

LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN TIEMPO DE PANDEMIA. BASES ROMANISTAS, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 701 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU VIABILIDAD NORMATIVA A EFECTOS PRESENTES

PROBATE IN TIMES OF PANDEMIC. ROMANIST BASES. ANALYSIS OF ARTICLE 701 OF THE CIVIL CODE AND ITS REGULATORY VIABILITY FOR PRESENT PURPOSES

CARLOS MARÍA ANTUÑA SUÁREZ

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. PRECEDENTES DEL DERECHO ROMANO.
 - 1. **Etimología y origen de la institución sucesoria.**
 - 2. **El rescripto de los emperadores Maximiliano y Diocleciano.**
 - 3. **Las vicisitudes de su traducción y glosa.**
- III. CONTENIDO GENERAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.
 - 1. **Marco positivo, evolución y reformas legislativas.**
 - 2. **La epidemia como supuesto de hecho.**
 - 3. **Validez formal Prevalencia del documento escrito al testimonio verbal.**
 - 4. **Unidad del acto de otorgamiento; reminiscencias y compensación del silencio legislativo.**
 - 5. **¿Cabe autorización del testamento en caso de epidemia escrito?**
- IV. LA POSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO.
 - 1. **El testamento epidémico italiano; la amplitud de la cobertura testamentaria y su ratificación por el beneficiario.**
- V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En este trabajo se estudia el testamento en caso de epidemia a raíz del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 que aunque ha perdido su vigencia tras la finalización de sus sucesivas prórrogas el 21

de junio de 2020, el debate sobre la posibilidad de su otorgamiento y autorización sigue suscitando interés.

Abstract: This paper studies the will in the event of an epidemic as a result of Royal Decree 463/2020, of March 14, which declared the State of Alarm for the management of the health crisis situation caused by COVID-19 which, although it has lost its validity after the end of its successive extensions on June 21, 2020, the debate on the possibility of its granting and authorisation continues to arouse interest.

Palabras clave: Artículo 701, epidemia, glosa, autorización notarial.

Keywords: Article 701, epidemic, gloss, notarized authorization.

I. INTRODUCCIÓN

En este texto se efectúa un análisis del testamento en caso de epidemia como modalidad sucesoria de carácter excepcional que se hallan en nuestro derecho civil, abordando los aspectos más relevantes de su contenido para cuyo estudio crítico y detallado se ha utilizado legislación mayoritariamente civil así como monografías, artículos de revista y jurisprudencia. También ha sido inevitable abordar aspectos sobre derecho notarial e internacional público para poder explicar la naturaleza de otras figuras jurídicas que han aparecido de manera sobrevenida a lo largo de su estudio.

La importancia de este análisis no radica solo en la propia situación extraordinaria que estamos viviendo a efectos de recordar viejas formas testamentarias que se hallan vivas en nuestro derecho con más vigencia que nunca, sino también por la intención de aclarar cuestiones sobre las que aún no se guarda suficiente conocimiento. Los términos «*pandemia*» y «*epidemia*» no son jurídicamente contradictorios ante el hecho de que nuestro ordenamiento no recoja ningún testamento en caso de *pandemia* lo que implica que ambos supuestos operan bajo el mismo prisma normativo y es que para un Estado, la *pandemia* se manifiesta como una *epidemia* cuya intensidad y dimensión solo pueden valorarse por su impacto en la salud y seguridad de las personas que se hallen en su territorio.

II. PRECEDENTES DEL DERECHO ROMANO

El testamento entendido como testimonio de la mente ya partía como un acto jurídico unilateral y personalísimo de un ciudadano romano por el que se designaban sucesor o sucesores *sui iuris*, de todos o parte de sus bienes y derechos para garantizar la continuidad de la *gens* en el hijo más idóneo para sostener a la familia por su primogenitura⁽¹⁾.

(1) En este sentido, BONFANTE, P. considera de fin esencial la institución del heredero a diferencia de nuestro derecho actual. Pone de manifiesto la inexactitud de la doctrina (Schulin, Sohm y Perozzi) que derivaban el testamento a la institución como heredero de un extraño dentro de la familia: en *Instituciones*

Esta interpretación deriva de las fuentes romanas⁽²⁾, Modestino, discípulo de Ulpiano, definía el testamento como la justa expresión de nuestra voluntad respecto de lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte⁽³⁾. Pero esta definición parte de la formulada por su maestro como expresión legítima de nuestro pensamiento de manera solemne para que sea válida tras nuestra muerte⁽⁴⁾.

1. Etimología y origen de la institución sucesoria

Tras el fin a la dicotomía existente entre el derecho civil y pretorio al concederse eficacia tanto a los requisitos agnaticios del *ius civile* como a los cognaticios del pretor, el *ius novum* desarrolló avances significativos en el derecho sucesorio; por un lado, se fijaba la libertad de forma y modo de otorgar testamento ante la supresión de todas aquellas observancias innecesarias para la institución del heredero –*inatititioni heredis verborum non esse necessariam observantiam*– permitiendo el uso libre de términos para designar las últimas voluntades para así facilitar la libre disposición de bienes, escrita en cualquier instrumento y con cualesquiera palabras⁽⁵⁾, de otra, se desarrollaron nuevas fórmulas testamentarias sin presencia de testigos como el testamento ológrafo y otras que podían tanto flexibilizar como reforzar sus requisitos de otorgamiento como el testamento del analfabeto o del ciego que requerían de un octavo testigo que firmase por el testador ante el *tabularius*⁽⁶⁾.

de *Derecho romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa; revisada por Fernando Campuzano y Horma, 3.ª edición, Madrid, 1965, p. 595.

(2) En palabras de BONFANTE, P., el testamento verdadero y propio es un instituto meramente romano, en *Instituciones de Derecho romano*, op. cit., p. 597. También el testamento en caso de epidemia, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI. Volumen 2, edición revisada por ROMÁN GARCÍA, A. M. Reus, Madrid, 2015, p. 144; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 599.

(3) D.28.1.1 (*Modestinus 2 pand*): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. Traducción que ofrecen al castellano KRIEGEL, A., KRIEGEL, M., HERMANN, E. y OSENBRÜGGEN, E., publicado con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral *Corpus iuris civilis*. Español, Barcelona 1889-1898, Tomo II, Digesto.

(4) *Títuli ex corpore Ulpiani* 20.1: «*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*». También conocido como Epítome de Ulpiano escrito hacia el 223 d.C. Disponible a 15 de marzo de 2021 en: <http://ancientrome.ru/ius/library/ulpianus/tituli.htm>

(5) Así lo recoge una constitución del emperador Constancio CJ.6.23.15 del año 339 d. C.: «*Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarii usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexis. Nec enim interest, si dicatur "heredem Facio" vel "instituto" vel "volo" vel "mando" vel "cupio" vel "esto" vel "erit", sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*».

(6) Con la aparición de nuevas formas de testar, PANERO, R., identifica la figura del *tabularius* con aquel funcionario ante el que debía dictarse el testamento del ciego o el que autorizaba el inventario de los

Pero de entre todas ellas, destaca el testamento otorgado en tiempo de peste como *testamentum in tempore pestis condictum*. «*Pestis*» como «*pestilentia*» son locuciones latinas por las que se identifica a las epidemias frente a otras como «*lues*» derivada de «*labes*» que significa ruina, y de «*luctus*» que se traduce por aflicción, ante la rapidez e imprevisibilidad de la enfermedad que penetraba en el cuerpo de la persona como un ataque repentino a su salud que producía inminentemente la muerte⁽⁷⁾.

2. El rescripto de los emperadores Maximiliano y Diocleciano

Hay unanimidad sobre el testamento en caso de epidemia⁽⁸⁾ cuando se identifica su antecedente más remoto en la etapa postclásica del derecho romano, en concreto, en un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 290 d.C., un tipo de constitución imperial que se basaba en respuestas escritas dadas por el príncipe a instancia de particulares o jueces en procesos controvertidos. Así pues, el texto del rescripto figura en el *Codex Repetitae Praelectionis* y se recoge de la siguiente manera en CJ.6.23.8⁽⁹⁾:

<p><i>Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Marcellino: «Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testest deterret, aliquid de iure laxatum est non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata».</i></p>	<p><i>Los mismos Augustos a Marcelino. «Por razón de caso de fuerza mayor y de nueva contingencia por temor de contagio, que aterra a los testigos, se suavizó algo en el derecho. Pero no se prohibió por completo también las demás solemnidades de los testamentos. Porque atacado de enfermedad el testador se dispensó que los testigos se juntaran y reunieran en aquel momento sin que también se suprimiera la formalidad de reunir el número de aquellos».</i></p>
---	---

bienes hereditarios para responder solo hasta donde alcanzasen éstos - *beneficium inventarii*-, en *Derecho Romano 5.ª Edición*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, *op. cit.*, pp. 618 y 631, pero desde la etapa clásica, también destaca la figura del *tabellión* en aspectos técnicos relacionados con la actividad particular de los ciudadanos romanos a los que brindaba asesoramiento jurídico, redacción de documentos y demás actividades no vinculadas al Estado que los hacía asemejarse a la función actual del notario, SÁNCHEZ MALUF, M. «La función notarial en Roma», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 8, 2003, pp. 163-164. Disponible a 19 de abril de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7009450>.

