

# El número de testigos en los testamentos medievales

Sarah BAKKALI-HASSANI  
*Université Panthéon-Assas (París II)*

En el Derecho romano antiguo se reconocen dos maneras de proceder: el testamento y la sucesión *ab intestato*. El primer modo es la forma de sucesión normal, aunque el segundo solo permite remediar la ausencia de testamento. Roma no es el inventor del acto sino ninguna civilización antigua hace un uso tan grande. En el antiguo Derecho romano, el acto se caracteriza por una gran solemnidad<sup>1</sup>.

En Derecho romano, la palabra *testamentum* designa un procedimiento muy preciso. Modestino da la definición más famosa del procedimiento: es la manifestación de nuestra voluntad para el tiempo después de su muerte<sup>2</sup>. Se diferencia de la donación entre vivos con su forma y su substancia. No obstante, la instalación de las poblaciones germánicas en las tierras del imperio de Occidente afecta la práctica testamentaria. A partir del siglo VII, los testadores tienden a aumentar el número de testigos presentes para dar mayor fuerza al acto<sup>3</sup>. Por ejemplo, las últimas voluntades de Rodolphe, obispo de Bourges en 860, tienen cuarenta suscripciones<sup>4</sup>. Además, las donaciones, utilizadas para transmitir bienes, son actos irrevocables; así durante la Alta Edad Media, el testamento es reemplazado por esas donaciones. El Derecho romano conoce la *donatio reservato usufructo* por figurar, desde los emperadores Theodosianus y

---

<sup>1</sup> A. MAGDELAIN, «Les mots *Legare* et *heres* dans la loi des XII Tables», *Hommages à Robert Schilling*, Paris, 1983, pp. 159-173; B. BIONDI, *Corso di diritto romano. Successione testamentaria*, t. 1, Milano, 1936, p. 12. Gaius, *Inst.*, 2,101: «*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciendis debeant, quae comitia bis anno testamentis faciendis destinata erant, aut in proscintu, id est cum belli causa arma sumebant; proscintu enim est expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio facibeant, alterum in proelium exituri*» [J. REINACH (ed.), *Institutes*, Paris, 2003, p. 54].

<sup>2</sup> D. 28,1,1: «*Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*».

<sup>3</sup> U. NONN, «Merowingische Testamente: Studien zum Fortleben einer römischer Urkundenform im Frankenreich», *Archiv für Diplomatik*, t. 18, 1972, pp. 1-129.

<sup>4</sup> J. VAISSETE y C. DE VIC, *Histoire générale de Languedoc*, t. I, Paris, 1730, p. 274.

Horacius (417)<sup>5</sup>, en una constitución del Código teodosiano. El donator transfiere una parte de su patrimonio a su heredero. El beneficiario cede el usufructo. El donator puede, así mismo, pagarle una remuneración. De la misma manera, es posible añadir una cláusula al acto que le dota de un carácter irrevocable. Tal posibilidad, quizá, significa que la idea de un acto de disposición *mortis causa* desaparece. Sin embargo, la modificación del *testamentum* durante la Alta Edad Media no solo puede explicarse con la influencia germánica. El cristianismo cambia profundamente la esencia del acto. En origen, era una mera disposición privada que permite la transmisión de su patrimonio, pero se ha convertido en una medida casi religiosa, un «pasaporte para el mas allá».

El cristiano debe dar por su salvación. La limosna se entiende como una inversión para el futuro porque Dios se lo devuelva o en la tierra, o en el cielo<sup>6</sup>. No es una invención de la Alta Edad Media sino una recuperación de los padres de la Iglesia. Johannes Chrisostomos explica que las limosnas se derivan de numerosas recompensas. El desarrollo de la práctica testamentaria durante la Baja Edad Media está, sin duda alguna, vinculado al descubrimiento del *Corpus juris civilis*, y sobre todo del *Digestum*. Sin embargo, el redescubrimiento de los textos romanos no conduce a la instauración del testamento romano antiguo. En realidad, las ideas cristianas y la práctica germánica dejan una huella indeleble. El acto cambia de natura: no solo sirve a la elección del heredero sino a su salvación<sup>7</sup>. Esa inflexión se percibe en la doctrina, aunque no se puede explicar la nueva forma del acto solo con la historia. Tres elementos tienen que estar examinados: la influencia del Derecho clásico, el uso de la filosofía griega por los canonistas y la importancia del Derecho canónico.

## I. LA HERENCIA DEL DERECHO ROMANO

Placentinus (c. 1192) hace una historia del Derecho testamentario. Según él, antaño, hubo tres tipos de testamento: uno pacífico que se llama *calatis comitiis*, otro belicoso llamado *in proscinto*, y otro género llamado *per aes et libram*<sup>8</sup>. Explica que en el siglo XII, estas formas estaban anti-

<sup>5</sup> C. Th., 8,12,9: «*Legis a nobis paulo ante latae cetera quitem cautio neccesaria nobis admodum vista est, sublata vero in donationibus species traditionis, quan olim retentio usufructus indurexat, non sine magna ratione desiderata est, quum observationem iuris contrahere potius quam propagare debeamus. Ideoque ius pristinus renovamus, ut, quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando usufructum eius retinuerit, etiamsi stipulatus non fuerit, eam continuo tradisisse credatur, ned quid amplius requiratur, quo magis videatur facta traditio, sed omni modo idem sit in his causis usufructum retinere.*»

<sup>6</sup> PETRUS DAMIANUS, Epistola núm. 170: «*Et iterum scriptum est: Qui dat pauperi, Deo foenerat. Sustenta ergo pauperem, ut tanquam ipse creditor Deum tibi facuas debitorem. Neque enim te omnipotens Deus ad elemosinam provocat, tanquam desit sibi, unde pauperibus suis alimenta provideat. sed id circo potius illos inopes exhibet, ut tibi redimendi te materiam subministret. Scriptum quippe est: Divitiae hominis redemptio ejus*» (Epistolae, t. 4, p. 253).

