

mediante la lectura, que no puede hacer el testador por sí, por ser ciego, con la delegación y confianza que otorga á un testigo ó á otra persona para que *duplique* esa lectura, después de haberlo hecho también el notario, como en los casos generales se previene.

Queda reducida la norma legal, en cuanto á testamentos especiales por razón de la persona del testador, en lo que al ciego se refiere, á las dos reglas siguientes:

Primera. Que puede otorgar testamento *nuncupativo*, con las solemnidades ordinarias del mismo y la adicional de la *doble lectura* en los términos indicados.

Segunda. Que no puede otorgar, en modo alguno, testamento cerrado; esto último así lo establece expresamente el art. 708, que no exige otra explicación, y que, además, concuerda con todos los precedentes de nuestro Derecho, porque haría sumamente peligroso y expuesto á fraudes la autorización al ciego para otorgar testamento cerrado, fundándose en que no es preciso que el escrito en que éste se contenga sea autógrafo, sino que hasta puede ser confiada su escritura á otra persona ó dictada por el mismo, ya que el fundamento de este recelo no desaparece en ninguno de los casos ni cabe mantener esa precisión de escritura ajena para el testamento cerrado que se otorga al que tiene vista y puede llevar á comprobar la fidelidad que lo escrito guarda con su pensamiento y voluntad en el ciego, que carece de este sentido de la vista para semejante comprobación.

20. e. *Testamento otorgado en inminente peligro de muerte.*—Es este otro de los casos de excepción á que se refiere el segundo párrafo del art. 694, al decir que, sólo se exceptuarán de esta regla, la del párrafo primero del mismo, relativa á la intervención de notario en el testamento abierto, «los casos expresamente determinados en esta misma sección»; si bien la redacción de este artículo puede motivar la duda de que, comprendiendo la parte primera de él, no sólo la intervención de notario hábil para otorgar en el lugar del otorgamiento, sino la de tres testigos idóneos, que vean y entiendan al testador, y de los cuales, uno á lo menos sepa y pueda escribir, constituyendo todo reunido la regla de que habla el segundo párrafo, autorizando la excepción de los casos expresamente determinados en esta sección del Código, se pudiera creer que la excepción alcanza á todos los particulares del párrafo primero, intervención de notario, testigos y condición de éstos. No es así, porque el art. 700 claramente consigna, para el supuesto excepcional de un testador en peligro inminente de muerte, que puede otorgarse el testamento ante *cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario.*

Además, la especialidad de la circunstancia en que se funda esta excepción, sobre tener algún precedente no más que de analogía, en el Derecho *foral*, no puede decirse que existe en el Derecho de *Cas-*

*tilla*, porque no lo es, en realidad, el de una ley de Fuero Juzgo (1); lo único que puede motivarla es la necesidad de no dilatar, en el momento crítico para la vida del testador, el otorgamiento de su testamento ni siquiera para esperar la presencia del notario, y mucho menos cuando no lo haya en el lugar del otorgamiento y sea preciso requerirle y hacerle venir de otro sitio más ó menos próximo. La ley transige con reducir las formalidades del testamento común abierto, omitiendo la importante de la intervención notarial, sólo ante el temor de que cuando el notario llegue fuera tarde, por haberse convertido el peligro inminente de muerte en la realidad de ésta, y ante la expectativa de que, por falta de esa facilidad ó medio supletorio, tuviera que morir intestado el enfermo.

La validez de este testamento especial depende, precisamente, de dicho requisito capital; de que el testador se halle en peligro inminente de muerte, y cualquiera justificada contradicción del mismo hará imposible su eficacia, si bien es de temer que en muchos casos se exagere el peligro, por excusar la intervención del notario, y después no pueda probarse, ó se descuide la falta de justificación suficiente de esta capital circunstancia.

Á esta solemnidad más abreviada de la intervención de *cinco* testigos, que han de ser *idóneos*, según las reglas de los arts. 681 y 682 (2), hay que incorporar, para la validez de este testamento, otros requisitos positivos ó negativos; tales son, según el 702, que, en el caso de que se trata, el testamento debe reducirse á *forma escrita*, si bien esto se previene «siendo posible», apreciación que queda sólo sometida á la garantía del juicio de los mismos testigos; pero, por esto y por añadir dicho artículo, «que no siéndolo, el testamento valdría, aunque los testigos no sepan escribir», se hace de esta formalidad, más una aspiración que una circunstancia legal indispensable, á no ser por el resultado de la apreciación judicial ulterior, de haber sido posible, ó no, consignar en forma escrita este testamento, no habiéndolo hecho, puede y debe influir, como en efecto debe hacerlo, en que el juez, ante quien, según el art. 704, se pida después la protocolización, no la otorgue por estimar que dejó de cumplirse aquel requisito, pudiendo hacerlo (3).

