

<b>Fecha de recepción:</b> 10/04/2021	<b>Fecha de aceptación:</b> 20/04/2021
<b>Palabras clave:</b> COVID-19, <i>testamentum tempore pestis</i> , peligro inminente de muerte, testamento ológrafo, notarios.	<b>Keywords:</b> COVID-19, <i>testamentum tempore pestis</i> , imminent danger of death, holographic will, notaries.



## TESTAR EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y EN LA ACTUALIDAD

## MAKING A WILL IN TIMES OF PANDEMIC: HISTORICAL PRECEDENTS AND PRESENT DAY

**Santiago Castán**

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

[Santiago.castan@urjc.es](mailto:Santiago.castan@urjc.es)

ORCID: 0000-0003-2990-1059

(CASTÁN, Santiago. Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad. RIDROM [on line]. 26-2021. ISSN 1989-1970. p. 419-480. <http://www.ridrom.uclm.es>)

### Resumen:

La reciente pandemia provocada por la COVID-19 ha vuelto a poner de actualidad una forma testamentaria del Código Civil totalmente en desuso, el testamento en tiempo de epidemia, cuyo antecedente histórico más genuino es el *testamentum tempore pestis* romano. El artículo se centra en las viejas formas romanas que contemplaban las epidemias y el peligro inminente de muerte, su recepción por el Derecho histórico español, así como la vigencia y practicidad en la actual pandemia de este tipo de formas testamentarias previstas en el Código Civil, contrastando también la utilidad del testamento ológrafo.

### Abstract:

The recent pandemic caused by COVID-19 has risen a completely disused testamentary form of the Civil Code, the will in times of epidemic, whose most genuine historical antecedent is the Roman *testamentum tempore pestis*. The article focuses on the old Roman succession institutions that contemplated epidemics and the imminent danger of death, its reception by Spanish historical law and the validity and practical value in the current pandemic of these types of testamentary forms, also contrasting the utility of the holographic will.

**SUMARIO:** I. Introducción. 2020: la pandemia de COVID-19. II. Antecedentes históricos: *testamentum tempori pestis*. III. ¿Existió un testamento en peligro inminente de muerte en el Derecho Romano? IV. Los testamentos en tiempos de epidemia y en peligro inminente de muerte en el Derecho histórico español. V. Regulación en el Código Civil: a) Aspectos legales. b) Aspectos prácticos. VI. Bibliografía.

### **I. Introducción. 2020: la pandemia de COVID-19**

El año 2020 pasará a la historia de la humanidad de un modo infame, como el año en que la práctica totalidad del planeta se vio sacudido por una pandemia causada por un coronavirus conocido como SARS-CoV-2. Las primeras noticias de la existencia de este nuevo virus, altamente contagioso, se conocieron a finales de diciembre de 2019, cuando desde Wuhan (República Popular China) se informó de la incidencia de numerosos casos de una neumonía vírica entre su población. El virus, de origen animal según los estudios realizados por la OMS, pudo tener en el mercado mayorista de mariscos de Huanan su primer foco importante de infecciones, y desde allí extenderse por todo Wuhan, una ciudad densamente poblada por más de once millones de almas.

La propagación de la COVID-19 fuera del territorio chino se produjo de forma rapidísima. A mediados de enero de 2020, otros países asiáticos como Tailandia, Japón y Corea del Sur fueron informando de casos aparecidos dentro de sus fronteras. El 23 de enero las autoridades chinas decretaron el confinamiento de la provincia de Hubei, cuya capital es Wuhan, y la medida, sin precedentes en la historia de la salud pública según la OMS, afectó a 56 millones de personas. Sin embargo, el virus ya había saltado del continente asiático y países como Estados Unidos, Francia y Australia notificaron los primeros contagios. España confirma su primer caso de coronavirus el 31 de enero en La Gomera (Islas Canarias), y durante el mes de febrero otros estados de África y América del Sur

padecieron sus primeras infecciones. Desde ese momento la circulación del virus por todo el mundo fue imparable, en cierto sentido dando la razón a Marshall McLuhan, cuando hace más de medio siglo vislumbró el mundo como una “aldea global”. El 11 de marzo de 2020 la OMS declaró la pandemia a nivel mundial.

En el primer trimestre de 2021 se estima que más de 115 millones de personas se han contagiado en todo el orbe, y aunque los índices de mortalidad no son especialmente altos, si los comparamos con los de otras epidemias y pandemias anteriores<sup>1</sup>, a nadie escapa que esta crisis sanitaria ha provocado estragos en la economía mundial y cambiado los hábitos de miles de millones de personas, y habrá que esperar todavía algunos años para valorar en su justa

---

<sup>1</sup> A principios de 2021 se estima que la pandemia causada por el coronavirus ha dejado más de dos millones y medio de fallecidos. La cifra no es, desde luego, ninguna tontería, pero comparada con otras epidemias y pandemias sufridas a lo largo de la Historia no deja de ser muy inferior. Es probable que, de no haber ordenado los gobiernos de medio mundo el estricto confinamiento de la ciudadanía en sus hogares, hoy estaríamos lamentando la pérdida de decenas de millones de vidas. Dejando a un lado las epidemias en el Mundo Antiguo, que recuperaremos más adelante (*infra* n. 7), la temible Peste negra asoló el mundo en el medioevo desde mediados del s. XIV. Los historiadores estiman los efectos de esta devastadora pandemia en torno a los 85 millones de decesos, producidos en Asia, África y Europa. Rebotes de la peste negra se sufrieron hasta el s. XIX, época en la que gracias a los avances de la Medicina sus consecuencias pudieron ser controladas. La mal llamada Gripe española, pues tuvo su origen en Kansas (Estados Unidos), entre 1918 y 1919, afectó a una tercera parte de la población mundial y es una de las causas de la aparición de la gripe estacional (que esta última, por cierto, sigue causando un importante número de fallecimientos anualmente). Más recientemente, y obviando otros brotes que afectaron a países concretos a lo largo de los s. XX y XXI, la epidemia causada por el sida (VIH, virus de inmunodeficiencia humana) se ha llevado por delante a más de 30 millones de personas desde 1981. En 2003, la conocida como Gripe aviar, el ébola en 2014 (aunque su primer estallido se produjo en África en 1976) con una letalidad extrema (en torno al 83%), o el zika en 2015, originado en Brasil, son los últimos ejemplos de enfermedades infecciosas de origen animal que han provocado no solo muertes a gran escala, sino una profunda alarma social. Un repaso más amplio de estas y otras epidemias puede consultarse en P. Galeana, “Las epidemias a lo largo de la Historia”, en *Antropología Americana* 5, núm. 10, 2020, 13-45. J.L. Beltrán Moya, “El miedo a las epidemias. Una perspectiva desde la historia”, en *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo* 48, 2015, 19-29.

medida el impacto real que ha producido en todos los órdenes de nuestra vida cotidiana.

A todo lo anterior hay que unir el despertar de un sentimiento siempre presente en la vida del ser humano: el miedo a morir. Debido al elevado número de decesos diarios en nuestro país –y otros de nuestro entorno– durante los primeros meses de pandemia, es evidente que muchos en algún momento han sentido esa inquietud de un modo más directo. Sabido es que la vida es potencialmente peligrosa, pero la aparición de un factor de riesgo inesperado como este contagioso virus ha vuelto a poner de manifiesto la fragilidad de la naturaleza humana. Es en estas situaciones cuando, además, las personas reparan en dejar resueltos sus intereses jurídicos, especialmente los relativos a su sucesión hereditaria. Desde la época romana, el principio de revocabilidad del testamento permite al ciudadano, a partir del instante en que se le reconoce la *testamentifactio activa*, disponer *mortis causa* en cualquier momento de su vida, sin tener que esperar hasta alcanzar una edad lo suficientemente avanzada que presagie la proximidad del fin de la existencia. Sin embargo, es evidente que no siempre se ha tenido, ni se tiene, la previsión de proceder de ese modo, y esto puede ocasionar en algunas circunstancias –esta pandemia es una de ellas– que surja el apremio de otorgar testamento (o modificar el ya hecho) ante un peligro inminente de muerte<sup>2</sup>. En nuestra tradición jurídica, algunos

---

<sup>2</sup> La literatura nos ha legado un buen puñado de escenas de nobles, reyes y otros personajes más humildes dictando su última voluntad en el lecho de muerte, ante testigos y en presencia o no de un Escribano. Suetonio relata que Horacio instituyó heredero de viva voz a Augusto ante la imposibilidad de redactar el testamento por la gravedad de su enfermedad (Suet. *Vit. Hor. in fine*). Plin. *Ep.* 2-20.7: «*Veleyo Bleso... se encontraba en su lecho de muerte y deseaba cambiar su testamento...*». La modificación del testamento de un ex cónsul poco antes de morir, también en Plin. *Ep.* 2.20.7-9. En Val. Max. 2.6.8, contemplamos la distribución de los bienes hereditarios hecha por una dama de la alta sociedad griega momentos antes de suicidarse. La interesante obra de A. Matilla Tascón, *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias. Selección y Transcripción*, Instituto de Estudios Madrileños 1983, recopila un número importante de testamentos otorgados en el lecho de muerte, generalmente con la intervención de Escribano. Recuérdese, asimismo, el cómico argumento de la ópera “Gianni Schicchi” de Puccini, basada en un relato de la Divina Comedia, en el que los

viejos fueros y el Código Civil han tenido en consideración el riesgo objetivo de muerte para regular una forma extraordinaria de testar (aunque en el Código no está enunciada entre los testamentos especiales del artículo 677). Paradójicamente, el Derecho Romano no reguló un testamento especial por peligro inminente de muerte, al menos en época clásica, aunque alguna de las formas testamentarias, ordinarias y extraordinarias, reconocían implícitamente ese riesgo; y es paradójico, porque la vida era potencialmente más peligrosa en el mundo antiguo que en la época actual. Pero, sin embargo, sí reguló una forma especial testamentaria en caso de epidemia, debido a que el ser humano las ha sufrido desde tiempos remotos y los romanos no fueron ajenos a las mismas. Un testamento similar tiene también cabida en nuestro Código Civil, aunque durante muchos siglos nuestros antepasados anduvieron huérfanos de una forma similar. En las próximas páginas examinaremos dichos antecedentes romanísticos y los de nuestro Derecho histórico<sup>3</sup>, y comprobaremos la practicidad de los tipos testamentarios prescritos en el Código Civil en las circunstancias adversas que nos está tocando vivir.

---

familiares de un hombre recién fallecido que habían sido excluidos en su testamento, deciden suplantar al finado y otorgar nuevo testamento, en el mismo lecho en que ha fallecido y ante notario, distribuyéndose la herencia. Para esto, uno de ellos se hace pasar por el testador engañando al notario, pero también al resto de familiares que cumplían la función de testigos, pues en un alarde de ingenio dispuso los bienes importantes para sí mismo ante la impotencia de los testigos.

<sup>3</sup> He tenido la ocasión en el pasado de tratar alguno de estos temas, que tras oportuna revisión y actualización constituyen la columna vertebral de estas páginas. La actualidad de estas cuestiones me ha parecido merecedora de volver a dedicarle atención. Los artículos a los que me refiero son los siguientes: "Formas posclásicas testamentarias especiales: 1. Testamentum tempore pestis", en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, vol. I, Salamanca 2002, 213-235; "Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti...is si subita morte urgebatur» (Breve nota en torno a la mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte)", en *SCDR 28* (En memoria de José María Coma Fort), 2015, 221-233; "El peligro de muerte como fundamento de formas testamentarias especiales en el Derecho Romano y el Código civil", en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, dir. M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín, Madrid 2015, 925-939.

## II. Antecedentes históricos: *testamentum tempore pestis*

Del conjunto de testamentos especiales regulados por el Derecho Romano, el denominado *testamentum tempore pestis* es uno de los más escuetos. Solo disponemos de un texto en el que se menciona: una constitución de Diocleciano del año 290 (C.6.23.8, reproducida en un sentido parecido en *Bas.35.2.7*). La ley en sí misma no es lo suficientemente precisa para determinar las especialidades de este testamento, lo que motiva que se preste a una interpretación discutible; asimismo, fuera de la manualística, es difícil encontrar un tratamiento doctrinal amplio sobre el mismo<sup>4</sup>.

El texto de C.6.23.8 dice lo siguiente:

*"Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est. Non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata"*.

La simple lectura del *rescriptum* diocleciano suscita las primeras reflexiones. En primer lugar, destaca el hecho de que no aparece mencionada la peste en ninguna línea como causa de concesión de esta forma extraordinaria. Resulta entonces evidente que la denominación de *testamentum tempore pestis* es obra de la

---

<sup>4</sup> Sobre la problemática de este testamento han llamado la atención algunos autores, aunque suelen ser menciones bastante básicas y antiguas. Así, por ejemplo, L. Arndts, *Trattato delle Pandette*, vers. ital. di F. Serafini, vol. III, Bologna 1879, 166. B. Windscheid, *Il Diritto delle Pandette*, trad. di C. Fadda y P.E. Bensa, vol. III, Torino 1925, 142 n. 7. B. Kübler, "Testament (juristisch)", en *PW* 58, 1002. C.F. von Glück, *Commentario alle Pandette*, ed. ital. di F. Serafini, Libro XXIX, parte prima (trad. y notas de P. Bonfante), Milano 1907, 107. A. Rivier, *Traité élémentaire des successions a cause de mort en Droit Romain*, Bruxelles 1878, 69 n. 4. B. Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*<sup>2</sup>, trad. de M. Fairén, Barcelona 1960, 70 n. 96. G. Branca, *Testamenti speciali. Pubblicazione dei testamenti (arts. 609-623)*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1988, 17 n. 2. P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa corretta della X edizione, Milano 1987, 481 n. 24. M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. 1. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 242 n. 1. Recientemente, J.M. Blanch Nougues, *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*, Apertura Curso Académico 2020-2021 CEU Universidad San Pablo, Madrid 2020, 20.

tradición<sup>5</sup>. Como consecuencia de esto se plantea la duda, en segundo lugar, de si verdaderamente la atenuación de las formalidades testamentarias que concedía esta forma estaba en relación con la aparición de una epidemia de peste. Diocleciano habla de un acontecimiento extraordinario de fuerza mayor (*casus maioris ac novi contingentis ratione adversus*) en el que haya peligro de contagio (*timorem contagionis*), circunstancia que influía en los testigos que debían participar en el acto testamentario, pues ante el temor de contagiarse (*quae testes deterret*) evitarían estar próximos al testador afectado. Al hablar expresamente de un contagio se descarta que la forma testamentaria pueda ser utilizada en cualquier otro caso de fuerza mayor o accidente sufrido por el testador. El impreciso inicio de la constitución con esa referencia genérica al *casus maioris* daba pie a pensar en ello. Pero se alude a una enfermedad contagiosa, y todo hace pensar que esta tiene que ser la peste, tanto por la época en que es promulgada la ley<sup>6</sup> como por los particulares y letales efectos de esta enfermedad<sup>7</sup>. Otras afecciones epidémicas como la malaria o el

---

<sup>5</sup> P. Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. II<sup>2</sup>, Milano 1963, 101, y A. Torrent, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid 2005, 1345, lo denominan *testamentum tempore pestis conditum*.

<sup>6</sup> Blanch Nogués, *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae*, cit., 24.

<sup>7</sup> La peste es una terrible enfermedad infectocontagiosa cuyos efectos devastadores hicieron que en el medioevo se la conociera como "la muerte negra". Su poder de contagio era extraordinario: se transmitía por el aire, a través de toses, estornudos y otros contactos más directos con el afectado, y no existiendo cura los índices de mortalidad eran elevadísimos. La peste suele relacionarse con la Edad Media, pero su existencia es muy anterior. Los griegos padecieron ya una importante epidemia en el año 429 a.C. y el mundo romano fue asolado por otras de particular virulencia en distintas ocasiones: a mediados del siglo II d.C., bajo el reinado de Marco Aurelio, también a lo largo del siglo III y especialmente desde el año 250 (la constitución de Diocleciano es algo posterior), sin olvidar la terrible plaga sufrida en época de Justiniano. Tales epidemias y otras aparecen recordadas en las fuentes literarias: Oros. *Hist.* 5.4.8. Dio Cass. 53.33.4; 54.1.1-2; 73.14. Tac. *Ann.* 16.13.1-2. Suet. *Nero* 39.1. La peste en Grecia, en Procop. *De bello Persico (Historia de las guerras)* 2.22-23. Tuc. *Guerra del Peloponeso* 2.47-54. Véase O.J. Benedictow, *La peste negra (1346-1353). La historia completa*, trad. de J.L. Gil Aristu, Madrid 2011, 59-65. W. Scheidel, «Progress and problems in Roman demography», en *Debating Roman Demography*, ed. by W. Scheidel, Leiden-Boston-Köln 2001, 30 ss. A. Pudsey, «Disability and Infirmitas in the Ancient World. Demographic and biological facts in the longue durée», en *Disability in*

cólera, que también se padecieron en época romana<sup>8</sup>, no tenían los mismos índices de mortandad que la peste y probablemente no generaran el mismo pánico en la sociedad<sup>9</sup>. Si el privilegio testamentario de C.6.23.8 hubiese servido para cualquier otra enfermedad contagiosa, es más que probable que tuviésemos más referencias al respecto, tanto jurisprudenciales como literarias, puesto que se habría convertido en una forma testamentaria muy utilizada. Como bien dice Glück<sup>10</sup>, eso habría dado lugar a una infinidad de testamentos otorgados en el lecho del enfermo, algo en lo que no pensaba el emperador pues lo limitaba específicamente a circunstancias extraordinarias y de naturaleza especial. Que no aparezca señalada la peste como *ratio legis* de la norma puede explicarse también por el hecho de tratarse de un *rescriptum*: puesto

---

*Antiquity*, ed. by Ch. Laes, London-New York 2017, 24 ss. Galeana, “Las epidemias a lo largo de la Historia”, cit., 14-20. J. Ellul, *Historia de las instituciones de la Antigüedad*, trad. y notas por F. Tomás y Valiente, Madrid 1970, 343. J. Fernández Ubiña, *La crisis del s. III y el fin del mundo antiguo*, Madrid 1982, 57. I. Asimov, *Constantinopla*<sup>2</sup>, Madrid 1983, 83 y 89; N.H. Baynes, *El Imperio bizantino*, trad. de M.L. Díez-Caredo y F. Giner de los Ríos, 5ª reimpr., México 1949, 37. Blanch Nougues, *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae*, cit., 21-25. En relación con la pandemia justiniana, existe un monográfico colectivo sobre la misma: *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541–750*, ed. by L.K. Little, Cambridge University Press 2007.

