

TRABAJO FINAL DE GRADO
FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

Curso Académico 2015-2016

Otro requisito esencial de esta clase de testamento, y que no encontramos en el anterior, es la relativa a la presencia de los testigos. Solo debe concurrir al acto tres testigos idóneos, es decir, mayores de edad, en este caso el Cc establece que sean mayores de dieciséis años. La razón por la que se exige este reducido número de testigos es para evitar contagios entre los presentes al acto.

Hemos de remarcar que tanto el testamento en peligro inminente de muerte como el testamento otorgado en caso de epidemia se pueden realizar sin la presencia del Notario⁹⁰.

En cuanto a su precedente en el Derecho romano, encontramos en la época del Emperador DIOCLECIANO en su constitución del año 290⁹¹. El *testamentum pestis tempore* se realizaba en lugares infestados por algún tipo de epidemia, la más común en aquella época era la peste. Para evitar el contagio de la enfermedad causante de la epidemia, con la presencia de

Estas
producto de t
paso del tiem



se requería de
n esencia, un
obrevivido al

5.3- Formas especiales.

En la actualidad encontramos una serie de testamentos que, a diferencia de los extraordinarios, se centran no ya en las condiciones físicas y mentales del propio testador, sino en las situaciones espaciales y coyunturales de la época o del lugar, que afectan directamente al otorgante.

Esta clase de testamentos especiales, los encontramos en el art.677 del Cc y son el testamento militar, marítimo y el otorgado en país extranjero.

A continuación analizaremos cada uno de ellos y procederemos a compararlos con

⁹⁰ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 68.

⁹¹ C. 6, 23, 8.

sus antecedentes en el Derecho romano.

5.3.1- Testamento militar.

El primer párrafo art. 716 del Cc. dispone que *en tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército, o que sigan a éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.*

Según el precepto citado, el testamento militar es aquel que se puede otorgar en tiempos de guerra por los militares en campaña, y por los demás individuos que establece el Cc. Por tanto, no solo los soldados podían realizar esta clase de testamento sino todas aquellas personas que se encontraban en el conflicto bélico, tales como médicos voluntarios, rehenes, periodistas, es decir, todas aquellas personas que sigan al ejército, incluso *damas de caridad o cantineras*⁹².

Ésta clase de testamento puede otorgarse de dos formas, abierta o cerrada. A su vez, el testamento abierto se podrá otorgar en circunstancias ordinarias o en peligro de muerte. Del mismo modo el cerrado, se realizará de forma ordinaria y extraordinaria.

En primer lugar, el testamento militar abierto ordinario puede redactarse ante un Oficial que tuviese al menos la categoría de Capitán, los *Tenientes o los Alféreces son inhábiles a los efectos de otorgamiento del testamento militar*⁹³. No obstante, si el testador estuviese enfermo o malherido, podrá otorgarse testamento ante *el Capellán o el Facultativo que le asista*, como establece el párrafo tercero del art.716 del Cc. Por otro lado, según el art. 716.4, el testamento podrá llevarse a cabo a persona distinta de las nombradas *si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.*

Por último, cabe decir, que será *necesaria la presencia de dos testigos idóneos* en todos los casos anteriores⁹⁴.

⁹² LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 84.

⁹³ LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones...*, op. cit., p. 85.

⁹⁴ Párrafo cuarto art.716 Cc.

La otra modalidad de testamento militar abierto que podemos encontrar, es la otorgada en caso de peligro de muerte. El art 720 del Cc. establece que *durante una batalla, asalto, combate, y generalmente en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos. Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó. Aunque no se salve, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra o funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718.*

Por tanto, esta clase de testamento permitía a los legitimados otorgar testamento verbal ante dos testigos. Es decir, que ante la inminente batalla, y la posible muerte del causante, este tenía la posibilidad de verbalizar su voluntad última antes los testigos allí presentes.

La caducidad de esta forma de testar, como es lógico pensar, era inmediata, ya que si el testador sobrevivía, podría testar de forma ordinaria. Del mismo modo, aunque el causante falleciese en el conflicto armado, si el testamento no es formalizado por los testigos y presentado ante el Auditor de guerra, este sería ineficaz.

En cuanto al testamento militar cerrado ordinario, el art.717 nos dice que *también podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.* Se contempla una forma extraordinaria de testamento cerrado en el art.721 del Cc., al preceptuar que *se otorgará ante el Oficial y los dos testigos que para el abierto exige el artículo 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.*

En el apartado correspondiente a la regulación del Derecho romano vimos como el antecedente histórico del testamento militar se encuentra en dos clases de testamento, el testamento *in procinctu* y el *Testamentum Militis*.