(1) L. 10, tit. 5.º, lib. II, que se refiere á la hipótesis de menores de catorce años, que quieran hacer manda de sus cosas ú otro prometimiento por escrito, no les permite hacerlo sino por enfermedad ó por modo de muerte, y porque en las leyes posteriores, desde la única, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá, trasladada á la 1.ª, tit. 18, lib. X de la Nov. Rec., esta forma de testar sin notario y con cinco testigos, si no hubiera más ni existiera aquél en el lugar del otorgamiento, más que forma excepcional es una de las cuatro, que, con cierto carácter de generalidad, se establecieron para el testamento nuncupativo por dicha ley.

(2) Explicados en los números 14, 2.ª y 19, cap. 8.º de este tomo.

(3) Con relación á esta materia se lee en la Memoria anual del Tribunal Supremo, correspondiente al año 1908, lo siguiente:

Es esta circunstancia de la *elevación á escritura y protocolización* de este testamento especial hecho ante cinco testigos sin notario, un requisito indispensable, sin el que tal testamento no es válido ó no llega á su

«Es el otro caso de testamento y sucesión testamentaria que merece especial mención, aun cuando no sea tan nuevo como el anterior, relativo á los testamentos especiales y singularmente al del art. 700 del Código, que puede otorgarse con menos solemnidades que los comunes y ordinarios ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario, cuando el testador se hallase en peligro inminente de muerte; porque determinados como están los requisitos que han de concurrir en los testamentos abiertos, se ha discutido acerca de si en absoluto se puede prescindir de todos ellos para no cumplir sino con los estrictamente señalados en cada uno de los especiales. No son estos testamentos propiamente privilegiados, en el sentido de que se haya dado la facultad de otorgarles á una clase ó personas determinadas á manera de fuero, sino que se atribuye aquélla á cualquiera que se encuentre en las condiciones determinadas por la ley, sin otra razón sumamente atendible, que la de facilitar y hacer posible el ejercicio de semejante facultad, á quien de otra suerte acaso no pudiera hacer uso de ella, cuidando para ello el legislador de que cuando no sea dable, por circunstancias accidentales ó por el estado y situación de la persona que quiera testar, hacer el testamento con todos los requisitos que prudentemente se han creído necesarios para garantir la verdad y firmeza de la voluntad del testador se llenen, por lo menos, aquellos que cumpliendo este objeto, aun cuando no de una manera tan perfecta, se atiende así al ejercicio de un derecho tan importante y de tanta trascendencia, como acontece en el que nos ocupa, con el otorgado en momentos de epidemia, con el militar y con el marítimo; es decir, que en todos estos casos se han sacrificado algún tanto las garantías mayores de que el legislador ha rodeado los testamentos, en general, al deseo de facilitar el ejercicio del derecho en determinadas circunstancias que lo harían imposible ó muy dificultoso, y siendo este el sentido y espíritu, así como la razón de las disposiciones que regulan esta clase de testamentos, no es difícil derivar las reglas de criterio que se imponen para la interpretación de los respectivos artículos del Código, que la Sala de lo civil de este Supremo Tribunal ha tenido que resolver en diversidad de casos, teniendo para ello en cuenta las circunstancias de cada uno, á tenor del sentido y espíritu expresados. La ley ha establecido los requisitos de los respectivos testamentos, no precisamente para revestirlos de formas que sólo significasen un aparato de mera solemnidad, sino, como queda indicado, para garantir con ellos la exactitud y verdad del acto, y sería realmente contradictorio é inexplicable que redujese aquéllos en ciertos casos, si esto no estuviera justificado por la razón mayor y más apremiante de hacer posible su realización en momentos más ó menos anormales, y precisamente esta anomalía es la que debe ser tenida en cuenta por los Tribunales, ya para mostrarse más exigentes, cuando innecesariamente se haya prescindido de los requisitos comunes á todos los testamentos dentro de la especialidad, ya, por el contrario, para serlo menos cuando por la mayor angustia de los momentos en que se otorgan los especiales ó por las condiciones personales de los testigos que en ellos interviene, resultaría violento exigir de éstos el mismo esmero en sus manifestaciones escritas que se puede exigir á un notario, pues lo mismo ahora que cuando se hallaban autorizados con el carácter de ordinarios los antiguos testamentos nuncupativos, otorgados sin la intervención de dichos funcionarios, al elevarse á escritura pública tales testamentos, es cuando hay que completar, con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil, las deficiencias no esenciales que puedan notarse en su otorgamiento. El precepto del art. 702 ha sido ya interpretado en el sentido de conceptuar como requisito esencial de los testamentos de los dos artículos anteriores, la condición de que se escriban, siendo posible; pero esta misma cuestión de posibilidad tiene que quedar á la prudente discreción