<sup>7</sup> N. RAPUN GIMENO, *Intestatio e inconfessio*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2007, pp. 42-43.

<sup>8</sup> PLACENTINUS, *Summa super*, C. 6,23: «*Fuerunt olim tria genera testamentorum: unum pacificum, quod calatis comitiis dicebatur, secundum bellicum quod procintum vocabatur, haec duo*

cuadas, pero el Derecho antiguo era todavía una referencia, y para ser más concreto da el ejemplo del número de testigos<sup>9</sup>. En efecto, el descubrimiento de las compilaciones justinianas permite la utilización masiva del testamento en la Europa medieval.

La *Summa Vindocinensis*<sup>10</sup> recuerda que la única voluntad del testador no es suficiente para hacer un testamento válido: se necesita, formas legales, es decir, las formas del Derecho romano. Pero los emperadores romanos no estaban de acuerdo, Gordianus no aceptaba la *bonorum possessio secundum tabulas* si no había siete testigos durante la redacción del acto, mientras que Justinianus admitía la prueba del acto con dos testigos. ¿Cómo conciliar estas opiniones contradictorias? El autor de la *summa* utiliza Alexander el III y sus cartas para responder a ese problema<sup>11</sup>. Pero en la misma época, el autor de la *Summa Bruxellensis* examina también el problema de la prueba de los testamentos porque algunos dicen que se puede probar un testamento nuncupativo con dos o tres hombres presentes durante la confección del acto. No está de acuerdo, y nadie puede persuadirlo de que tal prueba es mejor que siete testigos<sup>12</sup>.

Azo se inscribe en la continuidad de Placentinus, empezando con los orígenes del acto *mortis causa* en el Derecho romano, pero su conclusión no es diferente. Para él, solo existen dos formas de actos: escrito o nuncupativo, es decir oral<sup>13</sup>. El testamento nuncupativo debe probar-

---

*prorsus etiam pridemabierunt. Accessit postea aliud genus, quod dicebatur per aes et libram, quia fiebat per imaginariam venditionem, quinque testibus, et libripende, civibus romanis praesentibus, eo quoque praesente, qui emptor rat, factum diutius permansit, at vero et partim hoc in usu esse desiit» (Summa Codicis, Moguntiae, 1536, reimp. anast. Torino, 1962, p. 262).*

<sup>9</sup> PLACENTINUS, *Summa super*, C. 6,23: «Porro, sicut olim erant tria genera, sic hodie jus testandi per scripturam tripertitum est quodammodo. Quippe exigitur septem testium praesentia, quod jus civili vetustissimum quodammodo exigebat, in eo genere testandi quod fiebat per aes et libram» (*Summa Codicis*, Moguntiae, 1536, reimp. anast. Torino, 1962, p. 262).

<sup>10</sup> A. GOURON, «Sur la paternité de la *Summa Vindocinensis* (Ms. Vendôme 223)», *André Gouron, Pionniers du droit occidental au Moyen Âge*, Ashgate, Variorum, 2006, pp. 703-720.

<sup>11</sup> *Summa Vindocinensis super*, Inst. 2,10: «Verumtamen licet aliquis declaret voluntatem suam super aliquo negotio licet id sit testatio mentis non tamen est testamentum. Non enim quilibet testatio sufficit ut si testamentum, sed exigitur ut sit solemnitate vallata [...] Item ait Gordianus: bonorum quidem possessionem ex edicto pretoris non nisi secundum tabulas que VII testium signis signate sunt peti posse, in dubium non venit. Sed contrarium dicit Justinianus alias, quod scilicet lex ne quid falsitatis incurrat, per duos testes semper possit probari testamentum, si de oriatur questio. Sed que ad remedium introducitur, unde Alexander: publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu qui probatur interdicat, nichilominus valet. Preterea nunquid VII testes in testamentis exiguntur si numquam eos producere opus esset? Judicatque frivolum quod, in eo quod Gordianus dicit, dicant constabat de voluntate, sed dubitatur de solemnitate. Idque quod Justinianus dicit, sic legit: lex enim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes etc subaudias quod fieri non debet» (Vendôme, *Bibl. mun.*, ms. 223, fol. 38rv).

<sup>12</sup> *Summa super*, Inst. 2,10: «Constat quod nec creditur instrumento alioquin non esset eadem vis instrumentum et duorum testium sed major, quod non est nisi in casibus, ut C., Si minor se majorem dixerit, lege penultima [C. 2,43,3]. Nemo igitur mihi persuadeat quod magis credatur instrumento cujusdam tabellionis quam testibus VII probate opinionis» (Bruxelles, *Bibl. roy.*, ms. 131-134, fol. 49vb).

