

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez
Juan Carlos Ghirardi
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Gabriela Marta Alonsoperez
Carlos María Antuña Suárez
Juan Bautista Bardi
Cecilia Benetti
Gonzalo Bernal
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli
Leticia Núñez
Carlos Andrés Domínguez
Scheid
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Gastón L. Medina
Germán Giarrocco
Joao Alfredo Jiménez Salas
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel
Arturo Magno Quispe Quiroz
Emma M. Rodríguez Díaz
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Luis Diego Vargas
Bibiana Llaryora
Paola Acosta
Andrea Costa
Soledad Sandra Peralta

UFLO
UNIVERSIDAD

La *relaxatio* de la *testamenti factio* romana: el *testamentum tempore pestis* en el Código Civil español

Por Carlos María Antuña Suárez³⁰³

Resumen

Desde que se promulgó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, todas las cuestiones relativas al otorgamiento, autorización y protocolización del testamento en caso de epidemia han supuesto una verdadera reavivación del interés por su dinámica de funcionamiento que exclusivamente se encontraba relegada al ámbito académico con escasas puntualizaciones a su valor práctico. En primer lugar, situaremos el origen y naturaleza jurídica de esta institución sucesoria en el derecho romano y sus antecedentes en las compilaciones de derecho histórico español. Posteriormente, se compara y analiza con el testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil (CC), tanto ante un supuesto de ruptura y fragmentación de acto de otorgamiento que permiten por otro lado

³⁰³ Estudiante predoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, España.

los testamentos abiertos ordinarios cuando se produzca un accidente pasajero (artículo 699 del CC.) como en cuestiones relacionadas con la comparecencia y requisitos de los testigos en el otorgamiento testamentario. Por último, a tenor de todo su proceso evolutivo se exponen unos resultados sobre su viabilidad junto con la proposición de iniciativas y recomendaciones de cara a ulteriores reformas.

Palabras clave: rescripto; epidemia; acto de otorgamiento.

Abstract

Since the promulgation of the Royal Decree 463/2020, of 14 March, declaring the State of Alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19, all questions relating to the granting, authorisation and probate of the will in the event of an epidemic have led to a real revival of interest in the dynamics of its operation, which had been exclusively relegated to the academic sphere, with few comments on its practical value. First of all, we will situate the origin and legal nature of this succession institution in Roman Law and its antecedents in the compilations of Spanish historical law. Subsequently, it is compared and analysed with the will in the event of an epidemic in Article 701 of the Civil Code, both in the event of a rupture and fragmentation of the act of granting which, on the other hand, ordinary open wills allow when a temporary accident occurs (Art. 699 CC.) and in questions related to the appearance and requirements of the witnesses in the testamentary granting. Finally, in the light of its evolutionary process, some results are presented on the viability of this will together with the proposal of initiatives and recommendations for further reforms.

Keywords: rescript; epidemic; act of granting

Sumario: I. Introducción; II. El precedente romanista en el *ius novum*; III. Antecedentes en el derecho histórico castellano; IV. El testamento en caso de epidemia español; *IV. 1. Dinámica testifical de otorgamiento*; V. Conclusiones

I. Introducción

En este texto se aborda la relativización de la *testamenti factio* romana, con especial referencia al *testamentum pestis tempore* y su recepción en el derecho civil español desde las fuentes originales contenidas en el Código de Justiniano, mediante un análisis de su evolución y transposición que parte de sus antecedentes históricos a la legislación sucesoria española, centrándose principalmente en la unidad del acto de otorgamiento y la comparecencia de los testigos que son los ejes fundamentales de esta institución sucesoria.

Finalmente y a tenor de su trasfondo histórico, se cuestionan varios de sus puntos normativos frente a los que se propone una serie de iniciativas a cerca de las modificaciones que deben operar en su naturaleza jurídica, tanto para adecuarla a su precedente romanista como para situarla a la vanguardia de las codificaciones civiles europeas.

II. El precedente romanista en el *ius novum*

Una vez alcanzada igual eficacia en los requisitos agnaticios como cognaticios del pretor, el derecho imperial también desarrolló avances en el marco sucesorio como la libertad de forma y modo de las disposiciones mortis causa para la institución del heredero al permitir el uso libre de términos para facilitar la libre disposición de bienes, pudiendo otorgarse en cualquier instrumento y cualesquiera palabras: “deseo”, “quiero”,

“mando”, “hago heredero”.³⁰⁴ De otra, se desarrollaron nuevos testamentos cuya presencia de testigos era menor o inexistente como el caso del ológrafo y otras extraordinarias que podían tanto flexibilizar como reforzar sus requisitos de otorgamiento como el testamento del analfabeto o del ciego.

Como punto de partida de esta modalidad sucesoria, tenemos este rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 290:³⁰⁵

Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Marcellino: “Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testest deterret, aliquid de iure laxatum est non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.

Este rescripto suprime por primera vez el requisito de *unitas actus*, haciendo posible que las escasas formalidades testamentarias requeridas pudieran llevarse a cabo en momentos distintos ante la dificultad de reunir a los testigos sobre los que pesaba un profundo temor a contagiarse. Éstos acudían al acto de otorgamiento de manera presencial para realizar la *obsignatio*, pero individualmente cada uno o bien todos de manera separada si el lugar de otorgamiento lo permitía, ya que los juristas del *sacrum consistorium* siguieron sosteniendo que la validez de este tes-

³⁰⁴ En este sentido, en el año 339 d. C., se publicó una constitución por el emperador Constancio que rezaba así, C.J. 6. 23.1 5: “*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis. Nec enim interest, si dicatur ‘heredem facio’ vel ‘instituo’ vel ‘volo’ vel ‘mando’ vel ‘cupio’ vel ‘esto’ vel ‘erit’, sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem.*”

³⁰⁵ C.J: 6. 23. 8, para la incorporación en este artículo de todos los textos romanos se ha utilizado GARCÍA DEL CORRAL, I., KRIEGL, A., KRIEGL, M., HERMANN, E. y OSENBRÜGGEN, E. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Tomo V. Código de Justiniano. Barcelona: Jaime Molina.

tamento pasaba por contar con el número de testigos exigido y que en caso contrario, se determinaría un defecto de forma manifiesto³⁰⁶.