<sup>8</sup> Vid. especialmente R. Sallares, *Malaria and Rome: A History of Malaria in Ancient Italy*, Oxford University Press 2002, *passim*.

<sup>9</sup> Una línea doctrinal antigua que data de la época de la Glosa (y que puede verse en Glück, *Commentario alle Pandette*, XXIX, parte prima, cit., 202 y 207, y Windscheid, *Il Diritto delle Pandette*, vol. III, cit., 142 n. 7) enfocó el estudio de este testamento de una manera mucho más amplia, pues entendió que Diocleciano había contemplado también dentro del testamento *tempore pestis* las circunstancias derivadas de la epilepsia y otras enfermedades de relativa importancia. No parece plausible la idea, pues un ataque de epilepsia no conlleva ningún contagio. A la epilepsia en sí misma le dedicó Justiniano cierta atención en C.6.23.28 (a. 530), también en un contexto testamentario, relajando la unidad de acto cuando uno de los testigos sufriera un ataque de epilepsia o el mismo testador, enfermo, padeciera de incontinencia (provocando su natural vergüenza). Pero esta disposición no instituía ningún tipo de testamento extraordinario, porque Justiniano indicaba que mientras durara el ataque podía pararse el acto testamentario, continuando y concluyéndolo cuando hubiera cesado aquél.

<sup>10</sup> Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 207.

que no es un edicto, el emperador no tiene por qué formular la disposición en términos más generales, pues estaba contemplando uno o varios casos particulares que estimó extraordinarios por razón de enfermedad contagiosa; esto no significa que la ley tuviera un alcance limitado, sino que como casi todos los *rescripta* imperiales pasaban a tener eficacia general al igual que si se tratara de *edicta*, sin agotarse en el caso contemplado. La presunción se puede apuntalar, por último, por medio de los comentarios de algunos eruditos antiguos. Plinio dedica el inicio del libro XXVI de su *Naturalis historia* a las enfermedades conocidas y, al hablar de la peste, subraya la rapidez de los contagios y su carácter epidémico<sup>11</sup>. Por otro lado, Isidoro de Sevilla habla en profundidad de la peste y la relaciona directamente con el vocablo “contagio” en sus *Etimologías*: 4.6.17. “«Peste» es lo mismo que «contagio», porque, cuando uno está afectado, al punto se lo transmite a los demás. Tiene su origen en el aire corrompido, y encuentra su campo de cultivo en las vísceras en que penetra. Aunque esta enfermedad está muchas veces provocada por las propiedades que el aire tiene, no ocurre nunca, sin embargo, sin la decisión de Dios omnipotente. 18. Se la llama pestilentia, que viene a equivaler a pestulencia, porque depascat (devora) como un incendio, así (Virg., En. 5,683): «La peste desciende por todo el cuerpo». Del mismo modo, «contagio» deriva de contingere, porque transmite la enfermedad al que toca. 19. Se llama también inguina, por el tumor que se presenta en las ingles. Igualmente se conoce como lues (epidemia), derivada de labes (ruina) y de luctus (aflicción), y es tan rápida que no da ocasión a esperar la vida o la muerte, ya que la repentina enfermedad trae consigo la muerte”<sup>12</sup>.

A primera vista, la especialidad de esta forma radica en que, constatada la epidemia de peste en un determinado lugar o afectado el testador por dicho mal, se permite el otorgamiento de testamento sin la estricta observancia del requisito de la *unitas actus*; es decir, se dispensa a los testigos de que se reúnan todos juntos en presencia del testador. Parece natural pensar que a un enfermo de peste le sería harto complicado convencer y reunir a los testigos reglamentarios

---

<sup>11</sup> Plin. *Nat. Hist.* 26.1-5.

<sup>12</sup> Isid. *Etym.* 4.6.17-19 (trad. de J. Oroz Reta y M.-A. Marcos Casquero).

para que el acto testamentario tuviera validez. Por eso este rescripto, como tantos otros de Diocleciano según Amelotti<sup>13</sup>, tiene su razón de ser en la *humanitas* del emperador, sensible ante la realidad de que un enfermo pudiera morir intestado debido a la negativa de los testigos a intervenir en el acto (ante el temor del contagio). En otras palabras, se trata de un testamento especial porque se atenúa la observancia de uno de los requisitos: la *unitas actus*. Lo que quiere decir Diocleciano, siempre en un examen preliminar, es que los testigos están excusados de concurrir simultáneamente y de ponerse en relación directa con el testador enfermo. Sin embargo, no dispensaba el legislador del requisito del número de testigos necesarios, que seguían siendo cinco o siete según el testamento fuese oral o escrito: *non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata*, lo que en cierto modo privaba de mayores ventajas prácticas al testamento.

La interpretación del texto imperial no es, sin embargo, tan sencilla como la que acaba de exponerse; esta es, no obstante, la que cuenta con mayor aceptación doctrinal<sup>14</sup>, pero caben otras interpretaciones que también cuentan –o han contado– con cierto apoyo en algún sector científico antiguo<sup>15</sup>. Y en todo caso, en relación

---

<sup>13</sup> M. Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 154 ss.

<sup>14</sup> Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 481 n. 24. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., 242 n. 1. Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 193-194. M. Kaser, *Derecho Romano Privado*, vers. direc. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz, Madrid 1968, 314. A. Torrent, *Manual de derecho privado romano*, Madrid 2008, 627. ID. *Diccionario de Derecho Romano*, cit., 1345. A. Guarino, *Diritto privato romano*, 7ª ed., Napoli 1984, 397. R. Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, 17ª ed. corr. por L. Mitteis, trad. de W. Roces, Madrid 1928, 548-549. J. Iglesias, *Derecho Romano*, 12ª ed. rev. con la colab. de J. Iglesias-Redondo, Barcelona 1999, 400. Branca, *Testamenti speciali*, cit., 17 n. 2. Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., 70 n. 96. S. Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. II, Firenze 1908, 427. P. Gómez de la Serna, *Curso histórico-exegético de Derecho Romano comparado con el español*<sup>3</sup>, vol. I, Madrid 1863, 371. F. Samper Polo, “La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar”, en *AHDE* 38, 1968, 106. F. Gutiérrez-Alviz, *Diccionario de Derecho Romano*<sup>3</sup>, Madrid 1982, 667. Blanch Nougues, *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae*, cit., 20.

<sup>15</sup> La literatura más antigua sobre este testamento puede cotejarse en Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 193-209.

con la opinión mayoritaria habría que reflejar una serie de matizaciones.

El principal problema estriba en la distinta redacción de una frase del texto de la constitución diocleciana que aparece en algunas ediciones antiguas del Código. Efectivamente, el manuscrito de Verona emplea la expresión "*testes...morbo oppresso*", que se refiere a los que son testigos del que está atacado por la enfermedad (el testador); pero algunas vulgatas, como los Códigos de Berlín y de Casino, recogen "*morbo oppressos*", indicando que son los testigos los que están afectados por la enfermedad. La contradicción tiene difícil solución<sup>16</sup>, pero en el empeño de saber cuál fue la redacción original hay que recordar, en primer lugar, que el otro fragmento en que se alude a esta forma testamentaria, *Bas.35.2.7*, lo hace en un sentido idéntico al código veronense, es decir, indicando que es el testador quien está enfermo<sup>17</sup>. Así pues, la primera deducción sería que el emperador ante todo contempla el caso de que sea el testador quien esté enfermo. Y en verdad es poco verosímil que el testamento extraordinario surja por la coyuntura de que uno o varios testigos se hallen afectados por la peste; en este supuesto serían los testigos los que se encontrarían en una situación extraordinaria, no el testador, de ahí que no pueda sostenerse la justificación de un estado de necesidad en éste que le obligue a otorgar testamento. Si el testador está sano no tiene por qué tener urgencia en ordenar su testamento, máxime si comprueba que alguno de los testigos a quien piensa convocar está contaminado por esta grave enfermedad. La interpretación contraria fue una dirección doctrinal seguida por varios autores desde la Glosa, aunque hoy

---

<sup>16</sup> Glück lo estudió en profundidad y no pudo llegar a conclusiones definitivas, pues hasta desde el punto de vista lingüístico es factible usar, con las debidas matizaciones, ambas expresiones; otras posibilidades como que se trate de un error del copista o que la constitución fuese originariamente publicada en griego y posteriormente traducida para su inclusión en el *Codex*, son también contempladas por este autor en *Commentario alle Pandette*, cit., 195 ss. Véase asimismo, Blanch Nougues, *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae*, cit., 20.

<sup>17</sup> *Bas.35.2.7*: "*Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eius ut separatim ab eo testamentum signent*".

puede estimarse infundada con arreglo al fragmento de los *Libri Basilicorum* citado y al hecho de que en esta época no hay ningún privilegio testamentario en relación con la falta de testigos o enfermedad en alguno de ellos.

Ahora bien, esa frase en concreto plantea otra cuestión interesante que no puede pasarse por alto. Hablamos ahora de si el *testamentum tempore pestis* podía ser utilizado por cualquiera en todo lugar en que se hubiera declarado una epidemia de peste o si tan solo se permitía a los ya afectados por la enfermedad. Se ha visto que el texto del manuscrito veronés y el de las Basílicas, por medio de "*oppresso*", parecen indicar que el testador debe estar enfermo; por el contrario, el "*oppressos*" de las vulgatas que da a entender que pueden ser otros los contagiados (los testigos), en cierto modo supone un indicio de que el privilegio testamentario se extendía a cualquier persona que se encontrara en un lugar infectado por la peste. En otras palabras, lo que sugiere esta segunda interpretación es que el *testamentum pestis tempore* tenía validez en aquellos lugares en que se declaraba una epidemia de peste. Es otra de las cuestiones complejas que no puede descartarse sin más, pues tiene ese apoyo. Más bien habría que considerar, como ya lo han hecho otros<sup>18</sup>, que es posible que las dos hipótesis estuvieran contempladas por la ley diocleciana. Ahora bien, de ser esto así, es decir, si la validez del testamento está en relación con el lugar en el que se ha otorgado, con independencia de que el disponente esté o no esté contagiado, debemos pensar que se habría extendido el privilegio solo en un momento posterior, pues una medida de carácter tan amplio como sería ésta encaja mal con la praxis y el espíritu habitual que guía los *rescripta*<sup>19</sup>, orientados a resolver controversias jurídicas de índole particular, aunque luego la mayoría de ellos, tras su codificación o recepción por parte de los juristas, llegasen a tener eficacia general. Una medida de carácter tan

---

<sup>18</sup> V. gr., Bonfante anotando a Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 209 n. i (= *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 481 n. 24). Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., 70 n. 96. Windscheid, *Il Diritto delle Pandette*, cit., 142 n. 7. Cf. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, cit., 243 n. 2.

<sup>19</sup> Véase Amelotti, *ibidem*.

general podría haber sido establecida por una ley general (edicto), o en último caso, el legislador habría sido más explícito en su constitución. Me inclino a pensar, entonces, que el rescripto primariamente otorgaba validez a un testamento en el que no se observó la unidad de acto por el temor de los testigos a aproximarse al testador enfermo, y que una vez admitida ya con generalidad esta nueva forma testamentaria, la praxis (la necesidad real en tiempo de epidemia) llevó a la convicción de que era aconsejable relajar la observancia de la forma ordinaria en los lugares atacados por la pestilencia el tiempo en que durara la epidemia.

En todo caso, el testamento en tiempo de peste permitía a los testigos no entrar en contacto directo con el testador y cumplir con su función en momentos distintos, ya fuera escuchando la última voluntad por boca del testador o sellando el testamento si este era escrito. Sin embargo, también la atenuación de la *unitas actus* plantea algunas incógnitas<sup>20</sup>. Por un lado, si el testamento es oral es preciso que los testigos puedan ver y oír al testador para poder garantizar posteriormente el contenido de las disposiciones testamentarias. Esto implica necesariamente cierta proximidad a la persona del disponente con el consiguiente peligro de contagio. ¿Cómo intervenían entonces los testigos? Es difícil saberlo, pero puede que desde esta época fuese ya práctica habitual, como lo sería luego en la Edad Media, asistir al acto testamentario desde una habitación contigua, desde la calle o a través de una ventana abierta, ya que es imprescindible una mínima relación directa con el testador. En principio es algo que no sabemos, aunque, desde luego, en un gran número de casos el testador se vería obligado a manifestar su voluntad de forma oral (de viva voz) ante la celeridad del proceso de la enfermedad.

Por otro lado, si el testamento es escrito nos hallamos ante un problema parecido, porque los testigos tendrán que ponerse en relación directa con el testador en algún momento para que este les muestre las *tabulae* que han de sellar posteriormente. Si el escrito

---

<sup>20</sup> Vid. Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 197-198.

testamentario les es presentado por persona distinta del testador no hay certeza alguna de que las tablillas contengan realmente un testamento. Así pues, se plantean los mismos interrogantes que para la forma oral: ¿cuándo y cómo intervienen los testigos? De nuevo tendríamos que asirnos a la hipótesis anteriormente descrita de que los testigos se encuentren en otra estancia o en el exterior de la casa, pero siempre desde un lugar en que puedan ver al disponente (y, en este caso, las *tabulae*). El mismo Diocleciano, en una ley publicada apenas unos días más tarde de la que venimos estudiando, se refiere precisamente a la relajación de la *unitas actus* de los testigos:

C.6.23.9: "*Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet*".

Dice el legislador que los testigos tienen que estar "*in conspectu testatoris*", en presencia del testador, salvo que se hubiese dispensado esta formalidad por medio de un privilegio especial de un lugar: "*speciali privilegio patriae tuae*". El emperador, a través de esta otra constitución, permite que los testigos no se encuentren cerca del testador (atenuación de la unidad de acto) cuando tal prerrogativa haya sido expresamente concedida (privilegio especial) a una ciudad o región determinada. Así que en realidad lo que hace es ratificar cierta costumbre jurídica local o una disposición imperial anterior de la que no tenemos constancia. Apenas seis días separan ambas constituciones, así que la pregunta surge automáticamente: ¿C.6.23.9 es la respuesta que explica la intervención de los testigos en el *testamentum tempore pestis*?<sup>21</sup> Realmente hay argumentos a favor y en contra de esta conjetura. En relación con los segundos, resalta el hecho de que en C.6.23.8 se habla de la *relaxatio* de las formalidades por causas de fuerza mayor (la epidemia de peste), mientras que en C.6.23.9 se alude a un derecho especial por razón del lugar que casa mal con la *ratio legis* de la constitución precedente. Siendo además contemporánea la publicación de ambas leyes, parece verosímil pensar que Diocleciano y Maximiano habrían aludido al privilegio

---

<sup>21</sup> Cf. Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 198.

testamentario concedido en atención a la epidemia si ése hubiese sido realmente el problema suscitado en el *rescriptum* de C.6.23.9; pero no lo hicieron, de ahí que nos encontramos con motivaciones muy diferentes en una y otra ley. Pero, por otro lado, hay otros argumentos que pueden hacer pensar que C.6.23.9 se refiere indirectamente a C.6.23.8, pues ¿qué zona o región del Imperio tuvo concedida tal prerrogativa en materia de testamento? No hay noticias de que se diera ni antes de Diocleciano ni tampoco después, aunque Justiniano mucho tiempo después aceptara dicha disposición en el *Codex* como legislación vigente. Cabe la posibilidad de que en los siglos IV y V en el ámbito de la zona oriental se pudiera haber decretado tal privilegio y no tener noticia al respecto, como ha sucedido con alguna otra institución bajoimperial y provincial; pero parece hartamente improbable que en los siglos II y III se hubiera permitido una forma de testamento simplificada y no encontremos ninguna mención ni en la jurisprudencia ni en otras constituciones imperiales, toda vez que conocemos, por ejemplo, la disposición de Alejandro Severo que permitía el empleo del griego en los testamentos otorgados en la provincia de Egipto. Así pues, de nuevo nos encontramos con otro problema de difícil solución, porque no hay ningún otro testamento en la experiencia jurídica romana que atenúe la *unitas actus* salvo el *tempore pestis*. Samper Polo ha pensado que estas dos constituciones se refieren implícitamente al testamento pretorio, que para este autor no requería estrictamente la unidad de acto<sup>22</sup>, pues todo se reducía a unas tablillas selladas por siete testigos. Pero si el testamento pretorio desplazó en la práctica al civil ya en época clásica, y el pretorio no requiere la *unitas actus*, ¿cómo se explica el mantenimiento de este requisito en la jurisprudencia y en la legislación imperial de todo ese período? La idea que plantea este autor aplicada a nuestro caso, en concreto a C.6.23.9, aunque sugerente, sería casi como afirmar que para Diocleciano el testamento pretorio era una forma especial por razón del lugar, especial porque permitía que no se llevara a cabo la

---

<sup>22</sup> Samper Polo, "La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar" cit., 106-107; en un sentido parecido cf. A. d'Ors, "El "Testamentum Porcelli" y su interés para la historia jurídica", en *RIDA* 2, 1955, 233.

unidad del acto (presencia simultánea de los siete testigos). Observando estos argumentos, no resultaría entonces demasiado extraño que la segunda constitución (C.6.23.9) contuviera una referencia velada –implícita– al testamento en tiempos de epidemia y permitiera que los testigos no se pongan "*in conspectu testatoris*" cuando este se encuentra aquejado de la enfermedad mortal, aunque en el estado actual de las fuentes no es fácil pronunciarse en un sentido o en otro.

