EL ARTÍCULO 681 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y LA DISCAPACIDAD SENSORIAL: DERECHO ROMANO Y REGULACIÓN ACTUAL DE LOS TESTAMENTOS COMUNES ANTE NOTARIO

Article 681 of the spanish civil Code and sensory disability: Roman law and current regulation of common notarial testaments

Emma M. Rodríguez Díaz
Universidad de Oviedo

Resumen: El trabajo analiza el cambio normativo en España tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que reconoció la idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas, para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos comunes ante notario, a fin de acompasar la legislación interna a la normativa internacional, quebrando una larga tradición histórica ya existente en Derecho romano.

Palabras clave: testamento, testigo, ciego, sordo, mudo, notario.

Abstract: This paper analyses the legislative change in Spain after the Law 15/2015, of July 2, on Voluntary Jurisdiction, which recognized the capacity of blind, deaf and dumb people, to participate as witnesses in the granting of common wills before a notary, in order to adjust own legislation to international regulations, breaking a long historical tradition already existing in Roman law.

Keywords: testament, witness, blind, deaf, mute, notary.

Sumario: I.–Introducción. II.–Intervención de los testigos en el testamento romano. III.–Los testigos en los testamentos medievales (zona común). IV.–La Recepción en España. V.–Los testigos en la Edad Moderna: las Leyes de Toro y la Nueva Recopilación. VI.–La codificación en España. VII.–La reforma del artículo 681.2.º del Código civil. VII.1–Objetivos. VII.2–Régimen vigente. VII.3–Supuestos en que puede intervenir un testigo ciego, sordo o mudo en los testamentos comunes notariales abierto y cerrado. VIII.–Conclusiones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

I. INTRODUCCIÓN

La vigente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introdujo una importante modificación en materia sucesoria al reconocer la idoneidad de personas con limitaciones sensoriales, en concreto, ciegos, sordos y mudos, para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Se trata de una importante novedad aplaudida por los colectivos afectados, que calificaban la regulación hasta entonces existente como de «tremenda injusticia» [1], y que tiene gran relevancia social, pues una de cada seis personas de la Unión Europea tiene una discapacidad entre leve y grave, aproximadamente 80 millones de personas que no pueden participar plenamente en la sociedad [2].

La reforma adaptó el Código civil a normas supranacionales vigentes en el ordenamiento jurídico español. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas [3], ratificada por España el 21 de abril de 2008, con entrada en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, exige a los Estados partes que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Desde la perspectiva comunitaria, el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [4] afirma que «la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»; el artículo 26 establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»; y se prohíbe por el artículo 21 toda discriminación por razón de discapacidad, interdicción reite-

[1] https://www.20minutos.es/noticia/2484838/0/ciegos/sordos-mudos/testigos-testamentos (consultado en enero de 2019).

[2] https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf (consultado en enero de 2019). Según el artículo 2.a del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social: «Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

[3] https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf (consultado en enero de 2019). La Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[4] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18-12-2000, en http://www.europarl.europa.eu/ charter/pdf/ text es. pdf (consultado en enero de 2019).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

rada en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [5] que autoriza a la Unión a adoptar las acciones adecuadas para luchar contra ella [6]. En este marco de acción la Comisión Europea ha puesto en marcha la llamada Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [7] con el objetivo de promover la igualdad de trato de las personas con discapacidad, apoyar y complementar políticas y programas nacionales encaminados a fomentar la igualdad, por ejemplo, promoviendo la conformidad de la legislación de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica, como ya había dispuesto el artículo 12.2 de la Convención de Naciones Unidas.

Parejo a este marco de actuación, siguiendo las recomendaciones a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en 2011 [8], el legislador español dictó dos disposiciones de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: 1) la Ley 26/2011, de 1 de agosto [9], que adaptó numerosas normas de rango legal en materias laboral, social, sanitaria y de función pública [10]

[5] «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.» En versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30-3-2010, en https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf (consultado en enero de 2019).

[6] Artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE): «1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1».

[7] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2010, en https://www.mscbs.gob.es/ssi/ discapacidad/docs/estrategiaeuropeadiscapacidad2010_2020.pdf Vid. también el informe de 9 de junio de 2016 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI) en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0203_ ES.pdf (consultados en enero de 2019).

[8] Examen de los informes presentados por los Estados partes, en virtud del artículo 35 de la Convención, un Doc. CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011 en http://www.convencion discapacidad.es/ wp-content/uploads/2017/09/88_2006-2016.pdf (consultado en enero de 2019).

[9] Publicada en BOE número 184 de 2 de agosto de 2011, disposición n.º 13.241, pp. 87.478 a 87.494.

[10] Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social;

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

y 2) el Real Decreto 1.276/2011, de 16 de septiembre [11], que modificó varias disposiciones reglamentarias [12] entre ellas, por lo que aquí nos atañe, el artículo 182.1 del Reglamento Notarial que declaraba incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en las escrituras públicas a los invidentes, los sordos y los mudos.

Con la nueva regulación la incapacidad afecta a las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere. Debemos recordar que la intervención de testigos en la autorización de escrituras públicas relativas a actos inter vivos tiene carácter excepcional, tras la reforma operada por Ley de 1 de abril de 1939, que la limitó a supuestos en que alguno de los otorgantes

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad; Ley 41/2002, 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil; Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en http://sid.usal.es/leyes/discapacidad/16508/3-1-2/ley-26-2011-de-1-de-agosto-de-adaptacion-normativa-a-la-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad.aspx (consultado en enero de 2019).

[11] Publicado en BOE número 224, de 17 de septiembre de 2011, disposición n.º 14.812, pp. 14.812 a 14.819.

[12] Real Decreto 1.544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; Real Decreto 1.494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil; Real Decreto 1.546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear; Real Decreto 1.564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico; Real Decreto 1.123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres; Real Decreto 2.070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; Real Decreto 1.301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos; Real Decreto 1.088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Importante destacar que esta regulación reconoce, además del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del número 2 del artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

no supiera o no pudiera leer y escribir (artículo 180 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944). Sin embargo, la intervención de los testigos se mantuvo con carácter general en los testamentos hasta la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, que suprimió la intervención de los testigos como requisito general a fin de acoger «el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad». Estos testigos debían ser idóneos, según el entonces artículo 681.2.º C.c., estimando que no eran tales los ciegos y los totalmente sordos o mudos. Hubo que esperar a la citada Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 para ver reconocidos los derechos de estos discapaces sensoriales, quebrando una larga tradición histórica.

II. INTERVENCIÓN DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO ROMANO

El testamento [13] fue fundamental para la conciencia social romana, cuyo fin fue asegurar la unión de lo personal y patrimonial en la figura del herede-

[13] Definiciones romanas de testamento *vid*: Ulpiano, *Regulae* 20,1; D.28,1,1 (Mod. 2 pand.); I.2,10 *pr*. Entre la abundante bibliografía sobre testamento y formas testamentarias, *vid*: Warnkoenig, L. A., *Commentarii Juris Romani privati ad exemplum optimorum a celeberrimis germaniae iurisconsultis compositorum adornati*, 3, 1829; Mühlenbruch, C. F., *Doctrina Pandectarum*, V.3, 1831, pp. 261 ss.; Ortolán, M., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, 4.ª ed. traducida por Francisco Pérez de Anata y Melquíades Pérez Rivas, I, Libros I y II de la Instituta, Madrid, 1877, pp. 502 ss.; Rivier, A., *Traité Elémentaire des successions a cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878, pp. 49 ss.; Arndts, L., *Trattato delle Pandett*e, versione italiana di Filippo Serafini, V. III, Bologna, 1879, pp. 158 ss.; Heinecio, J., *Recitaciones del derecho civil romano*, traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis de Collantes y Bustamante, 8.ª ed, I, Valencia, 1888, pp. 296 ss.; Palumbo, L., *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano, 1892; Dropsie, M. A., *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death (mortis causa donationes)*, Philadelphia, 1892; Glúck, F., *Commentario alle pandette*, 28, traducido y anotado bajo la dirección de F. Serafini, Milano, 1900, pp. 5 ss.; Van Wetter, P., *Pandectes contenant l´historie du droit romain et la legislation de justinien*, 50, Paris, 1911; Windscheid, B., *Diritto delle pandette*, trad. C. Fadda e P. E. Bensa, V. III, Torino, 1925; Scialoja, V., *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Padova 1934; Jörs, P. -Kunkel, W., *Derecho privado romano*, traducción de la 2.ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1937, pp. 448 ss.; Biondi, B., *Successione testamentaria-donazioni,* Milano, 1945; *Autonomia delle disposizioni testamentarie e inquadramento del testamento nel sistema giuridico. Scritti di Diritto Moderno. Parte generale del Diritto ereditario.* Milano, 1967; Ferrini, C., *Manuale di Pandette*, 4.ª ed por G. Grosso, Milano, 1953, pp. 597 ss.; Scherillo, G., *Corso di diritto romano: Il testamento*, Milano 1956-1957; Idem, *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, Milano 1967, pp. 4 ss.; Schulz, F., *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, pp. 228 ss.; Bonfante, P., *Corso di Diritto Romano, vol. Sesto, Le Successioni*, Milano, 1974; Voci, P., *Diritto ereditario romano. V. II. Parte speciale*, 2.ª ed. Milano, 1963; Idem,«Il diritto ereditario romano nell´età del tardo imperio. I. Il IV secolo. Prima Parte*», Iura* XXIX, 1978; Idem, «Il diritto ereditario romano nell´età del tardo imperio. I. Il V secolo», *sdhi* XLVIII*,* 1982, 1 ss.; Amelotti, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966; Arangio-Ruiz, V., *Istituzioni di Diritto Romano,* 14 ed.,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

ro [14]. La concurrencia de testigos en el otorgamiento del testamento fue tan relevante que comparten la misma etimología [15], aunque no sea posible identificar *testamentum* con «acto jurídico confirmado por testigos» [16], pues de las fuentes resulta un negocio jurídico más complejo *iuris civilis, mortis causa*, personal, unilateral, revocable y siempre formal [17].

Efectivamente la eficacia jurídica *mortis causa* de la voluntad del testador dependió de requisitos externos y formales que variaron según la época, pero siempre bajo la idea imperante de publicidad: en los testamentos más antiguos, *testamentum calatiis comitiis* y *testamentum in procinctu*, el testador verbalizaba su última voluntad, el primero ante los *comitia curiata* reunidos en tiempo de paz con este fin dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo) o ante el ejército en armas, en tiempo de guerra, antes de entrar en batalla [18].

Señala la doctrina [19] que las formas antiguas de testar fueron superadas por el testamento *per aes et libram*, que se sirvió de las formalidades de la

---

Napoli, 1968, pp. 521 ss.; Grosso, G. e Burdese, A., *Le Successioni. Parte Generale*, Torino, 1977; Pugliese, G., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990; Talamanca, M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 669 ss.; Manfredini, A., *La volontà oltre la morte*, Torino, 1991; Marrone, M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1989, pp. 843 ss.; Dropsie, M. A., *The roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death. Mortis causa donationes,* Colorado, 1996; López Pedreira, A.*,* «Las definiciones romanas de testamento», *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano,* t. II, Vigo, 1998; Torrent Ruiz, A., «Sucesión testamentaria*», Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano,* I, Vigo, 1998, pp. 51 y 57 ss. en los que se refiere a las formas de testamento.

[14] Grosso, G. e Burdese, A., *Le Successioni. Parte Generale*, *op. cit.,* pp. 13 ss.; Iglesias, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 554 ss.

[15] I.2,10 pr.: «*Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*». Ernout, A. et Meillet, A., «*Testis-is*», *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des Mots*, retirage de la 4.ª ed. par J. André, París, Klincksieck, 2001, p. 689; Escriche, J., «Testamento»*, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* Paris, 1863, p. 1.493. Sobre la relevancia de los testigos en el negocio jurídico romano, *vid*. Clemente, A. I., «El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en Derecho Romano», *RIDROM*, octubre-2010, pp. 178 ss., en http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Clemente1_pub.pdf.

[16] Schulz, F., *Derecho Romano Clásico*, *op. cit.,* pp. 228 ss.

[17] Ulpiano, *Regulae* 20,1: *Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*, en *Reglas de Ulpiano*, Texto latino con traducción de Francisco Hernández Tejero, Madrid 1946, p. 31 s.: «El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha con las solemnidades debidas, para que surta efecto después de nuestra muerte», *vid*. también *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, translated with notes by J. T. Abdy and B. Walker, New Jersey 2005, pp. 112-114; Modestino en D.28,1,1,1 (*lib. II. Pandectarum*): *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem suma fieri velit*.

