

SECCION SEGUNDA

DE LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO COMUN

Artículo 887.—El testamento abierto se otorgará manifestando el testador su voluntad ante escribano y tres testigos vecinos del lugar, ó solamente ante cinco testigos de la misma calidad ó siete que no la tengan.

Si no pudieren hallarse cinco testigos vecinos ni escribano, bastará que se otorgue ante tres testigos de la misma vecindad.

El testamento que no se hubiere protocolizado al tiempo del otorgamiento, podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legítima.

ORIGENES

Ley 11, tit. V, lib. II, Fuero Juzgo.

Ley 1.ª, tit. V, lib. III, Fuero Real.

Ley 194 del Estilo.

Ley 1.ª, tit. XIX, Ordenamiento Alcalá.

Leyes 1.ª y 2.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. Art. 1380 Ley Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Concuera con: Art. 971 Cód. Francia, que exige dos notarios y dos testigos, ó un notario y cuatro testigos.—Lo mismo el 777 Italia.—El 985 Holanda exige un notario y dos testigos.—Lo mismo el 649 Vaud.—El 1571 Luisiana exige un notario y tres testigos residentes ó cinco que no lo sean.

JURISPRUDENCIA

El testamento nuncupativo revestido de las formalidades prevenidas en la ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., no puede ser destruido por la declaración de uno de los testigos de él, acerca de un hecho independiente de su otorgamiento (Sent. 27 Abril 1861).

Segun la legislación especial de Cataluña, el testamento nuncupativo no sacramental exige para su validación la escritura pública y la concurrencia de dos testigos idóneos, rogados al efecto por el testador, los cuales presenciaron de continuo el acto hasta su terminación, ó sea hasta que la escritura quede otorgada y firma-

da por los concurrentes (Sent. 25 Octubre 1861).

La ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., al determinar los varios modos cómo pueden ordenarse los testamentos nuncupativos, se limita á exigir que la verdad legal de los mismos se puede probar por cualquiera de los medios que en ella se establecen expresamente, prescindiendo de muchas de las solemnidades y formas rituales del Derecho Romano adoptadas por las Partidas (Sent. 6 Diciembre 1861).

La ley no exige la necesidad de que se intente, principie y concluya el ordenamiento de un testamento nuncupativo bajo las prescripciones de una sola de las maneras de otorgarlo que establece, no prohibiendo que se constituya por otra (Sent. 6 Diciembre 1861).

Exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos la intervención de los testigos en el número que las mismas prescriben, la falta de los que en el documento autorizado por el escribano aparezcan haber intervenido con aquel carácter no puede suplirse con otras personas de que no se hace mención en él, por más que se hubiesen hallado presentes en aquel acto, pues aun cuando su testimonio pudiese constituir un medio ordinario de prueba en otro caso, no es suficiente ni admisible para subsanar el defecto de solemnidad requerida (Sent. 26 Setiembre 1862).

Segun Fuero de Aragon es válido y firme el testamento otorgado ante el párroco y dos testigos vecinos del lugar, cuando no puede concurrir escribano, con tal que sea *adverado* en forma (Sent. 18 Setiembre 1863).

Con arreglo á las leyes recopiladas, así en los testamentos nuncupativos ordenados ante escribano público, como en cualquiera otro instrumento solemne, es indispensable para su validez que los testigos presentes, á lo ver otorgar, se enteren de su contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes y sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo (Sent. 14 Mayo 1864).

Los tribunales no pueden, en cuanto á la prueba de la existencia legal de un testamento, formar su convicción por los amplios y racionales

medios que para los hechos comunes establece el art. 317 de la ley Enjuiciamiento civil, sinó que deben necesariamente ajustar su criterio á las reglas especiales que para tales casos establece el Derecho (Sentencias 22 Octubre 1864, 28 Octubre 1864 y 4 Marzo 1865).

Esta regla admite algunas excepciones: 1.ª, cuando en el pueblo no existe ningun funcionario de esta clase, pues entónces podrán autorizarles los numerarios de otros lugares; 2.ª, si se hallase vacante la escribanía del lugar; 3.ª, cuando un escribano con autorización real tenga residencia y lleve su protocolo, remitiendo su índice á la audiencia del territorio (Sents. 17 Setiembre 1858, 6 Febrero 1866, 9 Octubre 1863 y 13 Octubre 1865).