No obstante, una cosa sí sabemos segura sobre la intervención de los testigos en este testamento: la relativa a la *obsignatio*, que aparece explicada en un texto y proporciona valiosa información sobre el problema que estamos exponiendo. Desde la época de Cicerón en que se extiende el uso del testamento escrito para rodear de mayores garantías al acto<sup>23</sup>, los testigos culminan su intervención sellando las *tabulae* que les presenta el testador como testamento. Son los sellos los que dan autenticidad al testamento escrito, toda vez que el requisito de la firma de los testigos es posterior a la época de Diocleciano<sup>24</sup>. Pues bien, la relajación de la *unitas actus* de que habla C.6.23.8 y 9 está en relación directa precisamente con la *obsignatio* de los testigos<sup>25</sup>, pues en realidad lo que se permite es sellar el

---

<sup>23</sup> Aunque el *testamentum per aes et libram* precisaba la forma oral para su validez (derivada de la *mancipatio*), desde la época de Cicerón se había consolidado la costumbre de consignar por escrito las disposiciones testamentarias en unas *tabulae*, sobre todo a los puros efectos probatorios. A continuación, las tablillas eran selladas externamente por los testigos con el objeto de evitar su falsificación antes de la muerte del disponente (*obsignatio*). El pretor lo exigió como solemnidad y aceptaba la validez de todo testamento que estuviese precintado por los sellos de los siete testigos, concediendo la *bonorum possessio secundum tabulae* al que fuese designado heredero, dando así entrada, en definitiva, al llamado testamento pretorio. Vid. Cic. *Cluent.* 13.37; 14.41; 44.125; 59.162. *Inst.* 2.10.3 ss.; 4.18.7. D.29.3.1.2 (*Gai.* 17 ed. prov.); D.29.3.4 (*Ulp.* 50 ed.); D.29.3.7 (*Gai.* 7 ed. prov.).

<sup>24</sup> Véase Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., 63 ss. R. Núñez Lagos, "Documento en Roma", en *RDN* 68, 1970, 66 ss.

<sup>25</sup> Como pusiera de manifiesto A. Rodríguez Adrados en un magistral trabajo (*La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1996, 73 ss.), el sello (*signum*) comienza a tener relevancia jurídica en Roma a partir del momento en que el pretor otorgó la *bonorum possessio* a quien presentara las tablas

testamento de forma independiente (individualmente) o en distintos momentos, sin necesidad de realizar esta función en presencia del testador ya que los testigos le han visto u oído declarar su voluntad en un momento anterior. El fragmento de Bas.35.2.7 es, en este sentido, irrefutable: "*Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eius ut separatim ab eo testamentum signent*". Lo que subyace en este texto, y en el conjunto de las otras consideraciones que veíamos más atrás, es que la relajación

---

testamentarias precintadas por los sellos de los siete testigos que habían tenido que intervenir en el acto. Por Cicerón (*ad Att.* 7.2.3; *ad Q. frat.* 3.9.8; *Mil.* 18.48; *Cluent.* 13.37; 14.41; 44.125; 59.162) conocemos que en su época era una práctica común. Se trataba de sellos particulares, instrumentos materiales muy corrientes entre las clases altas romanas –un anillo con grabado (D.28.1.22.5, *Ulp.* 39 *ed.*)– que en última instancia cumplían con la función de asegurar la inviolabilidad del documento. Las cuestiones más puramente formales acerca de la forma de utilizar el *signum* ni siquiera estaban reguladas al final de la República: en la práctica se procedía con arreglo a la costumbre (Cic. *Cluent.* 13.37; 14.41; 44.125; 59.162) y habría que esperar hasta mediados del siglo I d.C. para que se dictaran las primeras disposiciones que precisaran su correcto uso, concretamente el senadoconsulto Neroniano del año 61, al que seguirían algunas constituciones imperiales (PS.5.25.6. Suet. *Ner.* 17). Sin embargo, al amparo de la importancia del *signum* en la praxis negocial, desde el año 81 a.C. en que el dictador Sila promulgó su *Lex Cornelia testamentaria nummaria* (también conocida como *Lex Cornelia de falsis*), se castigaba el uso fraudulento del sello, su falsedad, la manipulación o destrucción del mismo en el testamento (D.48.10.2, *Paul.* 3 *Sab.* D.47.11.6.1, *Ulp.* 8 *de off. procons.* D.48.10.30 *pr.*, *Mod.* 12 *pand.* PS.4.7.1. PS.5.25.1. *Inst.*4.18.7). Así que el Derecho Penal republicano ya se preocupó de vigilar y sancionar con dureza cualquier acción que privara al sello de su función de garantía. En líneas generales, los testigos tenían que precintar el exterior de las *tabulae* con los *signa*, pero se daba la circunstancia, poco funcional a efectos prácticos y probatorios, de que estaba permitido signar las tablillas tanto con el sello propio como con uno ajeno (D.28.1.22.2, *Ulp.* 39 *ed.* C.6.23.12. *Inst.*2.10.5). El hecho de ser un sello privado y la posibilidad de utilizar el de otra persona cuando uno no disponía de sello propio reducía la fiabilidad de este instrumento: no constataba de forma clara la identidad del autor o testigo del documento. Aun así, al pretor le incumbía convocar a los testigos una vez abierta la sucesión para que reconocieran sus *signa* (D.29.3.4, *Ulp.* 50 *ed.* D.29.3.7, *Gai.* 7 *ed. provinc* C.6.23.12). El formalismo del sellado requerido por el Edicto del Pretor pasó a ser un requisito de *iure civile* a partir de la importante constitución en materia testamentaria de Teodosio y Valentiniano del 439 d.C. Véase asimismo, A. Rodríguez Adrados, "Identificación de los sujetos jurídicos, especialmente en el Derecho medieval y en sus documentos notariales", en *RJN* 46, 2003, 181-210. Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., 64-65.

de la *unitas actus* del *testamentum tempore pestis* (y la propia de C.6.23.9) se refiere básicamente al momento del sellado de las *tabulae*<sup>26</sup>. Ya se ha subrayado que es imprescindible una mínima relación directa con el testador en el momento en que este declara de viva voz su voluntad o presenta las tablillas afirmando que ahí está contenida. Es factible pensar que, cubierto ese trámite, cada uno de los testigos ponga su sello en momentos diferentes sin entrar más en contacto con el testador u otras personas que puedan estar afectadas por la enfermedad. De esta forma se simplifica la unidad de acto. No era una garantía absoluta de evitar el contagio, pero a si esto le sumamos la prudencia de los testigos a aproximarse en los actos preliminares, es dable pensar que ese temor, si no completamente disipado, sí puede reducirse lo suficiente como para que el testador alcance el objetivo de testar.

En caso de que el testamento fuese oral los testigos no tenían que sellar ningún escrito testamentario. Esta dualidad entre testamento oral y testamento escrito es poco trascendente en realidad para nuestro objeto de estudio, ya que desde mucho tiempo atrás se había impuesto en la práctica el testamento escrito. Pero ello no es óbice para que nos preguntemos a qué tipo de testamento aludía Diocleciano cuando prescribía el mantenimiento de la observancia de las otras solemnidades. Dice C.6.23.8 que no debe haber variación en el número de testigos, ordenando que sean los mismos que en el testamento ordinario. Luego, ¿se refiere a los cinco del civil o a los siete del pretorio? Es casi seguro que la ley contemple el testamento pretorio y, por tanto, el *testamentum tempore pestis* precise para su validez de la intervención de siete testigos. Las razones son bien sencillas. Conocidas son las preferencias del romano por la forma testamentaria escrita desde hacía ya bastante tiempo, modo que le reportaba la ventaja de evitar el acto siempre engorroso de la *mancipatio*. En este sentido, la caída en desuso del acto de la *mancipatio* se constata ya durante la época clásica, especialmente en la zona oriental y entre los ciudadanos de origen provincial. Por otro lado, la

---

<sup>26</sup> Así lo cree también Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 199.

diferencia en el número de testigos entre uno y otro tipo de testamentos es en realidad relativa, pues el pretorio exige siete, pero el civil, además de los cinco que deben actuar como testigos, reclama la presencia de dos participantes más: el *libripens* y el *familiae emptor*; de forma que en la práctica un testador, para la validez de su testamento, requiere siempre de la cooperación de siete sujetos. De hecho, lo que hace el pretor es considerar al *libripens* y al *familiae emptor* como meros testigos, y prácticamente viene a decir que, aunque no se haya realizado la *mancipatio*, el testamento vale si cuenta con los siete sellos. Así que Diocleciano, aunque en C.6.23.8 esté incluyendo ambas formas testamentarias, reivindica necesariamente para la validez del *testamentum tempore pestis* la actuación de siete participantes.

En última instancia, y ya como problema de índole práctico, la convocatoria expresa de siete testigos debió de ser un hándicap importante para el testador, pues sabiendo que está contagiado de peste, ¿cuántos estarían dispuestos a aceptar la función de testigo? Lo más probable es que solo personas muy allegadas al testador como amigos o vecinos y, aunque los romanos fueron un pueblo que gustó de fomentar e inculcar valores como el de la amistad o el auxilio, a buen seguro no sería éste un encargo que se realizara con demasiado gusto. De ahí que, en la praxis, y como han hecho las legislaciones modernas, más beneficioso para el testador habría sido una reducción del número de testigos.

Como se decía al principio, adentrarse en todas las cuestiones que directa o indirectamente están relacionadas con el sucinto C.6.23.8 conlleva algunas dificultades más de las que a simple vista parece. El *testamentum tempore pestis* se presta todavía a demasiadas conjeturas. Es extraño especialmente que no exista ni una sola referencia más de este testamento en las fuentes, sobre todo si pensamos que la constitución fue promulgada en un período en el que todavía existía actividad jurisprudencial y que trata de un acto jurídico importantísimo en la conciencia social del romano, así como de una enfermedad generalizada en todo el mundo civilizado, cuya virulencia no tenía parangón con lo conocido hasta el momento. El

silencio de las fuentes puede obedecer a su escasa aplicación o a que en realidad su uso no presentó tantos problemas como a nuestros ojos parece que pudo plantear, dadas las cuestiones que hemos abordado en estas páginas<sup>27</sup>.

### **III. ¿Existió un testamento en peligro inminente de muerte en el Derecho Romano?**

Llama la atención que un pueblo como el romano, que admiraba tanto el testamento y fue, además, su creador, no hubiese tenido la previsión de regular una especialidad testamentaria que contemplase directamente el peligro inminente de muerte, como sí ha hecho el Derecho moderno; o al menos desde la época clásica a la justiniana, pues vestigios de un primitivo testamento en peligro inminente de muerte tenemos a través de un comentario de Gayo en sus Instituciones, del cual muy poco se sabe, como tendremos ocasión de comprobar. Y llama la atención esta carencia por la peligrosidad inherente a las condiciones de vida en el Mundo Antiguo, donde la muerte rondaba peligrosamente cerca de todos los seres humanos, prácticamente desde el mismo instante en que saludaban a la vida<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Cf. Samper Polo, "La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar", cit., 197. Para este autor el *testamentum tempore pestis* no supone ninguna novedad respecto del testamento pretorio clásico, y en su opinión fue suprimido por la Nov.16 (a. 439) de Teodosio II y Valentiniano III. Afirma, por último, que el testamento ológrafo suplía con creces las ventajas del *tempore pestis*, algo con lo que no puedo estar de acuerdo si recordamos la fecha de promulgación de aquél (156 años después del testamento en tiempo de epidemia) y la escasísima vigencia que alcanzó en la experiencia jurídica romana. El testamento ológrafo tuvo una vida efímera en el Derecho Romano; de haber sido de otro modo, es evidente que habría reportado mucha más practicidad que el *tempore pestis* en caso de epidemia, pues no requiere testigos, pero dadas las circunstancias antedichas es irrelevante parangonar, o poner en relación, ambas formas testamentarias.

<sup>28</sup> La vida en la antigüedad era potencialmente más peligrosa que en la actualidad: las guerras, enfermedades comunes, el acto de dar a luz las mujeres, la falta de higiene, desplazamientos largos (viajes), epidemias, malnutrición, etc., eran causas ordinarias de muerte, a las que había que sumar el escaso desarrollo de la Medicina para atajar los males que acechaban al individuo. Niños y ancianos eran poblaciones de riesgo. Sobre la estimación de vida en el mundo romano: R.P. Saller, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge

Pero es posible que la costumbre extendida entre los *cives* de otorgar testamento repetidas veces a lo largo de su existencia, sencillamente eclipsara la necesidad de contar con esta forma específica de testamento. Por otro lado, algunas de las formas testamentarias romanas contemplaban expresa o implícitamente el riesgo real de fallecimiento del testador a la hora de rebajar los requisitos del acto. Dentro de estas encaja el *testamentum tempore pestis* que acabamos de ver, así como el *testamentum militis*, con el que comenzamos.

Ulpiano alude en un texto a los peligros de la guerra (cautiverio y muerte incluida) como uno de los fundamentos del testamento militar (D.29.1.44, *Ulp.* 45 *ed.*=D.37.13.1 *pr.*), pero sabemos bien que esta figura constituía un privilegio personal en atención a la particular condición que tenían los *milites*<sup>29</sup>. Teniendo en cuenta que el otorgamiento del *testamentum militis* no se circunscribía únicamente a las acciones bélicas, sino que su simplicidad estaba vinculada a la condición de *miles* del testador (D.29.1.42, *Ulp.* 45 *ed.*), resulta palmario que el peligro inminente de muerte no era sino una causa accesoria de este régimen testamentario especial; de ahí que los *milites* pudieran testar bajo esta modalidad también en tiempos de paz e incluso en el año siguiente a su licenciamiento. No está de más recordar, reforzando lo anterior, que Justiniano en su época lo reservó solamente para las ocasiones en que estuviesen en campaña militar (“*videlicet quum in expeditionibus occupati sunt, quod merito nostra constitutio induxit*”)<sup>30</sup>, de forma que puede advertirse una evolución clara pasando de ser un régimen testamentario especial o un

---

University Press 1997, 12 ss. I. Morris, *Death-Ritual and Social Structure in Classical Antiquity*, Cambridge University Press 1996, 31 ss. Ch. Laes, *Children in the Roman Empire. Outsiders within*, Cambridge 2011, 22 ss. K. Hopkins, “On the probable age structure of the roman population”, en *Population Studies* 20/2, Nov. 1966, 245 ss., 260 ss.

<sup>29</sup> Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., 73: para este autor no es una forma extraordinaria de testamento, sino «más bien un régimen particular, de forma y de sustancia, aplicable a los *milites*». Las fuentes señalan que las dispensas estaban fundadas en razones de gratitud por el peligro que la guerra entraña, así como en la *simplicitas*, impericia e ignorancia del Derecho por parte de los militares.

<sup>30</sup> *Inst.* 2.11 *pr.*; 2.11.3. C.6.21.17 (a. 529).

privilegio, hasta convertirse simplemente en una forma extraordinaria de testamento<sup>31</sup>. La prerrogativa de otorgar testamento los militares «*como quieran y puedan*» (“*faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint*”), repetido varias veces por juristas y legisladores, legitimaba la validez de testamentos dispuestos por medio del último aliento de vida de su disponente (en peligro inminente de muerte): así, v. gr., Constantino (C.6.21.15, a. 334) sancionaba el vigor del testamento “*si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet*”, fórmula luego recogida de modo idéntico por nuestras leyes de Partidas<sup>32</sup>; y válido era también el dictado con expresiones abreviadas, que no llegaron a ser completadas por la muerte del testador<sup>33</sup>. Se podía otorgar en riesgo inminente de muerte, pero también en cualquier otro instante de la vida castrense. En esto se diferencia fundamentalmente del arcaico *testamentum in procinctu*, que se limitaba a los momentos previos a entrar en combate.

Como decíamos más atrás, disponemos de un texto de las Instituciones de Gayo que se remonta a la época más antigua y sostiene que las dos formas testamentarias arcaicas (*testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*) fueron complementadas con una tercera modalidad, cuya finalidad era facilitar un acto testamentario al *civis* que no hubiera otorgado según las dos

---

<sup>31</sup> T. Duplá Marín, “Observaciones sobre la prueba del testamento militar”, en *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, Madrid 2000, 230.

<sup>32</sup> P.6.1.4: “*Queriendo fazer testamento algun caballero... seyendo en fazienda, veyendosse en peligro de muerte...lo puede fazer, como pudiere, e como quisiere... e aun con su sangre misma, escribiéndolo en su escudo, o en alguna de sus armas; o señalandolo por letras, en tierra, o en arena...*”. Otros vestigios del testamento militar en el Derecho histórico español, en J. J. Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid 2009, 447-449.