Esto se refleja de manera expresa en el rescripto siguiente:³⁰⁷ *“Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Patrocliae: Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet”*.

Aquí se hace especial hincapié en la necesidad de la unitas actus, fijando la nulidad del testamento si se extralimitaba dentro de la propia relativización, aunque con posibilidad de que tal vicio no produjera la invalidez si se hubiera otorgado privilegio especial por razón del lugar de otorgamiento —*si non special privilegio patriae tuae iuris*—. Esta prerrogativa por razón del territorio podría obedecer a causas muy diversas, ya fuere por remisión al contenido de una constitución pretérita de la que no tenemos conocimiento, o bien sea la propia enfermedad epidémica por la que las autoridades públicas declararían o circunscribirían sobre el determinado territorio o bien que ésta la padeciera *Marcellino* en cuyo interés *Patrocliae* solicitó la verificación de la validez del testamento realizado sin todos los testigos necesarios o que alguno de ellos no hubiere comparecido ante el acto de otorgamiento.³⁰⁸

Desde nuestro punto de vista, la extensión de la ciudadanía romana a raíz de la guerra mársica del siglo I por toda Italia como concesión de la victoriosa Roma impulsó una importante y progresiva homogeneización cultural y de costumbres, convirtiéndose en un ente social y político cuyos resquicios culturales que a ojos del poder gubernamental y la sociedad romana fuesen aberrantes o infamantes, serían sopesados a través de esta dispensa cultural por razón de territorio.

En todo caso, la presencia de epidemias en Roma nunca fue un supues-

³⁰⁶ En este sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C. (2020). “El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código Civil español: crónica para la validez de una institución pretérita en pleno Siglo XXI”. En *Revista General de Derecho Romano*, Nº 35, pág. 5.

³⁰⁷ C.J. 6. 23. 9,

³⁰⁸ Una reflexión a la que alude LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 9, considera que ambos rescriptos, aun dirigidos a personas diferentes, el primero está fechado en julio de 290 y este segundo, de acuerdo con el manuscrito de Verona, es del mismo día lo que parece indicar que ambos se referían a un mismo problema que ocurrió en ese mismo día.

to excepcional ni en las etapas más avanzadas del derecho romano,³⁰⁹ lo cual explica la casuística de que estas constituciones desarrollen de manera sucinta protocolos de actuación para prevenir y mitigar sus efectos devastadores a través de distanciamientos a la hora de participar en los otorgamientos de testamentos.

Nada se recoge acerca de su naturaleza como de la *obsignatio*, aunque sí se prescribe el mantenimiento del resto de solemnidades, y por tanto, el mismo número de testigos, que serían cinco en el caso civil y siete en el pretorio. Sin embargo, en este primero se pide además la comparecencia del *libripens* y el *familiae emptor*, de modo que para su validez el testamento civil siempre contaba con la intervención de siete testigos, aunque por su trayectoria histórica, como es la supresión de negocios jurídicos procedentes del *ius civile* o la codificación del derecho pretorio por el *edictum perpetuum* de Salvio Juliano, es notable que se reivindica necesariamente la presencia de siete testigos pese a que estas dos constituciones podrían contemplar ambas modalidades. El hecho de que no exista actividad legislativa anterior a la promulgación de ambos rescriptos ante la ausencia de edictos que regularan los supuestos generales de las epidemias pone de manifiesto que no presentaba realmente problemas al contar previamente con normas o protocolos de actuación que no han podido llegar a nuestros días y además de que el carácter unilateral de los rescripta imperiales que en algunos casos llegaban a entregarse por carta, alcanzaban la eficacia general como si se tratasen de cualquier *edicta*.³¹⁰

³⁰⁹ En este sentido, resulta evidente la motivación a la hora de legislar el contexto epidemiológico que asoló Roma durante la segunda mitad del siglo III d. C. La denominada “plaga de Cipriano” causó más de tres millones de muertos y una gran escasez de alimentos en toda la península, falleciendo diariamente en Roma alrededor de cinco mil personas y causando una grave crisis política con el fallecimiento del emperador Claudio II. RODRÍGUEZ-MAFFIOTTE, M. C. y MARTÍN OVAL, M. (2014). “Módulo 5. Epidemias de importancia histórica de origen incierto”. En *La peste. El cuarto jinete. Epidemias históricas y su repercusión en Tenerife*. Santa Cruz de Tenerife: Organismo Autónomo de Museos y Centros, p. 92.

³¹⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2002). “Formas testamentarias postclásicas especiales: 1. *Testamentum tempore pestis*”. En *Estudios jurídicos “in memoriam” del profesor Alfredo Calonge*. Vol. 1. Salamanca: Caja Duero, p. 224.

La interpretación y sentido de estas constituciones también ha sufrido contratiempos a tenor del trabajo de la glosa,³¹¹ por la que se han configurado textos con un sentido completamente distinto al aquí detallado como es que el propio supuesto epidémico tenía que afectar a los testigos y no al testador, como es el caso de los códigos de Berlín y de Casino. No puede entenderse que la razón de un testamento sea la situación de los testigos y no la del testador, sobre quien se fija la necesidad de ordenar su sucesión patrimonial en virtud de otro, sin perjuicio de que a día de hoy no haya ninguna modalidad sucesoria por falta u enfermedad concerniente a los testigos.

Aquí tenemos el caso de una constitución imperial del emperador Justiniano del año 530, en este sentido:³¹²

Idem a Iuliano PP (...) Si quid autem necessarium advenerit et in ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel potionis oblatio vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitatur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo quod urguet et imminet repleto vel deposito iterum solita per testamenti factionem adimpleri (...).