[18] Gayo, *Inst* 2,101 a 103. Sobre las teorías acerca de la función del *populus* bien como testigo, bien con capacidad decisoria para aprobar o no la voluntad del testador, *vid*. Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.,* pp. 33 a 35; Voci, P., *Diritto Hereditario Romano, Vol. Primo, Introduzione. Parte Generale*, Milano. 1960, pp. 14-17.

[19] Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.,* pp. 33 a 60; Scherillo, G., *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte prima*, *op. cit.,* pp. 126-133; del mismo autor*, Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, *op. cit.,* pp. 4 ss.; Dropsie, M. A., *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death*, *op. cit.,* pp. 68-78; D'ors, A., *Derecho Privado Romano*, 3.ª ed., Pamplona, 1977, pp. 328 s.; Voci, P., *Diritto Hereditario Romano,* I*, op. cit.,* pp. 86 ss., del mismo autor, *Diritto*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

mancipatio en tanto enajenación *inter* vivos, pero con un fin *mortis causa*, debiendo el testador emitir su voluntad ante cinco testigos, *cives* y púberes [20], el *libripens* y el *emptor*. Siendo un acto eminentemente oral, la voluntad del causante comenzó a recogerse por escrito en *tabulae*. El testador o un tercero en su nombre redactaba el testamento, no obstante, el *de cuius* habría de leerlo en alta voz en el acto de la *mancipatio* o al menos designar que el contenido de las tablas era su testamento [21]. El escrito tenía una función probatoria, pues la eficacia jurídica emanaba de la *nuncupatio*, de la expresión oral [22].

El pretor eliminó del testamento *per aes et libram* la *mancipatio* y la *nuncupatio* al conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien fuera nombrado heredero en las *tabulae* signadas por siete testigos, que habría de ser nulo por razones de forma derivadas de la *mancipatio* [23].

Pese al carácter básicamente escrito, también se reconoció la *bonorum possessio secundum nuncupationem* siempre que la declaración se hubiera manifestado ante siete testigos. En el testamento pretorio los testigos desempeñaron una función probatoria al priorizar la voluntad del testador por encima de la solemnidad, conviviendo ambos testamentos, el civil y el pretorio, durante la época clásica [24].

En la etapa postclásica, mantenida la dualidad anterior de testamento civil y pretorio, la doctrina [25] concreta la aparición de un régimen unitario con la Novela 16 de Teodosio II y Valentiniano III del año 439, que eliminó el requisito de las *solemnia verba*, pero mantuvo la intervención esencial de siete testigos [26] y ser escrito por el testador de su puño y letra o por un escribano en su nombre, presentarlo abierto o cerrado a los siete testigos, ciudadanos romanos púberes, simultáneos y rogados, ante los que el testador declara que el escrito

---

Hereditario Romano, II, *Parte Speciale, op. cit.,* pp. 990 ss.; Vismara, G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986, pp. 70 ss.; Castro Sáenz, A., *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002, pp. 86 a 89; Amelotti, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, op. cit.,* pp. 111 ss.

[20] Gayo, *Inst*. 2, 107.

[21] Gayo, *Inst*. 2, 104.

[22] So pena de nulidad Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.,* p. 44 s.; Schulz, F., *Derecho Romano Clásico*, *op. cit.,* p. 232; Fernández de Buján, A., *«Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana»*, en Notario del siglo XXI, ENSS n.º XXI, n.º 13, mayo-junio 2007, en http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987 (consultado en diciembre de 2018).

[23] Inst. Gayo 2, 119, 147 y 149.

[24] Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.,* pp. 45 a 50 y del mismo autor *Diritto hereditario romano. Parte generale (Corso di lezioni)*, Milano, 1954, pp. 137 y 138.

[25] Pérez de Benavides, M., *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, pp. 6 ss. y 24-27.

[26] NTh.9,5: «*Non suscriptum namque a testibus atque signatum testamentum, pro imperfecto habere convenit*»; C.6,23,21 pr. y 4 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio*) del año 439.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

contiene su última voluntad y a su presencia lo firma, al igual que lo firman y sellan los testigos en un mismo día y tiempo; de ser oral, la voluntad del testador se oía a la vez por los siete testigos reunidos al mismo tiempo con este fin; también se admitió el testamento ológrafo [27] redactado por el testador sin testigos por los mismos emperadores en el año 446 (*Novellae Valentiniani* 21,2), quienes mantuvieron la formalidad de solo cinco testigos para el testamento *parentum inter liberos* que Constantino había establecido en el año 321, cuando el testador disponía a favor de los herederos legítimos [28].

Junto a las formas privadas de testar aparecieron dos públicas: el *supremum iudicium compositum municipalibus gestis* y la *voluntas, quae testimonio principis et suscriptione conditoris firmatur* que supusieron el registro de los testamentos y la declaración ante la autoridad pública de la voluntad del testador, otorgando validez al testamento firmado por el causante y el *testimonium principis*, que equivaldría a la intervención de los testigos [29].

Según la doctrina [30] el derecho justinianeo apenas introdujo modificaciones y mantuvo la Novela Teodosiana XVI [31], el reconocimiento del testamento oral ante siete testigos o escrito redactado por el testador o por tercero, bien manifestando ante siete testigos su contenido, bien indicándoles que el escrito contiene su última voluntad, debiendo ser firmado por el testador y los testigos, que serán ocho si el testador no sabe o no puede firmar. Los testigos en el testamento justinianeo debían estar presentes durante todo el acto de otorgamiento, a fin de permitir adverar la autenticidad del documento [32].

---

[27] Sobre el testamento ológrafo, *vid.* López-Rendo Rodríguez, C., «Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español», *Revista Jurídica del Notariado* 69, 2009, pp. 173-224.

[28] En C.3,36,26 (*Imp. Constantinus A. ad Bassum P. P.*), confirmada en el año 439 por la citada Novela 16, recogida en C. 6,23,21,3; Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.,* pp. 50-53.

[29] Pérez de Benavides, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.,* pp. 21 ss. También aparecieron otros testamentos para situaciones extraordinarias que aliviaron las formalidades, no obstante, la presencia de testigos siempre se mantuvo (testamento en tiempo de epidemia, no es necesario que concurran a la vez todos los testigos para evitar contagios, testamento hecho en el campo bastaban cinco testigos -C.6,23,31 (*idem A. Ioanni P. P.*) del año 534; testamento del ciego ante el tabularis y siete testigos o un octavo testigo si faltaba el notario: I.2,12,4 y C.6,22,8 (*Imp. Iustinus A. Demostheni P. P.*) el testamento del analfabeto ante ocho testigos, siendo el octavo testigo el que firmaba por el testador: Novela Teodosiana 16,3, *De testamenti*s, del año 439). Respecto a la capacidad del sordo y del mudo para testar, les fue negada para las formas orales, pero debió admitirse para las formas escritas y también para el ológrafo, aunque no se especifica en las fuentes postclásicas: Pérez de Benavides, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.,* p. 29; mantiene la tesis contraria: Castán Pérez-Gómez, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», *Revista Jurídica del Notariado* 79, julio-septiembre 2011, pp. 106 s.

[30] D'Ors, A., *Derecho Privado Romano*, 3.ª ed., Pamplona, 1977, pp. 328 ss.

[31] Como resulta de C. 6,23,21 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio*) del año 439.

[32] C.6,23,21,2; D'Ors, A., «Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico», *Centenario de la Ley del Notariado, Sec. Primera, Estudios Históricos*, I, Madrid, 1964, pp. 133-152.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

Siendo la intervención de los testigos un requisito *ad sollemnitatem* para el Derecho civil romano, explicaba Biondi [33] que su relevancia determinó la regulación de causas de inidoneidad, las cuales estaban ligadas a la *testamentifactio*: la inhabilidad de ser testigo se hizo depender de la incapacidad de testar, según D.28,1,18 pr. (Ulp., *lib. I. ad Sab*.), reiterada por el derecho justinianeo en I.2,10,6 [34]: «*Testes autem adhiberi possunt ii cum quipus testamentifactio est (…)*».

Los sordos y los mudos, considerados personas afectadas por una enfermedad crónica, estaban sometidos al régimen de tutela y curatela [35] y carecían de *testamentifactio* (D.28,1,6,1 de Gayo; D.28,1,16 pr.; Reglas de Ulpiano XX,13) [36], dada la oralidad de las formas de otorgamiento *per aes et libram*: según Ulpiano, el mudo porque no puede pronunciar las palabras solemnes de la *nuncupatio* y el sordo porque no puede escuchar las palabras del *familiae emptor*. Si los sordos y los mudos no pudieron testar en la etapa clásica, tampoco pudieron testificar en el acto de otorgamiento de testamento.

La incapacidad para testar se mantuvo en derecho justinianeo, si bien con un criterio más acomodado a la forma escrita habitual. Especificaban C.6,22,10 del año 531 e I.2,12,3 [37] que la prohibición se refirió al completamente sordo-

---

[33] Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, *op. cit.,* pp. 56-60. Cf. Dropsie, M. A., *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death (mortis causa donationes)*, *op. cit.,* pp. 79-96; Dalla, D., «Sordo, muto, sordomuto», *Enciclopedia del Diritto* XLII, Varesse, 1990, pp. 1.293-1.295.

[34] D.28,1,18 pr. (*Ulp. Lib. I. ad Sab.): Is cui lege bonis inter dictum est testamentum facere non potestet, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen inter diction vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamentifactionem habeat*; I.2,10,6: *Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifactio est (…)*. Sobre la discapacidad en Roma derivada de enfermedad mental *vid*. Azaustre, M. J., «La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015», *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*, Barcelona, 2018, pp. 31-52.

[35] D.26,5,8,3 (*Ulp., 8 de omn. tribunalibus*): *Furioso et furiosae et muto et surdo tutor vel curator a praetor vel praeside dari poterit;* también en D.26,1,6 pr (*Ulp., lib. XXXVIII ad. Sab*.); D.42,5,19,1 *(Ulp., lib. LXIII. ad ed.*); D.42,5,20 (*Paul., lib. LX ad ed*.); D.27,1,45,2 (*Tryphon., lib. XIII disputationum*); D.50,4,1,4 (*Herm., lib. I epit*.): *vid*. Castán Pérez-Gómez, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», *op. cit.,* pp. 105-109.

[36] D.28,1,6,1 (*Gaius, lib. XVII. ad. Ed. prov.): Surdus mutus testamentum facere non possunt: sed siquis post testamentum factum valetudine aut quo libetalio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanent testamentum*; D.28,1,16 pr. (*Pomponius, libro singurali regularum): Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testament factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testament vel sibi vel aliis adquirere possunt*. Ulpiano, *Reglas* 20,13: *Mutus surdus furiosus item que prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest*. Vid. Biondi, B., *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit, pp. 56 a 60; en el mismo sentido, Martos Calabrús, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, Almería, 1998, pp. 26-28; Scherillo, G., *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, *op. cit.,* p. 7 s.

[37] I.2,12,3: *Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur qui*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

mudo de nacimiento; pues, si la enfermedad le sobrevino con posterioridad y era persona instruida, podía testar por escrito (*sua manu scribendi*); en el supuesto de tratarse de persona sorda o muda, incluso de nacimiento podía testar, pues el sordo podría hacerlo por escrito u oralmente y el mudo por escrito si supiera de letras. Sin embargo, esta opción no tuvo reflejo en la habilidad del testigo mudo o sordo, que fue siempre excluida con carácter general por Justiniano en I.2,10,6 [38]:

> *(…) sed neque mulier neque impubes neque servís neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, necis quem leges iubent improbum intestabilem que esse, possunt in numero testium adhiberi.*

El fragmento no distinguió ningún supuesto, quebrando la conexión entre la *testamentifactio* activa, prevista en el *Codex* y en las Instituciones para estos discapaces sensoriales, y la idoneidad para testificar que se había instaurado en la etapa clásica.

Respecto al ciego, la doctrina ha admitido su testamento con carácter especial [39] realizado oralmente; también se ha planteado la posibilidad de que pudiera haberse admitido el testamento escrito, por medio de tercero que hiciese constar la voluntad del testador [40]. Sin embargo, opinamos que el ciego pudo haber sido excluido de la condición de testigo hábil, pues éstos debían encon-

---

eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus eius remanet testamentum. C.6,22,10 de Justiniano: *Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes. Vid*. Bonfante, P., *Corso di Diritto Romano, vol. Sesto, Le Successioni*, *op. cit.,* p. 376; Dalla, D., «Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto», *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, II, Madrid, 1988, pp. 675-680.