<sup>13</sup> Azo, *Summa super*, C. 6,23: «Hodie vero hec eni sufficiens divisio testamentorum quia aliud enim nuncupativum. Aliud enim in scriptis conditum. Et enim nuncupativum quod consistit in

se con testigos pero hay una controversia doctrinal sobre el número. Algunos intentan encontrar un término medio: dicen que un notario equivale a tres testigos. Entonces, para ellos un notario y dos testigos corresponden en realidad a cinco personas, es decir, el número para hacer un codicilo. Azo no parece convencido. Hostiensis es más directo por notar que solo una mente sencilla puede pensar que un notario o un presbítero equivalen a cinco personas<sup>14</sup>. Tal razonamiento es demasiado artificial.

En la magna glosa, Accursus da una opinión divergente: para él, seis testigos pueden ser suficiente con la presencia de un tabelión, mientras que otros dicen que cinco o dos bastan. Pero Bulgarus, uno de los cuatro doctores de Bolonia, no está de acuerdo con tales dichos<sup>15</sup>. Aquí, Accursus prefiere esconderse detrás un gran jurista. Hugolinus (c. 1233) afirma que el número normal de testigo debe ser siete, mientras que dos o tres representan un favor especial<sup>16</sup>. En la misma época, Vincentius Hispanus explica lo mismo, para él es una *favor pietatis*<sup>17</sup>. El respeto del Derecho romano no aparece en la obra de Bartolomeo da Saliceto (1411). Entonces, para él, siete testigos están requeridos por los paganos, es decir, los romanos, de los cristianos no dice nada<sup>18</sup>.

Los primeros *ordines judiciorum* se ven influenciados por la práctica jurídica. A finales del siglo XII, un autor afirma que el número de testigos depende de la ambigüedad del acto: si no cabe duda de la voluntad del difunto, dos hombres bastan; al contrario, cuando existan dudas sobre la veracidad del acto, son necesarios siete testigos<sup>19</sup>. Según Tancredus

---

*nuncupatione testatoris non in solennitate scripture, VII tamen testes necessarii sunt et haeredis nuncupatio, ut, Inst. eodem, §. ultimo [Inst. 2,10,14] et eodem, lege Hac consultissima, §. Per nuncupationem [C. 6,23,21]» (Summa super Codicem, Augustae Taurinorum, 1966, p. 226).*

<sup>14</sup> HOSTIENSIS, *Com. ad, X. 3,26,10*, núm. 6, V<sup>is</sup> *Coram presbytero suo: «Ex hoc verbo et sequentibus notant simplices quod testimonium presbyteri quinque testibus aequipolet. In testamento, enim, requirunt VII testes, ut notatur supra, sed hic dicit quod sufficiunt duo cum presbytero, ergo dicunt ipsi patet presbyter repraesentat quinque» (In Tertium Librum Commentaria, ed. cit., fol. 75 vb.*

<sup>15</sup> ACCURSIUS, *Glossa super, C. 6,22,8*, V<sup>is</sup> *Sed quia: «Octavum ergo tabularius computatur in numero VIII testium, qui hic exiguntur, sic in Auth. De fide instrumentorum, §. Oportet, col. VIII, ut ff., eodem, lege Domitium [D. 28,1,27] idem in aliis testamentis ut loco unius computetur et sic sufficiant VI testes et tabellio, idem ubi, exiguntur quinque vel duo, sed Bul[garus] contra quia non probatur per talem scripturam, licet probetur per testes, inter quos it tabellio et sic erit casu speciale».*

<sup>16</sup> UGOLINUS, *Glossa super, D. 33,5,1*, V<sup>o</sup> *Servorum: «Nec mirum, quia et alias pluralis locutio duorum tantum numero contenta est, ut supra De testibus; lege Ubi [D. 22,5,12] que huic signatur contra. Sed hic trium numero est contenta et est speciale favore ultime voluntatis» (Angers, Bibl. mun., ms. 336, fol. 104vs).*

<sup>17</sup> VINCENTIUS HISPANUS, *Com. ad, X. 3,26,10: «In his favore pietatis minus sollempnis voluntas sufficit» (Paris, Bibl. nat., ms. lat. 3967, fol. 135 ra; Madrid, Bibl. nac., ms. 30, fol. 185 ra).*

<sup>18</sup> BARTHOLOMAEUS DE SALICETO, *Com. ad, C. 6,23,21: «Nota quod in quolibet testamento pagani requiruntur septem testes et tabellio. Ibi primum ad se provocatos» (Lectura super libris Codicis, Lugduni, 1496).*

<sup>19</sup> *Incertus Autor, 1,13, De numero testium: «In aliquibus vero determinatur numerus, ut in testamentis. Si enim ibi dubitatur de suprema voluntate testantis, oportet, quod ibi septem producantur testes. Si vero dubitetur, utrum sollempniter factum sit testamentum, ad hoc ostendum duo sufficiunt testes» (Ordo judicarius, ed. C. GROSS, Innsbruck, 1870).*

(c. 1216), siete es el número normal de testigos para hacer un testamento válido. No obstante, el jurista medieval admite tres excepciones. Primero cuando algo es legado a una iglesia, solo dos testigos bastan. Segundo, un testamento menos solemne debe ser ejecutado si está en favor de los hijos del testador. En tercer lugar, un *testamentum* escrito en un lugar solitario, necesita la presencia de cinco personas<sup>20</sup>. Este texto circula ampliamente, y Martinus de Fano en su *Formularium* ya considera que siete testigos deben ser *rogati*<sup>21</sup>. Es lo mismo para Rainerius Perusinus, en su *ars notarie*, el jurista explica que un testamento escrito debe cumplir cinco condiciones: debe ser escrito por alguien que sabe escribir pero que no es notario, esta persona debe escribir el nombre del heredero, el testigo debe suscribir al acto, hay que tener siete testigos, y los testigos deben tener un sello<sup>22</sup>.