Si bien en estos casos concretos se permite la interrupción del acto de otorgamiento por circunstancias imputables tanto a testador como a testigos, como es la toma de alimentos, pociones o medicamentos en caso de que peligrase la salud del testador, éste sufriera incontinencia e incluso la epilepsia de alguno de los testigos sin que tales posibles interrupciones supusieran la invalidez del otorgamiento testamentario, esta disposición no constituye ningún tipo de testamento³¹³ sino unos requisitos de validez del acto de otorgamiento general en caso de suspensión,

³¹¹ Para un estudio más detallado de estas nuevas interpretaciones, véase LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 9.

³¹² CJ. 6. 23. 28.

³¹³ En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *op. cit.*, p. 224.

siempre y cuando se concluyera más tarde. Como ocurre en el modelo sucesorio español, la teoría general del testamento permite la existencia de diversos motivos por los que cabe la fragmentación del acto de otorgamiento sin que pierda su validez.

III. Antecedentes en el derecho histórico castellano

La virulencia y ferocidad de los contagios provocados por enfermedades epidemiológicas no tuvo excepción alguna a lo largo del mundo conocido hasta el siglo XVIII. En el caso de Europa,³¹⁴ y en concreto de España, la peste negra hace aparición en 1348, extendiéndose rápidamente por toda la península en menos de dos años con consecuencias devastadoras hasta finales de siglo XIV. El despoblamiento de los territorios que comprendían la Corona de Aragón y los estragos en las cosechas de la ribera del Duero como zona especialmente afectada que darían lugar a una profunda crisis económica e incluso sorprendiendo con la muerte al propio rey Alfonso XI en Gibraltar, fueron las consecuencias más relevantes, entre otras, haciendo que las cortes de los distintos reinos peninsulares adoptaran medidas tales como la intervención gubernamental en precios y salarios o, como en el caso de Castilla, la revisión de casamientos en segundas nupcias de cara a identificar el número de ciudadanos que más posibilidades tenían de afrontar inminentes subidas de tributos.³¹⁵

³¹⁴ Aunque no se sabe ciertamente cómo fue, una primera aproximación de su llegada se encuentra en los mongoles como transmisores que llegaron por el Mar Negro atacando a los italianos “bombardeando” con muertos altamente infecciosos. De aquí, los mercaderes se dirigieron por las ciudades de Europa y sus rutas comerciales expandiendo tal enfermedad por las costas mediterráneas de Francia, Italia y España en primer lugar. HAINDL, A. L. (2010). “La peste negra.” En *Revista medieval: Arqueología, historia y viajes sobre el mundo medieval*, Nº 35, p. 58.

³¹⁵ También se conservan epidemias anteriores a estas fechas, como la que se produjo en Sevilla en 1311, produciendo una crisis de subsistencia al sumarse también una escasez de cosechas. Incluso se conserva un documento de 1364 del concejo de Sahagún por el que se niega la posibilidad de enviar treinta soldados al rey Pedro I ante el elevado índice de despoblación que presentaba la ciudad. De todas, RODRÍGUEZ LÓPEZ A. M. (2013). “Modelos de diversidad: crecimiento económico y crisis en los reinos hispanos en la Baja Edad Media.” En *Vínculos de Historia. Revista del Departamento de Historia de la Universidad de Castilla-La Mancha*, Nº 2, p. 39.

Sin embargo, la normativa de los reinos peninsulares no hace alusión alguna al testamento en caso de peste pese a la influencia del derecho romano que reciben el Fuero Juzgo y las VII Partidas.

El Fuero Juzgo, como traducción al romance del *Liber Iudiciorum* en el siglo XIII, sí que conserva la otra forma de testamento extraordinario que a día de hoy mantiene el Código Civil como antecedente muy remoto.³¹⁶ Así pues, esta fuente fija un testamento en peligro de muerte para menores de entre diez y catorce años, y en la misma disposición prohíbe la comparecencia como testigos a locos y niños (Ley 10, Tít. V, Libro III).³¹⁷ Cabría entender que este testamento reconocería una capacidad especial para testar a los niños de las edades comprendidas entre diez y catorce años sin contradecirse al proscribir, a su vez, su presencia como testigos en el acto de otorgamiento, ya que si bien el Fuero Juzgo establece la mayoría de edad a los veinte años,³¹⁸ los niños podrían comparecer como testigos en los pleitos una vez alcanzados los catorce años.³¹⁹

De otra, hay fórmulas testamentarias que recogen las Partidas³²⁰ con

³¹⁶ Versión del Fuero Juzgo por la Real Academia Española en 1815 con estudio preliminar por S. M. CORONAS GONZÁLEZ, publicada por la Agencia Estatal BOE, 1ª edición.

³¹⁷ “Los ninnos que son menores de XIV annos, si quisieren fazer manda de sus cosas ó otro promittimiento, ó por escripto, ó por testimonias, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X annos adelante, puede cada uno de ellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermead, quanto mandaron no deve valer, fueran ende si por ventura tornaren en enfermedad, é lo otorgaren de cabo, ó si ovieren depues complidos XIV annos. E los ninnos ó los vicios que son fechos locos, é que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda, non deve valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que fizieren en aquel tiempo de sus cosas deve seer establescido”

³¹⁸ Afirma RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2015) “¿Por qué dieciocho años? La mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español!” En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, p. 131, que tanto el legislador primitivo como el medieval nunca partieron de una regla o principio estable para delimitar la mayoría de edad por lo que ésta siempre osciló entre los veinte años que marca el Fuero Juzgo y los veinticinco del derecho romano.

³¹⁹ “El ninno ó la ninna pues que ovieren complidos XIV annos, mandamos que puedan ser testimonias en todo pleyto” (Ley 12, Título IV, Libro II relativo a la “*fasta quanto tiempo puede el omne ser testimonio*”).

