istae, cum nullum peccatum contineant, nec solent, nec regulariter possunt corrigi a jure Canonico.*

371 SCOTTI, F., *Il testamento nel Diritto romano: studi esegetici*, Roma, Aracne, 2014, p. 778, n. 325.

372 Cf. ZUNTI, L. – LANAE, L., *Responsa sive consilia duo... ad nobilem illam et in foro frequentem testamentorum materiam*, Coloniae Agrippinae, apud Th., Baumium, 1576, fol. 23v: *«Sive in scriptis sive nuncupative conditum, testamentum conditum septem testes requirit, non solum de forma probatoria, sed etiam substantiali. Nuncupativum sive nuncupatione explicita, sive implicita, de qua nullum fuerit confectum instrumentum, ad hoc ut iustificetur et probetur, necesse est, quod testes super eo recepti deponant, quo tempore testator voluntatem suam coram eis nuncupaverit.* Ibid., fols. 24v-25r: *«Impugnans praetextu defectus numeri testium, vel alterius solemnitatis, peccat mortaliter: ut tradit Abbas,*

Ello motivó la diferenciación entre obligación legal de ejecución y la obligación de conciencia, para respetar la *voluntas defuncti*, libremente manifestada y sin vicio alguno, además de bien contrastada, vigente para los testamentos y legados *ad causas pias*, que sigue vigente como deber en conciencia de los adquirentes *mortis causa*. Recordaba el P. Regatillo³⁷³, que los testamentos para causas profanas, ante el párroco y dos testigos³⁷⁴, que no cumplieran los requisitos de solemnidad del Derecho civil, romano y patrio, solamente eran válidos para los Estados pontificios, al que perteneció en el siglo XII, la ciudad de Ostia, conforme a la Decretal 3. 26. 10, pero una vez formados los Códigos modernos, esta normativa quedó sin vigor en el siglo XX. No obstante, podemos señalar, con Trevisano³⁷⁵, que «*veritas semper una sola est, substantia legis, basis et fundamentum iustitiae*».

Hace un siglo, Lope Orriols redactó una monografía sobre la materia que nos ocupa³⁷⁶, considerando entonces que su análisis presentaba una utilidad real y positiva, máxime ante un peligro próximo e inmediato, de extinción de instituciones, «ora arrigadas por la experiencia, ora consagradas por la tradición, ora mantenidas por el uso, sin lesión y sin protesta de los intereses públicos ni privados», en aras de una nueva sanción, para que no quedasen sepultadas en los archivos de la Historia.

El autor citado defiende las necesarias adaptaciones de las instituciones a los tiempos, pero sin mengua de las tradiciones, viejas leyes y añejos usos

Barbatius, Anania, Antonio Butrio, Nevizan, Corneus. Ubi attestatur banc esse communem doctorum sententiam. Quod fatetur etiam Didacus Covarrubias, quamvis ipse ingenij ostendendi gratia contrariam opinionem defendere conetur. Quae communis opinio praesertim, et absque dubio locum sibi vindicat, quando impugnans testamentum certus est de voluntate defuncti: ut amplexata communi doctorum opinione, censuit Fernando Vasquez de Menbaca.

373 FERNÁNDEZ REGATILLO, E., *Problemas que plantea el canon 1513* (del CIC de 1917), en REDC 5 (1950) 281-282.

374 Ancarano entiende que los requisitos de idoneidad de los testigos no son comunes en Derecho civil y en el Canónico, aunque se trata de una opinión minoritaria en la doctrina: ANCHARANO, P. de, *Super tertio Decretalium facundissima commentaria*, Bononiae, apud Societatem typ. Bononiensis, 1581, p. 218: «*Sciendum est, quod leges imperiales non contrarias sacris canonibus Romana Ecclesia recipit, et confirmat...* Ibid., p. 235: *Valet testamentum quod parochianus facit coram presbytero suo et duobus testibus: nec valet consuetudo contraria, hoc dicit cap. Cum esses. De iure civili in testamentis requiruntur 7 testes, in codicillis 5...* Si consuetudo vel ius civile contradicit iuri canonico, et divino, praevalet enim ius divinum: potest tamen ius civile distinguere. De iure canonico in testamentis sufficienti duo testes, et imitatur ius divinum. Presbyter adhibitus in testamento non computatur in numero testium: ultra ipsum igitur debent esse duo vel tres. Quod de iure naturali a testimonio repelluntur, ut domestici, inimici et similes l. et. C. de testibus etiam de iure canonico non sint in testamentis idonei: nec etiam pupillus, furiosus et demens». No obstante, «*illi vero, qui de iure civili tantummodo repelluntur, ut servi et foeminae, de iure canonico, quod imitatur ius naturale, esse poterunt testes*».