## II. LA INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA GRIEGA

Bartolus de Saxoferrato (1356) utiliza la *oposición* entre el *jus naturale* y el *jus civilis* ya que en el Derecho testamentario, las formas pertenecen al Derecho civil<sup>23</sup>. El jurista nota que las últimas voluntades del soldado son válidas mientras que no respetan las solemnidades romanas. Así, las formas no pertenecen a la substancia del acto<sup>24</sup>. El origen de esta idea es la equidad natural. Para los testamentos, parece justo que la voluntad del

<sup>20</sup> TANCREDO, 3,7, *Quot testes in causa sufficient: «Item in testamentis ordinandis septem testes sunt necessarii, nec alias valet, ut C., De testamentis, lege Hac consultissima, nisi tribus casibus. Primus est in relictis ecclesiae, quoniam ibi sufficiunt duo testes, ut X, De testamentis, capitulo Cum esses, capitulo Relatum. Secundus est, quoniam valet testamentum minus solemne cum duobus vel tribus testibus inter filios, vel nepotes ut C., De testamentis, lege Hac consultissima, §. Ex imperfecto; C., De fideicommissis, lege ultima; C., De familiae erciscundae, lege ultima. Tertius est quia in municipiis et in villis, ubi raritas est hominum, valet testamentum in praesentia quinque testium ordinatum»* (Libri de judiciorum ordine, ed. F. C. BERGMANN, Göttingen, 1842, reimp. Aalen, 1965, p. 229).

<sup>21</sup> MARTINUS DE FANO, 194, *De testamento nuncupativo: «Et ego G testator omnia predicta rogavi. Nos A, B, C, D, E, F, G rogavi testes interfuimus»* [Das Formularium des Martinus de Fano, ed. L. WAHRMUND, Innsbruck, 1907 (Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter, t. 1,8) p. 92].

<sup>22</sup> RAINERIUS PERUSINUS, 305; *De voluntatibus ultimis, tertia pars hujus operis: «In testamento itaque in scriptis specialiter ista quinque debent per ordinem observari. Primum, ut scribatur a quocunque scribere sciente, qui non sit tabellio. Nam tabellio falsi et in carta et qualibet alia materia scribi, etiam in clippea, et atramento et etiam de sanguine rutilante; sine qua scriptura factum non valet, unde dicitur in scriptis, ut dictum est. Secundum, quod ipse idem testator vel aliquis testium scribat ibi nomen heredis. Tertium, quod quilibet testium in eo se suscribat. Quartum, quod testes ibi adhibeantur septem. Quintum, quod quilibet testium appendat sigillum suum cum anulo characteres habente signatum»* [Die ars notariae des Rainerus Perusinus, L. WAHRMUND, Innsbruck, 1917, reimp. Aalen, 1962 (Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter, t. 3,2)].

<sup>23</sup> BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Com. ad, C. 1,18,10, núm. 9: «Is naturaliter tenetur, qui de jure gentium tenetur [...] Sed ego reperio quod remota a testamento omni solemnitate civili remanet debitum de jure gentium, si potest probari relictum per duos testes, ergo naturaliter debetur»* (In primama Codicis partem commentaria, Lugduni, 1555, fol. 39r).

<sup>24</sup> BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Com. ad, D. 29,1,1: «Faciunt igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris»*.

testador sea aplicada aunque si no respetara todas las formas del Derecho sucesorio.

Bartolus, que conoce perfectamente las objeciones de los juristas, utiliza una distinción entre la prueba y la validez del acto. Ese argumento es antiguo: Jacobo Bottrigari (1347) explica que las formas en el testamento no son la sustancia sino que pertenecen a la prueba<sup>25</sup>. Bartolus admite que, en un testamento, hay que interrogarse sobre el valor de la forma. Lo único que importa es la forma substancial<sup>26</sup>.

Vemos la influencia de la filosofía griega y de Aristóteles que hace considerar que las formalidades no son naturales sino fortuitas<sup>27</sup>. Baldus de Ubaldis no acepta la idea bartoliana. Utiliza el método escolástico. Los argumentos a favor de la tesis *naturalis* se encuentran en la glosa de la ley *Cum quis*: una obligación natural puede venir de un testamento sin formas. Nota que la aproximación de los testamentos y de los pactos nudos es imposible porque, al contrario de los contratos, hay un único tipo de testamento<sup>28</sup>. Eso significa que las formalidades testamentarias pertenecen a la esencia del acto. La lectura de Bartolus no se puede aplicar. Utilizando Aristoteles et Boetius, Baldus explica que esencia y definición son la misma cosa; después, da la definición romana donde las formalidades están al centro<sup>29</sup>.