<sup>33</sup> Cf. D.29.1.1 pr. (*Ulp.* 45 ed.). D.29.1.40 pr. (*Paul.* 11 resp.). D.29.1.40.1 (*Paul.* 11 resp.). *Inst.*2.11 pr. C.6.21.3. C.6.21.15.

anteriores y se encontrara en una situación de peligro de muerte: “*Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur*” (Gai. 2.102). Se trata de la única forma testamentaria del Derecho Romano que menciona expresamente el peligro inminente de muerte.

Este “tercer género testamentario”, como denomina Gayo a la *mancipatio familiae*, no era ningún testamento nuevo; no se trataba de un negocio original *ad hoc* que guardase asimismo conexión alguna con los testamentos públicos comicial y castrense, sino la transformación o más bien la adaptación de un negocio existente de naturaleza real, pero *inter vivos*, la *mancipatio*<sup>34</sup>, en otro subtipo que valiéndose de su misma estructura desplegaba sin embargo efectos sucesorios (*mortis causa, mancipatio familiae*), lo que para nada es excepcional, pues la jurisprudencia pontifical adaptó este acto para fines muy diversos (constitución de servidumbres, adquisición de la *manus* sobre la mujer, etc.). Gayo se refiere a la *mancipatio familiae* como un tipo autónomo *mortis causa* distinto no solo de los dos testamentos formales arcaicos, sino también del posterior *testamentum per aes et libram*<sup>35</sup>, a pesar de que este último también se servía del esquema de la *mancipatio*. El nuevo negocio testamentario tuvo que ser una creación de la jurisprudencia pontifical<sup>36</sup>, porque en definitiva la interpretación y evolución de las antiguas instituciones jurídicas competía al colegio de los pontífices. El procedimiento era el siguiente: en peligro inminente de muerte, el *paterfamilias* realizaba

---

<sup>34</sup> Gai. 1.119. Vid. A. Corbino, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994, 16 ss. O. Behrends, “La *mancipatio* nelle XII Tavole”, en *IVRA* 33, 1982, 48 ss., 63 ss., 72. P. Voci, *Diritto ereditario romano. Introduzione. Parte generale*, vol. I<sup>2</sup>, Milano 1967, 88.

<sup>35</sup> M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 717.

<sup>36</sup> B. Albanese, “Osservazioni su XII Tab. 5.3 (*Uti legassit..., ita ius esto*)”, en *Annali Palermo* 45/1, 1998, 60-61, 66. L. Monaco, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 172-173.

una *mancipatio* de su patrimonio (*familia*) a favor de una persona de su confianza, un *amicus (familiae emptor)* a quien le encargaba que los distribuyera de una forma determinada tras su muerte.

Las limitaciones de las que adolecían los dos testamentos arcaicos nos proporcionan la primera pista para justificar la necesidad de contar con otra modalidad testamentaria: me refiero a las exiguas y concretas fechas previstas para otorgar testamento y al hecho de que probablemente no pudieran testar en igualdad de condiciones patricios y plebeyos<sup>37</sup>. En efecto, atendiendo al primer motivo, sabemos que el otorgamiento del testamento comicial quedaba constreñido a dos citas anuales, el 24 de marzo y 24 de mayo,

---

<sup>37</sup> El testamento arcaico comicial pudo ser un acto jurídico restringido: el ciudadano plebeyo, si quería evitar la apertura de la sucesión intestada, únicamente podía otorgar *in procinctu* como miembro de las milicias romanas, porque es probable que inicialmente no formara parte de los *comitia curiata* donde formalmente se celebraban las *adrogationes* que constituían la base del *testamentum calatis comitiis*, aunque siempre hablando en términos especulativos, pues no puede descartarse completamente lo contrario, y hay que contar, asimismo, con que las exigencias militares tuvieron que abrir las puertas del comicio curiado a todos los ciudadanos en disposición de luchar –como en época serviana lo haría el *comitiatus maximus*–, así que más pronto o más tarde los plebeyos formaron parte de la asamblea. Sobre el particular puede verse: T.J. Cornell, *Los orígenes de Roma c. 1000-264 a. C. Italia y Roma de la Edad del Bronce a las guerras púnicas*, trad. de T. de Lozoya, Barcelona 1995, 145-146. M. Kaser, *Storia del Diritto Romano*, Milano 1981, 27. A. Duplá, *La República romana arcaica (509-264 a.C.)*, Madrid 2003, 64. M. D’orta, *Saggio sulla “heredis institutio”*. *Problemi di origine*, Torino 1996, 38 ss., 92 ss., 117. M. Pérez Simeón, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona 2001, 23-25. Cf. Th. Mommsen, *Le Droit Public Romain*, vol. VI.1, trad. par P.F. Girard, Paris 1889, que no obstante la afirmación de que los plebeyos formaban parte de las curias en todo tiempo (p. 101), piensa sin embargo que tuvieron denegado el testamento comicial (pp. 87 y 102). En un sentido parecido, véase J.M<sup>a</sup>. Ribas Alba, *Democracia en Roma. Introducción al Derecho electoral romano*<sup>2</sup>, Granada 2009, 147 nts. 60 y 62. En todo caso, es evidente que la existencia de una tercera forma testamentaria interesaba de forma especial a los plebeyos, porque durante algún tiempo solo pudieron testar *in procinctu*, lo que en suma significaba una ampliación de un derecho que tenían más limitado que los patricios. Complementariamente, Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. I<sup>2</sup>, cit., 91. R. Quérenet, *Étude sur les différentes formes de testaments a Rome*, Paris 1881, 22. Biondi, *Sucesión testamentaria y donación*, cit., 41-42. M.F. Cursi, “La *mancipatio decemvirale* e il nuovo diritto dei plebei”, en *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, Goettingen 2014, 145 ss.

señalados en el calendario romano con las siglas *Q.(uando) R.(ex) C.(omitiavit) F.(as)*<sup>38</sup>, fechas en que los *comitia curiata* se convocaban para estos efectos (*comitia calata*), presididos por el *pontifex maximus* en época monárquica y por el *rex sacrorum* en la República. Por su parte, el testamento *in procinctu* se otorgaba ante el pueblo armado y preparado para salir a la contienda<sup>39</sup>, después de haber sido tomados los auspicios, de donde subyace el mismo carácter público-religioso que el *testamentum calatis comitiis*. Así pues, se disponía de un tipo testamentario para tiempos de guerra y otro diferente para tiempos de paz (pero su contenido era distinto: mientras que el primero servía para disponer de ciertos bienes, el segundo comportaba la designación de un *heres suus*), aunque a todas luces parecían unas fechas en exceso restringidas para quienes quisieran testar y tuviesen las prerrogativas para hacerlo. Una repentina enfermedad, la necesidad de emprender un largo viaje, que era una circunstancia que entrañaba un peligro real, o la lejanía de las fechas previstas para testar en los comicios eran motivos justificados para que el ciudadano deseara expresar sus últimas voluntades a través de un medio diferente. Así pues, la solución más práctica pasaba por poner a disposición de la ciudadanía otra forma testamentaria, en este caso el expediente de la *mancipatio familiae*, cuando no se pudiera testar de ningún otro modo, es decir, de forma excepcional<sup>40</sup>, y no parece descabellado pensar que la principal razón para hacerlo fuese, en primera instancia, un temor objetivo de perder la vida<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Gai. 2.101. Gell. 15.27.1. A. Magdelain, "Quando rex comitiavit fas", en *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain*, Roma 1990, 271 ss. P. Arces, "Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»", en *RDR* 11, 2011, 8. A. Watson, "Roman Private Law and the *Leges Regiae*", en *JRS* 62, 1972, 105.

<sup>39</sup> Plut. *Coriol.* 9.3, sugiere que podía otorgarse ante un grupo más reducido, el formado por los combatientes más próximos al testador. Vid. también Sch. *Ad Aen.* 10.241.

<sup>40</sup> F. Terranova, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 287-288.

<sup>41</sup> En contra: S. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, vol. I, Napoli 1932, 89 ss.

Pienso, entonces, que se le puede dar a Gayo todo el crédito para aceptar el peligro inminente de muerte como causa originaria de la *mancipatio familiae*, no solo porque es uno de los grandes concededores del *ius civile vetus*, sino también porque en la época en que previsiblemente se ideó este expediente ya se tuvo que haber planteado la conveniencia de contar con otro medio testamentario que paliara las limitaciones de los testamentos arcaicos. Partiendo del peligro objetivo de muerte<sup>42</sup>, que por ende era un hecho justificado por las limitaciones de fechas para otorgar, se irían ampliando los supuestos, primero probablemente fingiendo la gravedad de una enfermedad o lesión, luego utilizándolo quizá cuando la fecha de reunión de las curias estuviese muy distante y el *civis* precisase, por ejemplo, emprender un largo viaje, y finalmente cuando lo estimasen conveniente tras la paulatina aceptación y generalización de esta figura<sup>43</sup>. A pesar de su inicial carácter excepcional, la *mancipatio familiae* nunca fue considerada un testamento extraordinario (no en vano faltaban todavía muchos siglos para que fuese concebida esa categoría, que además tomaría como referencia el testamento oral y escrito del Derecho clásico, y no formas autónomas como era el negocio de la *mancipatio familiae*). Cumplía con las mismas finalidades prácticas del testamento, pero sin serlo en sentido técnico<sup>44</sup>. Es probable que su razón de ser, la producción de una circunstancia extraordinaria (el peligro inminente de muerte), fuese diluyéndose paulatinamente, sobresaliendo con el tiempo el deseo de esquivar la rigidez y las limitaciones de disposición de las formas testamentarias arcaicas<sup>45</sup>, tanto para ampliar el círculo de influencia del testamento,

---

<sup>42</sup> Albanese, "Osservazioni su XII Tab. 5.3", cit., 60.

<sup>43</sup> Al respecto, A. Castro Sáenz, *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla 2002, 88. S. Pietrini, *Deductio usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano 2008, 84. Cf. Solazzi, *Diritto ereditario romano*, vol. I, cit., 89 ss.

<sup>44</sup> Castro Sáenz, *ibidem*.

<sup>45</sup> Desde luego, las circunstancias sociales y económicas de la Roma de los siglos V y IV a.C., y probablemente antes, desde la monarquía etrusca, permitían plantear ya propuestas diferentes en materia hereditaria y es posible que la *mancipatio familiae* fuese una artimaña ideada por la jurisprudencia pontifical para contribuir a la consecución de esos fines. Vid. H. Lévy-Bruhl, "Nature de la

o disponer en beneficio de personas excluidas en la sucesión legítima (el hijo emancipado o la viuda *sine manu*)<sup>46</sup> como, por último, para extender este derecho a personas que lo tenían limitado<sup>47</sup>. En

---

Mancipatio Familiae”, en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I, Weimar 1951, 253 ss. A. Torrent, *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Universidad de Salamanca 1966, 55. F. Terranova, “Sulla natura “testamentaria” della cosiddetta mancipatio familiae”, en *AUPA* 53, 2009, 302-304. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 718. Cf. G. Coppola Bisazza, “Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae», en *IVRA* 50, 1991, 167.

<sup>46</sup> Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. I<sup>2</sup>, cit., 91. Coppola Bisazza, “Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae”, cit., 168.

<sup>47</sup> Los plebeyos en primer lugar, como ha quedado dicho (*supra* n. 37). Pero la *mancipatio familiae* presentaba indudables alicientes para otros colectivos como el de las mujeres y los libertos, que más que tener limitado este derecho, lo tenían directamente excluido. Véase M. Marrone, *Istituzioni di Diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo 1994, 644. Monaco, *Hereditas e mulieres*, cit., 149 ss. y 171 ss., en relación con la *coemptio fiduciae* de Gai. 1.115-115a. A la mujer no se le permitía testar en esta época y al abrirse la sucesión intestada sus bienes, al no tener herederos propios, se transmitían a sus *adgnati*. Así pues, a través de la *mancipatio familiae* podía burlar la apertura de la sucesión legítima y, sobre todo, repartir su patrimonio – probablemente no muy relevante debido a la configuración de la familia arcaica y al matrimonio *cum manu*– con las personas en teoría más allegadas, su marido, hijos y nietos. En cuanto a los libertos, la ley decenviral regulaba su sucesión a semejanza de la de los *ingenui* y establecía que si el liberto moría intestado la herencia se defería en primer lugar a sus *heredes sui* y, a falta de estos, al *patronus*: XII Tab. 5.8: “*Civis Romani liberti hereditatem lex XII tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. Cum de patrono et liberto loquitur lex: EX EA FAMILIA, inquit, IN EAM FAMILIAM*”. El texto se apoya fundamentalmente en *Ulp. Tit. ex corp.* 29.1 y D.50.16.195.1 (*Ulp.* 46 ed.); concordancias asimismo en: *Vat. Frag.* 308. Gai. 1.165; 3.40. *Ulp. Tit. ex corp.* 27.14. D.34.5.9(10).2 (*Tryph.* 21 disp.). D.38.16.3 pr. (*Ulp.* 10 Sab.). Indirectamente, de dicha normativa se puede deducir que el liberto (en esta época) tenía capacidad para otorgar testamento, libertad de disposición sobre sus bienes y no estaba obligado a dejar nada a su patrono (Gai. 3.40; Val. Max. 7.7.6). Ahora bien, ¿qué tipo de testamento podía realizar el liberto? Es improbable que pudiese haber testado por medio de las formas solemnes testamentarias, en primer lugar, porque se hace difícil creer que hubiesen sido admitidos en los *comitia curiata*, y de haberlo sido es posible que no hubiesen contado con el beneplácito de testar libremente –designar un *suus*– en contra de los intereses de su *patronus*; y en segundo lugar, porque en toda esta época y durante mucho tiempo no sirvieron en el ejército más que en circunstancias excepcionales (Liv. 10.21.4). Vid. S. Treggiari, *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford 1969, 67-68. G. Fabre, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la République romaine*, Roma 1981, 303. C. Masi Doria, *Civitas Operae Obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, 88-90. Así pues, cuando la XII Tab. 5.8 reconoce el derecho a testar

definitiva, muchos aspectos todavía oscuros para reconstruir con seguridad esta figura<sup>48</sup>, cuyas mínimas menciones en las fuentes inducen a pensar que no tuvo un largo recorrido en la experiencia jurídica romana.

No hay otro testamento en el Derecho Romano, ni ordinario ni extraordinario, que tenga como fundamento la proximidad de la muerte o el peligro inminente de fallecimiento. Es cierto que hubo una corriente doctrinal en el pasado que creyó encontrar en el *testamentum ruri conditum* justiniano otra forma especial de testar ante el riesgo de muerte<sup>49</sup>, de la que brotó una línea argumental que ha tenido predicamento entre voces muy autorizadas del Derecho civil español, quienes han visto en este testamento de los aldeanos un antecedente del testamento en inminente peligro de muerte del artículo 700 CC<sup>50</sup>. Sin embargo, es una idea discutible, pues está basada en una mera suposición. En realidad, el testamento *ruri conditum* sancionado por Justiniano en el a. 534 y recogido en C.6.23.31, simplificaba el testamento de los *rusticani* y de quienes

---

del liberto, parece que solo puede referirse a la *mancipatio familiae*, al amparo como cualquier otro ciudadano de XII Tab. 5.3: “*Uti legassit suae rei, ita ius esto*”.

<sup>48</sup> Se plantea, por ejemplo, el problema de determinar el momento de inicio de los efectos de la *mancipatio*, esto es, si surtía efectos inmediatos o solo a continuación de que se produjera la muerte; de tener efectos inmediatos, lo que conlleva negar su carácter *mortis causa*, es evidente que el peligro de muerte tenía que ser real, inminente e insuperable, de lo contrario el disponente tendría que confiar en la buena fe del *familiae emptor* para no ver su situación patrimonial seriamente comprometida (si no moría). Vid. Terranova, *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, cit., 276 ss. Pietrini, *Deductio usu fructu*, cit., 78 ss. F. Zuccotti, “Vivagni. VIII. Una nuova ipotesi sulla nascita dello «ius utendi fruendi»”, en *RDR* 8, 2008, 15 ss. Castán Pérez-Gómez, “Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti...is si subita morte urgebatur»”, cit., 230-232.

<sup>49</sup> Entre otros, Glück, *Commentario alle Pandette*, cit., 181 ss. Sohm, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., 548-549.