[38] D.29,5,3,8 (*Ulp., lib. 50 ad Ed.*): *Surdus quoque inter inbecillos numerandusestaut inter eosqui sub eodemtecto non sunt, quia ut illi per spatium, ita hic per morbum nihil audit,* y 10: *Mutum simili modo excipimus, sed ibi, ubivocis tantum auxilium superfuit*; I.2,10,6: *(…) sed neque mulier neque impubes neque servus neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, nec is quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.*

[39] *Vid*. por todos De las Heras, G., «El testamento del ciego», *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, tomo 1, Vigo 1998, pp. 252 ss.

[40] De las Heras, G., «El testamento del ciego», *op. cit.,* p. 253; Castán Pérez-Gómez, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», *op. cit.,* pp. 94 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

trarse *in conspectu testatoris*, de modo que pudieran ver y oír al testador[41]. Sabemos que fue el emperador Justino en el año 521[42], quien reguló su testamento otorgado con determinadas garantías: exposición verbal ante notario y siete testigos u ocho, de no estar presente el *tabularius*. La norma fue acogida por Justiniano en I.2,12,4[43].

En todo caso, la condición de los testigos debía examinarse al tiempo del otorgamiento, no a la muerte del testador[44]. Debían ser rogados, invitados a tal fin por el causante o, al menos, tener conciencia de la función que iban a desempeñar[45] y estar presentes durante todo el acto[46]. Ninguno podía ser obligado a dar testimonio y, en caso de imposición, el testamento era nulo[47].

---

[41] Gayo, Inst. 2,104, D.28,1,21 pr. (*Ulp., lib. II ad Sab.*); C.6,23,9 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Patrocliae, a. 290*).

[42] C.6,22,8: *Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis seu morbo vel ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceat, deinde exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis unciis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa. 1. Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtentu septem (ut dictum est) testium et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab isdem testibus quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium. 1a. Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerit ordinanda. 1b. (1) at cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione turbata minus memoria possit res plures consequi, patebit eis licentia voluntatem suam sive in testamenti vel in codicilli tenore compositam cui velint scribendam credere, ut in eodem postea collocatis testibus et tabulario, re etiam (ut dictum est) patefacta, cuius causa convocati sunt, et chartula prometur, quam susceptam testatori recitabit tabularius simul et testibus, ut, ubi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere et ex animi sui quae lecta sunt disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium nec non omnium signacula tam testium (prout dictum est) quam tabularii. 2. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus, iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavum adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supra dicto modo commisimus, id per octavum testem effectum capiat: libera potestate concedenda suas voluntates in praedictum modum ordinantibus chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam, ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic fieri namque confidimus, ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata manibus * IUSTINUS A. DEMOSTHENI P P. *'A 521 D. K. IUN. CONSTANTINOPOLI IUSTINIANO ET VALERIO CONSS.*'. Sobre el fin de la norma, bien regular el derecho a testar de los ciegos, bien reforzar los requisitos para evitar fraudes, vid. Castán Pérez-Gómez, S., «Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», *op. cit.,* p. 95.

[43] I.2,12,4: *Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex divi Iustini patris mei introduxit.*

[44] D.28,1,22 (*Ulp., lib. 39 ad Ed*).

[45] D.28,1,20,9 (*Ulp., lib. I ad Sab.*); D.28,1,21,2 (*Ulp., lib. II ad Sab.*) y D.28,1,27 (*Celsus, XV. Digestorum*).

[46] D.28,1,20,8 (*Ulp., lib. I. ad Sab.*); C.6,23,12 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Matronae, a. 293-304*); C.6,23,21,2 (*Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio, a. 439*) y C.6,23,28 pr. (*Imp. Iustinianus A. Luliano P. P., a. 530*).

[47] D.28,1,20 &10 (*Ulp. lib. I. ad Sab.*)

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

III. LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS MEDIEVALES (ZONA COMÚN)

La intervención de los testigos continuó siendo esencial en las formas testamentarias visigóticas [48]: en el testamento escrito se admitió el suscrito y signado [49] por el testador ante los testigos y el que solo es signado por el testador y por los testigos (si el testador solo puso su *signum* en lugar de la *suscriptio*, uno de los testigos deberá declarar bajo juramento que la señal fue puesta por el testador); no obstante, se añadió una tercera opción a favor del otorgante que no puede poner su *suscriptio* ni el *signum*, permitiendo que pueda hacerlo un tercero junto a los testigos acostumbrados; en estas tres formas escritas se exigió la presentación del testamento al Obispo dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento, ante quien los testigos debían jurar que el testador selló el documento y en la tercera forma, que quien escribió el testamento lo hizo conforme la manda del testador sin engaño alguno.

Aunque el Fuero Juzgo no especificó expresamente los requisitos físicos para la idoneidad de los testigos, resulta del juramente ante el Obispo que debían ver y oír al testador al momento de otorgar testamento, añadiendo la ley 2 [50] que: «El testigo rogado de algún escrito no ponga su signo en él sin preceder su lectura: y si lo hiciere, no valga su testimonio ni el escrito.» En suma, los

---

[48] Pérez de Benavides, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.,* pp. 86-94; D'Ors, A., *Estudios visigóticos II, El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960, pp. 236 ss. Las formas testamentarias están prevista en la *Lex Visigotorum* 2,5,11 de Recesvinto, «*Qualiter confici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates*», y en el *Fuero Juzgo*, libro 2, título 5 «De las escrituras y testamentos», ley 11: «Valga el testamento hecho en cualquiera de estos modos: por escrito firmado de mano del testador y de los testigos; ó signado por una y otra parte; ó si lo fuere por otro que lo escriba, ó señale por el testador, no sabiendo éste escribir; ó ante testigos sin escrito alguno. El executado en los 2. primeros modos debe mostrarse al Obispo dentro de 6. meses; y si el testador puso su señal, deben jurar los testigos que la hizo. El que le hiciere del tercer modo debe valer, mostrándose ante el Obispo hasta 6. meses, y jurando los testigos y el que lo escribió por el testador, no tener engaño, y haberlo escrito y firmado según su mandato. El que se hiciese en el quarto modo valga, después que los testigos juren haber sido rogados para que lo fuesen de él lo qual hagan ante el Juez dentro de 6 meses, jurando todo su contenido, y firmándolo por sí mismos ó por otros testigos: y después de esto deben haber los testigos por su trabajo la 20. parte del dinero del difunto, y no de los demás bienes, deudas, y libros que han de haber sus herederos. A estos deben hacerlo saber los testigos hasta 6. meses; y no haciéndolo, ó no cumpliendo dentro de ellos lo dicho en esta ley, sean tenidos por falsos; salvo si lo dexen de hacer por engaño de otro hombre, ó por mandato del Rey, ó por otra cuita.» (obtenido de la edición facsímil del Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798).

[49] La *suscriptio* visigótica es una aclaración hecha en primera persona en la que se establecía la fecha y daba pleno valor probatorio al documento; el *signum* era una cruz cuando el interesado o los testigos no sabían o no podían escribir y carecía por si solo de valor probatorio, siendo necesario el juramento de alguno de los testigos sobre la legitimidad del *signum*: Martos Calabrús, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.,* p. 35 y Alonso y Lambán, M., «Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón», *RDN* II-5 y 6 (1954), p. 65.

[50] Fuero Juzgo libro 2, título 5, ley 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

testigos en las escrituras y testamentos escritos no podían ser ciegos y debían saber leer a fin de que su intervención alcanzara validez jurídica.

De la citada norma resulta la cuarta forma testamentaria, oral, con testigos rogados y presentes ante el testador, a quien debían ver y oír, pues los testigos habrían de comunicar la existencia de testamento a los herederos y declarar bajo juramento ante el juez lo que escucharon en el plazo de seis meses desde el fallecimiento del causante para que el testamento adquiriera plena validez. En definitiva, desapareció el testamento secreto, pues los testigos debían leer u oír la lectura del testamento [51].

Sin embargo, no aludió al número ni a los requisitos físicos de los testigos que participaban en el testamento. Indica Fernando de Arvizu [52] que, si bien la intervención de los testigos se mantuvo como requisito formal del otorgamiento de testamento en nuestro Derecho de la Alta Edad Media, tampoco existió una regulación de las condiciones necesarias para ser testigo, ni de su número para la validez del acto. Según el citado autor lo más probable es que para ser testigo se exigiese tener más de catorce años, ser libre y estar en su sano juicio [53], en los mismos términos que para testar [54]. Sí se aludió a que

---

[51] Martos Calabrús, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.,* p. 36.

[52] Arivzu y Galarraga, F. de, *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, Pamplona, 1977, pp. 254-264; *vid.* también Pérez de Benavides, M., *El testamento visigótico*, *op. cit.,* pp. 86 ss.; Obarrio, J. A., *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*, Valencia, 2002, p. 32; García García, H., «La forma del testamento en la España visigótica», *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*, III, Madrid 1955, pp. 215-228; García Gallo, A, «Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España», *AHDE* 47 (1977) pp. 451-480 y en «El Problema de la sucesión *mortis causa* en la Alta Edad Media española», *Estudios de Historia del Derecho Privado*, Sevilla, 1982, pp. 251-271; Merea, P., «Sobre o testamento hispanico no seculo VI», *AHDE* 16 (1945), pp. 86 a 99; Bussi, E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto commune (Contratti, Successioni, Diritti di familia*), Padova, 1971, pp. 153-160**;** Bermejo Castrillo, M. A., *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*, Madrid 1996, pp. 462 ss.; Bakkali-Hassani, S., «El número de testigos en los testamentos medievales», *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*, Barcelona, 2018, pp. 53-62.

[53] Arivzu y Galarraga, F. de., *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, *op. cit.,* pp. 257 ss.

[54] El Fuero de Brihuega establece la edad de disponer en 14 años para el varón y 12 años para la mujer: «… et el varonfaga de lo suyo a su guisa de XIII annos a suso, et la mugier de XII annos arriba». Los fueros Real y de Soria, otorgados por Alfonso VIII entre 1170 y 1214, no especifican los años a los que se puede testar, pero se estima que coinciden con la pubertad: Fuero Real libro 3, título 5, ley 5: «Establecemos que los que no fueren de hedat, o non fueren en su memoria, o en su seso, o los que fueren siervos, o los que fueren judgados a muerte por cosa atal que deban perder lo que an, o los que fueren hereges, o omes de religion, o clerigos, de las cosas que tienen en sus iglesias, que non fagan mandas, e si las ficieren, non valan». Fuero de Soria 300: «Los que no fueren de hedat, o non fueren en su memoria o en su sseso, o los que fueren siervos, o los que fueren juggados a muerte por cosa atal que devan perder lo que an, o los que fueren hereges, o omne de religión passado el anno que entro en la orden, o clerigos de las cosas que tienen de sus eglesias, que non puedan facer manda a sus finamientos, nin donadíos en su vida; e si la fizieren, que non valan».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

debían ser designados por el otorgante y estar presentes en la manifestación del testador de ser oral y en la lectura del testamento por el escribano u otra persona y en la suscripción por el otorgante de ser escrito, lo que exigía que pudieran ver y escuchar al causante a fin de asegurar la certeza y la publicidad del otorgamiento [55].

Durante la Baja Edad Media, coincidiendo con la Recepción, se produjo el renacimiento del testamento, dedicándose glosadores y comentaristas a su estudio. Admitido el testamento oral o escrito, se exigió si era *in scriptis*, un documento escrito por el testador u otra persona en su nombre, la declaración del *de cuius* escrita u oral del nombre de los herederos ante siete testigos, la suscripción del testador y de los testigos y el sello de éstos; se admitió que el testamento fuera cerrado sin que los testigos conocieran su contenido; la función testifical permitió acreditar que la última voluntad del causante estaba contenida en el documento [56].

De ser el testamento nuncupativo, el testador manifestaba oralmente su voluntad ante siete testigos, que quedaban enterados de su contenido. Así lo interpretaron Accursio [57], Bártolo de Saxoferrato [58] y Albericus de

---

[55] Fuero Real libro 3, título 5, ley 8: «Cuando alguno quisierfacer su manda, las testimonias que quisiere que sean en ella fagalas rogar o las ruegue, ca si non fueren rogadas o conbidadas non deben seer pesquisas de la manda (…)»; y Fuero de Soria 306: «Quando alguno fiziere su manda, las testimonias que quisiere que sean en ella fagalas rogar olas ruegue, ca si non fueren rogadas o convidadas, non deven ser pesquisas de la manda (…)».