(7) En este sentido, BLANCH NOUGUÉS, J. M. recoge esta acepción de *Etimologías* de Isidoro de Sevilla que abordaba las vías de propagación de enfermedades contagiosas «*Eadem et lues a labe et luctu bocata quae tanto acuta este ut non habeat spatium temporis quio aut vita sepetur aut mors, sed repentinus languor simul cum norte venit*». La peste también recibe el nombre de *iniquina*, por el tumor que se presenta en las ingles. *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*. CEU Ediciones, Madrid 2020, p. 21. Disponible a 27 de febrero de 2021 en: <https://www.ceuediciones.es/catalogo/libros/derecho/sermo-iuris-et-forma-mentis-in-tempore-pestilentiae-analisis-del-lenguaje-en-tiempo-de-pandemia/>.

(8) De todos, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 599. LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español: Crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI». *Revista General de Derecho Romano* n.º 35, 2020, p. 4, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales: I. Testamentum tempore pestis» *Estudios jurídicos «in memoriam» del profesor Alfredo Calonge*, Vol. 1, Salamanca, 2002, p. 232.

(9) Traducción que ofrecen al castellano del latín Ildefonso L. García del Corral, *Corpus iuris civilis*. Tomo V, Código de Justiniano.

Con esta regulación⁽¹⁰⁾, se suprime por primera vez el requisito de unidad del acto haciendo posible que las formalidades testamentarias requeridas se llevaran a cabo en horas y días distintos en relación con los siete testigos que acudían presencialmente. Esta fragmentación de otorgamiento responde a la complicada situación de reunir este número de testigos sobre los que pesaba un profundo temor a contagiarse al acudir individualmente o bien todos de manera separada si el lugar de otorgamiento lo permitía. En todo caso, la validez de este testamento pasaba por contar con el número de testigos exigido que en caso contrario, se determinaría un defecto de forma manifiesto. Esto se refleja también en el *Codex* cuyo rescripto recoge lo siguiente CJ.6.23.9⁽¹¹⁾:

Imperatores Diocletianus, Maximianus AA. Patrocliae: «Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet». Los mismos Augustos a Patroclia. «Si privilegio especial de tu patria no se dispensó observancia de las formalidades del derecho, y testigos no desempeñaron su oficio de testimonio en presencia del testador, el testamento no es válido por derecho alguno».

En el mismo año se hace hincapié en la necesidad de unidad del acto fijando la nulidad del testamento si se extralimitaba dentro de la propia relativización que admitía su otorgamiento, aunque con posibilidad de que tal vicio no produjera la invalidez del testamento si se hubiera otorgado privilegio especial por razón del lugar de otorgamiento –*si non special privilegio patriae tuae iuris*–. Esta prerrogativa por razón del territorio podría obedecer a causas muy diversas. Dentro de las más elementales se halla la propia enfermedad epidémica por la que las autoridades circunscribirían sobre el territorio o bien que ésta la padeciera *Marcellino* en cuyo interés *Patrocliae* solicitó la verificación de la validez del testamento realizado sin todos los testigos necesarios o que alguno de ellos no hubiere comparecido en el acto de otorgamiento⁽¹²⁾.

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

(11) Traducción que ofrecen al castellano del latín Ildelfonso L. García del Corral, *Corpus iuris civilis*. Tomo V, Código de Justiniano.

(12) Una reflexión a la que alude LÁZARO GUILLAMÓN, C. Considera que ambos rescriptos, aun dirigidos a personas diferentes, el primero está fechado en julio de 290 y este segundo, de acuerdo con el manuscrito de Verona es del mismo día, lo que parece indicar que ambos se referían a un mismo problema que ocurrió en ese mismo día. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)» *Revista General de Derecho Romano* n.º 35, 2020, *op. cit.*, p. 9.

3. Las vicisitudes de su traducción y glosa

El análisis de las fuentes jurídicas romanas propició la aparición de nuevas interpretaciones aún más reforzadas con la modificación y desarrollo de traducciones sobre los textos originales.

Así pues, el texto original del rescripto imperial recogía la expresión «*testes enim huiusmodi morbo oppresso*» indicando que es el testador el que se halla afectado por la enfermedad, mientras que otras traducciones sobre el mismo texto añaden el participio pasivo del verbo «*opprimere*» que incorpora un sentido completamente distinto bajo la expresión «*testes enim huiusmodi morbo oppressos*» por la que se entiende que son los testigos los que están afectados por la enfermedad. Esta es una nueva interpretación contenida en las vulgatas como los Códigos de Berlín y de Casano⁽¹³⁾ aunque también se recogen otras donde el término figura como «*oppressis*» que coincidiendo con el texto de las basílicas⁽¹⁴⁾, implica una traducción fiel al texto original al entender que la enfermedad se refiere al testador y no a los testigos⁽¹⁵⁾.

La aparición de estas dos posturas contrapuestas no deriva sino de la traducción e interpretación que hicieron los glosadores de las fuentes originales en las que se enfatizaron concretos aspectos hasta darles un sentido completamente distinto. Si bien en el *testamentum pestis tempore* del CJ.6.23.8 priman las circunstancias extraordinarias de testar, tales como el temor al contagio por la población de la enfermedad contagiosa que sufre el testador hasta el punto que se permite eludir la unidad de acto, la glosa enfoca otro punto de vista que es la consecuencia que provoca la situación vírica del testador, es decir, se traslada la causa entendida como enfermedad que permite relativizar los requisitos de otorgamiento a la consecuencia de tal causa que es que los testigos no concurren simultáneamente al otorgamiento sin que ello reste validez al testamento⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, este protagonismo que alcanzan los testigos solo se ve superado por otras circunstancias excepcionales como enfermedades que puedan afectarles ya que no tiene por qué coincidir con la presente en el supuesto epidémico. Se ha

(13) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 226.

(14) Las recopilaciones del Derecho romano orientales de finales del siglo IX fueron fieles al rescripto de Diocleciano, «*Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eius ut separatim ab eo testamentum signent*» Bas.35.2.7 tal y como recoge CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad» *Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 26, 2021, *op. cit.*, p. 429. Disponible a 15 de mayo de 2021 en: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/28482>.

(15) En este sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C., «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 12.

(16) En este sentido LÁZARO GUILLAMÓN, C. alude al *Casus Vivianus* que interpreta el texto romano desde una perspectiva distinta que es la necesidad de asistencia de testigos que también pueden haber contraído enfermedades como la epilepsia, lo cual lleva a pensar que este glosador excluye por completo el temor al contagio que figuraba en el texto romano. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 10.

interpretado la necesidad corporal apremiante del testador, la ingesta de un alimento, medicamento o poción, o si algún testigo sufriera de epilepsia⁽¹⁷⁾.

Todas son situaciones sobrevenidas que pueden interrumpir el acto de otorgamiento sin invalidar el testamento, aunque parece difícil entender que el príncipe haya contemplado circunstancias tan extraordinarias como un ataque de epilepsia, que si bien provocaban un ferviente rechazo por la sociedad romana, ya se conocía que no era una enfermedad contagiosa⁽¹⁸⁾. La atención prestada por Justiniano a la epilepsia CJ.6.23.28, en un contexto testamentario en el que también se fracciona el otorgamiento cuando alguno de los testigos la sufriera, no obedece a ninguna modalidad de otorgar testamento⁽¹⁹⁾.

Es importante reflejar el contenido con el que Dionisio Godofredo⁽²⁰⁾, importante editor del *corpus iuris civilis* durante el Renacimiento, se refirió al término «*oppressos*» que fijan los glosadores de la Escuela de Bolonia frente al original, corrigiendo que tal término debe entenderse por «*oppressis*», lo que implicaría que el texto no se refiere a los testigos afectados por una enfermedad o circunstancia sobrevenida sino que estas han de recaer sobre el testador. A día de hoy, las ediciones manejadas por los romanistas prescinden de esta traducción⁽²¹⁾ procedente de la glosa y abogan por el uso de las fuentes originales, pese a la superficial diferencia entre ambas traducciones que conducen al mismo significado.