<sup>50</sup> Vid. v. gr. V.L. Simó Santonja, “Testamento en peligro de muerte”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona 1969, 559. L. Martínez-Calcerrada, “Cuestionabilidad del testamento otorgado en peligro inminente de muerte», en *RJC*, 1968, 617 n. 10. J.M. González Porras, en la colectiva *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, vol. IX, 1º-B (arts. 695 a 705 del C.C.), Madrid 1987, 199. J.M. Fernández Hierro, *Los testamentos*, Granada 2000, 308.

circunstancialmente se encontrasen en las aldeas atendiendo a la *simplicitas* (entendida como falta de letras) de quienes vivían en el campo, sobre todo por la dificultad que tendrían para encontrar el número suficiente de testigos, es decir, de sujetos hábiles y letrados que pudieran desempeñar esta función (“*in illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati...*”), porque en este período los testigos tenían que saber escribir para firmar las *tabulae* (*subscriptio*)<sup>51</sup>. Su especialidad<sup>52</sup> radicaba en la reducción del número de testigos (de siete a cinco) y en la atenuación del requisito de las firmas de estos, no siendo imprescindible que firmaran todos siempre y cuando alguno de los testigos lo hiciera por aquellos que no supieran escribir. Conectarlo con un testamento otorgado en peligro de muerte ha venido por presuponer que las causas más naturales que inducirían a una persona otorgar testamento en el campo, cuando no residía allí de forma habitual, obedecerían a una urgencia o apremiante necesidad. La cuestión es sugerente y razonable, pero Justiniano no apunta esa explicación en ningún párrafo del texto legal, por lo que no me parece una idea que deba seguirse incondicionalmente. Si fuera así, el legislador lo habría apuntado oportunamente, pues en caso de no producirse la situación de necesidad objetiva el testamento podría no ser válido. En realidad, existiera o no peligro de muerte, Justiniano proporcionó sin más esta prerrogativa tanto para los que

---

<sup>51</sup> No es superfluo recordar que en época romana firmar un documento no consistía como ahora en agregar un trazo, dibujo, signo o garabato que represente la identidad del sujeto, sino que conllevaba escribir el nombre completo del firmante, la calidad en que había intervenido (como autor, testigo o *tabularius*) y la identidad del testador cuyo testamento firmaba y signaba (D.28.1.30, *Paul. 3 sent.* D.28.1.22.4, *Ulp. 39 ed.* C.6.23.21. C.6.23.21.1. *Inst.* 2.10.3; 2.10.4). De forma que para suscribir un testamento romano, ya lo hiciera como ordenante, ya como testigo, había que saber escribir. Sin embargo, la falta de letras no fue nunca una causa de incapacidad absoluta, pues el Derecho Romano fue indulgente con la impericia literaria, como así denominaba al fenómeno de no saber escribir o leer, y permitía con facilidad el reemplazo de la firma de quien no sabía (o no podía) por la de persona que supiera y pudiera hacerlo.

<sup>52</sup> Un análisis más amplio de esta forma testamentaria, en S. Castán Pérez-Gómez, “Formas posclásicas testamentarias especiales: 2. Testamentum ruri conditum”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, Madrid 2004, 5681-5699.

residieran en una aldea, eventual o permanentemente, los *rusticani*, como para quienes estuvieran de paso en ella. En la ley se prescribe con claridad que primero se busquen siete hombres de letras para ser testigos; si no se encuentran, que presten testimonio (los siete) de forma oral; y si esto tampoco fuera posible, entonces sean testigos solo cinco y que uno (al menos) firme por todos si el testamento fuera escrito. La *ratio legis* es muy clara, compensar la *simplicitas* de los aldeanos: «*ideo ad dei humanitatem respicientes necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire*». Puede que esta forma testamentaria interesase, por ejemplo, a un viajante o a un comerciante que a la vista de un viaje de retorno largo o una operación comercial de importancia, prefiriera otorgar testamento en ese mismo lugar y no esperar a su destino; es decir, no necesariamente tenía que hallarse el disponente en peligro de muerte, aunque la flexibilidad de este testamento le permitiera utilizarlo ante un temor justificado si se encontraba en un aldea y no reuniera el número de testigos reglamentario<sup>53</sup>.

#### **IV. Los testamentos en tiempos de epidemia y en peligro inminente de muerte en el Derecho histórico español**

Causa sorpresa que el *testamentum tempore pestis* no tuviera acogida en el Derecho histórico español<sup>54</sup>, y así lo expreso porque fue

---

<sup>53</sup> Congruente con esta interpretación (excepcionalidad del testamento por la *simplicitas* de los aldeanos y no por el peligro inminente de muerte) es la recepción de este testamento en nuestro Derecho histórico. Así, en Partidas 6.1.6, leemos: “*En que manera pueden los aldeanos fazer sus testamentos. Aldeano alguno queriendo fazer su testamento en escrito, si en aquel lugar, do el morare, non pudiese aver siete testigos que sepan escrevir, puede fazer su testamento delante cinco testigos, que sean llamados para esso, e que soscrioan sus nomes en la carta del testamento. E si por aventura, todos cinco non supiesen escrevir, puede escrevir uno de ellos, el que lo supiere fazer, por si, e por los otros...*”.

<sup>54</sup> No obstante, algunos civilistas consideran que el testamento por enfermedad o en peligro de muerte que sancionaban algunas de nuestras compilaciones históricas (v. gr., Fuero Juzgo 2.5.10 y Novísima Recopilación 10.18.1) puede ser entendido como el precedente no romano más antiguo del actual testamento en tiempos de epidemia. Hay quien considera a aquél como una variante del *tempore pestis*. Cf. González Porras, *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, vol.

en la Edad Media cuando la peste atacó con mayor virulencia a la población europea, especialmente desde mediados del s. XIV hasta prácticamente el s. XIX<sup>55</sup>. Sin embargo, este testamento no fue recogido por las Leyes de Partidas ni por otras compilaciones promulgadas en épocas posteriores<sup>56</sup>, aunque pasó a formar parte del ordenamiento jurídico español a partir de los trabajos preparatorios del Código. No es baladí recordar que a mediados del s. XIX, al mismo tiempo que se trabajaba en la codificación de nuestro Derecho civil, España soportaba una importante epidemia de cólera, de modo que su inclusión estaba más que justificada<sup>57</sup>. El legislador español lo denominó "testamento en tiempo de epidemia".

Y en relación con el testamento en inminente peligro de muerte, afirma González Porras que, si bien una regulación precisa no se encuentra en nuestro ordenamiento hasta el proyecto de 1851, dicha forma testamentaria encuentra serios precedentes legales en nuestras viejas leyes, tanto castellanas como de fueros, que regularon modalidades muy similares. Señala este autor la disposición del Fuero Juzgo (10.5.2), a favor de los mayores de diez y menores de catorce años en peligro de muerte, así como otras contenidas en la *Lex*

---

IX, 1º-B, cit., 235. Simó Santonja, "Testamento en peligro de muerte", cit., 559. Fernández Hierro, *Los testamentos*, cit., 334.

<sup>55</sup> La peste la causaba el bacilo *Yersinia pestis*, transmitido al ser humano generalmente por las pulgas que infestan las ratas y otros roedores. Solo a finales del siglo XIX pudo este bacilo ser aislado por el microbiólogo suizo Yersin en Hong Kong, durante una epidemia (1894). Los estragos de las distintas epidemias de peste en el medioevo en Europa y en España, en Benedictow, *La peste negra (1346-1353)*, cit., 17-22, 101-107 y 113-130 en especial sobre España. J.L. Beltrán Moya, *Historia de las epidemias en España y sus colonias (1348-1919)*, Madrid 2006, *passim*. P. Ziegler, *The Black Death*, Alan Sutton Publishing 1991, 19-89. J.M. Fernández Menéndez, "El tifus de Yersin", en *Cuadernos de historia de la pediatría española* 20, nov. 2020, 8-11.

<sup>56</sup> A. Sáenz de Santa María Vierna, "Testar en tiempos de pandemia", en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. M. García Mayo, Madrid 2020, 417-419, encuentra algunas formas testamentarias especiales vigentes desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348 que se usaban en caso de enfermedad grave y que podrían considerarse extensibles a los casos de epidemia.

<sup>57</sup> Véase J. Serrallonga Urquidi, "Epidemias e historia social. Apuntes sobre el cólera en España, 1833-1865", en *Historia Social* 24, 1996, 7-21.

*Visigothorum* (2.5.11 y 2.5.13) que admitían la proximidad de la muerte como razón de una forma testamentaria especial<sup>58</sup>. Este cuadro se puede completar con al menos otras dos fuentes históricas, quizá más relevantes. El Vidal Mayor aragonés (*Compilatio maior* o *In excelsis Dei Thesauris*) regulaba una figura particular de testamento de los aldeanos rebajando la edad de los testigos y admitiendo la intervención de la mujer en dicha condición, e incorporando en primer lugar como causa de este otorgamiento la necesidad de disponer por muerte (probablemente) inminente: V.M. 6.16: «*Si contesciere que alguno aia a morir en loguar yermo que no es poblado, podrán ser clamados al su testament dos spondaleros o manumissores o tutores o cabeçaleros de VII aynnos mayores de siet aynnos, et serán creídos aquellos, assí como si fuessen de edat, et ualdrá aqueill testament...*»<sup>59</sup>. Por su parte, el Fuero Nuevo de Vizcaya de 1526 contenía la previsión de no encontrar Escribano o los testigos suficientes en las montañosas tierras vizcaínas y facilitaba una forma testamentaria simplificada cuando existiese urgencia de otorgar testamento, pudiendo ser entendida como una razón de apremiante necesidad: Tit. XXI. Ley IV: «*Del Testamento, que se hace sin Escrivano. Otrosí, dixeron: Que havian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto Vizcaya es tierra montañosa, y los Vecinos, é Moradores de ella moran desviado unos de otros; y al tiempo que alguno tiene necesidad de hacer Testamento, no puede haver copia de Escrivano público, ni de testigos, tantos, quantos requiere el Derecho...*». Esta disposición se considera el antecedente del testamento “*hil buruko*” (en peligro inminente de muerte, “a la cabecera de la

---

<sup>58</sup> González Porras, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. IX, 1.º-B, cit., 201 ss. En relación con el Fuero Juzgo, considera J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. VI. 2, 9.ª ed. revisada y puesta al día por A. M. Román García, Madrid 2015, 107, que «guarda una relación muy remota»; el Fuero Juzgo como antecedente, también en Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, cit., 407.

<sup>59</sup> Vid. M.ª C. Pujal Rodríguez, “Formas testamentarias romanas en algunas fuentes medievales”, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, vol. II, Universidad de Burgos 2000, 258.

muerte”) que regula el Derecho civil foral del País Vasco (artículo 23, Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco)<sup>60</sup>.

El Proyecto de 1851 recogía el testamento en tiempo de epidemia en el mismo precepto que regulaba el testamento otorgado en inminente peligro de muerte (arts. 572.1 y 2). Los sometía a un idéntico régimen jurídico especial: reducción del número de testigos y dispensa de la presencia del Notario o funcionario que le supla. Tiempo después, el Anteproyecto de 1882-1888 no pareció conforme con aquel precepto, pues en su articulado independizaba ambos testamentos, reservando para el otorgado en tiempo de epidemia el art. 698. Este artículo presentaba asimismo una novedad adicional muy acertada que acrecentaba la importancia de esta forma testamentaria, pues la primera frase decía lo siguiente: "En las poblaciones o sitios incomunicados por razón de epidemia o de otra calamidad pública...". Así, el testamento especial veía ampliado su campo de aplicación de manera considerable, pues no solo servía para una epidemia (de peste o cualquier otra enfermedad epidémica), sino que otras situaciones calamitosas o de fuerza mayor, como inundaciones, seísmos, etc., fenómenos por ende que crean la misma urgencia o necesidad en el disponente, quedaban asimismo contempladas<sup>61</sup>. El precepto continuaba con la indicación expresa de

---

<sup>60</sup> Véase Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, cit., 586 ss. J. Gil Rodríguez (et al.), *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen*, UPV-EHU 2011, 11 ss.

<sup>61</sup> Cf. Sáenz de Santa María Vierna, "Testar en tiempos de pandemia", cit., 412-413, quien considera que, aunque la actual redacción del Código eliminó ese inciso, este testamento podría ser otorgado en otras hipótesis tales como terremotos, tsunamis, explosión de centrales, riesgos químicos o nucleares, etc. Para este notario, la *ratio legis* del testamento en tiempo de epidemia es tanto la «enfermedad infecciosa» como la «movilidad peligrosa», e interpretando el art. 701 CC con el art. 3.1 CC. (*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*), y el 4.1 CC. (*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*), tendría que llegarse a la conclusión de que el testamento es extensible a otras situaciones que causen incomunicación en poblaciones o riesgo grave de movilidad.

que no era necesario que el testador padeciera la enfermedad epidémica, de forma que solo se requería la constatación de una epidemia en un determinado lugar para disponer (cualquiera) con arreglo a esta forma testamentaria especial.

## **V. Regulación en el Código Civil: a) Aspectos legales. b) Aspectos prácticos**

### **a) Aspectos legales**

Nuestro ordenamiento civil distingue entre testamentos comunes y especiales (artículos 676 y 677 CC), aunque no todas las formas especiales se hallan comprendidas en el 677, puesto que el Código prevé otros testamentos extraordinarios también en función de circunstancias personales del testador o de la verificación de una situación fáctica excepcional, supuestos para los que exige unas formalidades distintas. En este contexto, el testamento en peligro inminente de muerte es considerado un testamento común extraordinario. Sucintamente, el Código Civil establece que «*Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario*» (artículo 700), determinando que «*se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir*» (artículo 702), y fijando que el testamento «*quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte*» (artículo 703.1.º), así como que «*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 Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente*» (artículo 703.2.º).

La razón de ser es la urgencia de orden subjetivo que afecta al testador<sup>62</sup>. El peligro de muerte puede provenir de enfermedad (entendiendo que no es el estado de gravedad el que autoriza esta forma de testar, sino la inminencia de la muerte), ataque repentino o accidente potencialmente mortal por cualquier causa: guerra,

---

<sup>62</sup> J.L. Lacruz Berdejo (*et al.*), *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, 3.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid 2007, 179.

violencia, deporte, catástrofe, etc.<sup>63</sup> Pero el testamento en peligro de muerte que regula el Código Civil ha merecido la crítica cuando no directamente el rechazo de la doctrina civilista, por considerarlo «una modalidad "peligrosa" y eminentemente litigiosa»<sup>64</sup>, y porque la praxis ha demostrado que por estar desprovista de toda garantía sería «es fuente inatacable de extralimitaciones, abusos y litigios»<sup>65</sup>. En efecto, la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a esta figura pone de manifiesto su alta litigiosidad, tanto como la sospecha de que en numerosas ocasiones haya podido ser utilizada para burlar los derechos de los herederos legítimos. Tal praxis ha motivado el examen minucioso del cumplimiento estricto de los requisitos de validez de este testamento, lo que con frecuencia ha determinado la nulidad de los actos de disposición otorgados al amparo del 700 CC.

Pese a la desconfianza que ha generado, algún sector de la doctrina civilista y notarial rompió una lanza en favor de este testamento en algunas ocasiones. Ha dicho Manuel de la Cámara<sup>66</sup> que «si el peligro de muerte es realmente inminente y la persona quiere testar, no se puede exigir la pérdida de tiempo que supone encontrar un Notario, aunque, en principio, sea posible recurrir a uno». En parecidos términos ponderaba Martínez-Calcerrada la

---

<sup>63</sup> Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, cit., 180. G. Burgos Pérez de Andrade, en la colectiva *Comentario del Código Civil*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, vol. IV (artículo 700), Barcelona 2000, 390. González Porras, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. IX, 1.º-B, cit., 211 ss. Martínez Calcerrada, «Cuestionabilidad del testamento otorgado en peligro de muerte», cit., 626 ss. Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, cit., 410-411.

<sup>64</sup> Simó Santonja, «Testamento en peligro de muerte», cit., 558. Martínez-Calcerrada, «Cuestionabilidad del testamento otorgado en peligro de muerte», cit., 611-612. J. R. León Alonso, «Pervivencia de la forma nuncupativa, unidad de acto y testamento como documento y como negocio. Unas reflexiones en torno a los artículos 700-704 del Código civil», en *RDN* 125-126, Julio-Diciembre 1984, 184 ss.

<sup>65</sup> Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. VI. 2, cit., 111 (cf. asimismo, 108 n. 60). Burgos Pérez de Andrade, *Comentario del Código Civil*, vol. IV, cit., 389.

<sup>66</sup> Recojo la cita de C. Lasarte, *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, 8ª ed., Madrid 2013, 59.

bondad del testamento *in articulo mortis*, porque permite «recurrir a una modalidad tan sencilla, esquemática y fácil, que, sin duda alguna, viene a representar el antídoto más eficaz para que nadie pueda fallecer sin haber otorgado previamente testamento»<sup>67</sup>. Hace no mucho tiempo, M.<sup>a</sup> Eugenia Rodríguez Martínez reivindicaba la necesaria reflexión en torno a la rigidez de los requisitos por parte de los Tribunales (se refiere especialmente a la «imposibilidad de intervención de Notario»), para evitar la definitiva inutilidad de este tipo de testamento<sup>68</sup>.

Y en cuanto al testamento en tiempos de epidemia, finalmente pasó al Código Civil de la siguiente forma:

Art.701: *“En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años”*.

Es fácil apreciar que la actual redacción (y contenido) del artículo en poco, o casi nada, respetó la del Anteproyecto, la cual era a todas luces mucho más acertada<sup>69</sup>. Hasta la propagación del coronavirus por nuestro país este último año, se pensaba que este testamento tenía poca o ninguna razón de ser, pues el extraordinario desarrollo de la Medicina durante el s. XX hacían pensar que la propagación de una epidemia (de peste, cólera o de otra afección mortal) en nuestro territorio era poco menos que imposible<sup>70</sup>. Obviamente estábamos equivocados, pero razones no faltaban para pensar de ese modo, pues ni siquiera la difusión de una enfermedad como el SIDA, en su momento considerada como la plaga del siglo

---

<sup>67</sup> Martínez Calcerrada, “Cuestionabilidad del testamento otorgado en peligro de muerte», cit., 615.

<sup>68</sup> M.<sup>a</sup> E. Rodríguez Martínez, “Validez del testamento en inminente peligro de muerte y revocación del testamento notarial anterior. Comentario a la STS 10 junio 2005 (RJ 2005, 4365)”, en *RdP* 16, 2006, 403 ss.

<sup>69</sup> González Porras, *Comentarios al Código civil*, IX, 1<sup>o</sup>-B, cit., 237.