³²⁰ Una versión virtual que reproduce la obra glosada por LÓPEZ, G. y CANO, B. (impr.) (2009). “Las Siete partidas del Alfonso X El Sabio”, Tomo III, que contiene la VI y la VII partida, basada en la de Madrid, en la Oficina de Benito Cano (1789), Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

idéntica naturaleza a los testamentos romanos en la etapa clásica, como es el caso del testamento del ciego al reforzar el acto de otorgamiento con un octavo testigo en ausencia de escribano público (Partidas 6. 1. 14)³²¹ o el testamento *parentum inter liberos*, manteniendo los dos testigos requeridos para su otorgamiento y su dualidad formal mediante escritura de puño y letra por el padre u oral, señalando el nombre de sus hijos, nietos, cuotas en letras y su fecha de otorgamiento (Partida 6. 1. 7).³²² La necesidad de instituir al heredero al no ser posible morir en par-

³²¹ “El çiego no puede fazer testamento fueras ende desta manera deue llamar siete testigos & vn escriuano publico. & delante dellos deue dezir commo quiere fazer su testamento. Otrosi deue nonbrar quales son aquellos que estableçe por sus herederos & que es lo que manda & el escriuano deue escreuir todas estas cosas delante los testigos. o si eran ante escritas deue ser leydo delante ellos. & despues que /2/ fueren escritos & leydos deue dezir el çiego manifestamente commo aquel es su testamento. E desi cada vno de los testigos deue escreuir su nonbre en aquella carta si supiere escreuir. si no deue lo fazer escreuir a otro. E tan bien el escriuano publico que escriuiere la carta commo los testigos deuen sellar la carta con sus sellos. & si el escriuano no pudiere auer deue auer otro que lo escriua que sean con el ocho testigos en lugar del escriuano. & esta guarda deue ser fecha en el testamento del çiego porque no pueda ser fecho ningund engaño.”

³²² “Acabado testamento es aquel que es hecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta & si de otra guisa lo hiziese no seria valedero. pero si el padre hiziese testamento en que estableçiese por herederos a los hijos & a los nietos que desçendiesen del o partiese lo suyo entre ellos maguer en tal testamento no fuesen escritos mas de dos testigos valdrie bien asi commo si fuesen hecho acabadamente ante siete testigos que pusiesen por sus nonbres & sus sellos. Eso mismo serie quando desta manera el padre o el auuelo partiese lo suyo por palabra tan solamente entre sus hijos & sus nietos haziendolo ante dos testigos rogados & llamados para esto. Otrosi dezimos que si en tal testamento commo este fuese ayuntada otra persona a quien heredase el padre en vno con los hijos que quanto tañe en la persona del estraño no valdrie el testamento [fol. 3r] commo quier que en todas las otras cosas que fuesen y escritas o dichas serie valedero. E avn dezimos que si el padre faze testamento en escripto no guardando todas las cosas que diximos que deuen y fazer & ser guardadas poder lo ye hazer en dos maneras. La primera es que después que el testamento es escripto deuese escreuir el padre diziendo así. este testamento que fiz quiero que sea guardado otrosi deuen dezir & so escreuir los fijos este testamento que fizo nuestro padre otorgamoslo. La segunda manera es que si el padre supiese escreuir que lo puede hazer de su mano diziendo en el los nonbres de todos sus fijos & todo su testamento en que manera lo faze & commo lo ordena. & sobre todo deue el escreuir todo quanto en este testamento escreui quiero que sea guardado & en el testamento que fuese fecho en alguna destas dos maneras puede el padre mandar algo a onbre estraño si se quisiere o puede franquear sus sieruos pero ha menester que tal testamento sea fecho ante dos testigos a lo menos rogados & llamados para esto”

te testada y en parte intestada, la rogación formal de los siete testigos y la unidad del acto en la que el testador debía manifestar detalladamente sus últimas voluntades son otras de las figuras que este texto recibió en estricta recepción de las fuentes romanas justinianeas.³²³

Tiempo después, tanto en la Nueva Recopilación de Leyes de Castilla de 1567 por Felipe II³²⁴ como en la Novísima Recopilación de 1805 por Carlos IV,³²⁵ se recogieron las formas de hacer testamento reguladas tanto en el Ordenamiento de Alcalá (Título XIX, Ley 1) como en la Ley de Toro 3ª de 1505 promulgada por Juana I de Castilla, que respecto de esta última disposición se determinó una distinción ya efectuada por las VII Partidas entre el testamento abierto nuncupativo y el testamento cerrado en el que intervendrían siete testigos con un escribano como fedatario público y la firma de ocho personas, siendo la del testador sustituida por la de un octavo testigo en los casos en que éste no pudiera firmar, más el signo del notario. En el caso del testamento del ciego se fija un mínimo de cinco testigos, dos menos de los fijados por el derecho romano imperial.

En concreto, el testamento nuncupativo que aborda la Novísima Recopilación de Carlos IV aparece en la Ley I por la que se incluye no solo la disposición del Ordenamiento de Alcalá (Título XIX, Ley 1)³²⁶ relativa a los testamentos que se reforma, sino también por la pragmá-

³²³ Siguiendo a PEREZ MARTÍN, A. (1992). “Fuentes romanas en las Partidas”. En *Glossae. European Journal of Legal History*, Nº 4, p. 227, todas las fuentes jurídicas que inspiran las VII Partidas son de origen conocido al imitar requisitos y formalidades romanas tanto externos como internos sustituyendo la simplicidad del derecho de Castilla e incluso con reminiscencias de la primitiva forma de testar de los comicios de la Roma arcaica.