III. CONTENIDO GENERAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Los juristas que confeccionaron la recopilación legislativa peninsular no encontraron justificación para incluir alusión alguna a este testamento y es que las razones más ortodoxas para plantear una posible hipótesis a esto vienen desde el punto de vista histórico; por un lado, la omisión de este testamento durante los procesos de exégesis y codificación por parte de los glosadores en el siglo XI, los cuales no veían en las

(17) Continuando el estudio de LÁZARO GUILLAMÓN, C., *op. cit.*, p. 12, con la glosa *remissum est*, ad CJ. 6.23.8 que remite al C.6.23:28 donde se fijan esta serie de advenimientos excepcionales, lo que lleva a concluir que no es la situación del testador el que marca el ritmo del otorgamiento sucesorio sino éstas circunstancias como la epilepsia que refieren a todos los intervinientes en el acto de otorgamiento.

(18) De todas ellas, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. siguiendo a Windscheid II *Diritto delle Pandete* 3, *op. cit.* 142, nota 7, refuta tal consideración de la glosa identificándola como corriente doctrinal errónea: en «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 224.

(19) Sin restar veracidad a las conclusiones de CASTÁN, LÁZARO GUILLAMÓN, C., considera que la referencia en la glosa *remissum est*, ad C.6.23.8 implica una enfermedad grave «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 13.

(20) Todas las conclusiones que pueden derivarse del estudio de la n. 33 y 34 que este editor hace al CJ.6.23.8, LÁZARO GUILLAMÓN, C., siguiendo a GOTHOFREDI, Dionisii. *Corpus Juris Civilis Romani, Tomus Tertius, Venetiis* de 1843, «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)» *op. cit.*, p. 13.

(21) Por ejemplo, la utilizada para este estudio de D. Ildefonso L. García del Corral, *Corpus iuris civilis*. Español, Barcelona 1889-1898, en CJ.6.23.8.

epidemias la causa de sucesión especial⁽²²⁾ y de otra, el testamento en peligro inminente de muerte es de existencia aún más remota, el cual sí goza de mayor prevalencia y recepción en las fuentes históricas⁽²³⁾, incentivando la predilección de los juristas en el estudio e interpretación de esta institución y su crónica⁽²⁴⁾.

1. Marco positivo, evolución y reformas legislativas

En la tradición jurídica española⁽²⁵⁾, la sucesión testamentaria en caso de epidemia ha gozado de dependencia normativa del testamento en peligro inminente de muerte como fórmula sucesoria que se recoge de manera principal en el artículo 572 del Proyecto de Código Civil de Francisco García Goyena de 1851⁽²⁶⁾. Ambos testamentos comparten dos mismas solemnidades: presencia de tres testigos con domicilio en el lugar de otorgamiento o ante dos si permanecía el escribano como fedatario

(22) Durante el llamado Renacimiento jurídico Medieval, resulta clara la falta de esta modalidad testamentaria ya que los glosadores incidían más bien en la necesidad de concurrencia de testigos en los testamentos otorgados por enfermedad sin que ésta fuera epidémica, LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 20.

(23) Como antecedentes de este testamento está el Fuero Juzgo (Ley 10, Tít. V, Libro III) y la Novísima Recopilación (Libro XI, Título XVIII, Ley I). Mientras que en el primero recoge una enfermedad que afecta a niños de entre diez y catorce años, el segundo conserva unos puntos de conexión más propios de una auténtica regulación de este testamento extraordinario tanto por la necesidad de que los testigos sean del lugar de otorgamiento como la dificultad de reunirlos o incluso la posibilidad de testar sin presencia del escribano, fedatario público análogo al notario autorizante del testamento actual. LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 17, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones* 9.ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *op. cit.*, p. 537.

(24) En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. sostiene que ante la carencia de cura para la peste en Roma, el testamento en caso de epidemia puede considerarse como una modalidad del testamento en peligro inminente de muerte ya que operaba en aquellos casos en los que el testador se encontraba afectado por esta concreta enfermedad. «El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil», HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (coord.), PEREÑA VICENTE, M. (dir.), DELGADO MARTÍN, P. (dir.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, 2015. *op. cit.*, p. 933. Disponible a 8 de marzo del 2021 en: https://www.academia.edu/41023256/El_peligro_inminente_de_muerte_como_fundamento_de_formas_testamentarias_extraordinarias_en_el_Derecho_romano_y_en_el_C%C3%B3digo_Civil.

(25) Todos los manuales y artículos relevantes marcan el alfa de este testamento en el proyecto de codificación civil de Francisco García de Goyena. LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 21, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 232, RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», CAÑIZARES LASO, A. (dir.), CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Código Civil Comentado*, 1.ª Edición, Cizur Menor. Thomson Reuters-Civitas, 2011, p. 468.

(26) El capítulo tercero que tiene por nombre «De las solemnidades de los testamentos especiales», dispone lo siguiente: «*el que se hallare en peligro inminente por efecto de un ataque o accidente repentino, que haga temer la muerte sin testamento, podrá otorgarlo ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento o ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento, desde que el testador hubiere salido de la enfermedad o peligro*» y en el apartado segundo, finaliza disponiendo que «*La misma facultad se concede al que se encuentre en una población incomunicada, por razón de peste u otra enfermedad contagiosa*».

público de la época. En cuanto a su ineficacia, se producía a los dos meses desde que el testador saliera de tal situación infecciosa o bien, tanto desde que se reabre la comunicación en la zona afectada como desde el momento en el que el testador se traslada a otra zona no incomunicada⁽²⁷⁾.

Es evidente la inspiración de este articulado en el legislador revolucionario francés del que bebían nuestros juristas cuando en los artículos 985 a 987 del código civil de Napoleón⁽²⁸⁾ se abordan los testamentos de manera similar⁽²⁹⁾; si bien en este último se dota al testamento en caso de epidemia de una naturaleza jurídica en un artículo independiente (art. 985 CC. francés), ambos hacen referencia a la interceptación de comunicaciones por razón de peste u otra enfermedad contagiosa –*peste ou autre maladie contagieuse*–, coincidiendo también en la presencia de dos testigos ante la autoridad que daba fe pública de la disposición testamentaria, ya fuere el escribano como en el caso español, o el juez de paz y funcionarios, como en el caso francés, e incluso con mismas causas de ineficacia del testamento, aún con plazo distinto, tras restablecerse las comunicaciones en el lugar donde se encuentra el testador o desde que éste se traslade a un lugar en el que no fueron interrumpidas⁽³⁰⁾. Una regulación que sin duda, sigue la pauta y predilección del Humanismo Jurídico de los siglos XV y XVI por las fuentes originales del derecho romano⁽³¹⁾.

Existían dudas acerca de si el testador podía otorgar el testamento tanto infectado por la epidemia o con posibilidades de infectarse, vació normativo que por otro lado, cubre perfectamente el legislador francés permitiendo su otorgamiento en ambos casos⁽³²⁾. Aun no recogiendo expresamente, se considera irrelevante que el testador

(27) Tal y como dispone 573 del Proyecto «*El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones del artículo anterior quedará ineficaz pasados dos meses desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, o se hubiere abierto la comunicación o pasado a otro pueblo no incomunicado*».

(28) Versión original del código civil de Napoleón que otorga Gallica, *bibliothèque numérique de la Bibliothèque nationale de France (BnF)*. Disponible a 28 de abril de 2021 en: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517>.

(29) «*Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de pax, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins*». Este artículo dista de la primera versión del código civil francés que se recoge en Légifrance, service public de la difusión du droit, cuya publicación de esta norma a día de 13 de mayo de 1803, sustituye el «*juge de pax*» por «*juge du tribunal d'instance*» figurando así: «*Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge du tribunal d'instance ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence des deux témoins*». Disponible a 28 de abril de 2021 en: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006434293/1915-07-28/>.

(30) Conforme al artículo 987: «*Les testaments mentionnés aux deux précédents articles: deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues*».

(31) En este sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, C., aduce al testimonio de Dionisio Godofredo que sostenía que la regulación del testamento en caso de epidemia napoleónica alude directamente al *testamentum tempore pestis facto*. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 22.

(32) En atención al artículo 986: «*cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient atteints de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encoré qu'ils ne fussent pas actuellement malades*».

esté o no contagiado por la epidemia⁽³³⁾, lo cual nos hace concluir que la influencia del derecho civil francés ha sido determinante en la codificación española hasta en el sentido y alcance de la interpretación de nuestras normas civiles.