[56] Chiodi, G., *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glosatori*, Milano 1997, pp. 516-556.

[57] Accursius*: Infortiatum, sev pandectarum iuris civilis, tomus secundus, ex pandectis florentinis, quo adeius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii, Scholiis Contii, &Dionysii Gothofredi lucubrationibus Ad Accursiumillustratus, Lugduni, 1627, pág. 387: ad Digestorum Lib. XXVIII. Tit. I, XXI: «Heredes palam (Glosa a: «Heredes palam. Aliter ponitur hoc verbum» y Glosa* α*: Palam. i ex audientibus testibus septem. Et hoc maxime distat testamentum per nuncupationem a testament scripto: nam testamentum scriptum secretum & mysticumest: testamentum quod nuncupatur, non item: Cuiacius») & ita ut ex audiri possint, nuncupandi sunt. Licebit ergo testandi vel nuncupare (Glosa b: «testamentum posse probari per publicum instrumentum tabellionis, quod continent duorum hominum vel trium praesentiam: &continent testatorem condidisse nuncupativum testamentum coram testibus septem») heredes, vel scribere. Sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? Non utique in publicu, sed ut ex audiri posit: ex audiri autem no ab omnibus, sed a testibus (Glosa*: testibus septem): & si plures fuerint testes adhibit, sufficit solennem numerum ex audire».*

[58] Bartolo a Saxo Ferrato*: In primam Infortiati partem./Cum ad notationibus Alex. Barb. Parisij, Claud. A Seissel. And. Poma. Ioan. Franc. Roue. Atque aliorum... Præstitimus nouissimæ huic edition Alexandri etiam, & Barb. nomina in eorum additamentis.. multi ab hincannis suppresserant. Conciliationes quoque contrarie tatum Barto. & infinita prope summaria...maxime accomodata... Præterea Bartoli vital... Venetiis: apud Iuntas,* 1570*, Ad lib. XXVIII. Digest., lex XXI: «In testamento in scriptis, heredes debent scribi, in testamento nuncupativo debent palam nominari, ut testes ex audiant»; y del mismo autor en Infortiatum, sev pandectarum iuris civilis, tomus secundus, ex pandectis florentinis, quoad eius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii, Scholiis Contii, & Dionysii Gothofredi lucubrationibus Ad Accursium illustratus,* Lugduni 1627, p. 386*: ad Digestorum Lib. XXVIII. Tit. I, XX&*7: «*Testis debet adstare, donec testamentum perficitur: debet testificari de eo quod sensu percibit*».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

Rosate [59] coincidiendo con la interpretación de Ulpiano. La práctica notarial de la época condujo a la intervención del notario junto con los siete testigos en el testamento nuncupativo. Los tratados prácticos medievales exigían cuatro requisitos al notario, siendo fundamental la audiencia del otorgante, pues «el notario debe oír a las partes para que pueda atestiguar de los hechos realizados en su presencia. Solamente puede hacer las escrituras sobre las cosas que caen dentro de los dos sentidos: la vista y el oído» [60]. Ronaldino Passeggeri, notario y profesor en Bolonia, exigió la intervención de los testigos en el testamento oral en número de siete y en el escrito en número de cinco. No debían estar impedidos para participar en el otorgamiento, quedando excluidos los que no pudieran ver y oír al testador dado el formalismo imperante [61], como dispuso también Accursio [62]: el otorgante o el notario leían en alta voz el documento que se mostraba a los testigos para que lo conocieran e identificaran, siendo suficiente que tocaran la carta; después se extendía el documento desenrollado sobre la mesa del notario y se invitaba al autor a firmarlo, estampando su nombre o su signo y a continuación hacían lo mismo los testigos [63].

IV. LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA

En España [64] el Fuero Real libro 3, título 5, ley 1 [65] reguló las formas testamentarias acogiendo las previstas en el Fuero Juzgo. No dispuso esta legis-

---

[59] Albericus de Rosate, *Commentarii in primam infortiati partem*, Venetiis 1585, p. 95 y vto. *De testamentis, qui testamentum facere possunt, quemad modum testamenta fiant*: «*Nomen haeredis in testamento nuncupatum, palam debet nuncupari coram solen numero testium, & in testamento in scriptis seribi infra eo.l. heredes.in prin.an testamentum nuncupativum possit probari per publicum instrumentu*».

[60] Núñez Lagos, R., *El documento medieval y Rolandino*, Madrid, 1951, p. 115. Menciona el autor los otros tres que son: la *rogatio* del notario, la escritura del instrumento por sí y no por otro y la redacción del documento en el protocolo.

[61] Además de varones púberes, libres, de buena reputación y rogados: Obarrio, J. A., *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*, *op. cit.,* pp. 73-75.

[62] Accursius, *Corpus Glossatorum Juris Civiles XI, Curante Juris Italici Historiae Instituto Taurinensis Universitatis,* Augustae Taurinorum, 1969, p. 44: *Testes autem adhiberi possunt hi cum quibus testamentifactio est. Sed neqꝫ mulier neqꝫ impubes neqꝫ servus neqꝫ furiosus neqꝫ mut (Glosa i: Mutus. Qui nihil loqui vel audire potest) neqꝫ surdus neqꝫ is cui bonis interdictum: neqꝫis quos leges iubent improbos intestabiles qꝫesse possunt in numerum testium adhiberi*.

[63] Núñez Lagos, R, *El documento medieval y Rolandino*, *op. cit.,* pp. 152-160; bussi, *La formazione dei dogmi*, *op. cit.,* pp. 153-160.

[64] Chamocho Cantudo, M. A., *Los fueros del Reino de Toledo y Castilla la Nueva*, Madrid 2017, pp. 12 ss., y del mismo autor *Los fueros de los reinos de Andalucía: de Fernando III a los Reyes Católicos,* Madrid, 2017, pp. 9 ss.

[65] «Todo ome que ficiere su manda, quierseyendo sano quier enfermo, fagala por escripto de mano de alguno de los escrivanos públicos, o por otro escripto en que ponga su seello el que faz la manda, o en

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

lación los requisitos para ser testigo [66], pero sí para ser «cabezal» o albacea del testamento excluyendo expresamente, entre otros, al mudo y al sordo por naturaleza [67].

Más extensa fue la regulación de Partidas. El Rey Sabio admitió dos formas de testar: el nuncupativo o abierto ante siete testigos, bien sea de viva voz o por escrito; y el testamento *in scriptis* o cerrado donde los siete testigos desconocen su contenido, aunque saben que el documento contiene la última voluntad según manifestación del causante ante quien comparecen para completar el documento con sus nombres y sellos [68]. Si bien la ley 1.ª de la Partida 6.ª, título I, especificó que no podían ser testigos el siervo, el menor de catorce años, la mujer ni el hombre de mala fama; de una forma más extensa la Ley 9.ª [69]

---

que faga poner otro seello conoscido que sea de creer, o si non por buenas testimonias: et la manda que fuer fecha en cualquier destas cuatro guisas, vala por todo tiempo si quel que la fizo non la desficier».

[66] Más allá de que debían ser rogados para la validez del testamento (*Fuero Real,* libro 3, título 5, ley 8).

[67] Fuero Real libro 3, título 5, ley 7: «Mandamos que ningun siervo, nin religioso, nin muger, nin orne que non sea de hedat, nin loco, nin herege, nin judío, nin moro, nin mudo, nin sordo por natura, nin ome que sea dado por alevoso o por traydor, nin ome que sea judgado a muerte, nin ome que sea echado de tierra, que non puedan seer cabezales en ninguna manda.» Se denominaban así porque se hallaban a la cabecera del causante en la enfermedad y en la muerte, dejándoles encomendada la ejecución del testamento.

[68] Partida 6.ª, título 1, ley 1: «… La una es á la que llaman en latín testamentum nuncupativum, que quier tanto decir como manda que se face paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo face por palabra ó por escripto, á cuales establece por sus herederos ó como ordena ó departe las otras sus cosas. La otra manera es á que dicen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto decir como manda que se face por escrito, é non de otra guisa. E tal testamento como este debe ser fecho ante siete testigos que sean llamados é rogados de aquel que lo face, é ninguno destos testigos non debe ser siervo, nin menor de catorce años, nin mujer ni home mal enfamado. Otrosí decimos que cada uno debe escrebir su nome en la fin del testamento, diciendo así: Yo fulano so testigo deste testamento que lo fizo tal ome (nombrándolo) seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escrevir, cualquiera de los otros lo pueda facer por mandado del. E demás desto deben poner todos los testigos sus sellos en la cartículoa del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non oviese sello, puede esto facer con sello de otro. Otrosi decimos que el facedor del testamento debe escrebir su nome en la fin de la carta, diciendo así. Yo fulano, otorgo que fice este testamento en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiese ó non pudiese escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del». Partida 6.ª, título 1, Ley 2: «En escrito queriendo alguno facer su testamento (…) si por ventura lo quesiere facer en poridad que non sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en él, puédelo facer desta manera. Debe él por su mano mesma escrebir el testamento, si sopiere escribir é si non debe llamar á otro qual quisiere en quien se fie, é mándegelo escrebir en su poridad. Después que fuere escrito, debe doblar la carta é poner en ella siete cuerdas, con que se cierre de manera que finquen colgadas para poner en ella siete sellos, é debe dejar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escrebir sus nomes, é después desto debe llamar é rogar tales siete testigos, como dice la ley, ante desta, é mostrarles la carta doblada é decirles así: Este es mi testamento, é ruego vos que escribáis en él vuestros nomes é que los selleis con vuestros sellos. E el otrosi debe escrebir su nome é facerlo escrebir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo así: Yo otorgo que este es el testamento que yo fulano fice é mandé escrebir…».

[69] Partida 6.ª, título 1, Ley 9: «Testiguar non pueden en los testamentos, aquellos que son condenados por sententia, que fuesse dada contra ellos por malas cantigas, o ditados, que fizieron contra algunos con entencion de enfamarlos. Nin otrossi, el que fuesse condenado por juyzio de los judgadores, por razo de algund mal fecho, que ficiesse, asi como por furto, o por homicidio o por otro yerro semejante destos,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

excluyó además a los condenados por sentencia judicial, los apóstatas, los sordos, los mudos, los locos y los pródigos [70]. En el caso de los sordos y los mudos se justificó porque el totalmente sordo no podía entender al testador y el mudo no podía declarar. Sin embargo, ya Benito Gutiérrez [71] criticó, de una parte, que la legislación se limitara a copiar los textos romanos, sin tener en cuenta que ambas deficiencias no impedían conocer la voluntad del testador ordenada por escrito ante escribano y, de otra, que no se incluyera al ciego, pues no puede ser testigo quien no ve al testador, necesario en todo testamento, ni reconocer el signo, respecto al escrito [72].

El Ordenamiento de Alcalá, sancionado por Alfonso XI en 1348, en su título 19, *De los testamentos,* Ley única, entre otras modificaciones, pues suprimió la necesidad de la institución de heredero, estableció tres formas de testar: ante notario y tres testigos vecinos; ante cinco testigos vecinos sin presencia de notario y ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran ser hallados más y no hubiera notario en el pueblo. No especificó la idoneidad de los testigos, no obstante, «deben y ser presentes á lo ver otorgar» [73]. La concurrencia de testigos al acto de otorgamiento fue, por tanto, obligatoria y debían ser conscientes de la trascendencia de su intervención, además de entender el con-

---

o por mas grave de que fuesse dada sentencia contra el. Nin otro si ninguno de los que dexan la fe de los christianos, o se tornan moros o judíos: maguer se tornassen despues a nuestra fe que dizen en latin apostatas. Nin las mujeres, nin los que fuesen menores de catorze años. Nin los siervos. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos mientras estovieren en la locura. Nin aquellos a quien es defendido que non usen de sus bienes: porque son desgastadores dellos en mala manera: ca estos atales no pueden ser testigos en testamento. Otrosi non lo puede ser ome que es siervo de otro. Pero si alguno de los testigos, que se acertaron quando se fizo algund testamento andava en aquella sazon por omelibrem maguer después fuesse hallado en verdad que era siervo, non se embarga el testamento por esta razon».