En el testamento *in procinctu* guarda una estrecha relación con la modalidad del testamento militar abierto otorgado en peligro de muerte. Ambos se realizaban justamente antes de entrar en conflicto bélico, es decir, cuando existían posibilidades reales de que

el testador pudiese fallecer. Del mismo ambos se realizaban de forma oral ante los allí presentes, no obstante en el caso del testamento actual se requieren dos testigos.

Otra característica que comparten ambos testamentos es la caducidad del mismo, ésta como bien sabemos era inminente si el otorgante sobrevivía al conflicto. No obstante lo anterior, estas dos clases de testamentos diferían en algunas de sus características tales como la exigencia de dos testigos en la forma actual y en que el testamento *in proscinctu* solo servía para nombrar al heredero.

Respecto al *Testamentum Militis*, como ya observamos, surgió en las primeras épocas del derecho Romano, en tiempos de César (100 a.C – 44 a.C)⁹⁵, y permitía regular de una forma particular, la estructura y forma de realizar el testamento de los soldados. Del mismo modo que ocurre con el testamento militar actual, no solo se permitía otorgar tal testamento a los soldados, sino también a todas aquellas personas que se encontraban en el conflicto armado.

Por otro lado, el *testamentum militis* permitía a todas estas personas otorgar testamento en tiempos de guerra, omitiendo todas o la mayoría de las formalidades exigidas en derecho romano que hoy en día ya no se contemplan, tales como el hecho de que el *filius familias miles*, es decir, el hijo no emancipado alistado en el ejército, aunque no tuviese la *testamenta factio activa*, podía hacer testamento de la forma que quisiese y en el momento que quisiese en lo referido a su *peculium castense*.

Cabe destacar, que del mismo modo que en el testamento militar actual, el *Testamentum Militis*, se podía realizar el testamento de forma oral o escrita. La forma oral se tenía que realizar, como en la forma actual, ante dos testigos, no obstante faltaba la presencia del Oficial con rango de Capitán que si se exige en el testamento actual. La forma escrita omitía totalmente la presencia de los testigos, característica que no comparte con la forma actual.

Por último, existe una gran diferencia entre ambos. Nos referimos a la caducidad del testamento. En el antiguo *testamentum militis* la caducidad se producía un año después

⁹⁵ VOLTERRA, E., *Instituciones...*, op. cit., p. 730.

de haberse realizado el servicio militar. Como bien sabemos, en la forma actual la caducidad es inminente, si no se formaliza el testamento por los testigos y no es presentado ante el Auditor de guerra, una vez fallecido el otorgante.

5.3.2- Testamento marítimo.

El testamento marítimo lo encontramos en el art.722 del Cc y dispone que *los testamentos, abiertos o cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan a bordo, se otorgarán en la forma siguiente:*

Si el buque es de guerra, ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, o el que haga sus veces, pondrá además su V. ° B. °

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar, el cual lo hará por sí y por el testador, si éste no sabe o no puede hacerlo.

Si el testamento fuera abierto, se observará además lo prevenido en el artículo 695, y, si fuere cerrado, lo que se ordena en la sección sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al número de testigos e intervención del Notario.

Como podemos ver, esta clase de testamento se puede realizar de forma abierta o cerrada, con la exigencia de la presencia de dos testigos idóneos. En el caso de que fuese abierto se atenderá a lo expuesto en el art.695 del Cc, es decir, *el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir.* En caso de que el testamento fuese cerrado, se establecerán los mismos requisitos que para el testamento cerrado del art.706 Cc, a

excepción del número de testigos y la intervención del Notario.

Otra característica que nos llama la atención de esta clase de testamento, es la posibilidad de poder testar abordo de un buque de guerra o de un buque mercante, ambas posibilidades son aceptadas por nuestro Código.

En el caso de que el buque sea de guerra, el testamento habrá de otorgarse *ante el Contador o el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos*.

Por otra parte, en el caso de que se realice el testamento abordo de un buque mercante *autorizará el testamento el Capitán, o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos*.

Para las dos modalidades de testar, el párrafo cuarto del art.722 del Cc establece que los *testigos se elegirán entre los pasajeros*.

En otro sentido, y del mismo modo que ocurría con el testamento militar otorgado en peligro de muerte, existe una modalidad de este tipo de testamento que permite al otorgante que se encuentre en peligro inminente de naufragio, poder verbalizar su voluntad última. De este modo el art.731 del Cc nos dice que *si hubiese peligro de naufragio, será aplicable a las tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra o mercantes lo dispuesto en el art. 720*.

En el antiguo derecho romano no encontramos un testamento que expresamente recoja las características del actual testamento marítimo. No obstante, en el *Testamentum Militis*, los marines de las escuadras imperiales que acompañaban al ejército en sus batallas ostentaban el mismo privilegio que los demás soldados, es decir, podían otorgar testamento obviando la mayoría de las formalidades existentes en la época.

