

tad de aquél por escritura que firmarán los que pudieren por sí y por los que no pudieren ó no supieren hacerlo.

Si no fuere posible hallar escribano, deberán concurrir ocho testigos, uno de los cuales escribirá las palabras del testador.

ORÍGENES

Ley 14, tit. I, Partida 6.^a

Ley 2.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (3.^a de Toro).

JURISPRUDENCIA

Discutiéndose en un pleito sobre la nulidad del testamento de un ciego por no haber intervenido escribano público con los cinco testigos que asistieron á su otorgamiento, no es aplicable la ley 1.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., porque dicha ley no dispone que en el caso de no concurrir el escribano, lo haga por éste un número adecuado de testigos.

Si resulta de autos que el testamento otorgado por un ciego consta en cédula que aparece hecha ante siete testigos, de los cuales los más no fueron presenciales, porque no vieron al testador sinó que oyeron al sacerdote leer la última voluntad del testador, que invertía la mayor parte de su herencia en misas y para las ánimas; y corroborado el dicho testamento, se advirtió que no compareció á declarar uno de los testigos, presentándose en su lugar otro que no se nombraba en la cédula como testigo; la sentencia que declara nulo ese testamento, no infringe las leyes 2.^a, tit. XVIII, lib. X, Novísima Recopilación, y 14, tit. I, Partida 6.^a, porque ésta no es aplicable al caso discutido en el punto ó particular que se dice infringida; mediante á que, aun cuando se dispone por la citada ley: «que el ciego para fazer testamento debe llamar siete testigos en lugar del escribano público e si el escribano non se pudiera haber, deben haber otro que le escriba e que sea con el ocho testigos en lugar del escribano», no establece, sin embargo, que el escribano puede sustituirse con un testigo no llegando á siete los que asistan al otorgamiento; y porque habiendo declarado la ley 2.^a recopilada: «que la solemnidad determinada en la del Ordenamiento de Alcalá, que es la 1.^a de los mismos título y libro, se entienda y practique en el testamento abierto que en latin se llama nuncupativo, mandando que en el del ciego intervengan al ménos cinco testigos, debe entenderse asistien-

do escribano, como se ordena por la anterior respecto al nuncupativo para el caso en que á su otorgamiento sólo asistan cinco testigos no vecinos, una vez que no había de dejar la citada ley de Toro más expuesto al fraude y al engaño, segun quedaría el testamento del ciego, y con menor solemnidad que el abierto, y que es patente que esta expresada ley se limitó á modificar la que la precede únicamente respecto al número de testigos que habían de asistir al referido testamento del ciego con intervencion de escribano (Sent. 13 Junio 1877).

COMENTARIO

La necesidad de prèver y evitar el fraude tan posible, tratándose del ciego, ha impulsado á todos los legisladores á rodear sus testamentos de ciertas solemnidades que sean garantía de su autenticidad.

Algunos Códigos, como el frances y el sardo, no hacen mencion del ciego, pero es porque desde luégo, y sin necesidad de aclaracion, se le reputa comprendido entre los que no saben ó no pueden leer ni escribir.

Nuestra ley de Partida adoptó una forma especial de testamento nuncupativo en que habían de concurrir mayor número de solemnidades: *El ciego non puede fazer testamento, fueras ende de esta manera: deve llamar siete testigos e un escriuano publico: e delante dellos deve dezir como quiere fazer su testamento. Otrosi deve nombrar quales son aquellos que establece por sus erederos e que es lo que manda: e el escriuano deve escreuir todas estas cosas delante los testigos, o si eran ante escritas, deuen ser leydas delante dellos: e despues que fueren escritas o leydas, deve dezir el ciego manifestamente, como aquel es su testamento. E de si, cada uno de los testigos, deve escreuir su nome en aquella carta, si supiere escreuir; e si non deuelo facer escreuir a otro. E tambien el escriuano publico que escriuiere la carta, como los testigos, deve sellar la carta con sus sellos: e si el escriuano publico non se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho testigos en logar del escriuano. E esta guarda deve ser fecha en el testamento del ciego, porque non pueda ser fecho ningun daño.*

Esta ley está vigente, salvo en la pequeña parte que ha sido reformada por la recopilada, 3.^a de Toro, que dice: *e mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos*

a lo menos...; los cuales testamentos... si no tuvieran la dicha solemnidad de testigos mandamos que no fagan fe ni prueba en juicio ni fuera del.