[70] Sala, J., *Ilustración del Derecho Real de España*, I, Coruña, 1837, pp. 155-165.

[71] Gutiérrez Fernández, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, III, Madrid, 1863, p. 145.

[72] Se plantea el citado autor en la pág. 146: «Y en efecto, ¿podrá un ciego firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar? ¿podrá responder de la identidad del testador no pudiendo verle ó de que no testa un vivo tomando el nombre y la voz del muerto?».

[73] «Si alguno ordenare su testamento, ó otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos vecinos del logar, dó se ficiere; et si lo ficiere sin Escrivano publico, sean y cinco á lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere logar do los pudiese a ver; et si fuere tal logar dó non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, é sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat; et el testamento sea valedero en las demandas, é en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero- alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, o costumbre de la tierra avía de heredar, si el testador non ficiera testamento; é cumplase el testamento. Et si ficiere heredero el testador, é el heredero non quisiere la heredat, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntat heredat o manda, ó mandare que la den, ó que la aya otro, é aquel primer á quien fuere dejada non la quisiere, mandamos que el otro, ó otros que la puedan tomar, e aver».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

tenido de la disposición lo que exigía, en suma, reunir las condiciones adecuadas para ver, oír y entender al testador [74].

V. LOS TESTIGOS EN LA EDAD MODERNA: LAS LEYES DE TORO Y LA NUEVA RECOPILACIÓN

Las formas de hacer testamento dispuestas en el Ordenamiento de Alcalá se regularon en la Ley de Toro 3.ª [75] de D.ª Juana en 1505 que distinguió, como las Partidas, entre el testamento abierto nuncupativo, tal como quedó regulado en el Ordenamiento de Alcalá, y el testamento cerrado o *inscriptis* en el que intervenían siete testigos y escribano público, constando ocho firmas: la de los siete testigos más la del testador u octavo testigo que lo supliera y el signo del escribano. Si bien esta legislación no reguló los requisitos que habrían de reunir los testigos, se ha venido interpretando conforme la regulación de Partidas [76]. Posteriormente, la Pragmática Sanción de Felipe II en 1566 [77] añadió una cuarta forma al disponer que se pudiera testar ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las condiciones exigidas por el Derecho, aun cuando se pudieran hallar vecinos y hubiere en el pueblo notario.

La disposición del Ordenamiento de Alcalá se recogió en la Nueva Recopilación promulgada por Felipe II en 1567, al libro V, título 4, ley 1.ª [78] y en la

---

[74] Gutiérrez Fernández, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, *op. cit.,* p. 126.

[75] «Ordenamos é mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey D. Alonso, que dispone quántos testigos son menester en el testamento, se entienda é platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado, que en latin se dice in scriptis, mandamos que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura 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 más el signo del escribano… los cuales dichos testamentos... si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no faganfé ni prueba en juicio ni fuera de él».

[76] Pacheco, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, I, Madrid 1862, p. 67: «No han de estar física ni moralmente impedidos; porque los primeros (ciegos, sordos, desmemoriados) no los podrían materialmente comprender, y á los segundos (infames) los repele con justicia en estas diligencias serias é importantes». Sobre el carácter solemne y no simplemente *ad probationem* de su intervención: García Sánchez, J. y García Fueyo, B., «El testamento ante el párroco: una institución jurídica de raíces romanas», *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*, Barcelona 2018, p. 352.

[77] «Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar á donde se hiciese el testamento».

[78] Ley 1.ª: «Si alguno ordenare su testamento o otra postrimera volutad con escriuano publico, deven ser presentes a lo ver otorgar tres testigos alomenos vezinos del lugar donde el testamento se hiziere: y si lo hiziere sin escribano publico, que sean ay alomenos cinco testigos vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere aver y sino pudieren ser avidos cinco testigos, ni escrivano en el dicho lugar alomenos

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

Novísima Recopilación Libro 10, título 18, ley 1.ª En cuanto al testamento cerrado tal como fue regulado en la ley 3.ª de las Leyes de Toro fue admitido por la Nueva Recopilación Libro V, título 4.º, Ley 2.ª [79] y después por la Novísima Recopilación, publicada en 1805, libro 10, título 18, Ley 2, de modo que se aplicaron las citadas cuatro formas hasta la entrada en vigor del Código civil: la legislación vigente en Castilla, recogida en la Novísima Recopilación, permitía las tres formas nuncupativas del Ordenamiento de Alcalá, la forma abierta introducida por la Pragmática sanción de 1566, además de la secreta regulada por las Leyes de Toro, ley 3.ª En estas formas testamentarias se exigió la intervención de los testigos que tenían una función probatoria e incluso de autorización del testamento en los casos en los que no intervenía el notario (en el testamento cerrado se exigía su participación). Los testigos y el testador debían firmar el testamento todo en unidad de acto. El testamento necesitaba para ser eficaz la elevación simultánea, cuando intervenía escribano público, o posterior a escritura pública [80].

VI. LA CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

Ya el proyecto privado de Código civil del jurisconsulto Pablo Gorosabel publicado en 1832, integrado por 1.419 artículos y tres partes, incluyó en la

---

sean presentes tres testigos vezinos del tal Iugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aun que no sean vecinos ni passe ante escrivano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aun que los testigos no sean vezinos del lugar a donde se hiziere el testamento. Y mandamos que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado valga en quanto a las mandas y otras cosas que en el se contienen, aun que el testador no aya hecho heredero alguno: y entonces herede aquel que segú derecho y costumbre de la tierra avia de heredar, en caso que el testador no hiziera testamento, y cumpla se el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en el se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa para que la de a otro alguno a quien substituye en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere acceptar, o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan aver todo».

[79] Ley 2.ª: «Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey don Alonso de susocótenida, que dispone quátos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos o descendientes legitimos, ora entre herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dize in scriptis, mandamos que intervengan alomenos siete testigos con un escrivano, los qualesayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren, y pudieren firmar: y sino supieré, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros: de manera que sean ocho firmas y mas el signo del escribano (…) los quales dichos teftamentos y codicillos sino tuvieren la dicha solénidad de testigos, mandamos que no faganfee ni prueva en juyzio ni fuera del».

[80] Martos Calabrús, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.,* p. 60. Sobre la relevancia de la intervención notarial en la práctica testamentaria *vid*. Tabernero, C., «El testamento como género discursivo en documentación peninsular (de la Edad Media al s. XVIII)», *Onomázein, Revista semestral de lingüística, filología y traducción* 34 (dic. 2016), pp. 71-85.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

tercera, «De los diferentes modos de adquirir», título VII, el testamento abierto ante escribano y testigos o solo ante siete testigos, además de otras formas de testamento tomando como referente la normativa castellana [81]; no obstante, fue el artículo 2.239 del Proyecto de Código civil de 1836 [82] el que exigió que en todo testamento debieran intervenir testigos que no fueran enteramente sordos, mudos ni ciegos. La inclusión del ciego como persona inhábil, junto con el totalmente sordo o mudo, se produjo entonces por primera vez desde la legislación romana y fue seguida por el Proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851 de García Goyena, en el artículo 590 [83]; el Proyecto, si bien suprimió la prohibición tradicional de ser testigos a las mujeres, los hermafroditas y los

[81] Antequera, J. M., *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886, p. 46; sobre los Proyectos de 1821 y 1836, citamos también a Sánchez Román, F., *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación, estado del Derecho civil de España antes y después de la promulgación del Código civil*, Madrid, 1890, pp. 21 a 24; Masferrer, A., «La codificación española y sus influencias extrajeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés», *La Codificación española. Una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras y a la francesa en particular*, Cizur Menor, 2014, pp. 77 ss.

[82] En 1836 la comisión para la redacción del Código civil integrada por José Ayuso, Eugenio de Tapia y Tomás Vizmanos presentaron un Proyecto de Código civil, cuyo libro IV, título II estableció el testamento abierto y cerrado, común y privilegiado y los requisitos formales estaban regulados en los artículos. 2.238 a 2.260. En el preámbulo se decía: «Al prescribir las solemnidades de los testamentos, la Comisión ha cuidado mucho de poner ciertas trabas con el fin de evitar la falsificación, al mismo tiempo que ha suprimido algunas de las anteriores prescritas, como inútiles y embarazosas», de modo que la falta de alguna solemnidad implicaría la nulidad del testamento: vid. Lasso Gaite, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, I, Madrid, 1970, pp. 146 ss. El artículo 2.239 del Proyecto de Código civil de 1836 decía: «En todo testamento deben intervenir testigos varones mayores de dieciocho años, que no sean enteramente sordos, mudos ni ciegos; que no hayan sido condenados criminalmente y que nada reciban del testamento, ni ellos ni sus ascendientes o descendientes en línea recta, ni su cónyuge». Extraído de: Lasso Gaite, J. F., *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, II, Madrid, 1970, p. 301.

[83] El artículo 589 del Proyecto dispuso que: «En los testamentos, de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio ó en instrumento público», añadiendo el artículo 590 que: «No pueden ser testigos del testamento: 1.º Los amanuenses del escribano que lo autorice. 2.º Los ciegos, y los que no entiendan el idioma del testador. 3.º Los totalmente sordos ó mudos. 4.º Los que no estén en su sano juicio; pero los locos ó dementes podrán serlo en sus lúcidos intervalos. 5.º Los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiera expresamente». Estos preceptos habrían de completarse con las formalidades del testamento común reguladas en los artículos. 564 a 570: para el testamento abierto se requerían su otorgamiento ante notario y tres testigos que «deben ver al testador y entender lo que dispone», pues el causante exponía oralmente su voluntad a presencia de todos los intervinientes; el escribano se encargaba de su redacción y posterior lectura ante los testigos y el testador (artículo. 565), quienes deberían firmar el documento, salvo que no supieran o no pudieran, en cuyo caso lo haría uno de los testigos por el testador; de ser circunstancia concurrente en los testigos, bastaba la firma de uno de ellos. También se exigió la intervención testifical en el testamento cerrado del artículo 569. El documento en que estuviera escrito el testamento o el que le sirviera de cubierta debía ser entregado por el testador al escribano en presencia de cinco testigos manifestando en alta voz que el contenido de aquel papel es su testamento. El escribano daría fe de la presentación y entrega, extendiéndola encima del testamento o de su cubierta y la firmarían el testador y todos los testigos, salvo que no pudieran o supieran firmar, debiendo en todo caso firmar por sí, al menos, tres testigos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

pródigos, excluyó a los ciegos, pues consideró García Goyena que debía necesariamente ser así, en la medida que el invidente no podría firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar, ni podría responder de la identidad del testador al no verle, ni aseverar que no testa un vivo tomando el nombre y la voz de un muerto. La exigencia de ver y entender al testador que estableció el artículo 565 del Proyecto impedía la participación a los ciegos y también a los totalmente sordos, porque no podían entender al causante [84].

El posterior Anteproyecto de 1882-1888 adoptó las formas testamentarias del Proyecto de 1851 [85] en el artículo 672: admitió una sola modalidad de testamento abierto y escrito ante notario y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los que, al menos uno ha se saber o poder escribir, regla general de la que se exceptuaron los casos expresamente determinados en los artículos 697 a 699 (inminente peligro de muerte y por razón de epidemia u otra calamidad pública). El testador podría manifestar su última voluntad oralmente ante notario y testigos, quien debía después redactarla por escrito, o bien presentarla por escrito al notario y ante los testigos, el notario la copiará y en ambos supuestos bien el notario, bien el testador de testamento abierto entregado por escrito, se daría lectura en alta voz ante los testigos del testamento (artículos 692 y 693), con la posterior firma de todos ellos. Además el artículo 680 del Anteproyecto impuso al notario y a los testigos el deber de dar fe de conocimiento e identificación del testador y de hacer constar que el testador está en su cabal juicio, imposición que se tomó de la Instrucción para la Redacción de Instrumentos Públicos de 9 de noviembre de 1874 [86]. El importante papel de los testigos impidió que fueran hábiles para testar los ciegos y los totalmente sordos o mudos, según el artículo 676, en consonancia con el artículo 590 del Proyecto de García Goyena.

---

[84] García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, II, Madrid, 1852, p. 43 s.. Entretanto se aprobó la Ley del Notariado de 26 de mayo de 1862 que, tras determinar en los artículos 27 y 28 las causas de nulidad de los instrumentos públicos, el artículo 29 excluyó de tales disposiciones a los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en las cuales habría de regir la ley o leyes especiales del caso. Mencionar, no obstante, que el Reglamento Notarial de 7 de julio de 1944 dispuso en el artículo 182.1.º que eran inhábiles para intervenir como testigos en las escrituras públicas los ciegos, los sordos y los mudos, incapacidad que se mantuvo hasta la reforma de 17 de septiembre de 2011, quedando el precepto como sigue: «Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere».