estado legal de *perfección*, pierde toda su eficacia cuando transcurren *dos meses* desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cuando, pasados *tres meses* del fallecimiento, no se acuda al Tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya sea otorgado aquel escrito, ya verbalmente.

Son requisitos de este testamento especial, los siguientes:

1.º Que se otorgue en peligro *inminente* de muerte; no bastando, por consiguiente, que se otorgue en estado de enfermedad grave, sino en circunstancias urgentes y extremas, de peligro racional inmediato de perder la vida el testador.

del juzgador, apreciando las circunstancias de cada caso, para que ni resulte desvirtuada é ineficaz prescripción tan terminante, ni tampoco se exagere hasta el extremo de que puedan quedar casi siempre sin efecto testamentos que debieran prevalecer, cuidando para ello no abandonar el criterio derivado del espíritu que informan las disposiciones legales de que tratamos.»

«El testamento que me ha sugerido las precedentes observaciones, otorgado por un testador en peligro de muerte, sin notario, ante cinco testigos, fué escrito cumpliéndose así el requisito del art. 702; pero afirmando la parte que pretendía la nulidad de dicho testamento, que desde el momento en que se escribió debían haberse cumplido las prescripciones todas del art. 695, sostenía dicha nulidad por no haberse consignado en él, entre otras omisiones inexactamente supuestas por el recurrente, expresión de la hora de su otorgamiento, pretensión que legalmente tuvo que ser desestimada por no hallarse ajustada ni á la doctrina antes expuesta, ni al texto mismo del art. 702. Verdad es que este artículo establece como requisito esencial de esta clase de testamentos, que se escriban, *siendo posible*; pero ni da reglas para su redacción, ni se refiere al art. 695, cuya disposición está relacionada con la intervención de un notario, por lo que bien puede entenderse lógicamente y racionalmente que con que este escrito contenga, sin formalismos, todo lo que sea necesario para llevar al ánimo el convencimiento de la verdad de lo que consciente y deliberadamente dispone el testador en el último trance de su vida, basta para estimar cumplido dicho requisito, encaminado seguramente, sobre todo, á fijar el recuerdo de los testigos cuando tuviesen que declarar para elevarlo á escritura pública, siendo entonces el momento de subsanar cualquier defecto, que en un testamento con notario puede ser esencial, pero que no puede llegar á serlo cuando sólo intervienen testigos á quienes falta la pericia de aquél, y á cuyas manifestaciones atribuye el legislador la fuerza y eficacia de un testamento, cuando éste no ha podido escribirse. No; no porque se escriba se puede equiparar completamente el testamento del art. 695, porque ni la escritura se extiende en igualdad de condiciones, ni las circunstancias de su otorgamiento son las mismas, ni cabe prescindir de la autoridad de que la ley reviste á los testigos de este testamento cuando no se escriben. Si la cuestión hubiese versado acerca de la fuerza y prioridad de un testamento al lado de otro, que apareciesen otorgados en el mismo día, entonces sí que podría haber tenido importancia la omisión de la hora en cualquiera de ellos; pero no suscitada ni remotamente semejante cuestión, dicha omisión, aunque se refiera á requisito común á toda clase de testamentos, no es de aquellas que puedan determinar la nulidad de los de esta clase, porque las condiciones de su otorgamiento no consienten igual rigor en un escrito redactado por testigos que en la escritura redactada por un notario, á quien el art. 705 hace responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan por las faltas que cometa, ya provengan de malicia, de negligencia ó de ignorancia inexcusable.»

2.º Que intervengan en el otorgamiento *cinco* testigos idóneos, que lo serán todos los que no estén comprendidos en las causas de incapacidad á que se refieren los arts. 681 y 682, antes citados.

