ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL TESTAMENTO OLOGRAFO. DE ROMA AL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

CARMEN LOPEZ-RENDO RODRIGUEZ
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Oviedo

1. DERECHO ROMANO

El testamento ⁽¹⁾ *per holographam scripturam* o *per holographam manum* ⁽²⁾ aparece en las fuentes jurídicas romanas en una Constitución ⁽³⁾ dada en

crediderit relinquendum, pietatis intuitu id praecipit non valere: sed si quid tali modo privatis fuerit derelictum, et de talibus chartulis orta fuerit fortasse contentio, in iudicis discussione consistat, utrum possit scriptura prolata iure subsistere. Ceterum principi vel eius proximis, quicquid testamento aut nuncupatione dimittitur, hoc sibi legibus valere permittitur”.

⁽²⁾ GARCÍA GALLO, *Del testamento romano al medieval*, pág. 451 y ss.

⁽³⁾ STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde*, pág. 19.

⁽¹⁾ Sobre el testamento, definiciones romanas de testamento *vid.* Tit. Ulp. 20,1; D. 28,1,1, Mod. 2 pand; I. 2,10 pr. Entre la abundante bibliografía sobre testamento y formas testamentarias, *vid.* L. A. WARNKOENIG, *Commentarii Juris Romani privati ad exemplum optimorum a celeberrimis germaniae iurisconsultis compositorum adornati*, T. 3, 1829; C. F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, V. 3, 1831.261 ss.; M. ORTOLÁN, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, 4.^a ed., traducida por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, T. I, Libros I y II de la Instituta, Madrid, 1877, 502 ss.; A. RIVIER, *Traité Élémentaire des successions a cause de mort en droit romain*, Bruxelles, 1878, 49 ss.; L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, versione italiana di Filippo Serafini, V. III, Bologna, 1879, 158 ss.; J. HEINECIO, *Recitaciones del derecho civil romano*, Tra-

ducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis de Collantes y Bustamante, 8.^a ed., T. I, Valencia, 1888, 296 ss.; L. PALUMBO, *Testamento romano e testamento longobardo*, Lanciano, 1892, F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, L. 28, traducido y anotado bajo la dirección de F. Serafini, Milano, 1900, 5 ss.; P. VAN WETTER, *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la législation de justinien*, T. 50, Paris, 1911; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. C. Fadda e Paolo Emilio Bensa, V. III, Torino, 1925; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Padova, 1934; P. JÖRS — W. KUNKEL, *Derecho privado romano*, traducción de la 2.^a edición alemana por Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1937, 448 ss.; B. BIONDI, *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; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., por G. Grosso, Milano, 1953, 597 ss.; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano: Il testamento*, Milano, 1956-1957; F. SCHULZ, *Derecho romano clásico*, trad. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, 228 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, V. II, Parte speciale, 2.^a ed., Milano, 1963; *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio, I. Il IV secolo, Prima Parte*, Iura, XXIX, 1978; *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio, I. Il V secolo*, SDHI, XLVIII, 1982, 1 y ss.; M. AMELOTTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.^a ed., Napoli, 1968, 521 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1990; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 669 ss.; A. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, Torino, 1991. M. AMELOTTI, *Testamento, Diritto romano*, con bibliografía, ED, 44, 1992, 459 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1989, 843 ss.; M. A. DROPSIE, *The roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death. Mortis causa donationes*, Colorado, 1996; A. LOPEZ PEDREIRA, *Las definiciones romanas de testamento. Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, T. II, Vigo, 1998; A. TORRENT RUIZ, *Sucesión testamentaria. Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, T. I, Vigo, 1998, 51 y 57 y ss., en los que se refiere a las formas de testamento.

(2) Nov. Val. 21,2, (Brev. 4,2): Pr. (...), *per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremam prodidit voluntatis*; 1. (...) *quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem*. (...) *si holographa manu testamenta condantur*; *Lex romana burgundionum* 45,1: “*Testamenta, si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem*”.