[85] Peña Bernaldo de Quirós, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pp. 195 ss.

[86] Martos Calabrús, M. A., *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*, *op. cit.,* p. 68.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

La promulgación del Código civil unificó la forma de testamento abierto admitiendo una sola ordinaria realizada ante notario y tres testigos y admitió el testamento cerrado en los artículos 706 a 715. Con carácter general se reguló la idoneidad de los testigos en los testamentos en el artículo 681, incluyendo en el apartado 4.º a los ciegos y los totalmente sordos o mudos como personas incapaces a tal fin [87]. Antes de la reforma del Código civil en materia de tutela por Ley 13/1983, de 24 de octubre, existía cierta identidad entre la redacción de este precepto y la del artículo 200 del Código civil, que recogía entre los *numerus clausus* de causas de incapacitación, a los sordomudos que no supieran leer y escribir. Al igual que ocurrió en Derecho romano, de la regulación del entonces vigente Código civil se aprecia cierta identidad entre la falta de *testamentifactio* o incapacidad para testar del sordomudo (artículos 199, 200 y 663 y siguientes del Código civil) y su inidoneidad para testificar, predicable del testamento (artículo 681 Código civil), de las escrituras públicas (artículo 182.1.º del Reglamento Notarial) [88] y del proceso (artículo 1.246.2.º Código civil, derogado por Disposición Derogatoria Única 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero) [89].

Las cuatro reformas legislativas posteriores del artículo 681 del Código civil [90] mantuvieron la inidoneidad de los ciegos y los totalmente sordos o mudos que pasó al ordinal 2.º La más significativa fue operada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de «Modificación del Código civil en materia de testamen-

[87] «Artículo 681. No podrán ser testigos en los testamentos: (…) 4.º Los ciegos y los totalmente sordos o mudos.» Se complementaba este precepto, para el testamento abierto, con el artículo. 694 C.c. al expresar que los testigos, como el Notario, debían ver y entender al testador, conocer el contenido del documento notarial y firmar el testamento si sabía hacerlo (artículo. 695 C.c.) *Vid.* Binder, J., *Derecho de Sucesion*es, trad. de la 2.ª ed. alemana por Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953, pp. 4, 5 y 54 a 58; Castán, J. M., *Derecho civil español, común y foral*, VI, 2, 8.ª ed., Madrid, 1979, pp. 58 y 83 a 90.

[88] Artículo 182.1: «Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos.» Se modificó por el artículo 7 del Real Decreto 1.276/2011, de 16 de septiembre, quedando como sigue: «*1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere.*»

[89] Artículo 1.246: «Son inhábiles por incapacidad natural: (…) 2.º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído».

[90] Ley de 1 de abril de 1939 (que afectó al requisito de vecindad de los testigos, permitiendo que lo fueran quienes no tiendo la vecindad del testador, no obstante aseguraban conocer al testador y el notario conociera al testador y a los testigos); Ley 24 de abril de 1958 (que reconoció la idoneidad de la mujer para ser testigo y especificó los familiares del notario y personal a su cargo que no podían testificar en los testamentos); Ley 6/1984, de 31 de marzo (que eliminó la inidoneidad de los que estuvieran sufriendo «pena de interdicción civil») y por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que se denominó de la «Supresión de los testigos en los testamentos» y fue cambiado al transformarse en ley por el de «Modificación del Código civil en materia de testamentos»(se eliminó la incapacidad de los condenados por falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, a los que no estuvieran domiciliados en el lugar del otorgamiento y se redactó de nuevo las personas vinculadas por lazos familiares o laborales con el notario).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

tos» que suprimió a los testigos como requisito general en los testamentos notariales [91]. La reforma permitió igualar las formalidades de los actos *inter vivos* y *mortis causa*, tras cincuenta y dos años desde la supresión de los testigos en aquéllos, operada por Ley de 1 de abril de 1939, dejando la intervención de dos testigos para los supuestos específicos previstos en los artículos 685, en relación con los artículos 696 y 698, los llamados testigos de conocimiento, para identificar al testador cuando el notario autorizante no podía hacerlo por medio de los documentos o por no conocerlo personalmente, y en el supuesto de los testigos instrumentales, cuando el testador no supiera o no pudiera firmar el testamento o lo interesasen el testador o el notario, en testamento abierto o cerrado (artículos 697 y 707.5.ª y 7.ª); en el caso del testamento abierto, cuando el testador pudiera firmarlo, pero fuera ciego o declarara que no sabía o no podía leer por sí el testamento (artículo 697 Código civil), a quienes expresamente les está vedado el testamento cerrado (artículo 708 Código civil) [92]. En todos estos supuestos la intervención de los testigos mantuvo la condición de requisito *ad solemnitatem* de la validez del testamento e instrumento de publicidad del acto que se realiza ante ellos [93].

El artículo 681 dispuso la incapacidad de los ciegos, los totalmente sordos y mudos, inhabilidad que contaba con el visto bueno de la doctrina mayorita-

[91] El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno en el Congreso de los Diputados se titulaba «Proyecto de Ley sobre la supresión de los testigos en los testamentos», título que no se conservó en el texto definitivo, al aceptarse una enmienda presentada por el portavoz del grupo parlamentario del CDS, Sr. Álvarez-Amandi: BOCG de 12 de septiembre de 1991: Martos Calabrús, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, Granada, 2000, p. 88. Tiempo atrás trató de evitarse la intervención de testigos en el testamento notarial mediante el Proyecto de Reforma aprobado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, (BO de las Cortes de 20 de abril de 1982 (n.º 264. I) en el que se propusieron, entre otras, la modificación relativa a la intervención de testigos: 1.- la del artículo. 685.1 C.c. suprimiendo el inciso «y dos de los testigos que autoricen el testamento» pues la autorización notarial habría de ser bastante para garantizar la autenticidad de los hechos y afirmaciones que contiene el instrumento público bajo la fe notarial, e inútil porque la presencia de testigos que conocieran al testador no evitaría obrar de mala fe en el otorgamiento de una disposición testamentaria. 2.- Eliminar del artículo. 685 que los testigos debieran también asegurarse con el notario de que el testador tenía la capacidad legal necesaria para testar. Este Proyecto de Reforma influyó notablemente en el Ley 30/1991, de 20 de diciembre, «De modificación del Código Civil en materia de testamentos» que suprimió la intervención de los testigos como requisito general a fin de acoger «el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad». Sobre la necesidad de testigos en los testamentos notariales, con exposición de argumentos a favor y en contra, nos remitimos a: Arenal Otero, V., «La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar», en *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, V, dir. Francisco Lledó Yagüe Madrid, 2004, pp. 86 a 90; Martos Calabrús, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, *op. cit.,* pp. 23 a 27; Rivas Martínez, *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.,* p. 187.

[92] Añadiríamos los supuestos especiales de testamento sin necesidad de notario, en caso de peligro inminente de muerte (art. 700) que exige cinco testigos y de epidemia (art. 701) en el que bastan tres.

[93] A favor de su condición de medio de prueba: Martos Calabrús, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial, op. cit.,* pp. 95 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

ria [94], pues no les ofrecía duda alguna al tratarse de defectos naturales que inhabilitaban para intervenir en un acto en el que habrían de ver y entender al testador (artículos 679 y 680): para el buen desempeño de su misión, el testigo necesitaba estar dotado de los medios o facultades precisas para la percepción de los hechos sobre los que debía atestiguar, y mal podría el ciego afirmar que había visto al testador y el sordo decir que había oído, por carecer de las cualidades necesarias para que el hecho afirmado pudiera llegar a su conocimiento.

La prohibición del ciego afectó a quien careciera de visión y al que tuviera la capacidad visual muy disminuida, de modo que no pudiera distinguir el rostro del testador, ni saber si se ha producido o no sustitución de los pliegos que debe firmar, ni leer el testamento, ni ver la firma que él mismo estampa. No obstante, ya hubo autores [95] que cuestionaron la inhabilidad del mudo que supiera leer, pues podría ver y escuchar al testador, leer el documento y hacerse entender por signos; o del sordo que pudiera leer en los labios y entender completamente al testador, porque la finalidad del precepto se cumpliría. Lo mismo cabría explicar respecto del sordomudo que supiera leer y escribir, si además leyese en los labios, en la medida que su función testifical estaría garantizada, al igual que el sordo, pues por la lectura de los labios podría entender al testador y, si supiera leer y escribir, examinaría por sí mismo el documento, pudiendo comunicarse por medio de la escritura; todo ello sin perjuicio de la intervención en el otorgamiento de facultativos o técnicos que permitieran la comunicación. De hecho las resoluciones de la DGRN de 16 de octubre de 1974 y de 31 de julio de 1987, eliminaron las trabas formales al otorgamiento de escrituras públicas por personas carentes de oído o sordomudos, permitiendo su manifestación de voluntad por medio de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos.

---

[94] Ossorio Morales, J., *Manual de Sucesión Testada*, *op. cit.,* p. 66; Rivas martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, I, 4.ª ed., Madrid, 2009, pp. 165 ss.; Gutiérrez-Solar Bragado, E., *Testamentos especiales*, Madrid, 1996, pp. 10 a 16; Bloch Rodríguez, J. M., «Los testigos en los testamentos notariales», *Revista de Derecho Notarial*, 1957, p. 353; De Prada González, J. M., «Las formalidades testamentarias y la nueva ley uniforme, en *Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, p. 485; Fernández Hierro, J. M., *Los testamentos*, Granada, 2000, pp. 165 ss., 316-318, 336 y 353-357; Verdera Izquierdo, B., *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 63-71.

[95] Martos Calabrús, M. A., *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, *op. cit.,* pp. 104 a 107. Torres García, T., «Comentario a los artículos 676 a 687»*, Comentarios del Código civil*, I, p. 1.717; Fernández Hierro, *Los testamentos*, J. M., *op. cit.,* pp. 160 a 166. *Vid*. Diez Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1990, pp. 350 ss.; Roca-Sastre, L., *Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1995, I, p. 121 ss.; González Porras, J. M., «Artículo 681», *Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código civil* en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales,* dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1990, pp. 311-313; Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, V, Madrid, 1972, p. 630.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

Lo cierto es que la limitación sensorial fue adoptada también por algunas legislaciones forales. Tras exponer el artículo 421.10 del Código civil catalán (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones) que en el otorgamiento del testamento notarial no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en el testador [96] o que éste o el notario lo soliciten, regula el artículo 412.11.2.b) [97] que no pueden ser testigos los «sordos, los ciegos, y los mudos que no puedan escribir»; se permite, por tanto, a los mudos que sepan y puedan escribir ser testigos en los testamentos autorizados en Cataluña.

En el mismo sentido, el Código del Derecho Foral de Aragón [98]. Previa exclusión con carácter general de la intervención de testigos en el testamento notarial otorgado en Aragón [99], dispone el artículo 415 que no podrán ser testigos en los testamentos: «Los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir».

Por el contrario, la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, obliga en la ley 185 a que los testigos de los testamentos otorgados en Navarra sean idóneos y rogados, pero no especifica entre las causas de incapacidad la deficiencia sensorial, bastando que sepan y puedan leer y escribir [100]. A diferencia del derecho civil común se

[96] Artículo 421.10.2: «Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento».

[97] Modificado por la Disposición Final 2.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio.

[98] Aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas.

[99] Artículo 413: «1. En el testamento notarial otorgado en Aragón no será precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en un testador o que expresamente lo requieran uno de los testadores o el Notario autorizante. 2. Se considera que concurren circunstancias especiales en un testador cuando éste declara que no sabe o no puede firmar el testamento y cuando, aunque pueda firmar, sea ciego o declare que no sabe o no puede leerlo por sí. Si el testador que no sabe o no puede leer es enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.» Artículo 414: «1. En todos los casos en que sea necesaria la intervención de testigos, serán dos, deberán entender al testador o testadores y al Notario o persona ante quien se otorgue el testamento y deberán saber firmar. 2. No será necesario que sean rogados ni que conozcan al testador ni que tengan su misma residencia».