3.º Que no es necesaria la intervención de notario, que es precisamente la circunstancia negativa de la especialidad de este testamento, así como la positiva es convertir en *cinco* el número de *tres* testigos que, por regla general, necesita el testamento común abierto, cuyo aumento de *dos* suple la falta de notario y provee con alguna mayor solemnidad, en cuanto al número de testigos que le reemplace, por el medio más expedito de que sean testigos, y no notario, los que se exijan como solemnidad en los casos de extrema urgencia que motivan este testamento especial, hecho por quien se halle en peligro inminente de muerte, suponiendo el legislador que es más fácil hallar á la mano testigos, aunque sean en mayor número, que notario en un momento crítico semejante.

4.º Que los cinco testigos idóneos conozcan al testador, según está prevenido como necesario en el segundo párrafo del art. 685, que hace referencia expresa á los arts. 700 y 701, que son los supuestos de este testamento otorgado en peligro inminente de muerte y el que lo es en tiempo de epidemia; de suerte que ese párrafo del 685 debe considerarse como final incorporado al 700 y 701, en virtud de declaración expresa de aquél, en el Código.

5.º El testamento debe ser escrito, *siempre que sea posible* escribirlo, pero no por serlo dejará de ser válido aunque los testigos no sepan escribir, según la declaración terminante del art. 702, que demuestra que no es de esencia que se escriba este testamento especial, sino siendo posible. Este carácter condicional de la *forma escrita*, remitida á la posibilidad, se acomoda á la realidad de los momentos extremos y de urgencia suma en que hay que suponer otorgado el testamento especial de esta clase, puesto que la razón de ser del mismo no es otra que la de lo excepcional de las circunstancias de inminente peligro de muerte en que se halla el testador, las cuales hacen verosímil, en la mayor parte de los casos, que no quepa esperar á la redacción detenida y más ó menos extensa de su testamento por escrito, que aquella inminencia de peligro no consiente, y que, en su caso, daría lugar á que ese espacio se empleara en llamar al notario y convertirlo en un testamento *común*. Este extremo de *ser ó no posible* escribir el testamento, ya que si lo es debe escribirse y, si no lo es, valdrá aunque no se escriba, ni los testigos sepan escribir, no tiene otra garantía que la propia declaración de los mismos testigos, que son los que han de hacer constar este particular ante la autoridad pública, cuando se proceda, después, á la elevación á escritura pública y protocolización del testamento.

6.º Este es el último é indispensable requisito que, según el art. 704,

ha de cumplirse en esta clase de testamentos especiales y en otros en cuyo otorgamiento no intervenga notario, de que se hace mención más adelante, lo cual se llevará á efecto en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil (1).

Este testamento otorgado en peligro inminente de muerte, como el hecho en tiempo de epidemia, tienen una nota singularísima de *caducidad*, por razón del tiempo, que les da el carácter de *provisionales*, en cuanto el art. 703 los declara ineficaces por dos causas; primera, el transcurso de *dos meses*, posteriores á la fecha en que el testador haya salido del peligro de muerte, aunque continúe la enfermedad ó haya cesado la epidemia; segunda, el hecho de no acudir al Tribunal competente, para que se eleve á escritura pública el testamento otorgado en cualquiera de las dos circunstancias de excepción dentro de los *tres meses* siguientes al fallecimiento del testador. La ineficacia del testamento se produce por ministerio de la ley y es lógica consecuencia de la circunstancialidad á que obedece su otorgamiento, marcadamente excepcional.

El art. 700 y sus concordantes 702, 703 y 704, sobre todo los dos primeros, relativos á este testamento especial, son de interpretación *estricta*, principalmente en cuanto al supuesto de aplicación del 700 para restringirle *únicamente*, según se ha dicho, á la hipótesis bien probada del *peligro inminente de muerte* en que se halle el testador, no sólo por su carácter marcadamente excepcional y extremo, sino para evitar que por el abuso de interpretaciones extensivas, el deseo de aprovechar momentos y oportunidades, se supriman de voluntad para otorgar un testamento el enfermo grave, pero no todavía *en peligro inminente de muerte*, por parte de los interesados en su sucesión que pudieran rodearle ó asistirle, la falta de notario en la localidad ó el temor de que su requerimiento y traslación desde el punto de su residencia ú otras causas análogas retardara ó malograra aquel propósito, se convirtieran en otros tantos motivos de estímulo para el empleo de esta forma excepcional, multiplicándose los casos de testamentos hechos sin la intervención notarial, contra la regla general del 694, que la exige, remitiendo su eficacia legal á la forma más perturbadora é insegura de la adveración judicial posterior, mediante la elevación á escritura pública y protocolización de ese testamento especial.