³²⁴ Versión virtual que ofrece la Biblioteca Digital de Castilla y León (BDCYL) en la que se reproduce una copia digital de la recopilación de leyes hechas hasta 1568. DE ATIENZA, B. y DE ANGULO, A. (publicador). Disponible a 1 de abril de 2023 en:

<https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.do?control=CYL20090070844>

³²⁵ Versión virtual que ofrece el BOE: “Novísima recopilación de leyes de España”, Tomo V, Libros X, XI y XII, publicada en 1993. Disponible a 2 de septiembre de 2022 en:

https://boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2

³²⁶ “Si alguno ordenare su testamento ó otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere : y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahí á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es , si fuere lugar donde los pudiere haber ; y si no pudieren

tica sanción de Felipe II en 1566, por la que aparece una nueva forma de testar sin presencia de notario y ante siete testigos a los que no se requería que fueren vecinos del lugar de otorgamiento. Se trata de una norma en cascada por la que, en primer lugar, si se otorgaba testamento ante escribano público se requería de tres testigos vecinos del lugar de otorgamiento y que a falta de este notario, serían necesarios cinco vecinos si el lugar de otorgamiento lo permitiere y, en caso de que no fuera posible la comparecencia del escribano ni de estos cinco testigos, la validez del testamento se consagraba con la presencia de al menos tres testigos vecinos del lugar (Libro XI, Título XVIII, Ley I). En definitiva, la introducción de este testamento nuncupativo pone fin a esta norma en cascada, aunque el hecho de que se recoja de manera seguida, sin distinguir cada uno de los testamentos en leyes o apartados separados, puede dar lugar a lo contrario. El hecho de que de un otorgamiento ante tres testigos sin presencia de escribano se pase a un otorgamiento ante siete, aunque no reúnan la condición de vecinos del lugar, no hace más que confirmar la naturaleza autónoma que tiene esta nueva forma sucesoria, excluyendo cualquier otra interpretación que la identifique con una disposición subsidiaria o dependiente de otras.

La distinción general de estas dos clases de testamentos presentes a lo largo de todo el derecho medieval español, establece un ámbito lo suficientemente amplio como para poder encuadrar el testamento en peligro inminente de muerte y el de epidemia en la clasificación de tes-

ser habidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho lugar, á lo ménos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar : pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos , ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento: y mandamos, que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen , aunque el testador no haya hecho heredero alguno ; y entónçes herede aquel, que segun Derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciere testamento , y cúmplase el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen. Y si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa, para que la dé á otro alguno á quien substituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia ó el legado, el substituto ó substitutos lo puedan haber todo?'

tamentos nuncupativos pese a no disponer de una regulación específica hasta los proyectos codificadores del siglo XIX. Sin embargo, la presencia de testigos en estos testamentos tenía una doble función. Por un lado, probatoria, de cara a certificar la existencia de la voluntad testamentaria cuando fuere escrito o del testimonio cuando fuere oral. Y por otro lado, de autorización del propio testamento, cuando no intervenía el escribano, como en aquellos casos en los que se permitía el otorgamiento verbal ante cinco testigos, primando la unidad del acto en la firma del testamento tanto de éstos como del testador.³²⁷ Por tanto, esta prevalencia de la unidad del acto que fue relativizada por Diocleciano nos hace descartar la inclusión de este testamento en cualquiera de las dos categorías anteriores y a considerarlo como no previsto a lo largo de todo el derecho medieval español hasta los anteproyectos de codificación civil del siglo XIX.³²⁸

En definitiva, y con justificación en lo señalado al principio de este apartado, resulta curioso que los juristas de las distintas épocas que ha atravesado la recopilación legislativa en la península no encontraran justificación para incluir en sus cuerpos normativos alusión alguna a este testamento, y es que las razones más ortodoxas para plantear una posible solución a esto vienen desde un punto de vista histórico y doctrinal. Por un lado, la omisión de este testamento durante los procesos de exégesis y codificación por parte de los glosadores de la Escuela de Bolonia en el siglo XI, los cuales no veían en las epidemias la causa de esta suce-

³²⁷ RODRÍGUEZ DÍAZ E. (2020). "El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario". En *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano*, Vol. 1, Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, BOE, p. 631.

³²⁸ A esta misma conclusión aduce CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2015). "El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil". En *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*. Pamplona: Cizur Menor y Thomson Reuters-Aranzadi, p. 933, ante el hecho de que ser una modalidad testamentaria no regulada en nuestro derecho histórico, pese haber hecho más falta que nunca ante la propagación de la peste y demás enfermedades altamente infecciosas durante la Edad Media.

sión especial.³²⁹ Y, por otro lado, el testamento hecho ante el peligro inminente de muerte es de existencia aún más remota, el cual sí goza de mayor prevalencia y recepción en las fuentes históricas, incentivando la predilección de los juristas en el estudio e interpretación de esta institución y su crónica.³³⁰

IV. El testamento en caso de epidemia español

LEl artículo 701 del Código Civil español lleva regulando desde su primera edición el supuesto testamentario por razón de epidemia imitando del modelo del legislador revolucionario francés, aún vigente y que cuya transposición e inspiración de las fuentes romanas se cumple en su integridad salvo un único aspecto. Mientras que el legislador español suple la ambigüedad de forma del rescripto romano permitiendo el otorgamiento de este testamento preferentemente escrito y oral de manera subsidiaria y ante la agrafía de los testigos en cuanto a lo que atañe a la firma del mismo, no hay antecedente alguno sobre el fraccionamiento del acto de otorgamiento. Previamente, existe el conocimiento de una Real Orden de 21 de agosto de 1885 que reiteraba en la celeridad de los notarios en atender a los requerimientos testamentarios de personas afectadas la cólera y, en ausencia o imposibilidad de comparecencia de éstos, a los propios secretarios judiciales salvo que no pudieran utilizarse otros medios legales pese a que tal procedimiento no encontraba excepción procesal en lo que respecta a su obligada y

³²⁹ Durante el llamado Renacimiento jurídico medieval, resulta clara la falta de esta modalidad testamentaria ya que los glosadores de esta escuela incidían más bien en la necesidad de concurrencia de testigos en los testamentos otorgados por enfermedad sin que ésta fuera epidémica. LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 20.