<sup>70</sup> La doctrina ha definido la situación epidémica como "la presencia masiva, y en sus manifestaciones más agudas, de una enfermedad epidémica, con alto índice de mortalidad, de profilaxis difial y muy contagiosa, que produce una situación caótica, con defunciones copiosas, pánico colectivo, escasez de trenes y servicios públicos, y en definitiva alteración de las condiciones de vida normales" (cita en Burgos Pérez de Andrade, *Comentario del Código Civil*, vol. IV, cit., 396).

XX, dio lugar a la utilización de esta forma testamentaria<sup>71</sup>. De hecho, durante los trabajos preparatorios de una de las reformas del Código Civil, entre los años 1990 y 1991, no faltaron voces que demandaron la derogación de esta forma testamentaria, hábilmente rebatida por Manuel Albaladejo<sup>72</sup>. Pero es cierto que su nula aplicabilidad explica que no haya una sola sentencia durante el siglo XX en nuestro país que se ocupe de él directamente<sup>73</sup>. Y, sin embargo, siempre parece más probable que se sucedan situaciones de urgencia por causa de calamidades naturales como riadas, huracanes, terremotos, etc., y para estos casos el Código no tutela ninguna forma testamentaria especial<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Un informe conjunto del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, fechado en noviembre de 2019, indica que «entre 1981 y 2017 se han producido en España un total de 59.102 fallecimientos por VIH y sida, 80,9% en hombres y 19,1% en mujeres. El número de defunciones alcanzó su máximo en el año 1995, con 5.857 muertes. A partir de este año, los fallecimientos disminuyeron de forma muy importante hasta 1998 (descenso del 68%) y desde 1999 el descenso ha sido más lento. Con respecto al año previo, el número de fallecimientos en 2017 se redujo un 11,2 %». Las cifras de fallecidos en España de otros brotes potencialmente epidémicos, como la gripe aviar, el zika o el ébola han sido prácticamente insignificantes. Anualmente se producen más decesos por la gripe estacional, pero esta rara vez llega a convertirse en epidemia.

<sup>72</sup> Así lo recuerda J. López-Galiacho Perona, “La “rabiosa” actualidad del testamento en tiempo de epidemia”, en *El Notario del siglo XXI* 90, marzo-abril 2020 (disponible en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-90/10017-la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia>): «el profesor Albaladejo, poseedor de un talento descomunal de esos que ven venir las cosas, nos mostró su contrariedad ante tal eliminación. Con su habitual ironía, brillante, inteligente y formalmente cartagenera, don Manuel nos sentenció: “de quitar el testamento en caso de epidemia, de eso nada, los bichos igual que se van, vuelven”». Cabe señalar que en la *Propuesta de Código Civil* elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (disponible en [https://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf)), en su p. 554, se mantiene el testamento en tiempo de epidemia.

<sup>73</sup> Suele invocarse la STS de 10 de julio de 1944 como única jurisprudencia al respecto, aunque esta sentencia consideraba no extensible el 701 CC. a un testamento otorgado durante la guerra civil por una persona que se encontraba en prisión.

<sup>74</sup> Vid. *supra* n. 61.

Pero volviendo al 701, no requiere el Código que el testador esté afectado por la enfermedad, sino solo que se encuentre en el lugar donde ésta se ha propagado (criterio que también siguen los códigos francés e italiano). El Código simplifica el acto testamentario y establece como único requisito la presencia de tres testigos que cumplan con los requisitos de idoneidad de los arts. 681 y 682 CC, salvo el de la mayoría de edad. El testamento en tiempo de epidemia se complementa con los dos siguientes artículos del Código:

Art. 702: *“En los casos de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”*.

Art. 703: *“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 Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”*.

### **b) Aspectos prácticos**

La pandemia de la COVID-19 ha tenido su impacto en el ámbito de las actividades y actuaciones jurídicas ordinarias. En España, la declaración del estado de alarma, efectiva desde el 14 de marzo de 2020, decretó un estricto confinamiento de la población en sus hogares que se prolongó hasta el 21 de junio<sup>75</sup>, quedando limitadas

---

<sup>75</sup> Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Decretado inicialmente para 15 días, el mantenimiento de esta situación excepcional hasta las 00.00 horas del 21 de junio de 2020 se hizo posible merced a las prórrogas que fueron aprobándose en el Congreso de los Diputados. Me centro ahora fundamentalmente en los meses de confinamiento, que fueron los más duros en todos los sentidos, y el período en el que las actuaciones notariales estuvieron sometidas a mayores restricciones. El proceso de desescalada y vuelta a la normalidad ha tenido sus altibajos desde el verano de 2020, pero en general se han intentado reactivar todas las actividades administrativas y económicas. Los notarios han tenido abiertos siempre sus despachos.

las salidas de los ciudadanos a un puñado de causas justificadas<sup>76</sup>. Sin embargo, tanto el Real Decreto mediante el cual se declaró el estado de alarma como otras disposiciones posteriores, fueron señalando una serie de servicios esenciales que se mantuvieron durante toda la vigencia de esta anómala, por inusual, situación. En lo que a nosotros interesa, el servicio público notarial fue considerado servicio esencial, no siendo contemplado el cese de sus actividades en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, aprobado por el Gobierno para reducir la movilidad de la población durante la pandemia. Con carácter previo a este segundo decreto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública dictó una *Instrucción de 15 de marzo de 2020, sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial*, absolutamente procedente y que ha regulado los servicios mínimos y urgentes de las Notarías en toda España.

La inquietud que se desató en la ciudadanía española durante las primeras semanas de confinamiento, las más duras en términos de pérdidas de vidas humanas y con el agravante del colapso de los centros sanitarios y las camas UCI, fue un motivo más que necesario para que desde los colectivos del notariado y la abogacía se publicasen diversas notas informativas o breves artículos en torno a las formas de testar que estamos examinando<sup>77</sup>, con el único

---

<sup>76</sup> Enumeradas en el art. 7 de citado Real Decreto.

<sup>77</sup> En todos estos en que no se menciona la paginación se debe a que son breves notas informativas en diferentes páginas webs. V.gr., J. López-Galiacho Perona, "La "rabiosa" actualidad del testamento en tiempo de epidemia", cit. (n. 72). A. Sáenz de Santamaría Vierna, "Testamento en tiempos de epidemia", *Diario El Mundo* 24 de marzo de 2020, 20-21. A. de la Fuente Sancho, "Informe Oficina Notarial Marzo 2020. Testamento en tiempo de epidemia y ológrafo" (30 de marzo 2020), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/>. ID., "Modelos de testamento ológrafo y de testamento en caso de epidemia" (2 de abril de 2020), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/modelos-de-testamento-olografo-y-de-testamento-en-caso-de-epidemia/>. A. Ripoll Jaén, "Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte" (2 de abril de 2020), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de->

propósito de que el ciudadano tuviese información precisa de cómo proceder en caso de que tuviera el apremio –o la conveniencia– de otorgar testamento, o modificar el ya hecho.

Tanto el testamento en peligro inminente de muerte como el testamento en tiempo de epidemia se prestan a ser otorgados desde el momento en que se ha desatado la crisis provocada por el coronavirus. Pero ambos testamentos presentan problemas de índole práctica para su otorgamiento. Y debe también recordarse que las formas testamentarias recogidas en los arts. 700 y 701 CC, que no precisan intervención notarial, son aplicables en toda España excepto en Cataluña, cuyo Derecho Civil especial no admite los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos (art. 421-5.3, Código Civil de Cataluña)<sup>78</sup>.

En líneas generales, hay que tener en cuenta los siguientes factores:

1- En caso de otorgar testamento bajo la forma prescrita para caso de epidemia, no es necesario que el testador esté contagiado por la Covid-19. Existiendo una declaración formal de epidemia o pandemia (en nuestro caso, OMS, 11 de marzo de 2020, y Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, *por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*),

---

muerte/. M<sup>a</sup>. Pérez-Andreu Solano, “El testamento en tiempos de Covid-19” (16 de abril de 2020), disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/el-testamento-en-tiempos-de-covid-19/>. T. Duplá, “El testamento en tiempos de coronavirus” (29 de julio 2020), disponible en [https://dobetter.esade.edu/es/testamento-coronavirus?wrapper\\_format=html](https://dobetter.esade.edu/es/testamento-coronavirus?wrapper_format=html). M.<sup>a</sup> E. Serrano Chamorro, “Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”, en *Revista de Derecho Civil* 7/4, julio-septiembre 2020, 287-330. A.J. Vela Sánchez, “El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales”, en *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020. Sáenz de Santa María Vierna, “Testar en tiempos de pandemia”, cit. (n. 56). F. Ramón Fernández, “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el derecho español”, en *Revista de Derecho Privado* 40 (Universidad Externado de Colombia), enero-junio 2021, 395-435.

<sup>78</sup> Vid. Duplá, “El testamento en tiempos de coronavirus”, cit. Síntesis de la legislación foral y autonómica, en Ramón Fernández, “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el derecho español”, cit., 404-406.

el testamento es válido en todo el territorio nacional (con la excepción ya señalada de Cataluña). En el pasado, la doctrina civilística discutió sobre la necesidad de que existiera una declaración oficial de epidemia para la utilización de esta forma testamentaria, discusión que no se ha suscitado en la actualidad al existir las dos “declaraciones oficiales” mentadas<sup>79</sup>. Posteriormente, fue dictado el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, *por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, con una duración prevista hasta las 00.00 horas del día 9 de noviembre de 2020. Pero mediante el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, *por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, se volvió a extender la vigencia del estado de alarma esta vez por seis meses, hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021. Técnicamente, esto significa que sigue vigente el testamento en tiempo de epidemia y que el plazo de dos meses que establece el 703.1 del Código Civil comenzará a correr a partir del día siguiente de la finalización de este último estado de alarma.

Para su validez, basta simplemente la intervención de tres testigos idóneos mayores de dieciséis años<sup>80</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>79</sup> Nótese que el Gobierno español no declaró un “estado de epidemia o pandemia”, sino un “estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”. De ahí que para Sáenz de Santa María Vierna, “Testar en tiempos de pandemia”, cit., 416, lo importante es que «la epidemia exista como hecho cierto y públicamente notorio, conocido del común de los habitantes de la zona afectada y, por supuesto, de las autoridades sanitarias». Por otra parte, López-Galiacho Perona, “La “rabiosa” actualidad del testamento en tiempo de epidemia”, cit., sostiene que la declaración oficial de epidemia es necesaria, «porque luego los artículos 703-704 CC exigen plazos (dos y tres meses), que serían de muy difícil o imposible verificación si no hay un día inicial y final de declaración o cese de la epidemia». Ripoll Jaén, “Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte”, cit., considera que el testamento en tiempo de epidemia puede implementarse desde el 11 de marzo de 2020, al amparo del Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, *por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública*.

<sup>80</sup> Rebaja la edad mínima para intervenir en calidad de testigo, establecida en 18 años por el art. 681 CC. Con claridad expositiva analiza la cuestión de la edad de

jurisprudencia suele ser restrictiva a la hora de interpretar la validez de los testamentos otorgados sin la intervención del notario cuando se producen impugnaciones de estos, de modo que si el testador no se encontrara contagiado por el coronavirus probablemente se valorarán sus circunstancias particulares, y en concreto, si pudo o no pudo haber testado con intervención notarial. Ha de recordarse que las notarías han permanecido abiertas durante el confinamiento, aunque para actuaciones que revistieran el carácter de urgente<sup>81</sup>. En suma, debe justificarse la imposibilidad de haber podido testar mediante la intervención del fedatario público, algo difícil de demostrar si el testador no se hallaba contagiado. Como se ha dicho, no existe jurisprudencia sobre esta modalidad testamentaria<sup>82</sup>, pero su analogía con el testamento en peligro inminente de muerte hace que los criterios restrictivos a la hora de interpretar este último puedan ser aquí extrapolables, como explicamos más abajo. En última

---

los testigos Sáenz de Santa María Vierna, “Testar en tiempos de pandemia”, cit., 407-408, recordando que cuando fue promulgado el Código Civil en 1989 la edad para intervenir como testigo estaba fijada en 23 años, de modo que rebajaba la edad de los testigos en siete años frente a los dos de ahora. Asimismo, la incapacidad de la mujer para intervenir como testigo en los testamentos, que era absoluta (art. 681 de la vieja redacción del Código), exceptuándose precisamente el testamento en caso de epidemia (art. 701: *En caso de epidemia...ante tres testigos mayores de diez y seis años, varones y mujeres*). Esta nota discriminatoria fue eliminada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

<sup>81</sup> La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2020, *sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial*, limitaba las actuaciones de los notarios a aquellas que tuvieran carácter urgente. Y son los propios notarios quienes han de apreciar la urgencia o no de sus intervenciones, evitando que los particulares se desplacen innecesariamente a las notarías con el consiguiente riesgo de contagio. Para esta y otras interpretaciones de la función notarial durante la pandemia se dictó con premura una *Circular de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado*, de 18 de marzo de 2020. La Circular ordena que la apreciación de la urgencia por parte del notario debe realizarse de manera restrictiva, ponderando la naturaleza de la operación, la existencia de plazos perentorios o los posibles perjuicios graves que pudieran derivarse de la denegación. En relación con los actos de naturaleza personal, el mismo documento indica que: “*En estos casos, de muy variada naturaleza, el notario habrá de valorar la urgencia en función de las circunstancias, sin que deba prestar su intervención si caben otros procedimientos alternativos que eviten el riesgo inherente al desplazamiento o que permitan el aplazamiento de su intervención*”.

<sup>82</sup> Cf. n. 73.

instancia, muy recomendable sería que el testador recibiese asesoramiento telefónico por parte de un notario y que este, incluso, pudiera facilitarle un modelo o borrador del testamento en cuestión<sup>83</sup>.

2- En caso de otorgar testamento bajo la forma prescrita para inminente peligro de muerte, cabe que el testador se encuentre contagiado por la Covid-19 y hallarse en una situación de extrema gravedad, aunque, por supuesto, cualquier otra circunstancia grave que haga presagiar una muerte próxima o la pérdida de sus facultades, y que no tenga relación con el contagio por coronavirus, habilita, igualmente, esta forma testamentaria. Necesitará la intervención de cinco testigos idóneos mayores de edad.

Pero, como en el caso anterior, y más todavía si cabe pues de este testamento disponemos de jurisprudencia, ha de estar convenientemente justificado su uso<sup>84</sup>. En este sentido, clarificadora es la sentencia de 27 de junio de 2000 del Tribunal Supremo al detallar su excepcionalidad, prevenciones y requisitos por tratarse de un «testamento abierto especial en el que se sustituye la intervención del notario, funcionario público, por la asistencia de cinco testigos idóneos, con la única condición de que el testador se encuentre en

---

<sup>83</sup> Sugerencia expresada por De la Fuente Sancho, “Modelos de testamento ológrafo y de testamento en caso de epidemia”, cit., quien además adjunta un modelo básico de este testamento.

<sup>84</sup> La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1957 advierte que «no basta que se otorgue en estado de grave enfermedad, ya que es preciso que figure el testador en situación urgente, inmediata y extrema, que haga temer un próximo y fatal desenlace, debiendo acreditarse tanto la existencia de ese peligro que apremia, como el hecho de no ser racionalmente posible la intervención notarial, cuando se pida la elevación a escritura pública y la protocolización del documento, en que se hizo constar la voluntad del testador». Del mismo Tribunal es la sentencia de 2 de julio de 1977, que matiza que «el testamento en peligro inminente de muerte se refiere única y exclusivamente a aquellos momentos en que el estado del testador es de tal gravedad que se pierde toda esperanza de salvación y no hay lugar a que pueda acudir el Notario..., más dada su finalidad, que es la de facilitar la expresión de la última voluntad, no debe hacerse con criterio estricto la apreciación de la inminencia del peligro de muerte ni de la imposibilidad de la intervención del Notario, aunque es esencial el carácter del estado de peligro, sin el cual no ha de entenderse válido, y el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia».

“inminente peligro de muerte”, es decir, en una situación de gravedad extrema. La justificación de esta forma de testar ha sido ampliamente debatida por la doctrina desde la publicación del Código, en la mayoría de los casos en sentido negativo, alegándose que ofrece pocas garantías de fiabilidad, y que puede ser fuente de abusos graves; aconsejándose fuertes cautelas a tomar por los órganos judiciales, para evitar que en la práctica se extienda a situaciones que no se correspondan con la que excepcionalmente contempla el Código. Exige, en todo caso, como presupuestos esta forma de testar: a) Peligro real de la inminencia de muerte del testador. b) Que esta situación extrema coincida con la imposibilidad de la asistencia de un Notario. c) Que se cumplan rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley para esta forma de testar (...). d) Que, con las salvedades correspondientes y dada su naturaleza de testamento abierto simplificado, se cumplan en general todas las solemnidades establecidas para el testamento abierto ordinario, es decir, capacidad del testador, idoneidad de los testigos, ánimo de testar, presencia del testador y testigos en unidad de acto, entre otros». Advierte la sentencia citada<sup>85</sup> que «la excepcionalidad de esta forma de testar está directamente condicionada, no sólo a la inminencia de la muerte, sino también a la imposibilidad, dada la gravedad del testador, de contar con el tiempo suficiente para que pueda acudir un notario; criterios fundamentales que no cabe se obvien. La imposibilidad de la intervención notarial no aparece en la redacción del precepto, pero es necesario entenderlo así, pues el artículo 700 no puede interpretarse en el sentido de que sea una fórmula para prescindir discrecionalmente del notario, cuando existe la posibilidad de que pueda concurrir. Se ha sostenido, describiendo así la situación de modo concreto, que el testamento en peligro de muerte sirve, de modo exclusivo, para cuando, según una apreciación razonable, hay riesgo de que fallezca o pierda sus facultades el testador, antes de que pueda acudir el notario. Para defender la

---

<sup>85</sup> Un análisis de la misma, por Rodríguez Martínez, “[Validez del testamento en inminente peligro de muerte y revocación del testamento notarial anterior](#)”: Comentario a la STS 10 junio 2005 (RJ 2005, 4365)”, cit., 403-412.

validez de esta forma de testar, resulta obligada la justificación de que no se ha prescindido del notario hábil para actuar, de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto»<sup>86</sup>.