Por más privilegiado que sea el testamento del padre hecho entre sus hijos, no puede carecer de las circunstancias especiales cuya falta le invalidaría, como son la expresión del día, mes y año de su otorgamiento (Sent. 2 Marzo 1865).

La aseveración hecha por el escribano que autorice el testamento de la vecindad y conocimiento del testador y de los testigos instrumentales, sólo puede destruirse por una prueba completa en contrario (Sent. 5 Marzo 1866).

El testamento nuncupativo que un escribano otorga por sí y ante sí con tres testigos, no estando comprendido en el protocolo, ni signado, no puede decirse celebrado por escritura pública en toda forma y con los requisitos debidos para que por sí pueda probar legalmente la última voluntad del testador. Dicho testamento, si se estima ordenado por cédula, necesita de escribano público y tres testigos á lo menos, vecinos del lugar en que se hiciere, ó de cinco de éstos, también vecinos, no concurriendo aquél (Sent. 25 Mayo 1866).

Ni por el art. 1380 ni por el 1383 de la ley de Enjuiciamiento civil se dispone, que aceptado un medio de prueba de la existencia de un testamento, no pueda hacerse uso de los demás que reconoce el Derecho (Sent. 7 Diciembre 1866).

El escribano que intervenga en el otorgamiento del testamento ha de ser de número (Sent. 31 Diciembre 1863, 22 Octubre 1864, 28 Junio 1866, 8 Julio 1876 y 23 Marzo 1877).

La virtud y eficacia del testamento nuncupativo consisten esencialmente en la abierta ó paladina manifestación de la voluntad del testador, ya la denuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria,

para que todos los asistentes al acto la entiendan y recuerden en los casos prescritos por derecho (Id. id. id., y 4 Febrero 1879).

Es indiferente que el testador lea por sí mismo el documento en que consigne su voluntad ó que lo mande leer á otro, con tal que despues de leído le oigan el escribano, si asistiese, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento ó última voluntad (Id. id.).

La voluntad del testador manifiesta y paladinamente expresada, puede probarse legalmente por escritura pública que autorice el escribano concurrente, y si no la autoriza ó por cualquier motivo voluntario, casual ó legal se inutilizase, por las unánimes declaraciones de los testigos, elevándose despues á protocolo con arreglo á derecho (Id. id.).

COMENTARIO

Hemos dicho que el testamento es abierto ó cerrado. Vamos á ocuparnos del primero.

La ley de Partida fijó las solemnidades del llamado testamento *nuncupativum*; pero sus disposiciones han sido modificadas por leyes posteriores.

El testamento nuncupativo ó abierto puede otorgarse por uno de estos tres medios: 1.ª, oralmente ante el escribano y testigos; 2.ª, por cédula, guardando las mismas solemnidades; 3.ª, por escritura pública.

En cuanto á las solemnidades externas del testamento, la ley 2.ª, tit. XIX del Ordenamiento que es con alguna modificación la 1.ª, título XVIII, lib. X, de la Nov. dispuso que «*Si alguno ordenare su testamento ó otra postrimera voluntad en cualquier manera con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos vecinos del lugar, donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin escribano público que sean ahí á lo menos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber: y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos de tal lugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras cualidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar adonde se hiciere el testamento*»...

Con posterioridad la ley 3.ª de Toro, que es la 2.ª del mismo título y libro de la Nov., ha

añadido que: *Ordenamos e mandamos que la solemnidad de la ley del señor Rey D. Alonso que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda e platique en el testamento abierto que en latin es dicho nuncupativo, agora que sea entre los hijos o descendientes legítimos, ora entre herederos estraños.*

Tales son, por consiguiente, las solemnidades que deben concurrir en el testamento abierto.

Debe tenerse presente en primer término que la ley habla del escribano del lugar, por lo cual es preciso no olvidar lo que se dispone en cuanto á la residencia en la ley del Notariado, en cuyo art. 7.º se dice que la residencia habitual de los notarios debe ser el punto designado en la creacion de su respectivo oficio, y en el 8.º, que los notarios pueden ejercer indistintamente dentro del partido judicial en que se halle su Notaria.

Por consiguiente, todo notario no es apto para dar fe del otorgamiento de una disposicion testamentaria. Véanse, sin embargo, las tres excepciones que dejamos consignadas en la JURISPRUDENCIA.