³³⁰ En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *op. cit.*, p. 933, sostiene que ante la carencia de cura para la peste en Roma, el testamento en caso de epidemia puede considerarse como una modalidad del testamento en peligro inminente de muerte, ya que operaba en aquellos casos en los que el testador se encontraba afectado por esta enfermedad concreta.

posterior protocolización judicial.³³¹

De situación distinta parte el artículo 699 del Código Civil que prevé la interrupción del acto de otorgamiento por accidente pasajero que, en caso contrario, será nulo (artículo 687 del CC). La jurisprudencia, centenaria en algunos aspectos de esta materia, ha excluido de la falta de unidad de otorgamiento tanto el suministro de medicinas al testador como la ingestión de alimentos y auxilios médicos a un enfermo,³³² así como cuando dos facultativos por requerimiento notarial examinan la capacidad para otorgar testamento.³³³ De otro lado ha considerado su carencia cuando los testigos no presenciaron el acto de otorgamiento, pues resultaba imprescindible para comprobar su capacidad de testar por parte de un dictamen que pudieran emitir los médicos.³³⁴

V. 1. Dinámica testifical de otorgamiento

Conforme al artículo 701 del CC, han de participar en el otorgamiento del testamento tres testigos mayores de dieciséis años. Se trata, pues, del único supuesto de disposición *mortis causa* que permitió comparecer como testigos a menores de edad y mujeres, manteniéndose vigente desde la primera redacción del Código, algo que no ha operado de la misma manera con las demás modalidades testamentarias.³³⁵

³³¹ En este sentido, MANRESA Y NAVARRO J. M. (1896). "Comentarios al Código Civil Español". Tomo V. En *Revista de Legislación*, Madrid, p. 535.

³³² Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 17/1968, 27 de septiembre, en Cendoj: ECLI: TS: 1968: 2869.

³³³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 157/1918, 16 de noviembre, en Cendoj: ECLI: TS: 1918: 665.

³³⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 87/1915, 18 de noviembre, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1915: 571.

³³⁵ Hay que recordar la anteriormente nombrada reforma del artículo 681 del CC, por la Ley 24 de abril de 1958 que suprimió el impedimento el apartado primero del artículo en cuestión por el que las mujeres no podían comparecer como testigos, el cual ya contemplaba la excepción del artículo 701.

Si bien no existe una definición legal de testigo idóneo, la de testigo instrumental la encontramos en el artículo 180 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, por el cual son aquellos que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública. Tienen un régimen de compatibilidad con los testigos de conocimiento (artículo 184 del RN) y han de firmar la escritura pública de protocolización del testamento como cualquiera de los demás testigos. Sin embargo, el contenido del artículo 701 del CC presenta inconvenientes de cara a entender la condiciones que deben reunir tales testigos, ya que no se hace mención expresa a su idoneidad, como ocurre con los testigos que han de concurrir en el testamento abierto notarial (artículo 697 del CC.), el cerrado (artículo 707 del CC) o bien el otorgado en peligro inminente de muerte (artículo 700 del CC).³³⁶

Para resolver esta cuestión podría partirse de la idoneidad exigida para este último testamento al requerir su hermano coetáneo de la presencia de cinco testigos idóneos, circunstancia que hace aplicables varios impedimentos de los artículos 681 y 682 del CC,³³⁷ donde en el primero de ellos ya recoge como testigos excepcionales respecto de todos los

³³⁶ Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario.

³³⁷ Como doctrina reiterada del Tribunal Supremo referente a los testamentos extraordinarios, la *voluntas testatoris* debe quedar manifestada ante las personas que deben autorizar el acto como “condición indispensable y esencial”. STS 54/1907, de 11 de febrero, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1907: 322, STS 123/1925, de 27 de febrero, en Cendoj: ECLI: TS: 1925: 1044 y sin que la expresión de la última voluntad pueda presumirse “ni por consiguiente tener eficacia, cuando solo se la hace consistir en manifestaciones a las que no procede acto formal y serio que revele, en el supuesto testador, la deliberada resolución de testar” STS 135/1947, de 19 de mayo, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1947: 128. En opinión de GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (2019). *Curso de Derecho civil. IV Derechos de familia y sucesiones*. 9ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 537, no pueden comparecer como testigos en caso de epidemia los ciegos, sordomudos, los que no entiendan el idioma del testador, locos y el cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y sus trabajadores. Es decir, todos los testigos proscritos por la redacción primigenia del artículo 681 del CC que ahora parcialmente ya no resulta aplicable.

demás testamentos, a los menores para el acto de otorgamiento.³³⁸

Por tanto, los testigos intervinientes, además de poder exigírseles entender el idioma del testador y tener suficiente juicio para desarrollar la función testifical, no pueden ser herederos y legatarios incluidos en las últimas voluntades manifestadas, ni tampoco ser cónyuges, parientes de éstos hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, sin que ello afecte a aquellos testigos que sean legatarios o cónyuges y parientes de éstos, cuando el legado recaiga sobre un bien mueble o cantidad superflua en relación con el resto del caudal hereditario. Este último supuesto trata de evitar que los mismos testigos que participan activamente en el testamento sean beneficiados por una modalidad extraordinaria carente de otorgamiento notarial y que cuya función testifical es determinante para verificar la voluntad del causante cuando ésta se haya expresado oralmente.³³⁹

A diferencia de lo que ocurre con la legislación notarial, el Código Civil hace escasas referencias a la instrumentalidad de los testigos. La primera se halla en el artículo 685 del CC para el testamento notarial,³⁴⁰ la segunda en el artículo 695, 2, del CC para el otorgamiento y autorización del testamento abierto notarial³⁴¹ y la tercera en el artículo 698, 1, del CC, por la que los testigos de conocimiento pueden acudir al acto de otorgamiento como testigos instrumentales. A esto hay que sumar

³³⁸ Según CASTÁN TOBEÑAS, J. (2010). *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI: Derecho civil español, común y foral; Tomo VI: Derecho de sucesiones, volumen 1: la sucesión en general, la sucesión testamentaria*. Edición revisada por J. M. GONZÁLEZ PORRAS. Madrid: Reus, p. 112, son aplicables al testamento en caso de epidemia las incapacidades establecidas para el testamento abierto ante la dispensa expresa del sexo y la minoría de edad.

³³⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J. (2020). "El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales." En *La Ley*, N° 9629, p. 6 y 7.

³⁴⁰ "El Notario deberá conocer al testador y si no lo conociese se identificará su persona con dos testigos que le conozcan y sean conocidos del mismo Notario, o mediante la utilización de documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas. También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. En los casos de los artículos 700 y 701, los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad".