Por consiguiente, cuando en el otorgamiento de estas últimas voluntades intervenga escribano, bastará que concurren cinco testigos, es decir, dos más que en el ordinario.

Con motivo de estas leyes, los autores han suscitado varias dudas.

¿Es necesario que intervenga escribano público en el testamento del ciego?

Gregorio Lopez resuelve esta dificultad en el sentido de no ser necesaria la intervencion del escribano. En el mismo sentido se expresan Cifuentes, Gomez y Llamas, porque—dice esté último—si la ley del Ordenamiento corrigió ya estas leyes (las de Partida) cuando estableció por punto general que en todos los testamentos y últimas voluntades fuese suficiente el número de cinco testigos sin escribano, ó de tres con intervencion de éste, es manifestamente falso que, despues de publicada la ley del Ordenamiento fuese necesaria la existencia de escribano público en el testamento del ciego, segun se disponía en la ley civil citada y en la de Partida, que quedaron derogadas por ella en esta parte. Ahora bien, si por la ley del Ordenamiento se corrigió la disposicion de la del Código y de las Partidas en la parte que ordenaban que en el testamento del ciego interviniere un escribano público, y por la presente ley (3.^a de Toro) no se ha renovado lo dispuesto por las expresadas leyes, contentándose la de Toro con mandar que en el testamento del ciego intervengan á lo ménos cinco testigos, ¿no será un manifiesto absurdo pretender é inferir que no habiendo derogado la presente ley la disposicion de la Partida está en su fuerza y vigor dicha disposicion?

Por el contrario, Búrgos de Paz, Tello, Matienzo y el Sr. Gutierrez entienden que es necesaria la asistencia del escribano en atencion á que la ley de Toro no hizo otra cosa que disminuir el número de testigos que se necesitaban en dichos testamentos, pero sin alterar las demas solemnidades, entre las cuales se cuenta la presencia del escribano público. Los partidarios de la opinion contraria no niegan que el testamento del ciego es especial; y pregunta Gutierrez; ¿cómo y en qué lo es si no necesita escribano? ¿por ventura no ha dicho la ley que es válido el testamento hecho á presencia de cinco testigos sin escribano? ¿luego qué tiene de par-

ticular si cualquiera es árbitro de testar como él lo hace?

Por otra parte, la necesidad de evitar un fraude aconsejó rodear de mayores solemnidades estos testamentos: la ley misma no ha creído que debiera comprenderlos entre las demas disposiciones ó últimas voluntades y hace párrafo aparte para ocuparse de ellos.

Hoy esta cuestion está resuelta en los tribunales. La Sent. de 13 de Junio de 1877 que colocamos en su oportuno lugar, exige la presencia del escribano.

Si no fuese posible la asistencia del escribano, ¿qué número de testigos habrán de concurrir?

Algunos autores entendían que faltando el escribano, tendría aplicacion el principio de la ley de Partida que exige la presencia de un testigo más si el escribano falta. Otros, por el contrario, creyeron que en esta parte había de observarse fielmente la ley de Partida, que dispone sean ocho los testigos. Así parecía tambien, dado el carácter especial de este testamento, que en ningun caso es posible suponer que se otorgue con ménos solemnidades que el comun. En este sentido ha resuelto la duda el Tribunal Supremo (Sent. ántes citada).

Algunos autores, Tello por ejemplo, dicen que el testamento del ciego no puede otorgarse oralmente, sinó que precisamente se ha de reducir á escrito en el acto del otorgamiento, sin que pueda probarse por testigos.

No sabemos que esta duda se haya resuelto aún por jurisprudencia: la mayor parte de los autores callan sobre ella.

Artículo 890.—El sordo-mudo puede otorgar testamento escribiéndolo por su propia mano.

Si no supiese escribir, pero sí leer, podrá escribirlo otro á su ruego.

Del mismo modo puede otorgarlo el que fuere únicamente mudo.

ORÍGENES

Ley 13, tit. I, Partida 6.^a

Ley 12, tit. V, lib. II, Fuero Juzgo.

JURISPRUDENCIA

La ley 1.^a, tit. I, Partida 6.^a, limitada á nuevas y generales disposiciones sobre testamentos, no es aplicable á los otorgados por los sordos (Sent. 21 Mayo 1860).