Los canonistas prefieren la noción de equidad y de Derecho natural. Hostiensis opone las leyes romanas a ley divina o canónica<sup>30</sup>. Antonius de

<sup>25</sup> JACOBUS BOTTRIGARIUS, *Com. ad, C. 1,18,10*: «*Praeterea, ubi deficit forma rei deficit ejus esse adeo ut nullum vinculum adest [...]. Non obstat quin dicunt quod ubi deficit forma etc., quia verum quando deficit forma immediata et substantialis, quae hic non deficit nam de substantia legati est quod sit res quae legetur et certa persona cui et a quo solemnitas. Vero non est forma voluntatis defuncti sed scripturae in qua continetur voluntas, et est accidentalis forma, quod patet sic. Quid si contrahimus et instrumentum est minus solemnne nunquid viciabitur contractus certe non, quia scriptura non est de substantia contractus, sed sit ad probationem, sed et scriptura testamenti*» (*Lectura super Codice*, Parisiis, 1516, reimp. anast. Bononiae, 1973, fol. 35r).

<sup>26</sup> BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Com. ad, C. 1,18,10*, núm. 11: «*Debetis scire quod in ultimis voluntatibus quaedam est forma substantialis, et ista est voluntas defuncti, et ista adest in quaestione proposita, et de illa loquitur ratio facta in contrarium, quando cessat; sed hic non cessat. Quaedam est forma probationis, ut quod sint ibi septem testes et similia. Ista forma licet cesset, non cessat obligatio naturalis sed cessat probatio*» (*In primam Codicis partem commentaria*, ed. cit., fol. 39r).

<sup>27</sup> W. DECOK, *Theologians and Contract Law. The moral Transformation of the Jus Commune (ca. 1500-1650)*, Leinden-Boston, M. Nijhoff, 2012.

<sup>28</sup> BALDUS DE UBALDIS, *Com. ad, C. 1,18,10*, núm. 4: «*Non obstat argumentum de pacto nudo, quia ibi sunt duae species contrahendi: solemniter et insollemniter; sed in ultima voluntate non est nisi una species, scilicet sollemniter*» (*Commentaria in Codicis librum*, Lugduni, 1585, fol. 80v).

<sup>29</sup> BALDUS, *Com. ad, C. 1,18,10*, núm. 5: «*Quinto sic probatur: in testamento non sollemni deficit forma substantialis, ut probabo: ergo non oritur obligatio. Probo majorem: illa est forma substantialis per quam datur definitio. Unde dicit Aristoteles et Boetius quod definitio claudit essentiam, descriptio demonstrationes. Sed in diffinitione testamenti ponitur solemnitas, ut ff., De testamento, lege I. Ergo solemnitas est de substantia*» (*Commentaria in Codicis librum*, ed. cit., fol. 80v).

<sup>30</sup> HOSTIENSIS, *Com. ad, X. 3,26,10*, núm. 3, V° *Lege*: «*Lege: scilicet Mosayca, Deut. XIX et evangelica Math. XVIII post medium, ibi ut in ore duorum vel trium stet omne verbum atque canonica*» (*In Tertium Librum Commentaria*, Venetiis, 1581, reimp. anast. Torino, 1965, fol. 75 va).

Butrio prefiere oponer el rigor del Derecho civil y la equidad. En realidad, opone la benevolencia canónica y las *leges*. Para él, el testamento es un acto *pro remedio animae* y la Iglesia debe ser competente, aunque está en tierra laica<sup>31</sup>. Panormitanus explica cómo se aplica concretamente la equidad. Las formalidades sirven para evitar los fraudes testamentarios. Si se demuestra la ausencia de fraude, entonces el Derecho positivo no es útil, y el juez debe usar de la *aequitas*<sup>32</sup>. Después, la referencia a la equidad es reemplazada por una presunción de voluntad: el testador que llega algo para su alma, o a sus hijos no puede querer otra cosa. Por eso, su voluntad debe ser ejecutada aunque el testamento no respetara las formas legales<sup>33</sup>.

### III. LA INFLUENCIA DEL DERECHO CANÓNICO

En dos cartas, el papa Alejandro III (1159-1181) fulmina contra los juristas que luchan contra los testamentos, utilizando el pretexto del número de testigos. La primera carta está dirigida a Ubaldus, el obispo de Ostia en 1171: rechaza la costumbre de la diócesis que impone cinco o siete testigos<sup>34</sup>. Los jueces de Velletria son los destinatarios de la segunda carta<sup>35</sup>. Los cristianos suelen demorar el tiempo de escribir sus últimas voluntades hasta el fin de su vida y, por eso, es alguna vez muy difícil encontrar a bastantes personas. Los presbíteros fomentan sus feligreses a la redacción del acto. Pero no es suficiente y los actos son anulados por no respetar las formas del Derecho romano. Así, el pontífice afirma que solo dos o tres testigos son necesarios para hacer un testamento válido. Dos o tres corresponde a algunos partes de la Biblia. Opone el Derecho humano al Derecho divino.