[100] Ley 186: «En los testamentos no otorgados ante Notario, los testigos deben conocer al testador y apreciar su capacidad; y cuando fueren otorgados sólo ante testigos, éstos deben tener además la vecindad del testador. En los testamentos otorgados ante Notario no se requiere que los testigos aprecien la capacidad del testador ni que, en su calidad de testigos instrumentales, conozcan a éste, siempre que sean vecinos del lugar del otorgamiento. Podrán ser testigos los empleados o dependientes del Notario. En los testamentos otorgados ante Notario, Párroco o Clérigo ordenado de Presbítero, uno de los testigos al menos ha de poder leer y escribir. En los testamentos otorgados sólo ante testigos, dos de éstos al menos han de poder leer y escribir».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

exige su participación en número de dos en el testamento notarial abierto y siete en el cerrado [101].

El otorgamiento de testamento abierto notarial en Galicia excluye la presencia de testigos (el artículo 183 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia [102]) y solo en los casos que sea necesaria, los testigos serán al menos dos y tendrán plena capacidad de obrar, entender al testador y saber firmar (artículo 185), sin mencionar a ciegos, mudos o sordos.

La vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que derogó la anterior Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, no reguló expresamente la idoneidad de los testigos, remitiéndose el artículo 22 a las formas testamentarias de la legislación común, sin perjuicio de la propia de esta Comunidad Autónoma que es el testamento llamado «hilburuko» o en peligro de muerte, aceptando también el testamento mancomunado en los artículos 24 y siguientes.

Con idéntico criterio, el artículo 52 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, tras regular que en los testamentos otorgados ante Notario no será necesaria la presencia de testigos salvo casos excepcionales [103], se remite a las formalidades previstas en el Código civil.

VII. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 681.2.º DEL CÓDIGO CIVIL

VII.1 **Objetivos**

La remisión a la regulación común ha permitido la entrada en vigor en estos territorios forales, de la reforma operada por Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, que dejó sin contenido el apartado 2.º del artículo 681 del Código

[101] Ley 188: «Los testamentos abiertos otorgados ante Notario requieren la intervención de dos testigos. Los testamentos cerrados autorizados por Notario requieren la intervención de siete testigos. En lo demás se aplicarán las disposiciones del Código civil.» Regula el testamento ante párroco y solo ante testigos (leyes 189 a 191). También se remite la ley 193 a las disposiciones de los artículos seiscientos ochenta y ocho a seiscientos noventa y tres, seiscientos noventa y siete y seiscientos noventa y ocho, setecientos uno y setecientos dos, y setecientos dieciséis a setecientos treinta y seis del Código civil, en cuanto a los respectivos testamentos.

[102] El artículo 184 reguló: «Como excepción, habrán de concurrir testigos al otorgamiento del testamento abierto ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir».

[103] Artículo 52: «a) Cuando el Notario no conozca al testador. b) En caso de que el testador sea ciego o enteramente sordo. c) Cuando el testador no sepa o no pueda firmar. d) En los supuestos en que el Notario lo considere necesario o lo manifieste el testador. En todos estos supuestos los testigos, en número de dos, no tendrán la obligación de conocer al testador, excepto en el caso a), y podrán serlo los empleados del Notario».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

civil, y eliminó el impedimento por primera vez en nuestro Derecho para personas ciegas, sordas o mudas de actuar como testigos en los testamentos.

Esta reforma cumplió el propósito del legislador español de eliminar toda discriminación por motivos de discapacidad, conforme a la citada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por España en 2008, y que se ha completado con recientes modificaciones de nuestra normativa. Citamos el artículo 56 del Código civil, modificado por la disposición final 1.9 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en la redacción dada por el artículo único 2 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, sobre la capacidad para contraer matrimonio de los discapacitados sensoriales, elimina el dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento; a partir de su entrada en vigor el 30 de junio de 2020, el letrado de la administración de justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Añadimos también la reciente reforma de la Ley Orgánica, 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en cumplimiento de las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Se instó al Estado español la modificación del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, que autorizaba a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación se ha producido por el artículo Único.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modo que la actual redacción del artículo 3.2 permite a toda persona ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera, en vigor desde el 7 de diciembre de 2018.

VII.2 **Régimen vigente**

El fin de la intervención de los testigos, según el papel que desempeñan en el otorgamiento de los testamentos, puede ser de conocimiento (conocen directamente al testador y a su vez son conocidos por el notario, cuando el

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

notario autorizante no utilice, a estos efectos, los documentos expedidos por las autoridades públicas cuyo objeto sea identificar a las personas, opción que ofrece el artículo 685.1 Código civil, función a que se refiere también el artículo 184 del Reglamento Notarial); o bien actuar con carácter instrumental, presenciando el acto del otorgamiento de los testamentos abierto y cerrado en los casos previstos en la ley (artículos 697.1.º y 2.º, 707.5.º, 716, 721, 722, 723 y 734 del Código civil, éste por remisión a las formalidades previstas en las secciones 5.ª y 6.ª del capítulo 1, título III, libro III del Código civil) o cuando el notario o el testador lo soliciten (artículos 697.3.º, 707.7.º y 734 Código civil), sin olvidar que los testigos de conocimiento pueden actuar también como testigos instrumentales (artículo 698.1.º Código civil) [104] y que los testigos instrumentales pueden serlo a su vez de conocimiento (STS. 25 de abril de 1991: artículo 29 de la Ley del Notariado y artículos 143, 184 y 185 del Reglamento Notarial).

Respecto a los primeros, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de mayo de 2014 expuso los tres sistemas de identificación del causante previstos en el Código civil con el fin de evitar usurpaciones del estado civil: 1.º Que el otorgante sea directamente conocido del notario y de dos de los testigos instrumentales (artículo 685 Código civil, artículo 23 de la Ley del Notariado y artículo 187 del Reglamento Notarial); no es necesario que el testador tenga que conocer a los testigos si éstos le conocen e identifican (STS 15 de abril de 1980); en los casos del testamento en peligro de muerte o de epidemia, que no exige la presencia de notario, el artículo 685.2.º impone a los testigos el deber de conocer al testador y de asegurarse de su capacidad (STS 21 de junio de 1986). 2.º De no cumplirse así, se realice la identificación por otros dos testigos, llamados de conocimiento que a la vez sean conocidos del testador, de los instrumentales y del Notario. 3.º Que cuando tampoco se pueda cumplir con esa formalidad se acuda a la prueba documental, con reseña de indicios, circunstancias o notas características y personales del testador.

En cuanto a los testigos instrumentales, tras la reforma de 1991 no es obligatoria su presencia en los testamentos comunes ante notario, salvo que se dé alguna de las causas de los artículos 697 y 707. 5.º y 7.º del Código civil. En estos casos, la asistencia de los testigos se impone sólo para el acto del otorgamiento, de la emisión de la voluntad *mortis causa* del disponente, presenciada de forma consciente y voluntaria: en el testamento abierto los testigos estarán presentes en su lectura, en la manifestación de consentimiento por parte del testador, en la firma y en la autorización. En el testamento cerrado presencia-

[104] Martínez Martínez, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2013, pp. 126 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

rán la comparecencia del testador ante el fedatario con el testamento cerrado y sellado o cerrándolo o sellándolo, en la manifestación del primero al segundo de que el sobre o cubierta contiene su última voluntad escrita y firmada de una u otra manera, en la redacción en la cubierta del acta de otorgamiento y en la lectura y la firma del acta.

El Tribunal Supremo español defendió el carácter eminentemente formal y solemne de los actos de disposición *mortis causa* y, en particular, de los testamentarios [105], exigiendo el cumplimiento escrupuloso o riguroso en ellos de todas las solemnidades y requisitos extrínsecos impuestos con carácter imperativo e ineludible por la Ley [106] y declarando la nulidad de los otorgados sin su observancia [107], no la anulabilidad ni la nulidad parcial [108] y sin posibilidad de ulterior convalidación [109], pues el vicio no atenta contra el interés individual, sino contra el interés general [110], habiendo llegado incluso la jurisprudencia a sostener que este aspecto formal, imperativamente impuesto, predomina sobre la búsqueda interpretativa de la voluntad del otorgante (STS. 16 junio 1997), al punto de provocar su incumplimiento la nulidad del testamento aun en el caso de no poder dudarse racionalmente que el mismo refleje la voluntad del testador [111].

La idoneidad del testigo se debe apreciar en el momento en que se otorga el testamento (artículo 683 Código civil), simultáneamente a su otorgamiento. En ese caso, ¿Quién es el responsable de velar por el cumplimiento de las solemnidades establecidas? El notario autorizante, según el artículo 705 Código civil para el abierto y el artículo 715 para el cerrado [112]; la resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2003 mantiene muy consolidada doctrina en el sentido de que será el notario quien deberá consignar en el testamentos, bajo

---

[105] SSTS. 10 julio 1944, 16 febrero 1956, 19 junio 1958, 3 octubre 1962, 28 octubre 1965, 27 septiembre 1968, 10 noviembre 1973, 16 junio 1997, 29 abril 1999 y 21 marzo 2006.

[106] SSTS. 16 febrero 1956, 19 junio 1958, 27 septiembre 1968, 8 marzo 1975, 21 junio 1986 y 16 junio 1997.

[107] SSTS. 28 octubre 1965, 8 marzo 1975, 29 abril 1999 y 11 diciembre 2009, entre otras.

[108] SSTS. 24 de octubre de 1963; 27 de septiembre de 1968; 21 de junio de 1986.

[109] SSTS. 27 septiembre 1968, 8 diciembre 1975 y 9 mayo 1990.

[110] Rivas martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.,* pp. 177 ss.

[111] SSTS. 19 junio 1958, 28 octubre 1965 y 29 abril 1999. También existe la corriente jurisprudencial que, conforme al principio *favor testamenti*, ha flexibilizado el rigor formal cuando el fin del requisito de forma quedaba, aun de distinta manera, garantizado en el testamento en el caso de otorgamientos que no ofrecían motivos fundados para dudar de la capacidad y libertad del otorgante y de su voluntad según fue documentada. Citamos la STS. de 20 de marzo de 2013, que menciona la del mismo Tribunal de 30 de abril de 1909: «dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades para apreciar, con relación a su trascendencia, el límite dentro del cual pueden conceptuarse cumplidas dichas finalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión».

[112] SSTS. 16 de mayo de 1974; de 9 de mayo y 25 de junio de 1990.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

sanción de nulidad, que los testigos instrumentales, a su juicio y con arreglo a las manifestaciones que hubieran hecho ante él, previamente requeridos, no se hallan comprendidos en ninguna de las prohibiciones establecidas en el Código civil.

Nos preguntamos cuál es el alcance de la responsabilidad del notario respecto a la intervención de los testigos. La jurisprudencia solo le responsabiliza en los casos en que el defecto de forma (como la inhabilidad del testigo) se deba a su malicia o ignorancia inexcusable [113]. De hecho, se ha inadmitido la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos en que, instada la nulidad de un testamento abierto por defecto en las solemnidades establecidas, no se demanda al notario autorizante (SSTS. 15 de noviembre de 1951, 22 de octubre de 1974, 10 de noviembre de 1979, 9 de mayo de 1990), sin perjuicio de que pueda participar en el procedimiento no como parte sino como coadyuvante (STS. 25 de junio de 1990), a fin de apoyar las pretensiones de una de las partes en función de las ventajas que le va a traer si éstas prosperan, y así no se vería incurso en un posible proceso posterior para exigir su responsabilidad [114].