Con el Anteproyecto de 1882-1888 se dota a este testamento de una regulación normativa única asemejándose aún más con su paralelo francés⁽³⁴⁾. Tiene por novedad la confirmación de la naturaleza excepcional de la epidemia al asemejarla con «*otra calamidad pública*», extendiendo el ámbito de aplicación de este testamento a demás situaciones de fuerza mayor, infortunios y catástrofes naturales inevitables como terremotos, inundaciones, huracanes, etc.⁽³⁵⁾.

A día de 24 de julio de 1889 se aprueba el texto definitivo del Código Civil cuya simplicidad a la hora de recoger finalmente este testamento ha sido profundamente criticada⁽³⁶⁾ pero cuya redacción permanece aún parcialmente vigente: «*en caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones o mujeres*». La palabra «*igualmente*» supone una clara remisión al testamento en peligro inminente de muerte rompiendo con la tradición jurídica arquetípica que pretendía dársele imitando al legislador francés, pero lo curioso es que son más los requisitos que los separan que aquellos que les unen. Mientras que éste requiere de cinco testigos idóneos y una situación ineludible que produzca el fallecimiento del testador, el testamento en caso de epidemia no exige la previsión de muerte inminente de quien testa sino simplemente una coyuntura epidemiológica desfavorable, ya que se elimina el requisito de la incomunicación del lugar de otorgamiento presente en los anteproyectos, por lo que con su aprobación se ha de hacer referencia a la situación sanitaria del lugar en el que se encuentre el testador.

De otro lado, la referencia a la condición sexual de los testigos «*varones o mujeres*» fue suprimida por la reforma del 24 de abril de 1958 que hasta entonces marcaba una

(33) Entre otros, *vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La sucesión testada (II): el testamento. El contrato sucesorio», DÍAZ ROMERO, M. R., ARANDA RODRIGUEZ, R., GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., MONDÉJAR PEÑA, M. I., PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI Derecho de sucesiones 2.ª edición*, Aranzadi S.A.U. Pamplona, 2020, p. 183-184.

(34) Conforme al artículo 698, «*En las poblaciones o sitios incomunicados por razón de epidemia o de otra calamidad pública, aunque el testador no se halle enfermo, podrá otorgarse testamento ante Notario y dos testigos idóneos y, a falta de Notario, sin necesidad de justificarla, ante el Juez Municipal o el Cura de la parroquia y los mismos dos testigos, o ante tres testigos idóneos sin estos funcionarios*», disposición que proporciona LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia». *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 90, 2020. Disponible a 20 de febrero de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464747>.

(35) En este sentido, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. considera que este precepto histórico refleja una literalidad idéntica a la que recoge el artículo 609 del Código Civil italiano, «*Formas testamentarias post-clásicas especiales (...)*», *op. cit.*, p. 232.

(36) En este sentido, CASTÁN identifica esta regulación como simplista y poco acertada, al menos en comparación con los anteriores proyectos y, pese a la excepcionalidad de la situación, posee aún menos solemnidades que el testamento hecho en peligro inminente de muerte. RIVAS MARTÍNEZ, J. J., lo cita así «*op. cit. Edición 1973, p. 124*», en *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 600.

diferencia entre ambos testamentos extraordinarios; si bien se reconocía la posibilidad de que las mujeres comparecieran como testigos en los testamentos en caso de epidemia, no sucedía lo mismo en el resto de casos como con los hechos en peligro inminente de muerte que antes de la reforma establecía el artículo 681 del Código Civil y que hasta hoy regula los impedimentos para atestiguar en los testamentos abiertos. Hasta su entrada en vigor, las mujeres compartían la misma imposibilidad testifical que discapacitados, menores de edad y condenados por delitos de falsedad documental. Esta fue la última reforma del Código Civil que afectó al artículo 701 aunque su contenido normativo siguió modificándose a través de otras disposiciones normativas.

Con la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria que afectó a los artículos 703 y 704 del código, se modificó el lugar de protocolización de estos testamentos pasando de los tribunales, como recogía la vieja redacción, a los notarios, independientemente de que acudieran o no a su otorgamiento y manteniéndose el mismo plazo para autorizarlo desde el fallecimiento del testador. Sin embargo, la auténtica novedad de esta reforma fue la introducción de una serie de disposiciones relativas a la adverbación, apertura y protocolización de testamentos otorgados en forma oral en la Ley 28 de mayo 1862 del Notariado (LN) por la que se permitió constar las últimas voluntades mediante dispositivos de voz o vídeo con audio, siempre que fuesen tomadas al otorgarse el testamento y admitiesen su válida reproducción (art. 64.3 LN)⁽³⁷⁾.

Sin embargo y pese a su escasa reforma legislativa, la existencia de esta modalidad testamentaria que se presentaba de manera imprescindible durante todo el proceso codificador del siglo XIX, entró en declive durante la segunda mitad del siglo siguiente hasta el punto de que su mantenimiento en el ordenamiento jurídico estuvo realmente cuestionada en alguna ocasión y que cuyo debate se producía incluso a tenor de reformas sobre otras materias que disponía el código⁽³⁸⁾.

2. La epidemia como supuesto de hecho

Una epidemia supone un aumento anormal de casos de una enfermedad determinada en una población específica, en un periodo determinado⁽³⁹⁾ o una consolidación simultánea de múltiples brotes en una amplia zona geográfica y generalmente, implica la ocurrencia de un gran número de casos nuevos en poco tiempo, mayor

(37) «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 vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento».

(38) Así lo acredita LÓPEZ GALIACHO PERONA, J. durante los debates sobre la reforma del Código civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en orden a la aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo para eliminar viejas discriminaciones terminológicas entre hombres y mujeres, se planteó también la posibilidad de eliminar este testamento por haber caído en desuso. En «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia». Disponible a 21 de febrero de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464747>.

(39) En el caso de la Real Academia Española, ni siquiera se habla de población sino de «enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, acometiendo simultáneamente a gran número de personas», voz «epidemia», *Diccionario de la Lengua Española*, 20.^a Edición, 2001, p. 940.

al número esperado⁽⁴⁰⁾. En cuanto a pandemia, es la transmisión de la epidemia por varios países, continentes o por todo el mundo y que generalmente afecta a un gran número de personas⁽⁴¹⁾. Frente a esta concepción de infección extendida por muchos países, se halla otra por la que basta simplemente con que afecte a casi todos los individuos de una localidad o región⁽⁴²⁾.

De la primera definición destaca curiosamente la falta de calificación de la enfermedad como contagiosa al igual que no depende de que afecte a un país expresamente sino a una «*población específica*» o «*amplia zona geográfica*». La carencia de matices estatales sobre estas definiciones se justifica por la existencia de los denominados Territorios No Autónomos⁽⁴³⁾, aquellos que carecen de gobierno propio frente a los que nada obsta a que sus provisionales potencias administradoras responsables declaren la crisis sanitaria cuando fuere necesario.

Estas concepciones de epidemia distan bastante de las que manejan los juristas que la conciben como un supuesto de enfermedad de altas tasas de mortalidad, contagiosa y de difícil profilaxis⁽⁴⁴⁾, además de alejarse de la tradición normativa que recogían los proyectos de codificación civil del siglo XIX⁽⁴⁵⁾, lo cual implica que para superar la disparidad y sus consecuencias entre tales posiciones se ha de valorar la necesidad y viabilidad de que la epidemia se declare por un organismo judicial o autoridad pública a la que la ley invista de tal legitimación⁽⁴⁶⁾.

(40) Así es la definición que da la OMS de manera indistinta a la de «*brote*». «COVID-19 Glosario sobre brotes y epidemias. Un recurso para periodistas y comunicadores». Disponible a 16 de marzo de 2021 en: <https://www.paho.org/es/node/70518>.

(41) Nuevamente en «COVID-19. Glosario sobre brotes y epidemias. Un recurso para periodistas y comunicadores». Disponible a 16 de marzo de 2021 en: <https://www.paho.org/es/node/70518>.

(42) «*Enfermedad epidémica que se extiende por muchos países o que ataca a casi todos los individuos de una localidad o región*», una definición de la Real Academia de la Lengua Española que añade ambigüedad a la recogida por los Organismos Internacionales ya que podría identificarse como pandemia la que afectase a la totalidad de la población de un Estado. Diccionario de la Lengua Española, 20.^a Edición, 2001, p. 1664, voz: pandemia.