Así restringida la interpretación y aplicación de este art. 700, exclusivamente al verdadero caso de peligro inminente de muerte en que el testador se halle en un momento determinado, la tendencia del Código ha sido trasladar y reducir las solemnidades á una sola forma, fácilmente practicable, consistente tan sólo en la intervención de testigos en número de *cinco*, aumentando en *dos* el tipo normal de los necesarios en

(1) Arts. 1.943 á 1.945.

el testamento común abierto, y supliendo con ese aumento la falta del notario, puesto que así es de más expedita realización en tales casos de extrema urgencia, que mediante otras formas de excepción, como las que establecían el art. 572 del proyecto de 1851 ó el 697 del de 1882, de menos testigos, *dos*, y notario, ó nada más que *tres* testigos, y sólo para el caso de que el peligro inminente de muerte sobreviniese «por efecto de un ataque ó accidente repentino», ya que la razón de este testamento excepcional no es lo imprevisto ó repentino de dicho accidente, sino la realidad y verdad del peligro inminente de muerte, aunque fuera éste motivado como una de las fases de gravedad hasta ese extremo, de cualquiera enfermedad, en cuyo curso y proceso patológico se presentara aquel peligro, ó la de sustituir al notario por el párroco ó el juez municipal, según disponía el citado proyecto de 1882.

Sin embargo, es racional el temor de que tal como está concebido el texto del art. 700, aun en relación con sus complementarios 702, 703 y 704, no resulte bien garantido el pensamiento de la ley y sea fácil su abusiva práctica, extendiéndolo á casos que en realidad no sean el del supuesto excepcionalísimo que les inspira para este testamento especial; pues fiada la justificación del mismo en lo que le es sustantivo, ó sea en el peligro inminente de muerte en que se suponga al testador, tan sólo á la declaración de los cinco testigos, por los motivos antes expuestos es de recelar la posibilidad, y aun la probabilidad de que éstos se concierten para afirmarlo así, ó aun se puedan engañar todos ó parte de ellos, como profanos en la ciencia médica, influidos ó no por el testimonio ó la sugestión de algunos de ellos ó de las personas que rodeen al testador, interesadas en que el testamento se otorgue en esas condiciones excepcionales. Acontece con ese precepto del art. 700 y sus concordantes citados, que por una parte nada más lógico que la legitimidad del supuesto en que se funda, como hipótesis verosímil y la necesidad de proveer al mismo amparándole de medios, también de excepción, para impedir que, quien se halla en tales condiciones extremas, se vea privado de otorgar fácilmente su disposición testamentaria; pero al propio tiempo, la sencillez del régimen de solemnidades que para el mismo se establece, no acaba de producir en el ánimo la confianza de que esté bien provista la necesidad.

Verdad es, aunque de este artículo no resulte explícitamente que, puestos en relación, sobre todo el 700, con los que se refieran al testamento común abierto, ha de sobreentenderse que deben cumplirse todos los demás requisitos que para el mismo se señalan en el artículo 695, excepto la intervención del notario y el aumento á *cinco* del número de *tres* de los testigos, extendiendo éstos su testimonio á los extremos que dicho artículo señala y cuyo cumplimiento confía á la fe notarial, lo mismo que lo dispuesto en los preceptos generales sobre la

forma de los testamentos, especialmente en el 685 y 686, y en relación á la idoneidad de los testigos el 681 y el 682, extremos todos sobre los que han de versar las diligencias judiciales, ó sea de elevación á escritura y protocolización que previene el 704, como circunstancia integrante é indispensable de validez con relación á la ley de Enjuiciamiento civil; lo cual hace que en tales casos dichas diligencias, en cuanto á puntualizar bien todos esos extremos, y á apreciar con cautela y sana crítica, de parte del juez, las declaraciones de los cinco testigos que asistieron al otorgamiento del testamento hecho en peligro inminente de muerte, deban ser escrupulosamente realizadas, porque ellas son, en verdad, la única prueba fehaciente, no sólo del contenido del testamento, sino de la realidad de su existencia legal, cuya base, antes que en nada, consiste en la verdad del supuesto de excepción á que se contrae el otorgamiento de esta clase de testamentos especiales. Por eso, atendida la índole delicada del asunto, serán pocas cuantas garantías de criterio escrupuloso procure emplear el juez en la práctica de las diligencias de elevación á escritura pública y protocolización.