No son pocas las dudas á que estas leyes han dado lugar. Procuraremos apuntar las más principales.

¿Será válido el testamento otorgado ante cinco testigos si pudiendo no concurrió escribano? O lo que es lo mismo, cuando el otorgamiento tiene lugar ante cinco vecinos, ¿es potestativo usar del escribano? Matienzo opina por la negativa, fundado en que la ley añade: y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano, y que por consiguiente, se desprende á contrario sensu la necesidad de que concurra el escribano con los cinco testigos. Antonio Gomez, Covarrubias y Gutierrez, opinan, y nosotros participamos de su opinion, por la validez del testamento, no solamente porque segun expresa Covarrubias, no se leen aquellas palabras en el original de la ley, sino estas otras: *el si fuere tal lugar, do no puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos*, sino porque desde luégo se comprende la gradacion que ha querido establecer el legislador al decir más adelante que pueda otorgarse ante siete que no sean vecinos, aunque haya escribano y vecinos. La jurisprudencia se ha resuelto en este mismo sentido (Sents. 11 Enero 1860 y 10 Noviembre 1863).

¿Bastarán dos testigos vecinos y escribano cuando no sea posible hallar otro testigo?

Sala opta por la negativa, puesto que la ley exige, á lo ménos, tres y escribano. Escriche

dice: «Puesto que más adelante se contenta la ley con tres testigos, cuando no pueden ser habidos cinco ni escribano, parece que no encontrándose sino dos testigos y el escribano, se reúnen ya los tres que busca la ley, pues el escribano debe reputarse, á lo ménos, por un testigo, y testigo que, aunque tal vez no sea vecino del lugar, merece, sin embargo, tanta fe como un testigo vecino, por suponerse persona conocida en el distrito». Opinamos como Escriche, pero á condicion de que el escribano sea tambien vecino, pues entónces deberá reputarse el testamento otorgado ante tres vecinos. Deberá ademas constar que se hicieron inútilmente diligencias en busca de otros testigos.

¿Es necesaria hoy la rogacion de los testigos?

Gregorio Lopez, glosa 7.ª de la ley 1.ª, tit. I, Partida 6.ª, y Acevedo, 1.ª, tit. de Test., número 48, opinan que es necesaria la rogacion de los testigos. Gomez, en el núm. 29 de su comentario á la ley 3.ª de Toro, niega esta necesidad del mismo modo que Escriche, fundándose en que la Recopilacion no menciona esta circunstancia tomada antiguamente de las sutilezas del Derecho Romano. Gutierrez, concediendo gran importancia á este requisito, no se decide á exigirlo más que como un acto de urbanidad y que de hecho se presume.

El Tribunal Supremo ha declarado que en el testamento nuncupativo otorgado ante escribano público es indispensable para su validez que los testigos presentes «a lo ver otorgar» se enteren de su contenido, leyéndoseles íntegramente á presencia de los otorgantes y sin que pueda serles reservada parte alguna del mismo (Sent. 14 Mayo 1864).

¿Será necesaria la firma del testador en el testamento nuncupativo?

Lopez (glosa 2.ª, ley 2.ª, tit. I, Partida 6.ª) y Matienzo (glosa 3.ª, núm. 8), sostienen la necesidad de la firma, puesto que se exige en todos los documentos públicos y que en ninguno es tan necesaria como en el testamento. Del mismo modo se expresa Gutierrez. Sin embargo, este razonamiento, que puede tener aplicacion cuando el testamento se protocolice, no es aceptable cuando se ordena por cédula ó de palabra, por cuyo motivo bien pudiera sustentarse la teoria de que la falta de la firma del testador no invalida el testamento, siempre que en él se hayan guardado fielmente los demas requisitos de Derecho.

El testamento que no se protocolice por el escribano en el acto de su otorgamiento, sino que

se haya hecho por cédula ó verbalmente ante testigos, deberá procederse, para que pueda tener debido cumplimiento, á escritura, protocolizándole con las mismas formalidades que para el hecho por cédula se exigen con arreglo á la ley de Enjuiciamiento civil. En su lugar nos ocuparemos de esta materia.

Véase cap. IV de este mismo Título.