Todo lo anterior conduce al principio o la cautela general de que si la intervención notarial es viable, aunque el riesgo inminente de muerte sea real, aquélla debe procurarse y evitar testar bajo esta modalidad, pues el riesgo de nulidad es elevado.

De hecho, y siguiendo a Sáenz de Santa María Vierna, precisamente se puede apreciar una diferencia relevante entre ambos tipos de testamentos en relación con la intervención del notario: así como en el testamento en peligro inminente de muerte la ausencia de notario está condicionada, en el testamento en tiempo de epidemia esta ausencia puede entenderse sin condiciones. Las razones son fácilmente entendibles. Parece más que razonable sostener que, en tiempo de epidemia o pandemia, ni el testador, esté enfermo o no lo esté, tenga facilidad para acudir a una Notaría, así como el notario tampoco pueda desplazarse hasta el lugar en que se encuentre el testador debido a las dificultades circulatorias y el riesgo del contagio. Por el contrario, en el testamento en peligro inminente de muerte se ha de justificar la urgencia de no haber podido acudir a la Notaría o que el notario no pudo desplazarse a asistir al testador enfermo, pues en este caso, teóricamente, no hay peligro de contagio

---

<sup>86</sup> Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2005 , además del aspecto sobre el estado de peligro, destaca el notarial: «aunque es esencial el estado de peligro de muerte, sin el cual no ha de entenderse válido este testamento, el testador no puede prescindir discrecionalmente de la intervención del Notario, cuando nada obste para que este funcionario autorice el testamento, pero es suficiente la prueba de que no pudo encontrarse al Notario o era difícil obtener su concurrencia (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Diciembre de 1959 , y 3 de Noviembre de 1962 ), cuestiones de hecho que quedan a la apreciación de la Sala de instancia (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Febrero de 1962 y 2 de Julio de 1977). En definitiva, resultaba obligada la justificación de que no se ha prescindido del Notario de una manera voluntaria».

ni dificultades extraordinarias para que pudiera desplazarse. Y así lo ha expresado la jurisprudencia<sup>87</sup>.

3- La problemática de la idoneidad de los testigos. Deben cumplir con los requisitos establecidos en los arts. 681, 682 y 685 CC., lo que a la postre supone que: a) han de entender el idioma del testador; b) han de tener el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical; c) han de conocer al testador y asegurarse de su capacidad; d) están excluidos como testigos los herederos y legatarios que fueran instituidos en el testamento, así como sus cónyuges y los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Estos requisitos complican y mucho la practicidad de ambos tipos de testamentos, especialmente cuando pensamos que la población española ha sufrido un estricto confinamiento en sus hogares durante más de tres meses (y en el último año, han existido restricciones de desplazamientos). Lógicamente, eso ha reducido el número de personas de las que podía servirse el testador, enfermo o no, para realizar el acto testamentario, más en el caso del testamento en peligro inminente de muerte, no solo porque son necesarios cinco testigos, sino también por la urgencia del momento que exige actuar con celeridad<sup>88</sup>. Generalmente, quienes conviven con una persona son sus familiares, por lo que en su condición de potenciales beneficiarios estarían incapacitados, de modo que únicamente vecinos o conocidos, por ejemplo, del trabajo estarían habilitados para cumplir con la función testifical. También el personal sanitario, si el otorgamiento se produce en un centro hospitalario. El hecho de no estar en la actualidad en situación de confinamiento facilita la tarea de encontrar testigos idóneos, pero, ahora bien, en términos parecidos a lo que decíamos en relación con el *testamentum tempore pestis*, pocas personas estarán dispuestas a prestar este servicio cuando el testador

---

<sup>87</sup> Vid. Sáenz de Santa María Vierna, "Testar en tiempos de pandemia", cit., 423-424.

<sup>88</sup> Serrano Chamorro, "Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos", cit., 295.

enfermo tenga una carga vírica importante o presente un cuadro avanzado de la enfermedad.

4- La problemática de la unidad de acto: con arreglo a los arts. 679 y 699 CC., el testamento debe otorgarse en unidad de acto, sin interrupciones (salvo "*accidente pasajero*", dice el 699), y con la presencia simultánea de testador y testigos. Asimismo, el art. 65.3.3º de la Ley del Notariado establece que el notario debe asegurarse: "*Que los testigos oyeron simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo o dando a leer alguna nota o memoria en que se contuviese*". Es claro que el Código no rebaja la rigidez de este requisito para la validez del testamento<sup>89</sup>, de modo que la no observancia estricta del mismo podría suponer la nulidad del testamento, al menos cuando el testamento ha sido oral, pues como sostiene el notario A. de la Fuente Sancho<sup>90</sup>, «en el caso de que conste por escrito y se firme por el testador y testigos, normalmente no habrá dudas sobre la voluntad del testador y por ello no parece razonable exigir en tal caso esa simultaneidad. Hay que tener en cuenta también que la finalidad de la ley es facilitar este tipo de testamentos por la situación excepcional del tiempo en que se otorgan y que la presencia no simultánea de testigos puede facilitar el cumplimiento de las medidas de precaución sanitaria». Evidentemente, la *unitas actus* puede suponer un hándicap serio cuando el testador esté gravemente enfermo.

¿Sería posible otorgar testamento por medios telemáticos, como una videollamada, para así evitar la proximidad con el testador contagiado? Por ser este un medio relativamente moderno, nuestro Código no contempla esta posibilidad y ello redundaría en una posible nulidad por parte de los tribunales del testamento así otorgado, si se

---

<sup>89</sup> Como sí hizo el art. 101 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960 ("*En los testamentos ante Notario se observarán las formalidades exigidas por el Código Civil, salvo respecto de los testigos, que serán siempre dos... El otorgamiento en caso de epidemia no requerirá la unidad de acto*"), aunque luego ha desaparecido del actual Código Civil catalán.

<sup>90</sup> De la Fuente Sancho, "Modelos de testamento ológrafo y de testamento en caso de epidemia", cit.

considerara que no ha existido seguridad jurídica en el acto de otorgamiento. Por parte de la abogacía española se ha desaconsejado acudir a la vía telemática para salvaguardar la validez del testamento<sup>91</sup>, así como desde el ámbito notarial<sup>92</sup>.

5- ¿Testamento oral o escrito? El art. 702 CC. otorga validez a los dos modos, pero precisa la conveniencia del testamento escrito: *“En los casos de los dos artículos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir”*. Es válido, entonces, el testamento escrito por el testador o alguno de los testigos; y si no supieran escribir (algo más propio de épocas pretéritas que actuales), o no pudieran (supuesto que contempla la falta de tiempo para hacerlo, o la falta de medios), el testamento oral *valdrá*<sup>93</sup>, aunque habrá de fiarse a la memoria de los testigos, algo siempre delicado por la fragilidad de la memoria humana y, en alguna ocasión, peligroso igualmente por la conducta y la honestidad de los testigos a la hora de expresar la voluntad real del testador<sup>94</sup>. Por ello, resulta muy atinada y procedente la novedad introducida en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que en su disposición final undécima, al modificar la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 en relación con la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral, establece que *“A la solicitud se acompañará la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el*

---

<sup>91</sup> Pérez-Andreu Solano, “El testamento en tiempos de Covid-19”, cit.

<sup>92</sup> De la Fuente Sancho, “Modelos de testamento ológrafo y de testamento en caso de epidemia”, cit.

<sup>93</sup> Únicos dos testamentos verbales que perviven en el Código Civil, con la salvedad de los testamentos previstos en el 720 (*Durante una batalla, asalto, combate y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos*) y en el 731 (*Si hubiera peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el artículo 720*), siendo estas últimas dos formas «subtipos del testamento en peligro inherente de muerte». Al respecto, Sáenz de Santa María Vierna, “Testar en tiempos de pandemia”, cit., 422.

<sup>94</sup> En efecto, como advierte Sáenz de Santa María Vierna, “Testar en tiempos de pandemia”, cit., 411, puede que «surjan discrepancias entre los testigos sobre lo que de verdad dijo o quiso decir el testador. O el caso extremo de que los testigos “conspiren” contra el testador, retorciendo su voluntad hasta desfigurarla».

*vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento” (art. 64.3), disposición que es aplicable a los testamentos que estamos estudiando.*

6- Caducidad del testamento. Determina el 703.1 CC. que *“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”*. La recuperación de la salud del testador que se menciona en primer lugar plantea el problema de determinar cuándo comienza el cómputo de este plazo: es probable que solo un informe médico pueda fijar el momento en que una enfermedad o lesión haya dejado de ser considerada extremadamente grave<sup>95</sup>. Por otro lado, el último inciso habla de dos meses desde que hubiera cesado la epidemia. Parece claro, entonces, que habrá que atender a otra declaración oficial del fin de la pandemia en nuestro país, y que ésta ha de depender de los plazos establecidos por las disposiciones que han decretado el estado de alarma en nuestro país, al amparo del art. 116.2 CE y la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En España, el primer estado de alarma por la crisis del coronavirus estuvo vigente desde el 14 de marzo al 21 de junio de 2020 (el plazo máximo de quince días que establece la Constitución fue prorrogado hasta en seis ocasiones por el Pleno del Congreso de los Diputados). Y como se ha dicho más arriba, con posterioridad fueron dictados los Reales Decretos 926/2020, de 25 de octubre, y 956/2020, de 3 de noviembre, *por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*. Esta última disposición ha prorrogado la vigencia del estado de alarma por seis meses, hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021. Técnicamente, esto significa que sigue vigente el testamento en tiempo de epidemia y que el plazo de dos meses que establece el 703.1

---

<sup>95</sup> Pérez-Andreu Solano, “El testamento en tiempos de Covid-19”, cit.

del Código Civil comenzará a correr a partir del día siguiente de la finalización de este último estado de alarma.

De todo lo anterior se deduce que el testador tiene que haber fallecido por causas derivadas del coronavirus (u otro tipo de causas no relacionadas con el virus) dentro del período de vigencia de la epidemia o dentro de los dos meses siguientes a la finalización de la declaración de epidemia<sup>96</sup> (si otorgó bajo la forma en inminente peligro de muerte, es el mismo plazo de dos meses desde que su estado hizo presagiar una muerte próxima, siendo indiferente la vigencia o no de la pandemia).

7- La necesidad de adveración posterior del testamento otorgado en tiempo de epidemia o en peligro inminente de muerte. Ambas formas testamentarias están sometidas a los mismos requisitos de validez, que son los que establecen los arts. 703 y 704 CC. Así pues, *“quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente”*, entendiendo que *“los testamentos otorgados sin autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la legislación notarial”*.

Así pues, es necesario elevar el testamento a escritura pública antes de que transcurran tres meses desde el fallecimiento del testador. Para la protocolización notarial hay que atender a los requisitos establecidos por la Ley del Notariado. En este sentido, y en virtud de los arts. 64 y 65 de la citada ley, en la solicitud y ante el notario competente ha de acreditarse la identificación del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, su fallecimiento y si hubiere otorgado otras disposiciones testamentarias. El notario citará a los testigos, quienes habrán de declarar que concurrió causa legal para el otorgamiento del testamento en forma oral, si ese fuera el caso, así como que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar

---

<sup>96</sup> López-Galiacho Perona, “La “rabiosa” actualidad del testamento en tiempo de epidemia”, cit.

su última disposición y, por último, que oyeron simultáneamente de boca del testador su última voluntad, bien de palabra, bien leyendo o dando a leer alguna nota o memoria en que se contuviese. Si el testador hubiese consignado su última voluntad en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, los testigos habrán de confirmar que es el mismo que se les leyó o grabó, así como reconocer por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

8- Otorgar testamento mediante intervención de Notario en tiempo de Covid-19. En principio, esa posibilidad existe siempre y cuando el notario al que se dirija el particular considere esa actuación como urgente<sup>97</sup>. Porque hay que traer a colación otra vez la *Circular de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 18 de marzo de 2020*. Ésta ordena que sea el notario quien aprecie la urgencia, pero ha de hacerlo de manera restrictiva. Y el testamento no está incluido en las actuaciones así consideradas. La Circular, respecto de los actos de naturaleza personal, dice que: “*en estos casos, de muy variada naturaleza, el notario habrá de valorar la urgencia en función de las circunstancias, sin que deba prestar su intervención si caben otros procedimientos alternativos que eviten el riesgo inherente al desplazamiento o que permitan el aplazamiento de su intervención*”. Por supuesto debe entenderse que la Circular fue dictada para el confinamiento, en el que las restricciones a la movilidad de los ciudadanos eran férreas. La recuperación de la normalidad y las medidas de seguridad impuestas para las actividades sociales y económicas han rebajado la rigidez de las restricciones.

De ahí que, y volviendo a lo anterior, el notario A. Ripoll Jaén se posicionara de la siguiente forma: «que el testamento notarial, existiendo el de epidemia, no es un acto urgente ni necesario. Esto me parece atrevido pero la lógica me lleva a esta conclusión; no obstante

---

<sup>97</sup> Ramón Fernández, “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español”, cit., 402.

lo expuesto, el mejor criterio del notario requerido resolverá lo que proceda»<sup>98</sup>.

Asimismo, y con arreglo a la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2020, otras veces citada, *“la actuación notarial se desarrollará exclusivamente en la oficina notarial”*. Esto quiere decir que los notarios no han podido desplazarse a domicilios particulares ni a hospitales para atender los requerimientos de personas que se encontraran enfermas o tuvieran miedo a contagiarse por pertenecer a grupos de riesgo. El notario no puede aceptar el riesgo de contagiarse o, incluso, ser él mismo quien contagie a otros<sup>99</sup>.

Existen, por tanto, alternativas al desplazamiento a las notarías para otorgar testamento: los consabidos en tiempo de epidemia y en peligro inminente de muerte; y un tercero, con el que concluimos: el testamento ológrafo.

9- En las actuales circunstancias, ¿sería el testamento ológrafo más práctico que los anteriores? Vistos los problemas que plantean las dos formas testamentarias anteriores, y teniendo en cuenta la posibilidad de que hubiera un nuevo confinamiento severo, es plausible pensar que el testamento ológrafo es más práctico en circunstancias de crisis sanitaria y restricción de derechos y libertades. En efecto, la no necesaria intervención de testigos y notario facilita enormemente su otorgamiento y los plazos para su protocolización son mucho más amplios que los de los testamentos examinados. Pero no debe olvidarse que el testamento ológrafo tiene también su complejidad<sup>100</sup>. Coincide con los anteriores en la ausencia

---

<sup>98</sup> Ripoll Jaén, “Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte”, cit. En igual sentido, Sáenz de Santa María Vierna, “Testar en tiempos de pandemia”, cit., 425: «...si el aislamiento, el confinamiento o las dificultades de movilidad propias de una pandemia lo hacen en verdad difícil, puede pensarse en la posibilidad del testamento ante testigos del artículo 701 del Código civil».

<sup>99</sup> En este sentido, De la Fuente Sancho, “Informe Oficina Notarial Marzo 2020. Testamento en tiempo de epidemia y ológrafo”, cit.

<sup>100</sup> Como resume Duplá, “El testamento en tiempos de coronavirus”, cit.: «A diferencia del testamento en tiempo de epidemia, el testamento ológrafo presenta un proceso de elaboración más sencillo, pero con un control incrementado tras el fallecimiento, condicionado por la necesidad de confirmar la autoría, al no

de intervención notarial, pero se separa en que no se trata de un testamento abierto y, por lo tanto, ha de adaptarse a otra serie de reglas y principios.

En nuestro ordenamiento, el testamento ológrafo es aquel manuscrito por el testador en la forma y con los mínimos requisitos que establece el art. 688 CC.<sup>101</sup>, aunque la protocolización puede acarrear gestiones y problemas. Tales requisitos son: ser el testador mayor de edad<sup>102</sup>, estar íntegramente escrito y firmado por este, con expresión del año, mes y día en que se otorgue, y salvando el testador mediante su firma las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones. Esto dificulta que este testamento pueda otorgarse sirviéndose de otro tipo de soportes que no sean papel o similares (cartón, tela, tarjetas de visita, lienzo o madera han sido admitidos en alguna ocasión)<sup>103</sup>. Permite, asimismo, el Código el otorgamiento de testamento ológrafo por parte de persona extranjera en su propio idioma.

El testamento ológrafo debe protocolizarse ante notario en el plazo máximo de cinco años desde el fallecimiento del testador (art. 689 CC., y arts. 61-63 Ley del Notariado)<sup>104</sup>; ahora bien, si una persona tuviera en su poder el testamento ológrafo de un tercero, deberá presentarlo ante el notario competente antes de los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la muerte del testador, so pena de ser responsable de los posibles daños y perjuicios

---

requerir de la presencia de testigos durante su elaboración». Un amplio estudio sobre la prueba pericial caligráfica, en C. Espino Bermell, *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Madrid 2017, 151 ss.

<sup>101</sup> Esta sucinta definición del testamento ológrafo la encontramos en el art. 678 CC. Sobre los requisitos del ológrafo, vid. Espino Bermell, *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, cit., 62-99.