(43) La ONU mediante la resolución 66 (I) de 14 de diciembre de 1946 incluye una lista de setenta y dos Territorios No Autónomos que a día de hoy siguen figurando en este programa por el Comité Especial de Descolonización. «Non-Self-Governing Territories» *The United Nations and Decolonization*. Disponible a 17 de marzo de 2021 en: <https://www.un.org/dppa/decolonization/en/nsgt>.

(44) Hay quien opta por interpretaciones más sencillas al tenor del artículo 701 del Código para que exista esa forma extraordinaria de testar, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (artículos 609 a 1087)», *op. cit.*, p. 470, VELA SÁNCHEZ, A. J. aludiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A. *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, en «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales» *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020, p. 2.

(45) En cuanto a antecedentes normativos, el anteproyecto de Francisco Goyena ya recogía en su artículo 572 el requisito para otorgar el testamento era la incomunicación del testador «*por razón de peste u enfermedad contagiosa*».

(46) Entre otros, CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"» *Diario La Ley*, n.º 9645, 2020, p. 5; VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales» *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020, *op. cit.*, p. 3, LÁZARO GULLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, pp. 26 y 27, PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de*

El silencio del legislador español ante tal cuestión ha tratado de suplirse desde posturas doctrinales contrapuestas⁽⁴⁷⁾: una, por la que se prioriza el arbitrio de los tribunales para detectar los notorios síntomas de una enfermedad epidémica (letalidad, altos índices de contagios, etc.) a la que se añaden otros como la alteración de la convivencia social, pánico colectivo, etc., de tal manera que la validez de su otorgamiento se hallaría dependiente del poder judicial; y otra, que pugna una necesidad de constancia oficial en aras de la seguridad jurídica que presenta la norma al quitar peso a los falsos rumores, exageraciones y abusos que de manera subjetiva influyen en las personas para evitar recurrir a este testamento de forma indebida y, por tanto, se ha de relativizar el peso de la opinión pública sobre la sociedad en favor de declaraciones oficiales que disipen los climas de incertidumbre creados, dudas y pesares que recayesen sobre los plazos de caducidad de cara a su otorgamiento aunque lo relativo a su invalidez y demás requisitos formales se siguiera previendo en la norma.

Esta primera postura, que prima la declaración judicial frente a la ejecutiva o administrativa para constatar los síntomas y evidencias de la epidemia, parece predeciosa de la segunda, al ser abogada por los civilistas clásicos⁽⁴⁸⁾, que si bien algunos reconocen su carácter menos garantista para fijar los plazos de caducidad e ineficacia, al no exigir el artículo en cuestión que la epidemia sea declarada oficialmente y ante el hecho de que ésta misma pueda declararse más tarde de lo debido, ven en ella menos juicios arbitrarios que la que se declara por el poder político, siempre y cuando los tribunales aprecien la existencia de la enfermedad con severa evidencia ya que de ella depende la validez de este testamento⁽⁴⁹⁾. En todo caso, la fecha tanto de declaración como de cese de la epidemia, dependería de la apreciación de los tribunales en virtud de las pruebas que se aporten.

Sin embargo, mientras que en lo relativo a este punto las disputas doctrinales siguen vigentes, la práctica jurídica ha hecho que la interpretación adoptada por los

Madrid, n.º 6, p. 112. Disponible a 17 de marzo de 2021 en: <https://www.otrosi.net/hemeroteca/numero-6-2020-7a-epoca>.

(47) La agrupación de las dos posturas sobre el punto más conflictivo en la doctrina española en esta materia testamentaria, primando la que defiende la declaración institucional y que propugnan tratadistas como OSORIO MORALES, J. (cit., p. 97 y 98), PUIG BRUTAU, J. (op. cit., p. 152) y GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (op. cit., p. 242), tal y como recoge RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, p. 603.

(48) Entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBUBILLA, F. de A. «Las particulares formas testamentarias. El testamento» *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, cuarta edición revisada por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid, 2009, p. 181.

(49) En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., indica el inicio de la epidemia cuando, de carácter rogado, los tribunales perciban sus efectos en la población que de manera directa se manifiesta con más celeridad que su percepción por parte de las autoridades o funcionarios competentes para declararla en virtud de las leyes de Sanidad. «Los particulares regímenes sucesorios. la sucesión testamentaria, forzosa, intestada, contractual y excepcional.- sección segunda.- clases y formas de testamentos. vii.- testamento en tiempo de epidemia» *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI. Volumen 2*, Reus, Madrid, 2015, p. 112.

clásicos haya sido superada a día de hoy⁽⁵⁰⁾ al primar la necesidad de una fecha fija declarada por las autoridades oficiales como garantía para determinar el plazo de caducidad e ineficacia, si se diere y es que, si bien la propia norma recoge el plazo de caducidad del testamento pasados los dos meses desde que hubiere cesado la epidemia (art. 703 CC.), no se recoge normativamente quién la declara o desde qué momento comienza este período. Por tanto, coincidimos con la doctrina mayoritaria en que la dificultad para fijar un término desde el que esta modalidad sucesoria tuviera validez solo es posible a través de una declaración oficial, tanto de inicio como de cese de este período excepcional que permita así superar la incertidumbre y dudas que quedarían desde todo punto contrastadas con la declaración como prueba de la existencia de la epidemia⁽⁵¹⁾. En la práctica, tal duda ha sido superada por la crisis sanitaria provocada por la pandemia de la COVID-19⁽⁵²⁾ desde el pasado mes de marzo del 2020.

De otro lado, el otorgamiento de este testamento excepcional corresponde tanto al testador que se halle infectado por la enfermedad epidémica como aquél que se encuentre en riesgo de contraerla⁽⁵³⁾ e incluso, falleciendo de otra distinta a la reflejada por la declaración sanitaria o de accidente común tras su otorgamiento⁽⁵⁴⁾. El artículo 701 del código parte como presupuesto de hecho la existencia de epidemia, pero no aduce a condición personal alguna que deba reunir el testador, siendo suficiente con que se declare la situación de crisis sanitaria en el lugar de otorgamiento del testamento y los testigos verifiquen su capacidad⁽⁵⁵⁾.

(50) Así pues, se equipara la declaración de epidemia con el Estado de Alarma efectuado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 para otorgar esta modalidad testamentaria hasta el día 20 de julio de 2020 a las veinticuatro horas tras el fin de la sexta prórroga efectuada por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, tal y como sostiene Alfonso de la Fuente Sancho, Notario de San Cristóbal de la Laguna, *Informe Oficina Notarial marzo 2020. Testamento en tiempo de Epidemia y ológrafo*. Disponible a 21 de marzo de 2021 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/#practica>

(51) PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, *op. cit.*, p. 112.

(52) Si bien la declaración del Estado de Alarma del 14 de marzo por el Real Decreto 463/2020 no concretó el cese del servicio notarial, por omisión éste junto con otras actividades, fueron declarados esenciales manteniéndose esta en la Ley 10/2020, de 29 de marzo, para reducir la movilidad de la población durante la pandemia, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad», *op. cit.*, p. 457.

(53) Partiendo de los clásicos, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, p. 181, CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI*, p. 112 y contemporáneos; RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», *op. cit.*, p. 470, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La sucesión testada (II): el testamento. El contrato sucesorio», *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI. Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 183.

(54) LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, *op. cit.*, p. 181.

(55) Esta es una obligación que deriva del párrafo segundo del artículo 685, por el que «los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

Un supuesto problemático sería analizar el testamento correspondiente a quien se halla en peligro de muerte por una enfermedad declarada como epidemia⁽⁵⁶⁾. En tal caso, podría aplicarse el testamento en caso de epidemia si se trata del supuesto de hecho más adaptable a su norma, pero nada obsta a que pudiera aplicarse el testamento en peligro inminente de muerte en favor de las garantías probatorias que aportan la concurrencia de cinco testigos y no tres, como ocurre con el testamento en caso de epidemia⁽⁵⁷⁾.

3. Validez formal. Prevalencia del documento escrito al testimonio verbal

Las exigencias formales de este testamento han permanecido inalterables desde la redacción primigenia del precepto que la regula hasta el punto de que la doctrina tanto clásica como actual coinciden en todos aquellos aspectos que se derivan de su literalidad normativa como ocurre con los requisitos de otorgamiento para su validez que marca el artículo 702 CC., y que a su vez comparte con el testamento en peligro inminente de muerte.