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

376 LOPE ORRIOLS, A., *El testamento ante el párroco, según la legislación y la práctica vigentes en Cataluña, Aragón y Navarra*, en RGLJ 95 (1899) 302-314 y 488-499; 96 (1900) 124-145; 97 (1900) 75-89 y 280-293.

que merecen ser mantenidos en todo lo que resulta adecuado a la moderna constitución social y jurídica, para concluir su discurso, que compartimos en esta perspectiva³⁷⁷: «en un punto solo es nuestro criterio intransigente, y es en punto a mantener en el derecho regional la saludable influencia del espíritu cristiano», que se revela, entre otros ámbitos, «por la benéfica tutela o provechosa intervención de la Iglesia en algunas de nuestras instituciones civiles», como hemos podido comprobar en el testamento ante el párroco, lamentablemente hoy casi extinguido, como forma de expresar válidamente la última voluntad por parte del ciudadano, solo vigente en Navarra.

Podemos finalizar con las palabras del frisio Joachim Hoppers³⁷⁸, impresas en el siglo XVI, a tenor de las cuales:

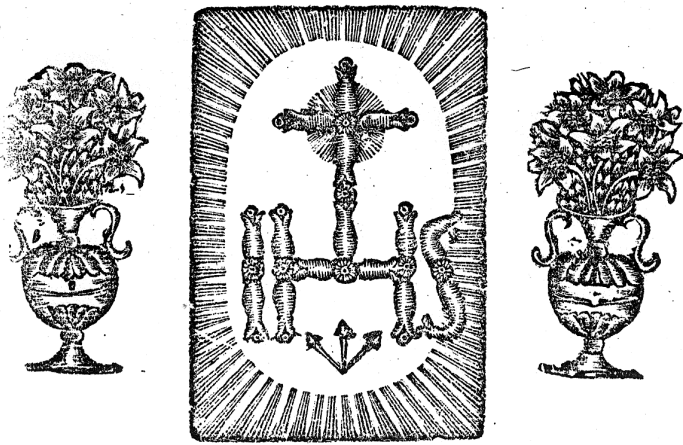
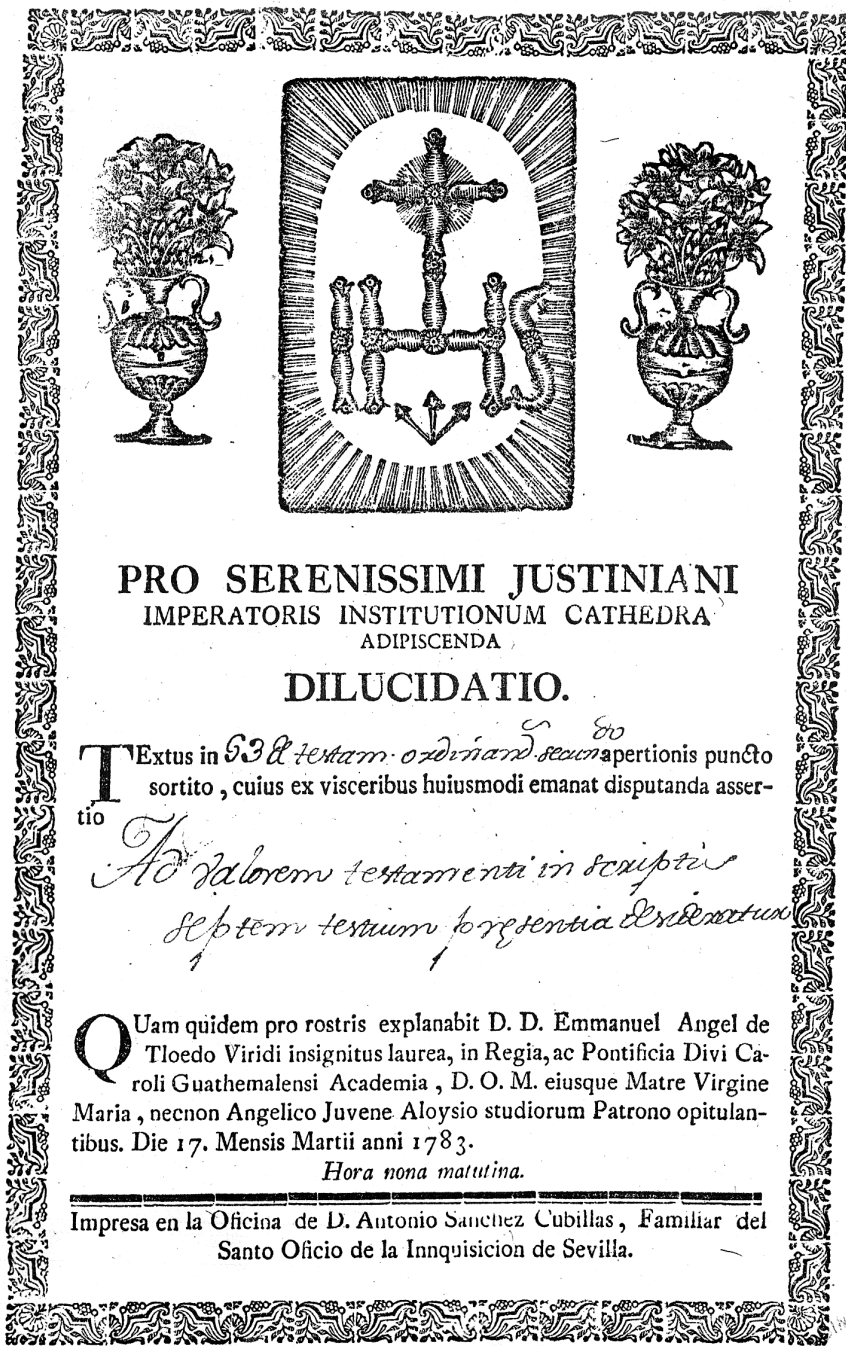
Ius est ars boni et aequi, cuius merito quis nos sacerdotes appellet. Ideo vocat artem, quia neque scientia tantum est, quae circa res divinas solum et aeternas versatur; neque contra peritia quaedam... neque denique prudentia solum, quae licet divina cum humanis coniungat, nuda tamen actione finitur... sed est facultas quaedam et ratio ex omnibus illis simul confecta: quippe quae supera cum inferis, divina cum humanis, publica cum privatis connectat... Aequi et boni tantum valet quantum pium, sanctum, iustum, rectum, honestum, pulchrum, aut si quod est aliud vocabulum, quo planius res possit significari... cum tria sint in tota rerum universitate quae dicuntur prima: natura, intelligentia, bonum, de natura per res diducta, tractant physici; de ratione et intelligentia, dialectici; de iusto ac bono, iureconsulti, quibus nihil plane aliud est propositum, quo modo virtus et iustitia Dei per omnia pertineat... Nec est vero distinguendum, utrum civilisne, an pontificalis, publici an privati iuris scientia, nunc a nobis definiatur: una enim est ac simplex Iuris ars. Ad quoscunque tandem rerum et disputationum tractus accommodetur... vera et perfecta iurisprudencia est, quae omnium divinarum et humanarum rerum, id est, actionum et negotiorum adversus Deum et homines (sic enim interpretamur res) cognitionem possidet.