La ley 13, tit. I, Partida 6.^a, en sus especiales prescripciones para la testamentación de los sordos, se refiere á los totalmente imposibilitados de manifestar su voluntad de otro modo que por escrito (Sent. 21 Mayo 1860).

COMENTARIO

La ley de Partida, al ocuparse de quiénes no pueden otorgar testamento, dice: «*Otrosi dezimos que el que es mudo o sordo desde su nascencia, non puede fazer testamento. Empero, el que lo fuesse por alguna ocassion, assi como por enfermedad o de otra manera, este atal si sopiese escreuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma. Mas si fuesse letrado (1) e non sopiese escreuir, non podria fazer testamento. Fuera ende vna manera: si le otorgasse el Rey, que le escriuiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma podria fazer testamento el ome letrado que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo: e esto acaesce pocas veces...*»

Esta ley se aplica é interpreta más por su espíritu que por el rigor de sus palabras.

Así es, que el principio general de que el sordo-mudo no puede testar, se entiende únicamente en el caso, comun cuando se hicieron las Partidas, hoy rarísimo, de que el sordo-mudo no sepa leer ni escribir.

Aunque el precepto de la ley, cuando habla de sordo-mudo de nacimiento, no es condicional como el dictado por Justiniano: *Item surdus et mutus non semper testamentum facere possunt*, debe entenderse, y así lo han explicado los autores y aplicado los tribunales, dependiendo esta facultad de la ignorancia de sordo-mudo.

Por consiguiente, hoy que por fortuna se ha progresado tanto en el arte de enseñar á los sordo-mudos á comunicarse con sus semejantes y á leer y escribir, sería una injusticia privarles de un derecho tan sagrado como el de disponer de sus bienes para despues de la muerte.

En cuanto á la licencia del Rey de que se habla en las Partidas, la costumbre la ha hecho innecesaria por completo, y en su virtud, el sordo-mudo que sabe leer puede otorgar su última disposición sin más solemnidades que las que hemos visto se exigen en el testamento

(1) Que sabe leer.

nuncupativo ó cerrado, pues de ambas maneras puede testar.

Artículo 891.—Las memorias testamentarias son válidas cuando aparecen con la propia forma y circunstancias designadas en el testamento para reconocer su validez.

ORÍGENES

Costumbre admitida por jurisprudencia. Art. 1398 y siguientes Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Sent. 17 Mayo 1858.

Las memorias testamentarias son válidas cuando aparecen en la propia forma que indica el testamento, por no haber ley que las prohiba y estar autorizadas por la práctica; pero es requisito indispensable haberse hecho mención de ellas en el testamento (Sents. 10 Julio 1850 y 7 Octubre 1854).

Ademas de existir en apoyo de las memorias testamentarias autores respetables y jurisprudencia, las ha reconocido como eficaces y valideras el legislador, en el hecho de haber prescrito reglas en los arts. 1398, etc., de la Ley de Enjuiciamiento para su protocolización, reglas que no es lícito graduar de ociosas é irrisorias (Sent. 30 Enero 1856).

Las cédulas testamentarias que contengan las circunstancias prevenidas por el testador son válidas y forman parte de su testamento, siquiera no se hallen firmadas por él (Sent. 19 Octubre 1861).

Aunque el testador hable en su testamento de una sola memoria, y se halle mayor número, se podrán todas considerar como una y continuación de la primera, cuando así aparezca de su contexto, haya entre ellas conexión y enlace de los sucesos ocurridos, resulten necesarias las posteriores y sea una misma la forma de su redacción (Sent. 28 Enero 1862).

Ha de estarse á la apreciación que en uso de sus facultades haga la Sala sentenciadora respecto á que la letra y firma de los sobres y de la memoria son de puño y letra del testador y manifiesta la autenticidad de todas ellas, cuando contra esa apreciación no se haya alegado infracción de ley ó doctrina legal (Sent. 13 Octubre 1873).