Á este punto de vista responde sin duda, la preferencia que algunos sienten por el sistema de los proyectos anteriores, en los cuales, para tales casos, se suplía la dispensa del notario por la intervención de otro funcionario con autoridad pública ó concepto social y moral de fidedignidad, como el juez municipal ó el párroco, que bien pudieran ser también el maestro ó el médico, buscando con ello la garantía de testimonios de alguna calidad.

Cierto es también que en el art. 702, y bajo el influjo de estos recelos de insuficiencia probatoria del 700, se procura tímidamente otra garantía, que es la de que se escriba el testamento; pero como se añade «siendo posible, y no siéndolo que el testamento valga aunque *los testigos no sepan escribir*» esta adición de forma escrita, solo *cuando sea posible*, es poco menos que ilusoria, porque la afirmación y la apreciación de la *posibilidad de escribir* el testamento es otro arcano cuya demostración se remite también á las meras referencias de los testigos, que dirán, al declarar ante el Juez, á los efectos del art. 704, que *no fué posible* escribir el testamento, y habrá que pasar por su testimonio si es unánime; y, en cambio, si es contradictorio, es decir, si no se ha demostrado que no fué posible escribir el testamento, la única eficacia que hay que atribuir á este art. 702, es la de que, debiéndose escribir el testamento, siempre que sea posible, y no resultando probado, sino contradicho, que no lo fué, la conclusión única que se deriva de esto es la muy radical de la *nulidad* del testamento, ó sea, que el Juez, al entender probado que pudo escribirse el testamento y no se escribió, ó tal vez con simplemente dudar de ello, por la contradicción de testimonios en este punto, se haya de considerar obligado, para dar la debida virtualidad á este artículo, á denegar la

elevación á escritura y protocolización del testamento en tales casos.

Hay una parte final en este art. 702, que indirectamente modifica de un modo considerable el 694, al prescribir que *uno*, por lo menos, de los testigos del testamento abierto sepa y pueda escribir, en cuanto este 702, para el testamento especial en peligro inminente de muerte, dice que el testamento valdrá «*aunque los testigos—es decir todos los testigos—no sepan escribir*», y, por consiguiente, no dependerá la validez de este testamento especial, aunque se escriba, del número de firmas de los testigos ni de que no haya ninguna.

Es tan raro el contexto de este art. 702, que en la primera parte del mismo, al decir: «en los casos de los dos artículos anteriores—que son los del testamento otorgado en peligro inminente de muerte y el hecho en tiempo de epidemia—*se escribirá el testamento*», lo cual es *preceptivo*, pero ese sentido se relaja y casi queda reducido á una frase vana con las palabras que se añaden, «siendo posible»; es decir, que, si no lo es, atendidas las circunstancias extremas en que ambos testamentos se otorgan, el requisito de la escritura del testamento deja de ser necesario, ya que, según apreciarán los testigos y declararán después, estimaron que *no era posible*, si bien en esta hipótesis, como nada más añade para ella el citado art. 702, en su primera parte, es de suponer completado por el 694 en cuanto á la aptitud caligráfica necesaria en los testigos, dejándola reducida como aquél á que *uno*, por lo menos, sepa y pueda escribir; y, por el contrario, es curioso observar que en esta segunda parte del art. 702 dice: «no siéndolo, el testamento valdrá, aunque los testigos no sepan escribir». Pues una de dos: ó no era necesaria esta última declaración, porque si no fué posible escribir el testamento y no se escribió, huelga la que sigue de que el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir, porque si no se empleó forma escrita para el testamento, no llegaba el caso de que la emplearan los testigos para suscribirlo, y es, por tanto, indiferente que supieran ó no escribir; ó buscando una solución interpretativa más conceptuosa, ha de deducirse del tenor poco feliz y menos claro de ese artículo, que sólo dispensa el mismo á los testigos de que sepan escribir cuando el testamento no se escriba, por no ser posible; pero que debe entenderse, *a sensu contrario*, que cuando sea posible escribirle debe escribirse, puesto que dice «se escribirá», y que para ese supuesto afirmativo no es indiferente, sino necesario, que los testigos sepan escribir, y como se refiere á ellos, en general, y no á número determinado, al decir «los testigos», en la segunda parte del 702, y para la hipótesis contraria de que el testamento no se escriba por no ser posible, habrá que entender que cuando se escribe el testamento por ser posible es preciso que *todos* los testigos sepan escribir y no *uno*, por lo menos, como para el testamento común abierto previene el art. 694.