Artículo 888.—En el testamento cerrado deberán observarse las formalidades siguientes:

Primera. Que esté escrito por el testador, y si no supiere ó no pudiere, por una persona á su ruego (a).

Segunda. Que firmen en la cubierta el escribano, siete testigos y el testador. Si éste ó los testigos no supieren, ó no pudieren han de firmar los unos por los otros (b).

ORÍGENES

- (a) Leyes 1.ª y 2.ª, tit. I, Partida 6.ª Ley 11, tit. V, lib. II, Fuero Juzgo.
(b) Ley 2.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (3.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

Concuera en parte con: Art. 976 Cód. Francia.—987 Holanda.—1577 y 1578 Luisiana.—Leyes 21 y 28, párr. 1.º, tit. XXIII, lib. VI, Código.—Ley 21, tit. I, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Sent. 13 Mayo 1864.

El testamento cerrado es válido aunque no se observen las solemnidades de la ley de Partida, con tal que se guarden las de la 3.ª de Toro, porque el derecho supletorio no puede prevalecer sobre el principal (Sent. 28 Julio 1846).

El objeto de la intervencion de los testigos en los testamentos no se llena del mismo modo en los abiertos que en los cerrados, puesto que los de los primeros tienen que enterarse y dar testimonio de cuanto en ellos se dispone, mientras que los de los segundos no son llamados más que para oír la fórmula del otorgamiento, hecho aislado é independiente del contenido del testamento (Sent. 21 Junio 1860).

Cuando hay exceso de testigos en un testamento, queda éste válido si concurren á él los señalados por la ley, aunque se eliminen

por alguna tacha los que sobrasen del número legal (Sent. 6 Febrero 1866).

La ley 2.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., que establece las solemnidades del testamento cerrado, nada dice sobre la persona que debe escribir la disposicion.—Dicha ley debe entenderse revocatoria de las anteriores que establecian las formalidades referentes al efecto (Sent. 2 Julio 1868).

No es doctrina admitida por jurisprudencia la de que, cuando sólo uno de los testigos de un testamento cerrado conoce al testador, no existe la prueba de la identidad del que testó (Sent. 2 Julio 1868).

La sentencia que declara válido el testamento cerrado hecho por el que no sabe leer ni escribir, no infringe la ley 2.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., puesto que la referida ley no prohíbe que firme por el testador que no sabe hacerlo, la escritura del testamento, uno de los testigos que intervengan en su otorgamiento, y ántes bien, despues de ordenar que la firmen testigos y testador, «si supieren y pudieren», dispone á seguida, «y si no supieren y el testador no pudiera», comprendiendo respecto á éste los casos de ignorancia y de impotencia, «que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y más el signo del escribano», sin hacer tampoco distincion alguna de testigos y testador (Sent. 6 Abril 1877).

No ofreciendo duda alguna que la referida ley recopilada no tuvo otro objeto ni se propuso tampoco más que establecer la solemnidad externa de los testamentos, es improcedente, por carecer de todo apoyo, la deduccion que se hace de algunas de las palabras de dicha ley, para sentar que dispone que no puede testar por escrito el que no sabe escribir, cuando no se trata en ella de la capacidad del testador, sino de la solemnidad del testamento; y existiendo y estando vigente la ley de Partida que declara este derecho, debió haberlo derogado con claridad y precision (Sent. id. id. id.).

COMENTARIO

La ley de Partida dice respecto del testamento *in scriptis*: «En escrito queriendo alguno fazer su testamento segun dize en la ley ante desta, si por aventura lo quisiere fazer en poridad, que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en él, puedelo fazer desta manera. Deue él, por su mano mesma, escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non deue llamar a otro qualquiere, en quien se fie, e mandegelo es-

creuir en su poridad. Despues que fuere escrito, deue doblar la carta e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre, de manera que finquen colgadas, para poner en ellas siete sellos, e deue dexar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escreuir sus nomes: e despues desto, deue llamar e rogar tales siete testigos, como dice en la ley ante desta, e mostrarles la carta doblada e dezirles así: Este es mi testamento: e ruegoos, que escriuays en él vuestros nomes o que lo selleys con vuestros sellos. E él, otrosi, deue escreuir su nome, o fazerlo escreuir, en fin de los otros testigos ante ellos, diziendo assi: Yo otorgo, que este es el testamento que yo fulano fize, e mandé escreuir».