Si resulta de autos que una testadora anunció en su testamento la existencia de una memoria, disponiendo: «que si entre sus papeles

ó en poder de otra persona de su confianza apareciese una memoria escrita por ella ó por otra persona, firmada de su mano, en la que se hicieran declaraciones, mandas ó cualquiera otra cosa concerniente á disponer de sus intereses, en papel simple ó sellado, era su voluntad se tuviera, observara y cumpliera como parte de su testamento y se mandara protocolizar con éste á su fallecimiento, á fin de que se cumpliera lo que en ella ordena», aunque la testadora sólo hablase de una memoria y el número de las halladas ha sido dos, sobre cuya autenticidad no ha habido cuestión, ni se ha puesto en duda la primera, ya porque la segunda no la deroga expresamente, ya porque la índole de sus disposiciones respectivas hacen considerar ésta como una continuación de aquélla, y ambas expresión de un todo en el que debe buscarse la voluntad de la testadora: al apreciarlas en este concepto la Sala sentenciadora no infringe... si para suponerlo así se parte del equivocado concepto de que son dos memorias distintas cuando en realidad no son más que una sola (Sent. 13 Junio 1877).

COMENTARIO

Antes de ocuparnos de las *Memorias testamentarias* vamos á decir dos palabras respecto á los codicilos.

Tomaron las Partidas del Derecho Romano los llamados codicilos, que no eran sinó disposiciones revocables como los testamentos; pero menos solemnes que éstos y en los cuales disponía el testador de sus bienes á título singular.

Los codicilos, ó mejor dicho, una forma de última voluntad menos solemne, ha sido siempre una necesidad que han experimentado los hombres. Merced á ella, junto con otras causas acaso políticas peculiares á Roma, nacieron los codicilos. Destruídos éstos por la ley de Toro, como veremos en otro lugar, y equiparados en un todo á los testamentos solemnes, nacieron las memorias testamentarias introducidas por la costumbre, reconocidas por la jurisprudencia y sancionadas últimamente por la ley de Enjuiciamiento civil.

Algunas legislaciones reconocen y dan fuerza y valor al llamado testamento *ológrafo*, esto es, aquel que está escrito por el testador y en el cual se prescinde de todas las solemnidades de testigos y escribano, que hemos visto se exigen para el nuncupativo y cerrado.

En esta clase de testamentos *ológrafos*, la ga-

rantía de la verdad de su contenido, esto es, la certeza de ser la fiel expresión de la última voluntad del otorgante, está en la firma del mismo testador y en que el resto del documento también está escrito de su puño y letra.

Nuestra legislación no admite el testamento *ológrafo*, ántes al contrario, al determinar taxativamente qué solemnidades han de concurrir siempre en su otorgamiento, dejan prohibido el testamento *ológrafo*, que es nulo por sí mismo.

Esto no obstante, la costumbre se ha encargado de corregir la ley hasta el punto de que bien puede afirmarse, que hoy existe en España el testamento *ológrafo* tal vez con menos solemnidad y garantía de autenticidad que en otros pueblos. No otra cosa son las *Memorias testamentarias*.

En efecto: otorga una persona un testamento en el cual no instituye heredero, ni hace legados, ni dispone absolutamente nada respecto de sus bienes, ni aun de las demas cosas que pueden ser objeto de su última disposición; se limita únicamente á decir, que si á su muerte apareciere una memoria testamentaria que comience con tales ó cuales palabras, esté ó no escrita de su puño y letra, deberá considerarse como parte integrante de su testamento. Pues con sólo esto, la memoria testamentaria que aparezca á su fallecimiento se tendrá como parte del testamento, como el testamento mismo, y podrá disponerse en ella todo lo que podía disponerse en testamento, y aun aquello que estaba prohibido hacer en codicilo. Y más aún, si el testador habló de una sola memoria y luego aparecen muchas, todas se tendrán como cláusulas del mismo testamento, siempre que por sus condiciones especiales resulte entre ellas cohesión, segun ha declarado el Tribunal Supremo.

Es decir, que son un verdadero testamento *ológrafo*, en el que no se exige que estén escritas de mano del testador, como para el testamento *ológrafo* determinan los arts. 970 del Código Frances, 775 del Italiano, 662 de Bolivia y en general todos los Códigos, ni se exige, como lo hacen estos mismos Códigos, que estén fechados, ni que se depositen en poder de un escribano, como en Holanda, Luisiana y Vaud, ni siquiera que se hallen firmados por el testador, nada, en fin, más que un testamento que anuncie su posible existencia.

Véase cómo nuestra legislación, la más escrupulosa sin duda en cuanto á las solemnidades externas de los testamentos, ha sido alterada de