En la doctrina canónica, la interrogación a propósito del número de testigos empieza en los comentarios del *Decretum Gratiani*. Simon de Bisignano explica que la ley evangélica debe ser entendida de manera negativa: hay que tener al mínimo dos testigos. Significa que para algunos

<sup>31</sup> ANTONIUS DE BUTRIO, *Com. ad*, X. 3,26,10, núm. 1: «*Nota quod de aequitate canonica valere videtur testamentum factum presbytero et duobus testibus. Secundo nota quod suadente naturali aequitate, ut valeat testamentum et dispositio, illud testamentum habet executionem secundum aequitatem canonicam in foro canonico*» (*In librum Tertium Decretalium Commentarii*, Venetiis, 1578, reimp. anast. Torino, 1967, fol. 100 va).

<sup>32</sup> PANORMITANUS, *Com. ad*, X. 3,49,8, núm. 43: «*Ratio quae me movet est quod solemnitates juris civilis fuerunt inductae ad falsitates evitandas et de rigore, si ergo constat in foro animae quod nulla falsitatis intervenit, debet cessare dispositio juris positivi, et servari aequitas et obligatio naturalis quae oritur ex dispositione defuncti*» (*Commentaria super Decretalibus*, t. 6, Venetiis, 1617, fol. 234v).

<sup>33</sup> ALEXANDER DE NEVO, *consilium* núm. 14: «*Videtur velle, quod testamentum imperfectum valeat inter liberos, et quo ad pias causas, et ratio est quia non est verisimile quod si testator complevisset testamentum revocasset legatum vel relictum ad pias causas*» (*Consilia*, Venetiis, 1560, fol. 18 va).

<sup>34</sup> X. 3,26,10; JL 12129.; W. HOLTZMANN, *Die Register Papst Alexanders III. In den Händen der Kanonisten*, 1940, p. 34.

<sup>35</sup> X. 3,26,10; JL 11480; W. HOLTZMANN, *cit.*, p. 37.

casos, como los testamentos, ese número puede ser más importante<sup>36</sup>. El autor de la *Summa Induent sancti* prefiere distinguir los testigos necesarios *ad validitatem*, siete según el Derecho civil, y los testigos que prueban el testamento cuando pone pleito, dos o tres según el Derecho divino<sup>37</sup>. Eso permite conciliar por una parte el Derecho romano, y por otra la legislación pontifical. La suma inglesa *Prima primi* sugiere lo mismo, afirmando que dos testigos están requeridos para todos los procesos incluso las sentencias testamentarias<sup>38</sup>.

El aparato *Ecce vicit leo* es también de ruptura con los autores anteriores por considerar que el Derecho romano está abrogado por las cartas de Alejandro III<sup>39</sup>. Esa interpretación suscita un gran debate<sup>40</sup>. Alanus Anglicus muestra que la legislación canónica favorece la piedad del testador y se pregunta si Alejandro III tiene ese poder. Para él, lo tiene al menos en la materia testamentaria<sup>41</sup>. Pero Johannes Teutonicus, autor de la glosa ordinaria del *Decretum*, lleva este razonamiento hasta decir que Alejandro III quiso derogar de manera general el Derecho romano<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> SIMONUS BISINIANENSIS, *Summa super*, C. 2, q. 4, c. 2: «*Solutio: auctoritas evangelii per negationem est intelligenda, idest non minus quam duorum vel trium testium potest quis testimonio condemnari, quia licet quedam sint cause que plus quam duos exigant testes, ut Inst. lib. I, De testamentis ordinandis [Inst. 2,10], nulla tamen est que unius tantum quantumcunque legitimo testimonio rationabiliter terminetur ut in Extra, capitulo Licet universalis [X. 2,20,23]*» (ed. P. V. AIMONE BRAIDA, *Summa in Decretum*, Città del Vaticano, 2014, p. 130); DAMASUS, *Summa de ordine judiciorum*, 61: «*Debent ad minus duo esse testes, 2 q. 4 §. 1 [C. 2, q. 4, c. 1], nisi in quibusdam easibus plures requiruntur. Quando scilicet cardinales Romanae accusantur, ut 2. q. 4 praesul. 2 [C. 2, q. 4, c. 2] et nullam 3: et un testamentis, 6,22, Hac consultissima [C. 6,23,21]*» (ed. A. WUNDERLICH, *Anecdota quae processum civilem spectant*, Gottingae, 1841, p. 99).

<sup>37</sup> *Summa Induent sancti*, C. 2, q. 4: «*Inveniuntur autem specialia in legibus vel quasi, ubi numerus testium major additur, ut in testamento VII in eo die. In judiciis autem nullum omnino speciale reperio in quo per duos probare non possit, ut si queratur utrum testamentum VII testes habuit, poterit probare per duos, et ita in similibus*» (Douai, *Bibl. mun.*, ms. 649, fol. 110vb).

<sup>38</sup> *Summa Prima primi*, C. 2, q. 4: «*Regulariter ergo in omni iudicio duorum testimonium sufficit: quod hodie optinet etiam in testamentis in capitulo Cum esse*» [X. 3,26,10] (London, *British Library*, ms. Royal 11, D. II, fol. 325ra).