Estas ritualidades, hijas del Derecho Romano, no se observan en los testamentos. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo al decir en un fallo de 28 Julio 1846, que no es nulo el testamento cerrado en que no se observen las solemnidades que exige para los de su clase la ley 2.^a, tít. I, Partida 6.^a, con tal que se observen las de la ley 3.^a de Toro, que es la 2.^a, título XVIII, lib. X, Nov. Rec.; puesto que la falta de las que enumera dicha ley 2.^a de Partida, no lleva consigo la nulidad del testamento, en razon á que el derecho supletorio no puede prevalecer sobre el ordinario y principal que no las exige, y en que estando como están y no pueden ménos de estarlo en completa inobservancia la mayor parte de las solemnidades de la citada ley de Partida, el distinguir de entre todas ellas cuáles deben observarse y cuáles no, bajo pena de nulidad, sería un acto arbitrario y no legal.

La ley recopilada, que está en vigor, dice: «...pero en el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis*: mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escrivano: los quales ayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren, ó pudieren firmar, y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean ocho firmas y el signo del escrivano...»

En su consecuencia, el testamento escrito, se otorgará encerrando el pliego en que conste la última voluntad del testador bajo una cubierta que se cerrará con las debidas formalidades, aconsejadas por la costumbre y por la prudencia. En dicha cubierta se extenderá por el escrivano diligencia de otorgamiento y firmarán los testigos con el escrivano y testador en el

modo y forma que decimos en este artículo. Los testigos y escrivano ignoran generalmente cuál es el contenido del testamento; por eso no darán fe más que del acto en el cual el testador presentó el que dijo ser su testamento y lo demás que se expresará en la diligencia de la cubierta. Aunque el escrivano y todos ó algunos testigos conozcan el contenido del testamento y sus disposiciones, no se altera el carácter con que intervienen en el otorgamiento.

Como la ley recopilada al hablar de las firmas de la cubierta dice: «*si los testigos no supieren y el testador no pudiere firmar, firmen los unos por los otros*» se ha suscitado la duda de si el testador está comprendido en los dos casos de ignorancia ó impotencia, ó solamente en este último, ó lo que es lo mismo, si el que no sabe firmar puede otorgar el testamento bajo esta forma.

«El fundamento de esta duda—dice Sancho Llamas—nace de que así como al ciego, para remover toda sospecha de fraude, no se le permite otorgar su testamento por escrito, á causa de que por la falta de vista, ni podía escribirle por sí, ni leer lo que otro hubiere escrito, y quedaria expuesta á fraudes su disposicin; concurriendo en el que ni sabe escribir ni leer el mismo peligro de ser suplantada su disposicion por no poder escribir por sí ni leer lo que otro hubiese escrito, parece, segun aquel principio legal de que donde se halle igual razon debe regir la misma disposicion de derecho, que el que no sabe escribir ni leer está impedido de hacer su disposicion por escrito, pues á la verdad la única diferencia que media entre el ciego y el que no sabe leer ni escribir, es que éste puede ver materialmente á los testigos; pero esta diferencia ni aumenta la fe y crédito que se les debe dar á sus dichos, ni disminuye el peligro y sospechas de fraude en el que extendió por escrito su disposicion».

De esta manera opina Colon (lib. III, Instruccion de escrivanos), que dice que para otorgar esta clase de testamentos, es preciso cuando ménos leer bien la letra de mano.

El mismo Llamas (núm. 71 y sig., ley 3.^a Toro), dice que las mismas palabras de la ley denotan y suponen en el testador la ciencia de escribir, porque de lo contrario hubiera hablado la ley de los dos casos de impericia ó impotencia, como lo hizo tratando de los testigos.

En el mismo sentido se expresan los señores Goyena y Gutierrez, que dicen que el testador que ignora leer y escribir se halla realmen-

te en el caso del ciego, al que todas las legislaciones negaron la facultad de otorgar testamento *in scriptis* ó cerrado.

El Sr. Gomez de la Serna (1) asiente del mismo modo á tan autorizadas opiniones, que por otra parte son las aceptadas por casi todos los Códigos de Europa.