³⁴¹ "Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos".

tanto la ausencia de intervención notarial como de la inclusión normativa de la idoneidad para estos tres testigos, lo que hace que se refuerce aún más su carácter instrumental y, por ello, han de atribuírseles las obligaciones de conocer al testador y asegurar su capacidad para testar ya que éstas, en el caso de los testamentos notariales, corresponden generalmente al notario autorizante. Sin embargo, si bien en ambos casos existe una conducta debida para identificar la capacidad del testador, no goza del mismo baremo de exigencia para tales agentes autorizantes. El notario parte de unos conocimientos y experiencia adquirida por su profesión que facilita la apreciación de su capacidad testamentaria de manera más certera que los juicios y valoraciones que con menos precisión hagan los tres testigos presentes en el otorgamiento no familiarizados generalmente con el acto sucesorio.

Esto aparece reflejado en el apartado segundo del artículo 685 del CC, otra regla fundamental de idoneidad que podría asociarse a los testigos que concurren en estas fórmulas especiales de testamento abierto,³⁴² los cuales deberán conocer al testador y comprobar su capacidad de testar. De tal modo que la necesidad de que los testigos ejerzan en ausencia del notario autorizante las funciones que les son propias en testamentos notariales, supone un incremento de responsabilidades atribuidas que hacen completamente necesario el juicio de idoneidad silente en el Código Civil para estos casos. Todos los testigos intervinientes transmiten de manera conjunta las últimas voluntades del testador como autorizadores del acto testamentario mediante la memoria y sin perjuicio de que se capte mediante formatos de vídeo y audio de contenido reproducible (artículo 64, 3, 2, Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862).

Antes de la reforma del Código Civil por la Ley 30/1991 de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, el artículo 685 solo exigía a los testigos de estos testamentos extraordinarios conocer al testador añadiéndose la obligación de asegurar

³⁴² Un comentario del artículo 685, 2, del CC, que recoge MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). *Comentarios al Código Civil. Tomo IV (Art. 588 a 818)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 5290.

su capacidad testamentaria.³⁴³ Este apartado segundo también marca unos medios de identificación del testador que a su vez se relacionan con otros dos artículos para el resto de testamentos: el 685, 1, relativo al reconocimiento del notario y el obtenido por dos testigos que lo conozcan que, en caso contrario, se procederá a identificar mediante documentos expedidos por autoridades públicas; y el sistema subsidiario del 686, que permite otorgar testamento a personas que no pueden ser identificadas por ninguno de los medios contemplados en el artículo anterior.

La posibilidad de aplicar estos medios de identificación del testador para este testamento extraordinario ha sido favorable mediante una exégesis de estos artículos. Si bien ésta va en su contra, la prevalencia del conocimiento del testador por parte del notario sobre los dos testigos que le conozcan y que a su vez deben ser conocidos por éste, por un lado, parece contradictorio que el notario pueda acudir a estos medios de conocimiento y no los testigos, aunque fueren de manera supletoria y, por otro lado, estas disposiciones parten de una finalidad objetiva que es reconocer al testador sea como fuere y que, en caso de que los testigos no lo conocieren, pueden tratar de identificarlo mediante documentos oficiales o incluso por testigos de conocimiento, sin perjuicio del sistema no oficial en base a los documentos aportados por el testador para dicho objeto (artículo 686 del CC).

Otro punto de coincidencia de estos testamentos extraordinarios es la cuestión que atañe a la agraphía de los testigos comparecientes en el acto, cuya regulación recoge en el artículo 702 del CC, por el que el testamento se escribirá “siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”. Una doble forma de otorgamiento de la *voluntas testatoris*, en documento escrito como regla general por la que aboga la propia redacción del código, y otra oral, de carácter subsidiaria cuando se produzca una extrema imposibilidad

³⁴³ La redacción primera de este apartado segundo del artículo 685 del CC disponía así: “Igual obligación de conocer al testador tendrán los testigos que autoricen un testamento sin asistencia de Notario, en los casos de los artículos 700 y 701”.

material,³⁴⁴ que puede ser tanto de manera subjetiva, cuando la agrafia afecte a testador y testigos por igual u objetiva, por sucesos ajenos a las partes que imposibiliten en otorgamiento del testamento como circunstancias de tiempo, lugar y demás factores que influyan a la persona.³⁴⁵

En cuanto a la posibilidad de que las disposiciones testamentarias se constituyan de manera oral, se trata de una posibilidad que no deriva solo del artículo 702 del CC, sino de la propia redacción primitiva del artículo 703,³⁴⁶ anteriormente contemplada como última *ratio*³⁴⁷ y que exigía confiar en la memoria de los testigos presentes en el acto de otorgamiento.

³⁴⁴ Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. de A. (2009). *Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*. 4ª edición revisada por J. RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 181, este es un requisito que recoge la jurisprudencia la cual entiende que el incumplimiento del otorgamiento escrito como requisito de validez debe suplirse con una interpretación más flexible por parte del Código, reconociendo así, de manera interpretativa, la formula oral aun en necesidad de documento escrito para evitar los excesos y falsedades que favorecen la simplicidad de estas fórmulas testamentarias.

³⁴⁵ RIVAS MARTINEZ, J. J. (2011). “Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)” En *Código civil comentado*. 1ª edición. Madrid: Cizur Menor y Thomson Reuters-Civitas, p. 472.

³⁴⁶ Así rezaba del artículo antes de su única reforma por la Disposición Final 1, 62, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria: “El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”.