Conforme este artículo, el testamento se escribirá «*siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir*». En este sentido, este testamento permite una doble forma de otorgamiento; escrito como regla general por la que aboga la propia redacción del código y otra oral, de carácter subsidiaria cuando se produzca una extrema imposibilidad material⁽⁵⁸⁾ que puede ser tanto de manera subjetiva, cuando la agrafía afecte a testador y testigos por igual, u objetiva, por sucesos ajenos a las partes que imposibiliten el otorgamiento del testamento como circunstancias de tiempo, lugar y demás factores que influyan a la persona⁽⁵⁹⁾.

En un primer momento, parece completamente indiferente que el propio testador se halle impedido por alguna de estas imposibilidades que afecten a su capacidad porque, a tenor de este artículo, la redacción del testamento va a corresponder, en

(56) De llegarse a cumplir este presupuesto, prevalecerían las condiciones requeridas para utilizar el testamento en peligro inminente de muerte. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI., op. cit.*, p. 112.

(57) Un conflicto que nos aporta VELA SÁNCHEZ, A. J. decantándose por la aplicación del testamento epidémico por su mayor proximidad con el supuesto de hecho que marca la norma y aunque la enfermedad infecciosa también provoca la muerte, sus menores requisitos formales y dos testigos menos a comparecer en el otorgamiento hacen completamente procedente recurrir a este testamento excepcional. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», *op. cit.*, pp. 4 y 5.

(58) Siguiendo a LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. este requisito que recoge la jurisprudencia supone que el incumplimiento del otorgamiento escrito debe suplirse con una interpretación más flexible por parte del código reconociendo así la fórmula oral. En todo caso, debe ser de manera excepcional pues el Tribunal Supremo justifica la necesidad de documento escrito para evitar los excesos y falsedades que favorecen la simplicidad de estas fórmulas testamentarias. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, p. 181.

(59) RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», *op. cit.*, p. 472.

primer lugar, a los testigos que comparecen en el acto de otorgamiento siempre que fuere posible y en caso contrario, por un tercero ajeno a la índole testamentaria reforzando el papel testifical de los testigos a efectos probatorios de la voluntad del testador⁽⁶⁰⁾. Aún firmado por testigos y testador, no se encuentra dentro del presupuesto legal de forma *ad solemnitatem*, sino *ad probationem* y es que, al otorgarse sin fedatario público, constituye una mera prueba del acto testamentario⁽⁶¹⁾ hasta que no se produzca su autorización notarial, punto a partir del cual nace a efectos constitutivos el acto mismo que de otra, resultará ineficaz (art. 703 y 704 CC).

Sin embargo, también se aduce a la autonomía de la voluntad del testador si no estuviera impedido por ninguna de estas imposibilidades materiales para después entregarlo a uno de los tres testigos declarando a su vez, que en el documento en cuestión se hallan sus últimas voluntades en presencia de los demás⁽⁶²⁾. De otro lado, cuando el artículo sostiene la validez del testamento no escrito aunque los testigos no sepan escribir podría tratarse de un error por parte del legislador, pues no tiene sentido la validez del testamento no escrito, aunque los testigos no sepan escribir⁽⁶³⁾. Quizá la interpretación más adecuada del artículo sea la que se formula *a sensu contrario*⁽⁶⁴⁾, es decir, si la comparecencia de testigos no afecta a la validez del testamento no escrito, serán éstos los que lo redacten de manera supletoria ante la imposibilidad del testador para escribirlo.

En cuanto a la posibilidad de otorgar testamento de manera oral, se trata de una posibilidad que no deriva solo del artículo 702 CC., sino también de la propia redacción primitiva del artículo 703 CC⁽⁶⁵⁾, anteriormente contemplada como última *ratio*⁽⁶⁶⁾ y que exigía confiar en la memoria de los testigos presentes en el acto de

(60) Varios autores; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones, op. cit.*, p. 181; RIVAS MARTÍNEZ, J. J., siguiendo a GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (*op. cit.*, p. 258) *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial, op. cit.*, p. 606.

(61) VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», *op. cit.*, p. 7.

(62) LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 24.

(63) Una interpretación que nos ofrece LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J, concluye que la verdadera redacción del precepto es que en caso de no poder escribirse, sea válido aunque los testigos «sí» supieran escribir. Este autor defiende la simultaneidad de testador y testigos para redactar el texto testamentario. «La "rabiosa" actualidad del testamento en caso de epidemia». Disponible a 20 de febrero de 2021 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7464747>.

(64) En este sentido CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"» p. 2.

(65) Así rezaba del artículo antes de su única reforma por la Disposición Final 1.62 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria: «Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para que se eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente».

(66) Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ, J. J., aduciendo a una corriente mantenida por el Tribunal Supremo (STS de 2 de julio de 1977 [RJ 1977, 3256]), sobre el artículo 702, conforme el cual, estos testamentos extraordinarios solo se podrán otorgar de forma oral cuando por la urgencia del caso no pueda escribirse en el mismo momento del otorgamiento lo que no obsta a que los testigos con posterioridad puedan consignar

otorgamiento. A día de hoy, este inconveniente ha sido superado con la incorporación del artículo 64.3 de la Ley del Notariado efectuada por la Ley 15/2015 permitiendo que el contenido del testamento conste en instrumentos tecnológicos audiovisuales tomados durante el otorgamiento para su posterior adveración y protocolización por la legislación notarial.

Por tanto, se contempla la posibilidad de que el testamento se redacte tanto por el testador como por los tres testigos que concurren en el acto de otorgamiento, de manera manuscrita o mecánica⁽⁶⁷⁾ con la jerarquía de forma que marca en el artículo 702 CC. Al no intervenir fedatario público, es recomendable que sea escrito para, tras el fallecimiento del testador, entregarlo al notario a fin de que se autorice en la forma que fije la legislación notarial (art. 704 CC). Incluso se contempla la posibilidad de que, al ser redactado de puño y letra por el testador, cumpla los requisitos del testamento ológrafo (art. 688 CC.)⁽⁶⁸⁾, situación con ventajas tales como la carencia de testigos para su otorgamiento y un mayor plazo de autorización notarial.

4. Unidad del acto de otorgamiento; reminiscencias y compensación del silencio legislativo

Mientras que el legislador primigenio ya previó el distanciamiento social⁽⁶⁹⁾ a la hora de concurrir los testigos necesarios para el otorgamiento de este testamento de cara a garantizar su validez ante el profundo temor al contagio entre la población, el testamento en caso de epidemia español parece haber abandonado sus precedentes romanistas, no solo por la completa omisión en su concreta regulación a la unidad del acto sino también porque las interpretaciones que se han hecho de él descartan

por escrito las manifestaciones que el testador hizo suscribiéndolas con su firma y cuando los testigos no sepan escribir, lo cual implica que han de conservar en su memoria las manifestaciones testamentarias hasta el momento de hacer la declaración ante el juez para su posterior elevación a escritura pública y protocolización. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial, op. cit.*, p. 607.

(67) Entre otros, VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», *op. cit.*, p. 7; LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 24. CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"», *op. cit.*, p. 2; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. «¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?» *Diario La Ley*, n.º 95498, 2020, p. 2. Disponible a 22 de marzo de 2021 en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/03/20/como-puedo-hacer-testamento-durante-la-crisis-del-coronavirus>.

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

(69) Así lo sostiene LÁZARO GUILLAMÓN, C. siguiendo a AMELOTTI, MARIO. *El testamento romano...*, cit., p. 79 y 243, la relativización de requisitos para otorgar este testamento fue para mitigar costumbres y tradiciones infamantes de determinados lugares que afectaban a las demás modalidades testamentarias romanas. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 9.

totalmente este requisito insigne tanto en su necesidad como excepcionalidad. En este sentido, hay que partir de que las lagunas normativas sobre determinadas instituciones de nuestro derecho, generalmente se suplen con la interpretación y extensión que hacen los tribunales y juristas sobre su naturaleza y efectos, articulándolas con otras normas de un mismo o distinto cuerpo legal.

Así pues, este testamento admite una doble clasificación: como testamento excepcional dentro de la teoría general del testamento⁽⁷⁰⁾ y de manera más específica, como testamento especial dentro de la categoría de los testamentos abiertos⁽⁷¹⁾, la cual se justifica por el encaje normativo que le ha asignado nuestro código⁽⁷²⁾, lo que implicaría la aplicación de las normas relativas al testamento abierto en todos aquellos aspectos que no estuviesen contemplados expresamente. Esta segunda clasificación parece la más favorable para delimitar un marco normativo supletorio para este testamento que se refuerza aún más por su compatibilidad con la definición de testamento abierto que dispone el código⁽⁷³⁾, cuyos requisitos son coincidentes ya que al igual que el testamento en inminente peligro de muerte, es un testamento abierto sin intervención notarial que se otorga en la especial situación de que exista una epidemia⁽⁷⁴⁾.