<sup>102</sup> Aquí el Código aumenta la edad del disponente admitida en los testamentos ordinarios, fijada en los 14 años (art. 663).

<sup>103</sup> Ramón Fernández, "El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español", cit., 420. C. Espino Bermell, *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba 2016, 178-179.

<sup>104</sup> Véase Espino Bermell, *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, cit., 129 ss., 146 ss.

que la demora provocara (art. 690). Que alguien tenga en su poder el testamento ológrafo de otro no es inusual, de hecho, es hasta recomendable que el autor de un testamento ológrafo confíe a una persona íntima el lugar en que se guarda el mismo, de modo que la protocolización del instrumento se realice de la forma más rápida posible. De paso, se evita la posibilidad de que el testamento quede perdido o escondido entre los enseres del finado sin ser encontrado jamás<sup>105</sup>. Pasados cinco años sin la adverbación del testamento, este deviene ineficaz.

Existe otro problema adicional importante, que en realidad es extensible a cualquier testamento que se realice sin intervención notarial (testamento en caso de epidemia y en inminente peligro de muerte): el mismo contenido del testamento, esto es, contar con los conocimientos jurídicos suficientes para, por ejemplo, respetar las legítimas, las reservas del 811, etc.<sup>106</sup> De ahí que a la hora de otorgar este testamento sea muy conveniente el asesoramiento por parte del notario<sup>107</sup>. Las motivaciones para testar bajo la forma ológrafa son heterogéneas, pero en la actualidad cumple bien la función para la que fue diseñado y evita el contacto con otras personas, los testigos, quienes pueden contagiar al testador o ser contagiados por este.

Y cabe, por último, mencionar una circunstancia distinta de las anteriores, pero que imposibilitaría por completo para otorgar bajo esta forma: que el testador, aquejado por alguna de las dolencias generadas por el virus, sea incapaz de escribir de su puño y letra el testamento como consecuencia de su estado de salud, no existiendo modo alguno de salvar la inobservancia de este requisito. Recientemente ha propuesto Serrano Chamorro la necesidad de

---

<sup>105</sup> Para Serrano Chamorro, "Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos", cit., 292, ese es el principal inconveniente del testamento ológrafo.

<sup>106</sup> Son muchos los errores jurídicos en que puede caer el testador, por falta de conocimientos y asesoramiento jurídico, en cualquier testamento realizado sin intervención notarial. Véase Sáenz de Santa María Vierna, "Testar en tiempos de pandemia", cit., 410.

<sup>107</sup> Como así sugiere De la Fuente Sancho, adjuntando un modelo de testamento ológrafo, en "Modelos de testamento ológrafo y de testamento en caso de epidemia", cit.

incorporar al Derecho de sucesiones todos los avances del mundo digital, como la firma digital<sup>108</sup> e incluso los mensajes y audios de WhatsApp, que se admiten como medio de prueba en muchos juicios, pero no a los efectos que estamos tratando<sup>109</sup>. Y parece aconsejable que las futuras reformas de la sucesión testamentaria exploren esta vía<sup>110</sup>, siempre con el concurso de los notarios, que son los verdaderos especialistas en materia de Derecho sucesorio.

## **VI. Bibliografía**

Albanese, B.: "Osservazioni su XII Tab. 5.3 (Uti legassit..., ita ius esto)", en *Annali Palermo* 45/1, 1998, 35-66.

Amelotti, M.: *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960.

Amelotti, M.: *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. 1. Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966.

Arces, P.: "Sulla «natura fideicommissaria» del «gestum per aes et libram» utilizzato per disporre «mortis causa»", en *RDR* 11, 2011, 1-22.

Arndts, L.: *Trattato delle Pandette*, vers. ital. di F. Serafini, vol. III, Bologna 1879.

Asimov, I.: *Constantinopla*<sup>2</sup>, Madrid 1983.

Asociación de Profesores de Derecho Civil: *Propuesta de Código Civil* (disponible en [https://www.derehocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derehocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf)).

---

<sup>108</sup> Aceptada por el Código Civil de Cataluña: "Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida" (art. 421-14.2).

<sup>109</sup> Serrano Chamorro, "Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos", cit., 324-328. En el mismo sentido, Ramón Fernández, "El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español", cit., 397 ss.

<sup>110</sup> Como ya ha hecho el art. 65.1 de la Ley del Notariado, a través de las reformas introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015: "Cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, se pondrá de manifiesto a los testigos para que digan si es el mismo que se le leyó o grabó y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto".

- Baynes, N.H.: *El Imperio bizantino*, trad. de M.L. Díez-Caredo y F. Giner de los Ríos, 5ª reimpr., México 1949.
- Behrends, O.: “La mancipatio nelle XII Tavole”, en *IVRA* 33, 1982, 46-103.
- Beltrán Moya, J.L.: *Historia de las epidemias en España y sus colonias (1348-1919)*, Madrid 2006.
- Beltrán Moya, J.L.: “El miedo a las epidemias. Una perspectiva desde la historia”, en *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo* 48, 2015, 19-29.
- Biondi, B.: *Sucesión testamentaria y donación*<sup>2</sup>, trad. de M. Fairén, Barcelona 1960.
- Blanch Nougues, J.M.: *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*, Apertura Curso Académico 2020-2021 CEU Universidad San Pablo, Madrid 2020, 1-34.
- Bonfante, P.: *Istituzioni di Diritto Romano*, ristampa corretta della X edizione, Milano 1987.
- Branca, G.: *Testamenti speciali. Pubblicazione dei testamenti (arts. 609-623)*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma 1988.
- Burgos Pérez de Andrade, G.: *Comentario del Código Civil*, coord. I. Sierra Gil de la Cuesta, vol. IV (artículo 700), Barcelona 2000.
- Castán Pérez-Gómez, S.: “Formas posclásicas testamentarias especiales: 1. Testamentum tempore pestis”, en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, vol. I, Salamanca 2002, 213-235.
- Castán Pérez-Gómez, S.: “Formas posclásicas testamentarias especiales: 2. Testamentum ruri conditum”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. IV, Madrid 2004, 5681-5699.
- Castán Pérez-Gómez, S.: “Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti...is si subita morte urgebatur» (Breve nota en torno a la mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte)”, en *SCDR* 28 (En memoria de José María Coma Fort), 2015, 221-233.
- Castán Pérez-Gómez, S.: “El peligro de muerte como fundamento de formas testamentarias especiales en el Derecho Romano y el Código civil”, en *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, dir. M. Pereña Vicente y P. Delgado Martín, Madrid 2015, 925-939.

- Castán Tobeñas, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. VI. 2, 9.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por A. M. Román García, Madrid 2015.
- Castro Sáenz, A.: *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla 2002.
- Coppola Bisazza, G.: “Brevi riflessioni sulla funzione della *mancipatio familiae*», en *IVRA* 50, 1991, 173-187.
- Corbino, A.: *Il formalismo negoziale nell’esperienza romana*, Torino 1994.
- Cornell, T.J.: *Los orígenes de Roma c. 1000-264 a. C. Italia y Roma de la Edad del Bronce a las guerras púnicas*, trad. de T. de Lozoya, Barcelona 1995.
- Cursi, M.F.: “La *mancipatio decemvirale* e il nuovo diritto dei plebei”, en *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, Goettingen 2014, 145-160.
- De la Fuente Sancho, A.: “Informe Oficina Notarial Marzo 2020. Testamento en tiempo de epidemia y ológrafo” (30 de marzo 2020), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/>.
- De la Fuente Sancho, A.: “Modelos de testamento ológrafo y de testamento en caso de epidemia” (2 de abril de 2020), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/modelos-de-testamento-olografo-y-de-testamento-en-caso-de-epidemia/>.
- D’orta, M.: *Saggio sulla “heredis institutio”. Problemi di origine*, Torino 1996.
- Duplá, A.: *La República romana arcaica (509-264 a.C.)*, Madrid 2003.
- Duplá Marín, T.: “Observaciones sobre la prueba del testamento militar”, en *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho moderno*, Madrid 2000, 229-240.
- Duplá, T.: “El testamento en tiempos de coronavirus” (29 de julio 2020), disponible en <https://dobetter.esade.edu/es/testamento-coronavirus? wrapper format=html>.
- Ellul, J.: *Historia de las instituciones de la Antigüedad*, trad. y notas por F. Tomás y Valiente, Madrid 1970.

- Espino Bermell, C.: *El testamento ológrafo. La importancia de la escritura y la firma del testador. El cotejo pericial de letras (la prueba caligráfica)*, Tesis doctoral, Universidad de Córdoba 2016.
- Espino Bermell, C.: *El testamento ológrafo. Su adveración y protocolización*, Madrid 2017.
- Fabre, G.: *Libertus. Recerches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la République romaine*, Roma 1981.
- Fernández Hierro, J.M.: *Los testamentos*, Granada 2000.
- Fernández Menéndez, J.M.: "El tifus de Yersin", en *Cuadernos de historia de la pediatría española* 20, nov. 2020, 6-15.
- Fernández Ubiña, J.: *La crisis del s. III y el fin del mundo antiguo*, Madrid 1982.
- Galeana, P.: "Las epidemias a lo largo de la Historia", en *Antropología Americana* 5, núm. 10, 2020, 13-45.
- Gil Rodríguez, J. (et al.): *Estudio sobre Derecho Sucesorio Vasco. Bases para un nuevo régimen*, UPV-EHU 2011.
- Glück, C.F. von: *Commentario alle Pandette*, ed. ital. di F. Serafini, Libro XXIX, parte prima (trad. y notas de P. Bonfante), Milano 1907.
- Gómez de la Serna, P.: *Curso histórico-exegético de Derecho Romano comparado con el español*<sup>3</sup>, vol. I, Madrid 1863.
- González Porras, J.M.: *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, vol. IX, 1º-B (arts. 695 a 705 del C.C.), Madrid 1987.
- Guarino, A.: *Diritto privato romano*, 7ª ed., Napoli 1984.
- Gutiérrez-Alviz, F.: *Diccionario de Derecho Romano*<sup>3</sup>, Madrid 1982.
- Hopkins, K.: "On the probable age structure of the roman population", en *Population Studies* 20/2, Nov. 1966, 245-264.
- Iglesias, J.: *Derecho Romano*, 12ª ed. rev. con la colab. de J. Iglesias-Redondo, Barcelona 1999.
- Kaser, M.: *Derecho Romano Privado*, vers. direc. de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz, Madrid 1968.
- Kaser, M.: *Storia del Diritto Romano*, Milano 1981.
- Kübler, B.: "Testament (juristisch)", en *PW* 58, 998-999.
- Lacruz Berdejo, J.L. (et al.): *Elementos de Derecho Civil*, vol. V, 3ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid 2007.

- Laes, Ch.: *Children in the Roman Empire. Outsiders within*, Cambridge 2011.
- Lasarte, C.: *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, 8ª ed., Madrid 2013.
- León Alonso, J.R.: “Pervivencia de la forma nuncupativa, unidad de acto y testamento como documento y como negocio. Unas reflexiones en torno a los artículos 700-704 del Código civil”, en *RDN* 125-126, Julio-Diciembre 1984, 173 ss.
- Lévy-Bruhl, H.: “Nature de la Mancipatio Familiae”, en *Festschrift Fritz Schulz*, vol. I, Weimar 1951, 253-262.
- Little, L.K. (ed.): *Plague and the End of Antiquity. The Pandemic of 541-750*, Cambridge University Press 2007.
- López-Galiacho Perona, J.: “La “rabiosa” actualidad del testamento en tiempo de epidemia”, en *El Notario del siglo XXI* 90, marzo-abril 2020.
- Magdelain, A.: “Quando rex comitiavit fas”, en *Jus Imperium Auctoritas. Études de Droit romain*, Roma 1990, 271-277.
- Martínez-Calcerrada, L.: “Cuestionabilidad del testamento otorgado en peligro inminente de muerte», en *RJC*, 1968, 610-662.
- Marrone, M.: *Istituzioni di Diritto romano*<sup>2</sup>, Palermo 1994.
- Masi Doria, C.: *Civitas Operae Obsequium. Tre sutudi sulla condidizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993.
- Matilla Tascón, A.: *Testamentos de 43 personajes del Madrid de los Austrias. Selección y Transcripción*, Instituto de Estudios Madrileños 1983.
- Mommsen, Th.: *Le Droit Public Romain*, vol. VI.1, trad. par P.F. Girard, Paris 1889.
- Monaco, L.: *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000.
- Morris, I.: *Death-Ritual and Social Structure in Classical Antiquity*, Cambridge University Press 1996.
- Núñez Lagos, R.: “Documento en Roma”, en *RDN* 68, 1970, 66 ss.
- d’Ors, A.: “El “Testamentum Porcelli” y su interés para la historia jurídica”, en *RIDA* 2, 1955, 219-236.
- Pérez-Andreu Solano, M.<sup>a</sup>: “El testamento en tiempos de Covid-19” (16 de abril de 2020), disponible en

<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/el-testamento-en-tiempos-de-covid-19/>

Pérez Simeón, M.: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano*, Madrid-Barcelona 2001.

Perozzi, S.: *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. II, Firenze 1908.

Pietrini, S.: *Deductio usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano 2008.

Pudsey, A.: «Disability and Infirmitas in the Ancient World. Demographic and biological facts in the longue durée», en *Disability in Antiquity*, ed. by Ch. Laes, London-New York 2017, 22-34.

Pujal Rodríguez, M.<sup>a</sup>C.: “Formas testamentarias romanas en algunas fuentes medievales”, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito M.<sup>a</sup> Reimundo Yanes*, vol. II, Universidad de Burgos 2000, 249-261.

Quérenet, R.: *Étude sur les différentes formes de testaments a Rome*, Paris 1881.

Ramón Fernández, F.: “El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICS en el derecho español”, en *Revista de Derecho Privado* 40 (Universidad Externado de Colombia), enero-junio 2021, 395-435.

Ribas Alba, J.M.<sup>a</sup>: *Democracia en Roma. Introducción al Derecho electoral romano*<sup>2</sup>, Granada 2009.

Ripoll Jaén, A.: “Testamentos en caso de epidemia y peligro de muerte” (2 de abril de 2020), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/testamento-en-caso-de-epidemia-y-en-peligro-de-muerte/>.

Rivas Martínez, J.J.: *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid 2009.

Rivier, A.: *Traité élémentaire des successions a cause de mort en Droit Romain*, Bruxelles 1878.

Rodríguez Adrados, A.: *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1996.

Rodríguez Adrados, A.: “Identificación de los sujetos jurídicos, especialmente en el Derecho medieval y en sus documentos notariales”, en *RJN* 46, 2003, 181-210.

Rodríguez Martínez, M.<sup>a</sup>E.: “Validez del testamento en inminente peligro de muerte y revocación del testamento notarial anterior. Comentario a la STS 10 junio 2005 (RJ 2005, 4365)”, en *RdP* 16, 2006, 403-412.

Sáenz de Santamaría Vierna, A.: “Testamento en tiempos de epidemia”, *Diario El Mundo* 24 de marzo de 2020, 20-21.

Sáenz de Santa María Vierna, A.: “Testar en tiempos de pandemia”, en *Coronavirus y Derecho en estado de alarma*, dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, coord. M. García Mayo, Madrid 2020, 405-425.

Sallares, R.: *Malaria and Rome: A History of Malaria in Ancient Italy*, Oxford University Press 2002.

Saller, R.P.: *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge University Press 1997.

Samper Polo, F.: “La disposición mortis causa en el Derecho Romano vulgar”, en *AHDE* 38, 1968, 87-227.

Scheidel, W.: «Progress and problems in Roman demography», en *Debating Roman Demography*, ed. by W. Scheidel, Leiden-Boston-Köln 2001, 1-81.

Serrano Chamorro, M.<sup>a</sup>E.: “Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos”, en *Revista de Derecho Civil* 7/4, julio-septiembre 2020, 287-330.

Simó Santonja, V.L.: “Testamento en peligro de muerte”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. II, Pamplona 1969, 555-584.

Sohm, R.: *Instituciones de Derecho Privado Romano. Historia y Sistema*, 17<sup>a</sup> ed. corr. por L. Mitteis, trad. de W. Roces, Madrid 1928.

Solazzi, S.: *Diritto ereditario romano*, vol. I, Napoli 1932.

Talamanca, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.

Terranova, F.: *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011

Terranova, F.: "Sulla natura "testamentaria" della cosiddetta *mancipatio familiae*", en *AUPA* 53, 2009, 299-335.

Torrent, A.: *Venditio hereditatis. La venta de herencia en Derecho Romano*, Universidad de Salamanca 1966.

Torrent, A.: *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid 2005.

Torrent, A.: *Manual de derecho privado romano*, Madrid 2008

Treggiari, S.: *Roman Freedmen during the Late Republic*, Oxford 1969.

Vela Sánchez, A.J.: "El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales", en *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020.

Voci, P.: *Diritto ereditario romano*, vol. II<sup>2</sup>, Milano 1963,

Voci, P.: *Diritto ereditario romano. Introduzione. Parte generale*, vol. I<sup>2</sup>, Milano 1967.

Watson, A.: "Roman Private Law and the *Leges Regiae*", en *JRS* 62, 1972.

Windscheid, B.: *Il Diritto delle Pandette*, trad. di C. Fadda y P.E. Bensa, vol. III, Torino 1925.

Ziegler, P.: *The Black Death*, Alan Sutton Publishing 1991.

F. Zuccotti, "Vivagni. VIII. Una nuova ipotesi sulla nascita dello «*ius utendi fruendi*»", en *RDR* 8, 2008