No obstante, los efectos del testamento militar dejaban de surtir una vez dejaban el ejército y volvían a sus casas. Realmente no estamos ante un verdadero testamento marítimo, sino que el *Testamentum Militis* otorgaba la posibilidad de testar bajo la forma de testamento militar, a todas aquellas personas que estaban inmersas en el conflicto bélico. Por tanto, se permitía a los marines poder testar bajo la forma del testamento

militar.

5.3.3- Testamento otorgado en país extranjero.

El art.732 de Cc dispone que *los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la Nación a que el buque pertenezca. Podrán asimismo hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 688, aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.*

Según el precepto anterior el testamento otorgado por un español en el extranjero puede realizarse con arreglo a las normas establecidas por la Ley del país que se tratase. De igual modo podrán otorgar testamento cuando se encuentren a bordo de buques extranjeros, siguiendo las leyes del país de nacionalidad de dicha embarcación. En la misma línea, podrán otorgar testamento ológrafo, aunque la Ley del país donde se encuentre no lo permita.

Todas estas disposiciones reglamentarias, las que consideraríamos como normas generales, presentan una limitación, y es que los españoles que desean testar en país extranjero no lo podrán hacer mancomunadamente, es decir, no se permite en España otorgar testamento mancomunado (art.733 Cc), prohibición expresa del art.669 del Cc.

Por último, cabe destacar que de igual modo que se puede testar en el extranjero siendo español con arreglo a la Ley extranjera, se puede testar en otro país que no sea en España con arreglo a la Ley española. Así, el art.734 del Cc nos viene a decir que *también podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento, abierto o cerrado, ante el funcionario diplomático o consular de España que ejerza funciones notariales en el lugar del otorgamiento. En estos casos se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las Secciones quinta y sexta de este capítulo.*

En cuanto a su antecedente en el derecho romano, debemos aclarar que tal testamento no existe, ni tan solo uno que se le asemeje, ya que antiguamente solo se permitía testar a los ciudadanos romanos.

6.- CONCLUSIONES.

I.- El concepto de testamento ha variado de forma mínima desde la regulación en Derecho romano hasta la actualidad, manteniendo unos caracteres y requisitos muy similares en ambos ordenamientos. Tanto en Derecho romano como en el Código civil hemos observado que se trata de un acto de última voluntad, realizado por una persona dotada de capacidad suficiente para otorgar ese acto y con efectos después de la muerte de la misma. Todos los elementos que lo definían entonces se encuentran presentes hoy en día en nuestro Código civil y desarrollo jurisprudencial.

No obstante, de nuestro estudio podemos destacar dos diferencias relevantes entre la regulación actual y la del derecho romano. Por una parte, en el testamento romano la institución de heredero se configuraba como un elemento esencial del mismo y, sin embargo, el artículo 764 del Código civil declara la validez del testamento aunque no contenga dicha disposición. Por otra parte, respecto a la capacidad, en Roma, solo los ciudadanos romanos, libres y *sui iuris* podían otorgar testamento, mientras que en la actualidad cualquier persona mayor de 14 años (excepto testamento ológrafo) se considera capaz para otorgar testamento y heredar.

II. El testamento ológrafo, conocido en Roma como testamento *per holographam scripturam*, es, a nuestro juicio, la forma testamentaria del derecho romano que contiene una regulación más similar en la actualidad.

En ambos ordenamientos, el testamento tiene carácter secreto, debe ser redactado por el propio testador y no requiere la presencia ni de testigos ni de Notario. La diferencia más notable la hemos encontrado en que en derecho romano, sólo se concedía la posibilidad de redactar un testamento ológrafo a los ciudadanos romanos mientras que en la actualidad se ha abierto esa posibilidad a los extranjeros y en su propia lengua. Además, ni la fecha, ni la firma autógrafa hecha por el propio testador eran requisitos obligatorios en la regulación romana, mientras que en la actualidad la ausencia de estos requisitos vicia de nulidad el testamento.

III. Por lo que se refiere a las formas de testamento, desde el derecho romano se

podía otorgar testamento abierto y cerrado, permaneciendo las dos formas de testar en la actualidad. Bajo nuestro punto de vista, el testamento abierto guarda similitud con el *testamentum apud acta conditium*, por el carácter público del que están revestidos. No obstante, la presencia de testigos, la *unitas actus* o la firma del causante, son elementos que separan la regulación del *testamentum apud acta conditium* de la actual, sí bien con posterioridad fueron incorporados en el testamento privado abierto del Derecho postclásico y, sobretodo, en el *Tripertitum*.

El testamento cerrado recibe del derecho romano su precedente del testamento que se redactaba por escrito por el propio testador, sobre unas tablillas enceradas y presentadas antes siete testigos, que debían sellar y suscribir junto con el testador. Hemos observado que en la actualidad la regulación del testamento cerrado no ha sufrido demasiada variación, salvo lo que concierne a la reducción del número de testigos, la presencia del Notario y la firma autógrafa del testador.