De otro lado, son claras las reivindicaciones que abogan por una remisión expresa al artículo 701 CC., que incluya tal regla de supletoriedad⁽⁷⁵⁾ y que debería incluir la posibilidad de otorgar este testamento ante el notario del domicilio habitual o

(70) Clasificación mantenida por la doctrina clásica que critica la distinción de testamentos que hacen los artículos 676 y 677 del código ya que si bien los testamentos comunes son los que pueden utilizar todas las personas y los especiales no, hay formas testamentarias como el testamento que aquí nos ocupa que obedece a circunstancias objetivas y que están dentro de lo que el legislador denomina comunes. Es por ello por lo que CASTÁN TOBEÑAS, J. y GONZÁLEZ PORRAS, J. M. incluía este testamento entre los excepcionales desde su regulación en el código. CASTÁN TOBEÑAS, J. (autor) edición revisada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. *Derecho civil español, común y foral tomo VI: Derecho de sucesiones volumen I: la sucesión en general. la sucesión testamentaria*. Reus, S.A. Madrid, 2010, GONZÁLEZ PORRAS, J. M. *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones*, pp. 535 y 536.

(71) De todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, op. cit., p. 172; DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. «¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?», op. cit., p. 2.

(72) Este testamento se regula en el Libro tercero, de los diferentes modos de adquirir la propiedad, Título III. De las sucesiones, Capítulo primero de los testamentos, sección quinta, del testamento abierto.

(73) Conforme al artículo 679 del código: «*Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone*».

(74) Varios autores, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI Derecho de sucesiones*, op. cit., p. 183.

(75) En este sentido PÉREZ RAMOS, C., aporta esta propuesta de reforma del Consejo General del Notariado junto con sucesos acaecidos en el devenir de su experiencia profesional como justificación de la necesidad de que se recoja una modalidad de este testamento con intervención notarial debido a que, más allá de que las omisiones formales provoquen su nulidad, las últimas voluntades del testador que recurre a este testamento suelen reflejarse con cierta dificultad que se puede posteriormente traducir en una válida ordenación sucesoria. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, p. 115.

accidental del testador mediante videoconferencia a través de la sede electrónica notarial, quedando sujeto en su expresión documental a las normas del testamento abierto notarial sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 703 de cuyo contenido deberá dejarse constancia explícita en el instrumento.

La regulación de los testamentos abiertos por el Código Civil es absoluta y tajante al disponer de la unidad del acto como una formalidad exigida a los tres testigos en el tiempo y lugar de otorgamiento con la salvedad de que concurra accidente pasajero (art. 699 CC.)⁽⁷⁶⁾, a lo que se acompaña la exigencia de que su autorización oral por el notario dependa de las declaraciones de los testigos que deberán acreditar no solo la concurrencia de causa legal para su otorgamiento sino también la escucha simultánea de todas las últimas voluntades del testador ya fueren de palabra, o bien dando o leyendo su contenido en alguna nota o memoria (art. 65.3.3.º LN). Estos testigos acentúan su valor probatorio disipando cualquier tipo de duda o incertidumbre por parte del notario autorizante para así evitar que haya lugar a posteriores discrepancias interpretativas⁽⁷⁷⁾.

Así pues, este requisito operaría para todas las formas posibles de otorgar este testamento, incluida la de manera oral. Si bien el propio código prioriza su escritura, ya sea por el testador como por los testigos intervinientes, la unidad del acto parte de la presencia simultánea de todos ellos desde la manifestación de la voluntad del testador hasta la comprobación de la intención de testar, escritura y firma del testamento⁽⁷⁸⁾. En el caso de que su otorgamiento fuere por escrito, no es necesario que los testigos firmen mientras el testador refleja sus últimas voluntades aunque es recomendable que, ante la falta de firma por parte de éste, los testigos firmen por sí uno de ellos o bien todos, fueren premorientes al testador, de lo contrario, el notario no podría protocolizarlo al no tener modo alguno de verificar los requisitos que marca el artículo 701 CC., lo que daría lugar a que el testamento en caso de epidemia sea ineficaz desde su otorgamiento⁽⁷⁹⁾.

5. ¿Cabe autorización del testamento en caso de epidemia escrito?

Otro inconveniente es que nuestro legislador no contiene una regulación específica para su autorización al preverse solo para el testamento cerrado, el testamento ológrafo

(76) «Todas las formalidades expresadas en esta Sección se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero».

(77) CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la "nueva normalidad"» p. 2.

(78) SERRANO CHAMORRO, M.ª E. «COVID-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos» *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4, 2020, p. 311. Disponible a 23 de marzo de 2020 en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/567>.

(79) LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español (...)», *op. cit.*, p. 25.

y el testamento otorgado en forma oral, de los cuales, nuestro testamento solo tiene encaje normativo en los dos últimos⁽⁸⁰⁾. Sin embargo, el paso del otorgamiento a su autorización notarial parte de una incoherencia evidente al no preverse el supuesto de que el testamento, aun siendo escrito, no reúna los requisitos del testamento ológrafo, situación que se halla desamparada por nuestro ordenamiento al no haber expediente específico para testamentos escritos que no sean ológrafos o cerrados. Ante esto, se acude supletoriamente a las normas de autorización de los testamentos orales⁽⁸¹⁾.

Este conflicto puede solventarse también entendiendo que estos testamentos no obedecen a otra adveración y protocolización que no sea la de los expedientes de los testamentos orales descartando radicalmente el expediente para el testamento ológrafo al entender que si esta modalidad testamentaria cumple con los requisitos que marca el artículo 688 CC., para el testamento ológrafo ya no serían aplicables las exigencias normativas del testamento en caso de epidemia y su naturaleza quedaría fagocitada por este testamento autobiográfico⁽⁸²⁾. Y es que los testamentos ológrafos no han dejado de utilizarse a lo largo de la crisis sanitaria, concretamente por aquellos notarios que ven demasiados inconvenientes en el testamento en caso de epidemia ante la necesidad de testar por parte de algunas personas que si bien parten de la idea de formular cualquier testamento, han tenido que renunciar al tipo de testamento que exigían en favor de otros más acordes a las imperantes circunstancias del momento⁽⁸³⁾.

En definitiva, las dos formas de otorgamiento que permite este testamento quedan cubiertas por las reglas de la adveración y protocolización notarial introducidas por la reforma del Código civil del 2015, aunque en el caso de que el testamento fuere escrito no parece razonable identificarlo bajo esta modalidad extraordinaria si tanto su proceso de elevación a escritura pública como su naturaleza a la hora de pasar por esta autorización *ad solemnitatem*, vaya a guiarse por las reglas del testamento ológrafo. Sin embargo, puede llegarse a la conclusión de poder mantener la esencia del testamento escrito en caso de epidemia una vez autorizado aunque fuere por el procedimiento ológrafo ante la flexibilidad de la práctica notarial a la hora de acoger la autorización de estos testamentos incluso por vías electrónicas y ajenas a los requisitos que marca el artículo 688 CC., lo que puede dar lugar a que este proceso de autorización no tenga impacto alguno sobre la denominación de este testamento.

(80) PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, *op. cit.*, p. 114.

(81) PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, p. 114.

(82) VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales», p. 7.

(83) Siguiendo a PÉREZ RAMOS, C., la situación generada por la COVID-19 en sus periodos más aciagos, ha hecho que ante las llamadas telefónicas que recibían las notarías por parte de personas gravemente hospitalizadas que pedían ayuda para testar, los notarios hayan optado por dictar testamentos ológrafos durante la llamada. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, *op. cit.*, p. 115.

IV. LA POSICIÓN DEL DERECHO COMPARADO

Existen pocas legislaciones europeas que contemplen el testamento en caso de epidemia y las que lo hacen parten de materializar el anhelo con el que los juristas españoles pretendían recogerlo en la primera redacción del Código Civil. Sin embargo, todas ellas requieren para su otorgamiento de la presencia de notario o figura análoga y prohíben de manera implícita el otorgamiento exclusivamente ante testigos.