También nos preguntamos qué procede si un testigo instrumental que debe intervenir en el otorgamiento queda ciego, sordo o mudo antes de la firma del testamento. Previamente a la reforma, la práctica aconsejaba la redacción de un nuevo testamento y solicitar la presencia de dos testigos idóneos. En la actualidad no sería necesario, sin perjuicio de adaptar las formalidades del otorgamiento a la nueva condición del testigo. En el supuesto contrario, si queda sanado un testamento hecho ante testigo ciego, sordo o mudo que recu-

---

[113] La STS. de 31 de enero de 1964 dice que: «*la manifestación hecha por el testador de no poder firmar por temblarle la mano derecha, recogida por el Notario, que motivó firmara un testigo a ruego de aquél, podía quizá determinar un vicio de nulidad del testamento»,* si la causa fuera «*incierta*», pero rechaza tal apreciación en el caso de autos, porque «*la sentencia recurrida declara que no se ha acreditado que el testador pudiera firmar*», destruyendo la afirmación fáctica opuesta, y porque tampoco la Ley impone «*que el Notario deba comprobar la certeza*» de aquella manifestación; extremo sobre el que vuelve la STS. de 4 de mayo de 1977 al referir que la ley «*no impone al Notario obligación alguna de averiguar la certeza de esa imposibilidad, ni si responde a algún motivo permanente o pasajero, bastando que el fedatario tenga la impresión de que por las circunstancias personales del causante así sucede*», como ocurría en ese caso «*en el que la manifestación sin reservas del testador de no poder hacerlo, quedó corroborada por la existencia de una arteriosclerosis senil*» que le impedía físicamente firmar. La STS. de 20 de marzo de 2013, haciendo suya la declaración contenida en otra antigua de 24 de abril de 1896, señala que el cumplimiento formal del «*juicio de capacidad realizado por el notario*» no tiene porqué materializarse «*de un modo expreso y ritualista*», bastando que se exprese con claridad «*de cualquier otro modo o con locución distinta*» o que se infiera «*claramente de las declaraciones fedatarias que el notario realiza*». La STS. de 20 de marzo de 2012 declara «*subsanado*» por diligencia notarial el «*error material*» del texto testamentario en que consta que «*lo firma*» el testador cuando «*no lo firma por no poder, según asegura, haciéndolo por él los testigos...*», al haberse acreditado por dictamen médico que «*no podía firmar por una limitación de movilidad en la extremidad superior derecha... que le impedía poner su nombre*».

[114] Martínez Martínez, R. I., *Tratado de Derecho de Sucesiones*, *op. cit.,* p. 132.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

pera su capacidad sensorial, consideramos que no es posible, dado el carácter solemne de las formas prescritas determinantes de su validez (artículo 687 Código civil). Ya había respondido Bártolo de Saxoferrato en el comentario a D. 28,1,18 &1: «*Testamentum, quod ab initio non valet ex defectut estantis, impedimento cessante non confirmatur*» [115].

VII.3 **Supuestos en que puede intervenir un testigo ciego, sordo o mudo en los testamentos comunes notariales abierto y cerrado**

Los testigos testamentarios son las personas que han de presenciar el acto de otorgamiento por disposición legal o porque el testador o el notario así lo soliciten. La ley los prevé:

1.º Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento (artículos 697.1.º y 707.5.º del Código civil), se entiende por causa distinta a poder ver o leer el documento, pues están previstas en siguientes ordinales [116]. Clara la función testifical, el testigo ciego, en principio, no puede identificar el documento del testador, ya sea testamento abierto por escrito o cerrado. Si es abierto y manifestado de viva voz por el causante, aunque debe redactarlo el notario y leerlo en alta voz o dárselo al testador o al testigo ciego, éste ni puede leerlo, ni aseverar sin duda que tal documento contiene realmente la voluntad del testador, ni saber, aunque la información fuera exacta y su firma se hubiera estampado al pie del documento, que realmente todo es verdad.

2.º El mismo problema encontramos con la necesidad de testigos si, pudiendo firmar el testamento, el testador es ciego o, conforme ha interpretado la jurisprudencia, cuando sin tener ceguera total, el testador sufre una lesión o defecto de gravedad bastante para impedirle la lectura [117]. En este supuesto además se da la paradoja de que puede intervenir un testigo ciego para salva-

[115] Bartolo de Saxoferrato: *Infortiatum, sev pandectarum iuris civilis, tomus secundus, ex pandectis florentinis, quoadeius fieri potuit, repraesentatus. Commentariis Accursii, Scholiis Contii, & Dionysii Gothofredi lucubrationibus Ad Accursium illustratus, Lugduni, 1627, pág. 386: ad Digestorum Lib. XXVIII. Tit. I, XVIII* &1.

[116] La doctrina jurisprudencial se ha referido repetidamente al carácter supletorio -o subordinado a la imposibilidad de firmar el testador- de la firma del testigo rogado (SSTS. 16 de febrero de 1956, 31 de enero de 1964, 27 de septiembre de 1968, 10 de septiembre de 1973, 16 de junio de 1997, entre otras), habiendo declarado que, aún manifestada por el propio testador en el acto aquella imposibilidad (por no saber o no poder hacerlo), si luego se demuestra dicha alegación falsa, mendaz o inexacta, el testamento deviene nulo (SSTS. 4 de enero de 1952, 31 de enero de 1964, 10 de noviembre de 1973 y 29 de abril de 1999) porque, como advierte la STS. de 31 de enero de 1964: «no puede quedar al arbitrio caprichoso de aquél el cumplimiento de un requisito formal exigido por el párrafo primero del artículo 695 del Código civil».

[117] STS. 12 de abril de 1973, por remisión de la SAP. Madrid, 22 de junio de 2005.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

guardar la voluntad de un testador que no lo es, aunque no pueda firmar. Por otra parte, si el testador es totalmente sordo y no sabe leer, el legislador obliga al testigo ciego a leer por sí mismo el testamento a fin de declarar que coincide con la voluntad manifestada del *de cuius*.

En todos estos casos, es evidente que la reforma legal obliga a procurar el acto de otorgamiento de los medios técnicos adecuados para garantizar la formalidad, por ejemplo, la redacción del testamento en alfabeto Braille o la utilización de dispositivos homologados de lectura para ciegos, pudiendo el notario estar asistido de especialista a modo de intérprete, como establece el legislador para los testamentos hechos en idioma distinto al del notario (artículo 684 Código civil), que permitan al testigo ciego corroborar, sin ningún género de duda, que el contenido del documento se corresponde con la voluntad del testador, debiendo el testamento estar redactado, en su caso, además en alfabeto Braille.

Por otra parte, si bien no es legalmente posible una manifestación del testador por medio de signos, gestos o afirmaciones y negaciones a preguntas de notario, para evitar que suplante al testador con hábiles preguntas [118], sin embargo, sí se ha admitido que, una vez el testamento está redactado por el notario, se proceda a su lectura en alta voz por el fedatario público o por el testador mismo, y éste consienta con movimientos inequívocos de cabeza, que revelen de manera indubitada que el testador expresa así su total ratificación del testamento [119]. En este caso, ¿sería válido el testamento en que el testador muestra su aquiescencia a la lectura del notario con un gesto ante el testigo ciego? Entendemos que no sería posible, pues el testigo no puede observar y después firmar sin ningún género de duda que el testador ha asentido.

3.º Si el testador en testamento abierto o cerrado no sabe o no puede firmar, o sabiendo hacerlo, sin embargo, es ciego o no sabe o no puede leer (sólo en el caso de testamento abierto: artículo 708 del Código civil), siendo el testigo sordo, el problema viene dado por la manifestación de viva voz

[118] Rivas Martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.,* pp. 203 ss.

[119] SSTS. 18 de abril de 1915; 30 de noviembre de 1991 y de 21 de marzo de 2006. Ésta rehúsa considerar la conformidad del testador con el testamento leído «una fórmula expresa y solemne» cuya inobservancia anule su otorgamiento, reputando bastante una «manifestación de voluntad del testador... de la que se deduzca inequívocamente aquella conformidad», como que «la testadora manifestó quedar enterada del testamento y lo firmaba». La STS. de 30 de noviembre de 1991, señala que para apreciar la conformidad del testador con el contenido del testamento leído es «suficiente que asienta al contenido...mediante movimientos de cabeza tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra»; la misma doctrina contiene la STS. de 24 de noviembre de 2004. En definitiva, se ha aceptado por la jurisprudencia que el testador manifieste su conformidad de palabra o por cualquier medio de exteriorización que, de modo inequívoco, la revele y con el refrendo de su firma en el acto, caso de saber y poder hacerlo, materialización de su aquiescencia.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

del testador, verbalizando su última voluntad o indicando que ésta se contiene en documento abierto o cerrado y, de ser abierto, por la lectura del testamento documentado por el notario al testador y a los testigos en alta voz (artículos 695 Código civil y 25 de la Ley del Notariado) [120]; es obvio que el testigo sordo debe quedar enterado de su contenido o de que el documento es el testamento cerrado del causante y, por su sordera, difícilmente se cumpliría el fin de la norma. En este caso, el legislador habría de, bien exigir que los testigos sordos no tuvieran el derecho a la elección de leer por sí el testamento, sino el deber de leerlo por sí mismos antes de la firma, como exige al testigo si el testador es sordo y no sabe o no puede leer (artículo 697 Código civil) [121], bien hacer participar en el otorgamiento a un intérprete del lenguaje de signos que permita la comunicación, salvo que el testador la conozca y pueda utilizarla. El intérprete es necesario, en todo caso, cuando el testador es sordomudo, pues no solo los testigos deben conocer el contenido sino de manera fundamental el notario. De otra parte, el testigo sordo tampoco escucharía al testador que ratifica verbalmente la lectura del notario, si no fuese acompañada de otros gestos indubitados o la intervención de intérprete.

El uso de la lengua de signos está garantizado y protegido en España, además de la normativa internacional, por la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicaron oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, que, si bien no reconoce la cooficialidad de la lengua de signos, su artículo 2 establece el derecho de libre opción de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, al aprendizaje, conocimiento y uso de las lenguas de signos españolas, y a los distintos medios de apoyo a la comunicación oral». Esta opción implica que el Estado no sólo no debe interferir en su uso, sino que ha de garantizarlo y protegerlo [122].

Menos problemas plantea la intervención del testigo mudo, pues ve y escucha al testador y la lectura del notario, pudiendo dar fe de la voluntad del causante con gesto de aquiescencia y su firma.

---

[120] Rivas Martínez, J. J., *Derecho de Sucesiones*, *op. cit.,* p. 211. La STS. de 4 de mayo de 1977 indica que «no es preciso que se exprese en el testamento que la lectura se ha hecho en alta voz, siempre que conste que el Notario leyó el testamento, pues ha de inferirse que lo haría para que se enterasen los que con su firma habían de autorizarlo».

[121] Respecto al testador sordo, es requisito que sea totalmente sordo, no es necesario si puede oír hablándole en voz alta: SSTS. 13 de marzo de 1920 y 27 de marzo de 1930.

[122] Ramiro, M. A., «Lengua de signos y audismo», *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, dir. por P. Cuenca, Madrid, 2012, pp. 61-78.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126

4.º Finalmente, el testigo ciego, sordo o mudo participa cuando el testador o el notario lo soliciten. A petición del testador, el notario debe asumirlos (artículo 2 Ley Notariado y artículo 3 del Reglamento notarial); si lo solicita el notario, el testador es libre de persistir o desistir de su decisión de testar, pero si persevera, deberá aceptar la concurrencia de testigos [123].

Claro el requisito *ad substantiam* de su intervención, necesario para la validez del testamento [124], nos planteamos si los testigos tienen una función *ad probationem* en caso de impugnación del testamento. Cierto que la intervención de los testigos es posible en juicio, no obstante, si el testamento consta en documento público prima éste sobre aquéllos, según la legislación procesal civil (artículos 319 y 320 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin obviar que la existencia del testamento consta inscrita en el Registro de Actos de Última Voluntad.

VIII. CONCLUSIONES

El legislador español tras la reforma de 1991 abandonó la necesidad, con carácter general, de la concurrencia de testigos en los testamentos comunes notariales, que sólo intervendrán cuando concurran los supuestos previstos legalmente, a fin de evitar fraudes y proteger la voluntad del testador. Este objetivo se alcanzaba con testigos idóneos de los que fueron excluidos, ya desde el Derecho Romano, el ciego, el sordo y el mudo por su discapacidad sensorial. La inhabilidad se ha mantenido en nuestra normativa a lo largo de los siglos, pero el prejuicio del legislador español era incompatible con las nuevas orientaciones sobre el tratamiento de la discapacidad, cristalizadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ha sido la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria la norma que finalmente ha reconocido la idoneidad de las personas ciegas, sordas o mudas para participar como testigos en los testamentos. La modificación reconoce, por encima de la capacidad jurídica consustancial a todo ser humano, su plena capacidad de obrar, que deberá ir acompañada de las medidas e instrumentos adecuados que permitan alcanzar de forma eficaz el objetivo legal en igualdad de condiciones que los demás, siendo éste, sin duda, una mano tendida a la labor social del notariado.

---

[123] Martínez Martínez, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, *op. cit.,* pp. 131 ss.

[124] Ossorio Morales, J., *Manual de Sucesión Testada*, Madrid, 1957, p. 62; Gordón, G., *Testamentos y partición de herencias*, 2.ª ed., Madrid, 1950, pp. 277 y 363-635; Martos Calabrús, Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial, *op. cit.,* pp. 97 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0126