Tal vez á esta extremada exégesis haya obedecido el criterio con que el Tribunal Supremo se pronunció en favor de la solución de *nulidad*, cuando en estos testamentos especiales, por peligro inminente de muerte ó en tiempo de epidemia, no se empleó la forma escrita, «siendo posible», ó no resultando demostrado que no fué posible, por las sentencias de 16 de Febrero de 1891, 5 de Noviembre de 1902 y 31 de Diciembre de 1904 (1), y á las cuales, sin duda, se refiere, ilustrando su explicación, la Memoria anual elevada al Gobierno en 1904 (2).

(1) Insertas en los núms. 10 y 11 de este capítulo.

(2) Que dice: «Otro caso, relacionado con los preceptos de los arts. 700, 701 y 702, patentiza el frecuente esfuerzo que los interesados en las herencias hacen para que puedan prevalecer testamentos deficientes, intentando, al efecto, ó desvirtuar el sentido de la ley ó disminuir, y aun anular, la importancia de alguna de las solemnidades con que aparece caracterizado el verdadero testamento, según su naturaleza, pues la cuestión debatida con motivo de la aplicación de los referidos artículos, fué la de si es ó no requisito esencial el que se escriba el testamento otorgado en peligro inminente de muerte, *siendo posible*, sosteniendo la parte recurrente que esta condición de posibilidad no era apreciable cuando la extensión por escrito del testamento no pueda hacerse en la forma, en los términos con las solemnidades con que se escriben los testamentos abiertos. No lo entendió así el Tribunal sentenciador, ni tampoco el Supremo, sino que, por el contrario, inspirándose en la letra, en el espíritu y en la razón de la ley, conceptuó que el legislador, aspirando á establecer garantías que consintiesen las circunstancias extraordinarias en que se otorgaban tales testamentos, creyó que una era la de dejar consignada la voluntad del testador de un modo que no fuese tan fácil alterarla, como si se dejara su traducción á la memoria más ó menos fiel y leal de los testigos que oyesen expresarla. No es la escritura una condición tan baladí é insignificante que no merezca ser atendida, pues concediendo que, aun con el empleo de este medio pueda falsearse la verdad de lo anotado, siempre resultará que ayuda á la memoria cuando, con la mejor intención, el testigo se esfuerza en recordar los hechos por él presenciados, y que así consignados éstos, no existe el peligro ó la posibilidad de que impresiones posteriores alteren la exactitud y certeza de aquellos recuerdos, siendo, sin duda, esta la razón que la ley ha tenido para no aceptar los antiguos testamentos nuncupativos otorgados sin escritura y sin intervención de notario. ¿Cómo es posible dudar que si á la escritura acompañan los demás requisitos que el Código prescribe, cuando se trata de los testamentos comunes, ofrecerá aquella mayores seguridades de la verdad de su contenido? No, esto no es dudoso; pero tampoco lo es que sin ellos no deja por eso lo consignado por escrito de imprimir un sello especial y permanente á lo que ha pasado, tanto más apreciable y necesario, cuanto más tiempo transcurra desde su realización, y si pudiendo poner este sello á los testamentos especiales que regulan los artículos del Código, de que aquí se trata, no se hace, se impone la aplicación del precepto genérico del art. 687 del mismo cuerpo legal. En todos, absolutamente en todos los testamentos es obligado emplear las formas por la ley establecidas, con la sanción de su nulidad si no se observan, pero aun más si cabe en aquellos especiales que no requieren tantas formalidades por lo mismo que en ellos puede ser más fácil la sustitución de la verdadera voluntad. Si se presentase el caso de que, además de poderse escribir el testamento y de haberse escrito, se pudieran observar también las formalidades no cumplidas del art. 695, habría lugar acaso á discutir sobre la eficacia de esta escritura; pero lo *imprescindible de toda suerte, es la existencia de ésta*, aun sin la concurrencia de aquéllas, cuando hubiese sido posible extenderla.»