1. El testamento epidémico italiano; la amplitud de la cobertura testamentaria y su ratificación por el beneficiario

El código civil italiano prevé este testamento en la sección II relativa a los testamentos especiales, donde se regula el testamento en caso de enfermedades infecciosas, calamidad pública o infortunios – *malattie contagiose, calamità pubbliche o infortuni*– supletorio respecto de los testamentos ordinarios que fijan arts. 601 y ss. CCI⁽⁸⁴⁾. En concreto, el artículo 609 parte de que el testador se halle en un lugar afectado por una enfermedad infecciosa, pública calamidad o infortunio, fijando la validez del testamento en que se realice por un notario, juez de paz del lugar, alcalde o semejante, o sacerdote, ante la comparecencia de dos testigos mayores de dieciséis años⁽⁸⁵⁾. Su forma ha de ser escrita, firmado por el testador y testigos que, en caso de no poder hacerlo, solo han de indicar la causa de tal impedimento.

Se trata de un supuesto análogo al testamento que establecía el anteproyecto de 1882-1888 por la amplitud de supuestos en los que se puede otorgar (calamidad pública o infortunio), por mantener el esquema de fedatario público, juez y sacerdote pero con supletoriedad respecto del primero y por la necesidad de otorgamiento ante notario junto con dos testigos idóneos en cuya ausencia, será el juez o autoridad religiosa.

En lo relativo a su eficacia, no se guarda ningún tipo de analogía con cualquiera de sus regulaciones en el derecho español. El artículo 610 del código italiano establece un período de eficacia de tres meses desde que cesa la causa que impide al testador valerse de los testamentos ordinarios y, en caso de fallecimiento durante este período, el testamento ha de ser depositado en la notaría del lugar donde se hubiere

(84) Para este análisis comparativo de ambas instituciones, se utilizará una edición del código civile italiano por real decreto de 16 de marzo de 1942 n. 262 Approvazione del testo del Codice civile actualizado a marzo de 2000. Disponible a 13 de abril de 2021 en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html.

(85) « *Quando il testatore non può valersi delle forme ordinarie (601 e seguenti), perché si trova in luogo dove domina una malattia reputata contagiosa, o per causa di pubblica calamità o d'infortunio, il testamento è valido se ricevuto da un notaio, dal pretore o dal conciliatore del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa.*».

realizado⁽⁸⁶⁾. Ni el plazo, ni el supuesto de hecho que inicia su eficacia coinciden con el fijado en el derecho español y como novedad, el artículo italiano no fija un plazo determinado para presentar el testamento ante el notario autorizante a diferencia de los tres meses que marca el código español a partir del momento de su fallecimiento producido en este intervalo de eficacia que transcurre desde que aparecen las imposibilidades de otorgar testamento ordinario hasta transcurridos tres meses.

En conclusión, todo parece indicar la escasa reforma que ha tenido este testamento en el derecho civil italiano aunque sigue contemplando ciertas singularidades que no se ven en ningún otro régimen normativo como que el testamento sea válido aunque no lo redacte ni testador ni testigos, sino el beneficiario – *Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve*– o sin constar la firma de ninguno de éstos siempre que se reflejare la causa de tal ausencia – *Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa*– y en todo caso, la extensión en cuanto al otorgamiento de este testamento a otro tipo de acontecimientos de fuerza mayor que fija la legislación italiana parte de una línea perdida por nuestro legislador, previa a la promulgación de Código Civil pese a ser una posición de buen encaje normativo y que gozaba de buena salud por parte del pensamiento jurídico español⁽⁸⁷⁾.

V. BIBLIOGRAFÍA

BLANCH NOUGUÉS, J. *Sermo iuris et forma mentis in tempore pestilentiae. Análisis del lenguaje en tiempo de pandemia*. CEU Ediciones, Madrid 2020, pp. 18-21.

BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa; revisada por Fernando Campuzano y Horma, 3.^a edición, Madrid, 1965, pp. 595-597.

CALAZA LÓPEZ, A. «Los testamentos sin intervención notarial y su eficacia en la «nueva normalidad»» *Diario La Ley*, n.º 9645, 2020.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. «Formas testamentarias postclásicas especiales: 1. Testamentum tempore pestis» GARCÍA SÁNCHEZ, J. (coord.), DE LA ROSA DÍAZ, P. (coord.), TORRENT RUIZ, A, J. (coord.), CALONGE MATELLANES, A. (hom.) *Estudios jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, vol. 1, Caja Duero, Salamanca, 2002, pp. 213-235.

– «El peligro inminente de muerte como fundamento de formas testamentarias extraordinarias en el Derecho romano y en el Código Civil», HERAS

(86) «*Il testamento ricevuto nel modo indicato dall'articolo precedente perde la sua efficacia tre mesi dopo la cessazione della causa che ha impedito al testatore di valersi delle forme ordinarie. Se il testatore muore nell'intervallo, il testamento deve essere depositato, appena è possibile, nell'archivio notarile del luogo in cui è stato ricevuto*».

(87) Desde CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI. Volumen 2, Reus, Madrid, 2015, p. 112, parten RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 601, también CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., *Comentarios al Código civil*, IX, (*op. cit.*, p. 242) «Formas testamentarias postclásicas especiales (...)», *op. cit.*, p. 233.

- HERNÁNDEZ, M. M. (coord.), PEREÑA VICENTE, M. (dir.), DELGADO MARTÍN, P. (dir.), *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, 2015, pp. 925-939.
- «Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y en la actualidad» *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 26, 2021, pp. 419-480.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral tomo VI: Derecho de sucesiones volumen 1: la sucesión en general, la sucesión testamentaria*. Edición revisada por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. Reus, S.A. Madrid, 2010.
- *Derecho civil español, común y foral. Tomo VI. Volumen 2, Los particulares regímenes sucesorios. La sucesión testamentaria, forzosa, intestada, contractual y excepcional*. Edición revisada por ROMÁN GARCÍA, A. M. Reus, Madrid, 2015, pp. 112-114.
- DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. «¿Cómo puedo hacer testamento durante la crisis del coronavirus?» *Diario La Ley*, n.º 95498, 2020.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. L. (Traducción), KRIEGEL A, KRIEGEL, M., HERMANN, E. y OSENBRÜGGEN, E. (Publicación) *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino*. Tomo I, Instituta de Justiniano, Tomo II y III Digesto y Tomo V Código de Justiniano. Barcelona 1889.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M., SÁNCHEZ CALERO, F. J. (coord.) *Curso de Derecho civil IV Derechos de familia y sucesiones* 9.ª Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 535– 537.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. «La sucesión testada (II): el testamento. El contrato sucesorio», DÍAZ ROMERO, M. R., ARANDA RODRIGUEZ, R., GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., MONDÉJAR PEÑA, M. I., PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., *Guía Del Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo VI Derecho de sucesiones 2.ª edición*, Aranzadi S.A.U. Pamplona, 2020, pp. 183-184.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBUBILLA, F. de A. *Elementos de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Sucesiones*, cuarta edición revisada por RAMS ALBESA, J. Dykinson, Madrid, 2009, pp. 179-185.
- LÁZARO GUILLAMÓN, C. «El testamento en caso de epidemia del artículo 701 del Código civil español: Crónica para la validez de una institución pretérita en pleno siglo XXI». *Revista General de Derecho Romano* n.º 35, 2020.
- LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. «La «rabiosa» actualidad del testamento en caso de epidemia». *El Notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 90, 2020, pp. 30-35.
- PANERO, R. *Derecho Romano 5.ª Edición*. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 601-667.
- PÉREZ RAMOS, C. «Testamento en caso de epidemia» *OTROSÍ Revista del colegio de abogados de Madrid*, n.º 6, pp. 112-115.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. «Libro II, De los diferentes modos de adquirir la propiedad: (Artículos 609 a 1087)», CAÑIZARES LASO, A. (dir.), CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.), SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Código Civil Comentado*, 1.ª Edición, Cizur Menor-Thomson Reuters-Civitas, 2011, pp. 468-472.

- «*Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*» 1.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 599-634.
- RODRIGUEZ DÍAZ, E. M. «El artículo 681 del Código civil español y la discapacidad sensorial: Derecho Romano y regulación actual de los testamentos comunes ante notario» LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, M. C. (coord.) *Fundamentos romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano, Vol. 1*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones: BOE, 2020, pp. 613-646.
- RODRÍGUEZ-MAFFIOTTE, M. C., MARTÍN OVAL, M. «Módulo 5. Epidemias de importancia histórica de origen incierto» *La peste. El cuarto jinete. Epidemias históricas y su repercusión en Tenerife*. Organismo Autónomo de Museos y Centros, Santa Cruz de Tenerife, 2014, pp. 91-94.
- SÁNCHEZ MALUF, M. «La función notarial en Roma», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 8, 2003, pp. 159-170.
- SERRANO CHAMORRO, M.ª E. «COVID-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos» *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 4, 2020, pp. 287-330.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones generales» *Diario La Ley*, n.º 9629, 2020.