³⁴⁷ En este sentido, declara el Tribunal Supremo que “no cabe prescindir de la formalidad de la escritura sino en el caso extremo de imposibilidad material para impedir que pueda falsearse la voluntad del testador por medio de confabulaciones ulteriores que pongan en peligro su autenticidad, siendo nulo si fue posible escribirlo y no se escribió” (STS 281/1977, 2 de julio de 1977, en Cendoj: ECLI: ES: TS: 1977: 1063). También RIVAS MARTÍNEZ J. J. (2020). *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 607, sobre el artículo 702, conforme el cual estos testamentos extraordinarios solo se podrán otorgar de forma oral cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento lo que no obsta a que los testigos con posterioridad puedan consignar por escrito las manifestaciones que el testador hizo suscribiéndolas con su firma y cuando los testigos no sepan escribir, lo cual implica que han de conservar en su memoria las manifestaciones testamentarias hasta el momento de hacer la declaración ante el juez para su posterior elevación a escritura pública y protocolización.

A día de hoy, este inconveniente ha sido superado con la posterior reforma del artículo 64, 3, de la Ley del Notario efectuada por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, permitiendo que las últimas voluntades testamentarias consten en instrumentos tecnológicos con soporte audiovisual tomadas en el acto de otorgamiento para su posterior adveración y protocolización acorde al resto de la legislación notarial.

En definitiva, existe la posibilidad de que el testamento se redacte tanto por el testador como por los tres testigos que concurren en el acto de otorgamiento, de manera manuscrita o mecánica,³⁴⁸ aunque es recomendable que sea escrito para, tras el fallecimiento del testador, entregarlo al notario a fin de que se advere y protocolice en la forma que fije la legislación notarial (artículo 704 del CC). Incluso se contempla que, al ser redactado de puño y letra por el testador, cumpla los requisitos para el testamento ológrafo (artículo 688 del CC),³⁴⁹ cuya ventaja frente al de epidemia es que ni requiere de testigos para su otorgamiento ni está sometido a un plazo de caducidad que determine su validez.³⁵⁰

V. Conclusiones

A lo largo de este texto, podemos poner de relieve que la regulación de esta modalidad sucesoria por el derecho romano, en la última etapa de su período histórico y posterior olvido en las legislaciones medievales,

³⁴⁸ Entre otros, VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 7; LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 24; CALAZA LÓPEZ, A. (2020). “Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la nueva normalidad”. En *La Ley*, Nº 9645, p. 2; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. (2020). “¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?”. En *La Ley*, Nº 95498, p. 2.

³⁴⁹ “El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.”

³⁵⁰ PÉREZ RAMOS, C. (2020). “Testamento en caso de epidemia.” En *Otro Sí. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, Nº 6, p. 114.

no deja de traer más dudas que respuestas. Resulta curioso que, ante el carácter cotidiano y agresivo de las epidemias en la sociedad romana, no se hubiera dispuesto de este testamento antes del constitucionalismo imperial y que su regulación se hubiera hecho a raíz de un conflicto ciudadano a su instancia mediante rescripto y no a través de normas alcance general y vitalicio como los edictos del príncipe destinados a la totalidad de los ciudadanos.

No cabe duda de la importancia normativa que hubiera tenido esta modalidad sucesoria y el vanguardismo de su otorgamiento fragmentado en los aciagos tiempos de las enfermedades epidémicas que arrasaron una Europa donde la esencia del rescripto romano sustanciaba en procedimiento y forma una serie de normas reales que solo operaron en el sentido general de las necesidades de las personas. El proceso codificador que dio contenido a este particular testamento llegó tarde y su cuestionamiento demasiado pronto, hasta el punto de que las únicas reformas que operaron sobre su contenido fueron estéticas o bien colaterales ante la necesidad de reformar otras instituciones jurídicas más comunes, de mayor relevancia y uso en el ordenamiento jurídico español.

Aunque no se exija a los testigos saber escribir, siguen teniendo que cumplir todos los requisitos de idoneidad e instrumentalidad que se reservan para su comparecencia como ocurre en el resto de testamentos, ya sean comunes o especiales, y en cuanto a su plazo de caducidad ofrece menos garantías al destino de los bienes yacentes que otras modalidades testamentarias sin intervención de testigos. Frente a la invalidez del testamento a los dos meses desde que el testador deja de verse afectado por la epidemia y ante el transcurso de tres meses desde su muerte si no se autoriza ante notario, se fijan otras posibilidades testamentarias más atractivas como la ológrafa, cuyos requisitos se han relativizado en la agilidad de la práctica notarial y con un plazo de cinco años para su autorización tras la defunción o el testamento abierto notarial, sin plazo de caducidad desde su otorgamiento y ante el hecho de que la fe pública notarial se identifique como imprescindible en todos los testamentos no solo en las legislaciones autonómicas, sino también en las europeas estudiadas.

En todo caso, esta crítica no responde a un deseo que abogue por su supresión normativa, como ya debatieron los juristas a raíz de las reformas del Código en 1991, sino que la intención de tal postura es reformista, señalando tanto la requerida y tardía plasmación de su singularidad de origen romano, como cuán necesaria es su actualización a la ya curiosa y vieja redacción que han dado de su análogo los legisladores europeos que, por otra parte, coincide con las aspiraciones frustradas en mente de los juristas que vivieron el abandono normativo que el proceso codificador civil, muy prometedor en otros aspectos, concluyó sobre ella en su primera redacción, ante la ausencia referida a otros supuestos excepcionales que, compartiendo la misma naturaleza excepcional que la epidemia, no tuvieron acogida normativa alguna.

En definitiva, dentro de la exégesis de esta modalidad sucesoria se constata una total amnesia del legislador tanto en sus precedentes históricos como en su incorporación una vez finalizado el aciago período de epidemias que asolaron Europa. Puede mencionarse la salvedad de la recepción del precedente romanista en la legislación civil española, que solo se ha hecho eco de las posibles causas que puede interrumpir el acto de otorgamiento testamentario sin invalidar el mismo. No es así el caso de la modalidad sucesoria en tiempo de epidemia, que pierde por completo la singularidad que tenía su precedente romanista en materia de fraccionamiento de la *unitas actus*. En ese caso, se permitía a los tres testigos necesarios firmar de manera sucesiva e independiente –a lo largo del día o incluso en días siguientes– el testamento manteniendo un contacto limitado con el testador que comprendiera el percatarse mínimamente de su presencia.