<sup>39</sup> *Apparatus Ecce vicit leo*, C. 2, q. 4: «*Alius casu est secundum leges in testamentis in quibus VII testes exiguntur, ut C. De testamentis, lege Hac consultissima [C. 6,23,21], V autem in codicillis, ut C., De codicillis [C. 6,36]. Sed hoc est abrogatum, ut Extra, De testamentis, capitulo Relatum [X. 3,26,11]*»; ALANUS ANGLICUS, *Apparatus ad Comp. I<sup>a</sup>*, 3,22,9: «*Sed quia generaliter loquitur his papa, quod hic dicitur intelligo generaliter et puto per hoc capitulum omnibus legibus derogatum quae dicunt minus sollempnem voluntatem testatoris non valere*» (Bamberg, *Staatsbibliothek*, ms. can. 19, fol. 37 rb; Paris, *Bibl. nat.*, ms. lat. 15399, fol. 31 vb; Paris, *Bibl. nat.*, ms. lat. 15398, fol. 38 rb).

<sup>40</sup> BARTHOLOMAEUS BRIXIENSIS, *Glossa super*, C. 2, q. 4, V<sup>is</sup> Vel trium: «*Quod dicit Joan[nes] de testamentis, non credo verum; unde dico cum T[ancredo] decretales illas Cum esses et Relatum [X. 3,26,10 et 11], in quolibet testamento loqui*» (ed. cit., col. 842).

<sup>41</sup> BARTHOLOMAEUS BRIXIENSIS, *Apparatus ad Comp. I<sup>a</sup>*, 3,22,9: «*Sed nunquid papa potest sic leges abrogare? Respondeo: potest loquentes de hac materia, etsi non omnes, secundum opinionem quod dicit quod non habet imperator gladium a papa, quam non approbo, alias ideo scilicet quia mortui ad ecclesie dispositionem pertinent et ideo per consequens voluntas morientis, licet ad iudicem secularem ante tempus gratie pertineret*» (Paris, *Bibl. nat.*, ms. lat. 3932, fol. 32 vb).

<sup>42</sup> JOHANNES TEUTONICUS, *Glossa super*, C. 2, q. 4, V<sup>is</sup> vel trium: «*Vel ideo dicit trium, quia quandoque secundum canones plures quam duo requiruntur, sed nunquam pauciores, ut extra, De testibus, capitulo Licet. Unde in testamentis bene requiruntur VII, C., Qui testamenta facere possunt, lege Hac consultissima [C. 6,23,21], nisi in iis, quae ecclesiae relinquuntur, ut extra, De testamentis, capitulo Cum esses et Relatum [X. 3,26,10 et 11]*» (ed. cit., col. 842).



Guilelmus de Naso, profesor en Bononia en 1227, afirma que la carta solo se aplica a los hombres in artículo *mortis* quienes no pueden reunir bastantes testigos<sup>43</sup>. No es plenamente satisfactorio pero los canonistas intentan también.

Los decretalistas ofrecen una explicación de las cartas del pontífice. Bernardus Papiensis, autor de la primera *Summa decretalium*, escribe que corrientemente un testamento necesita a siete testigos, un codicilo a cinco, como el testamento rústico o militar, mientras que ante el emperador un único testigo basta. Pero, si el testador lega algo a la Iglesia, en tal caso dos o tres testigos están suficientes<sup>44</sup>. Berangerius Fredolus extiende este favor a todos los legados píos. Es una expresión antigua: en Derecho romano designa las fundaciones religiosas<sup>45</sup>. Esta restricción de la legislación es adoptada por los civilistas porque ofrece un medio de conciliación<sup>46</sup>. Además, Bartolus de Saxoferrato define los legados píos. Lo que importa es el *animus donandi* del testador<sup>47</sup>.

No obstante, otros doctores prefieren al contenido del acto, el criterio de la jurisdicción competente. Cuando el foro secular conoce el asunto, hay que referirse a las *leges*. Cuando es el oficial, las reglas del pontífice deben ser seguidas. Es posible que Henricus Merseburgensis<sup>48</sup> sea el autor de esa opinión. En su suma, nota que el foro eclesiástico es competente para dos casos: cuando muchos bienes están ofrecidos a la Iglesia o cuando el presbítero es uno de los testigos al testamento<sup>49</sup>. La idea de Henricus no es retenida por sus contemporáneos, quienes prefieren el cri-

<sup>43</sup> GUILIELMUS NASO, *Lectura ad*, X. 3,26,10: «*Sed nunquid sufficeret sacerdos cum uno teste et ita essent duo testes? Dicas quod non, et est casu specialis in quo non sufficiunt duo testes, cum ita voluit hic papa, secundum quod alibi non sufficiunt duo testes, II q. III, Presul [C. 2, q. 4, c. 2] et capitulo Nullam [C. 2, q. 4, c. 3]. G[offredus] dicit hanc decretalem loqui in testamento quod sit in morte, nisi propter necessitatem et raritatem hominum, que in pluribus locis sepe occurrit habet locum hec decretalem. Et est magna equitas et concordat lex isti intellectui, C., De testamentis, lege ultima [C. 6,23,31]. Leges vero loquuntur de testamentis que fiunt in sanitate*» (Wien, ÖNB, ms. 2083, fol. 65 vb).

<sup>44</sup> BERNARDUS PAPIENSIS, *Com. ad*, X. 3,26: «*Hodie vero in his, quae ecclesiis relinquuntur duo testes sufficiunt, ut infra, eodem capitulo Cum esses et Relatum [X. 3,26,10 et 11] [...] Aequitas vero sacrorum canonum duos sufficere arbitratur, dicente Domino: in ore duorum vel trium etc, ut infra eodem, capitulo Cum et Relatum [X. 3,26,10 et 11]*» (*Summa Decretalium*, ed. LASPEYRES, Ratisbonae, 1860, p. 97).