IV. Por lo que se refiere a las formas excepcionales de testar, hemos constatado la existencia en la regulación actual de diversos testamentos especiales que cuentan con su antecedente en el derecho romano, destacando a este respecto el testamento del ciego y del sordo, cuya regulación actual guarda similitud con el derecho romano, por la concurrencia de testigos, siete en la antigua Roma y dos en la actualidad, la realización oral y la presencia de un Notario o *tabularius*.

Igualmente, encontramos como precedentes del testamento en inminente peligro de muerte dos tipos de testamento romano: el testamento *in proscinctu* y el *testamentum rure conditium*. Tanto en ellos como en la regulación actual, existe una característica fundamental para permitir su validez y es que el peligro de muerte inminente y la imposibilidad de encontrar un Notario (o su equivalente en la antigua Roma) permitían prescindir del mismo.

Por último, el testamento en caso de epidemia tiene su antecedente en derecho romano en el *testamentum pestis tempore*, otorgado, como sucede en la actualidad, para evitar contagios, y no requería de la presencia conjunta de los siete testigos.

V. En el trabajo hemos dedicado una referencia especial a dos formas de

testamento que en derecho romano tenían mucha importancia, que son el militar y el marítimo, ya que el otorgado en país extranjero no tiene antecedentes históricos en el Derecho romano, puesto que en éste sólo podían testar los ciudadanos romanos.

El testamento militar actual encuentra su antecedente en dos formas testamentarias romanas: el testamento *in proscinctu* y el *Testamentum Militis*. El testamento *in proscinctu* hemos observado su gran parecido con el actual testamento militar abierto otorgado en peligro de muerte. Ambos se realizaban justamente antes de entrar en conflicto bélico y de forma oral ante los allí presentes, compartiendo también la característica de la caducidad. No obstante lo anterior, estas dos clases de testamentos diferían en la exigencia de dos testigos en la forma actual y en que el testamento *in proscinctu* solo servía para nombrar al heredero.

El *Testamentum Militis* guarda una similitud con el actual testamento militar, salvo en lo que se refiere a la presencia del oficial con rango de Capitán, que es exigida en el Código civil, y en la caducidad, puesto que en la actualidad debe formalizarse una vez que el militar regresa a su residencia habitual, mientras que en el derecho romano tenía validez durante el año siguiente a la finalización de la campaña militar.

Por último, respecto al testamento marítimo, no hemos encontrado antecedente histórico alguno en la regulación romana, si bien es cierto que el *Testamentum Militis* se encontraba abierto a los marines que acompañaban al ejército en sus batallas, por lo que se puede englobar dentro de la forma anteriormente citada.

VI. No queremos concluir sin añadir una conclusión general de nuestro estudio y es que a lo largo del mismo hemos podido observar que el embrión de la regulación actual del testamento y de las formas de testar se encuentra anclada en el derecho romano, si bien ha tenido que sufrir una adaptación significativa en lo que se refiere a la vigencia que hoy en día tienen principios como la igualdad y la no discriminación, referentes indispensables para nuestro Estado Social Democrático y de Derecho.

7.-BIBLIOGRAFÍA.

- BETANCOURT, F., *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, 2014.
- CAMACHO EVANGELISTA, F., *Derecho romano privado*, Granada, 2003.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2009.
- CASTRO SAEZ, A., *Herencia y mundo antiguo: estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002.
- DAZA MARTINEZ, J. y RODRIGUEZ ENNES, L., *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, 1997.
- FERNANDEZ DOMINGO, J.I., *Derecho de Sucesiones*, Reus-Madrid, 2010.
- FERNANDEZ ROMERO, I., “*Tabularium: el archivo en la época romana*”, en *Anales de Documentación*, Madrid, 2003, pp. 57-70.
- GOMEZ MORAN, L., *Tratado Teórico Práctico de Particiones*, Madrid, 1950.
- LASARTE, C., *Derecho de Sucesiones: Principios del derecho civil*, Madrid, 2007.
- MOMMSEN. TH. y MEYER P., *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, Berlín, 1962.
- RASCÓN, C., *Síntesis de historia e Instituciones de derecho romano*, Madrid, 2008.
- SAMPER POLO, F., “*La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1968, pp. 99-100.
- VV.AA. (Coord. LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O.), *Compendio de derecho civil; derecho de sucesiones*, V, Madrid, 2004.

-VOLTERRA, E., *Instituciones de derecho privado*, Madrid, 1986.

6.1- Webgrafía.

-www.Derechoromano.es

-www.notariado.org

-www.poderjudicial.es

-www.Thelatinlibrary.com