Ille perfectus Iureconsultus, qui non iuris modo quid iustum, quid iniustum sit, dijudicat, quae popularia sunt, et manibus tractari ac teneri possunt, cuiusmodi sunt testamenta, contractus, tutelae, caeremoniae, officia, et si qua sunt alia externa: verum etiam qui in his quae ipsius mentis sunt et animi, quaeque intimam illam, et cum Deo proxime coniunctam hominis naturam respiciunt, quid aequum, quid iniquum sit...».

Justo García Sánchez
Beatriz García Fueyo

377 LOPE ORRIOLS, A., *El testamento ante el párroco...*, op. cit., 95... pp. 305-307. Exalta la figura del párroco, protector de los pueblos desamparados en el régimen municipal, y representativo de la acción tutelar de la Iglesia sobre sus feligreses, quien ejerce como consejero en sus dudas, alivio en sus dolencias, consuelo en sus tribulaciones, custodio de sus intereses, testigo abonado de sus convenios y ejecutor de sus postreras voluntades.

378 HOPPERUS, phrisius, Io., *De iuris arte, libri tres*, 2ª ed., Coloniae Agrippinae, apud I. Birchmannum et W. Richwinum, 1563, págs. 2-4: *De iuris definitione. Ait Ulpianus, l. 1 ff. De iust. et iure.*



**PRO SERENISSIMI JUSTINIANI
IMPERATORIS INSTITUTIONUM CATHEDRA
ADIPISCENDA
DILUCIDATIO.**

Textus in *63^a* testam. ordinand. *secund^o* apertionis puncto
sortito, cuius ex visceribus huiusmodi emanat disputanda asser-
tio

*Ad valorem testamenti in scriptis
septem testium presentia de iudicatur*

Quam quidem pro rostris explanabit D. D. Emmanuel Angel de
Tloedo Viridi insignitus laurea, in Regia, ac Pontificia Divi Ca-
roli Guathemalensi Academia, D. O. M. eiusque Matre Virgine
Maria, necnon Angelico Juvene Aloysio studiorum Patrono opitulante-
tibus. Die 17. Mensis Martii anni 1783.
Hora nona matutina.

Impresa en la Oficina de D. Antonio Sanchez Cubillas, Familiar del
Santo Oficio de la Inquisicion de Sevilla.

Fuente: Roma, Archivo General OP XIII 26147E fol. 2.