<sup>45</sup> BERANGERIUS FREDOLUS, *Com. ad*, X. 3,26: «*Item secundum canones in hiis que relinquuntur ad pias causas vel ecclesiis sufficiunt duo vel tres testes*» (*Summa super titulis Decretalium*, Paris, Bibl. Mazarine, ms. 195, fol. 233 vb).

<sup>46</sup> JACOBUS DE RAVANNIS, *Com. ad*, C. 6,23,21: «*Et sic possent intelligi jura canonica quod valet testamentum coram duobus testibus verum est relinquitur liberis vel piis locis*» (*Lectura super Codice*, fol. 276 vb).

<sup>47</sup> BARTOLUS, *Com. ad*, D. 31,[1],61: «*Si vero erant creditores ex causa lucrativa quod animo donandi fuit eis promissum vel legatum ut in casu hujus lege tunc alteri alter non debet communicare*» (*Super Secunda Infortiata Commentaria*, ed. cit., fol. 35 va).

<sup>48</sup> B. KURTSCHIED, «Henricus von Merseburg, ein Kanonist des XIII. Jahrhunderts», *Franziskanische Studien*, t. 1, 1914, pp. 269-290; Id., «De studio juris canonici in Ordine Fratrum Minorum saeculo XIII», *Antonianum*, t. 2, 1927, pp. 157-202.

<sup>49</sup> HENRICUS MERSEBURGENSIS, *Summa super V libros Decretalium*, X. 3,26: «*In foro autem ecclesiastico vel iudice ecclesiastico duo vel tres sufficiunt testiis, que relinquuntur maximo ecclesiis in testamento, que parochiani coram presbitero suo faciunt in exprimis adhibitis duobus vel tribus testibus*» (Frankfurt am Main, *Universitaatsbibliothek*, ms. praed. 127, fol. 61 vb).

terio clásico de los legados píos<sup>50</sup>. Sin embargo, los civilistas explican así los vínculos entre los dos Derechos. Por ejemplo, Angelus de Perusio es consultado acerca de un testamento en la ciudad de Perugia<sup>51</sup>. De buenas a primeras, rechaza la aplicación del Derecho canónico por estar en una tierra del imperio. El Derecho civil no está en vigor porque los estatutos locales disponen que cinco testigos sean suficientes.

Al fin del siglo xv, Jacobus Bellamera afirma que las leyes romanas son aprobadas tácitamente por los cánones y que el silencio del Derecho canónico está en favor del Derecho romano<sup>52</sup>. Los decretalistas están de acuerdo, pero las leyes que no se oponen al Derecho canónico deben ser consideradas como confirmadas por el pontífice, aunque pertenecería a un ámbito eclesiástico. Aun así, el valor normativo de esas leyes viene de esa confirmación<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> PANORMITANUS, *Com. ad, X. 3,26,11*, núm. 6: «*Nota quod causa ecclestica etiam quatenus coram iudice seculari tractatur debet terminari secundum canones. Sed dicere posses quod hic eramus in terris ecclesiae, quo casu bene iudicandum est secundum canones etiam in foro seculari*» (*In librum Tertium Decretalium Commentarii*, ed. cit., fol. 101 ra).

<sup>51</sup> ANGELUS DE PERUSIO, *consilium* núm. 27: «*Si testamentum praedictum esset factum in terris ecclesiae, in quibus ecclesia jurisdictionem temporalem haberet, valeret, cum ibi parochialis sacerdos, et alii testes plures, De testamentis, capitulo Cum esses et capitulo Relatum [X. 3,26,10 et 11]. At civitas Pistorii est imperialis, unde canonica constitutio non opitulatur ad talis testamenti sustentationem. Videndum igitur est quid juris de jure civili? Et super hoc dico quod cum in civitate Pistorii vigeat peritia litterarum, licet non quanta Bononia, quod coram numero quinque testium non potest condi testamentum in scriptis, nec nuncupativum, et maxime, quia nec in Pistorio, aut ejus villis, vel acstris viget consuetudo quod possit fieri testamentum coram quinque testibus*» (*Responsa, quae vulgo consilia vocantur ad causas ultimatum voluntatum*, t. I, Venetiis, 1581, fol. 23 va).

<sup>52</sup> JACOBUS BELLEMERA, *Com. ad, X. 1,2,2*: «*Leges sunt tacite per canones approbatae et ita perinde ac si per Papam essent: quia ea satis facimus quibus auctoritatem impertimur*» (*Praelectiones in Decretalium libros*, Lugduni, 1548, fol. 26 rb).

<sup>53</sup> HENRICUS BOICH, *Com. ad, X. 5,32,1*, núm. 5: «*Dicens quod omnes leges quae canonibus non obviant, intelliguntur esse confirmatae a Papa, et corroboratae, unde leges latae super rebus, vel personis ecclesiasticis valent et habent vigorem in casibus ecclesiasticis, non quia sunt latae a principe, sed quia sunt a Papa confirmate*» (*In Quinque Decretalium libros commentaria*, Venetiis, 1576, fol. 305 rb).