Otros autores, por la inversa, sostienen la posibilidad de que otorgue testamento escrito el que no sabe leer, citando en su apoyo la ley del Fuero Juzgo, que dice: «Si aquel que haze la manda no sabe escreuir por su mano e diere otro ome que escriua por él...» En favor de esta doctrina se declararon Febrero (2) y Escriche, y ha prevalecido en los tribunales.

En este sentido resolvió la duda una sentencia de la Audiencia de Madrid, fundándose así: 1.^o Que es principio de Derecho que puede otorgar testamento todo el que no tiene prohibicion legal de hacerlo en todas ó alguna ó algunas de las formas establecidas por las leyes. 2.^o Que semejante prohibicion, relativamente al otorgamiento del testamento cerrado, no alcanza, segun el texto expreso de las leyes 1.^a y 2.^a, tít. I, Partida 6.^a, al que no sabe escribir, puesto que previene «que en tal caso debe llamar a otro cualquiera en quien se fie e mándegelo escrebir en su poridad». 3.^o Que las citadas leyes de Partida no están derogadas por la 3.^a de Toro, puesto que siendo (los casos sobre que versan) entre sí distintos, aquel en que el testador no sabe escribir y hace redactar y firmar el instrumento expresion de su voluntad testamentaria, y aquel otro en que puesto ya bajo un sobre cerrado y lacrado, identifica, entrega y hace suscribir en su nombre ante notario y testigos este mismo sobre ó cubierta; la última de dichas leyes que de estas formalidades externas se ocupa tan sólo, no ha derogado ni podido derogar lo que respecto á la solemnidad interna permitían las de Partida al que no sabe escribir. 4.^o Que á falta de prohibicion expresa de que teste por escrito el que no sabe leer ni escribir, como existe respecto del ciego, no cabe, por sólo la razon de analogía, hacerla extensiva al primero, tanto ménos cuanto que, si se concede que la firma del extraño tiene eficacia para validar lo que como expresion de la voluntad del testador no instruido en la es-

critura, se consigna en el documento que la cubierta encierra, no es posible, sin repugnante contradiccion, admitir no tenga á los ojos de la ley igual eficacia para garantizar la mera identidad y existencia del pliego que ya, no únicamente ante el testador y persona que lo extiende y firma, sinó ante otras siete personas y un notario público, presenta tan sólo la suscricion é identificacion.

Por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Abril de 1877, se cofirmó la anterior sentencia en los términos que dejamos consignados en el lugar correspondiente.

Una vez resuelta en este sentido la cuestion, hemos redactado nuestro artículo de acuerdo con la jurisprudencia.

Pueden presentarse algunos casos en que no esté bien claro á qué clase de testamento pertenece el otorgado, y si tiene ó no valor.

Gutierrez presenta el siguiente caso: «Cierta individuo, atacado de una gran enfermedad, quiso hacer testamento, y al efecto llamó un escrivano y tres testigos, delante de los cuales comenzó á manifestar su voluntad; escrita en disposicion tal como la habia ordenado, y ántes de habérsela leído para que prestase su conformidad, manifestó que queria testar por escrito; fué preciso, en su consecuencia, llamar nuevos testigos, mas ántes de que viniesen, y mientras el escrivano se ocupaba en cerrar el testamento, murió el testador. ¿Valdría el testamento como nuncupativo, ya que no valiese como escrito?» Gutierrez opina por la validez, en atencion á que el nuncupativo quedó perfecto, y ningun acto válido posterior ha venido á anular aquél.

Acevedo opta por la nulidad, fundado en que ninguno de los dos actos puede llamarse perfecta voluntad del testador.

Por último, el acto de otorgar testamento es un acto serio que exige todo nuestro esmero y cuidado; así es, que las palabras de la ley de Partida: «los omes que quieren facer sus testamentos, pues que los han comenzado ante los testigos, que non metan entre medias otros fechos extraños, fasta que los hayan acabados; fueras si lo ovieren a fazer por cosa que non pudiesen escusar, así como si el dolor de la enfermedad...» Si bien no es de necesidad observarlas, conviene tenerlas presentes.

Artículo 889.—El ciego únicamente podrá otorgar testamento abierto ante cinco testigos y escrivano que hagan constar la volun-

(1) *Revista de Legislacion*, tomo XXIV, pág. 228.

(2) *Libro de jueces, abogados y escrivanos*, lib. I, cap. I, párrafo 19, núm. 218.