(3) Vid. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio, I. Il V secolo*, SDHI, XLVIII, 1982, 84 y ss.; donde destaca que las constituciones son designadas con varios términos, normalmente recibidos de los usos del siglo precedente. *Lex* y *sanctio* son los nombres mas usados, con todo significado. La constitución general se denomina *lex* o *sanctio generalis*, *lex edictalis*, *lex perpetuo* (o iugiter) *valitura*: y son términos que se encuentran ya antes de las disposiciones de Valentiniano. El *edictum* es siempre *lex generalis*; e indica, como ya se ha dicho, tanto la comunicación a una colectividad cuanto la *epistula* a un funcionario. *Del termine epistula, non più in uso, si conserva il ricordo nello scrinium epistularum, che continua a chiamarsi, come gli altri uffici, col suo vecchio nome. L'uso di litterae è rarissimo. Decretum è usato qualche volta, nel senso generico di costituzione.*

Roma el 26 de diciembre del año 446 ⁽⁴⁾ por los Emperadores Teodosio II y Valentiniano III y dirigida a Albino, prefecto del pretorio y patricio. Ha llegado hasta nosotros por medio de la Novela de Valentiniano III 21,2, sin que exista constancia de otro antecedente de su regulación en la jurisprudencia ni en la legislación imperial ⁽⁵⁾.

Nov. Val. 21.2 ⁽⁶⁾: IIDEM AA. ALBINO II P(RAEFECTO). P(RAETORIO). ET PATRICIO

Pr. «Quum sciamus, et divos principes et clementiam nostram condendarum legum fomitem frequenter invenisse de precibus, iuvat, ex facto, quod nuper evenit, cunctis profutura sancire. Illustrem feminam pelagiam quum micce illustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremae prodidit voluntatis. Nam, quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudicii sui paginam caesario viro spectabili, tribuno et notario, fratris sui filio, secreta commisit, quem natalium decus et propinquitatis religio fidem cogere servare defunctae. Nec sane electionis suae cura testatricem fefellit. Desideriis amitae caesarius obsecutus chartam fidei suae creditam, iuris et conscientiae memor, eadem, qua sumpserat, simplicitate vulgavit. Sed illustris heres, ab ambitu cupiditatis aliena, nihil de successione praesumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit, intra hos modestiae terminos manens, ut subdito precibus ultimae voluntatis arbitrio, non prius se putaret heredem, nisi nos causae iustitiam probaremus. Recensitis igitur omnibus, defunctae iudicium roboramus, cui, praeter filium fratris et litteras suas, testes habere non licuit. Idcirco illustris femina Pelagia pro ea parte, qua heres scripta est, defunctae potietur arbitrio.

Di mandatum si vedono una volta il significato, e l'uso, originari; raro il senso generico di costituzione; più frequente quello di ordine dato a un funzionario, o di provvedimento speciale. Perciò i mandata sono, talvolta, menzionati insieme con i rescritti. Rescriptuum ha il senso esclusivo di subscriptio: risposta data, nella forma consueta, a un privato. L'adnotatio ha il senso, più ristretto, di risposta a un privato, ma di favore. Il pragmaticum è una figura nuova, di incerta definizione: nel Teodosiano e nelle Novelle si incontra l'aggettivo sostantivato, al neutro».

⁽⁴⁾ Vid. TH. MOMMSEN ET P. MEYER, *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, Berlín, 1962, 110.

⁽⁵⁾ LEXICON IURIS CIVILIS ET CANONICI SIVE POTIUS COMMENTARIUS DE VERBORUM, Lugduni, 1574, 544, en el termino *testamentum holographum* cita a *Isidorus y Valentinianus Nov. 2*; B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, Milano,

21.2.1: *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege decernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus litteris scribere, quos voluerint, non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui, velut obsessos, conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitrii: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficet heredi, adserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstrat, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiant sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.*

21.2.2: *Quum tamen testium praesentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi.*

21.2.3: *Necessitatem quoque praecipitem summovemus, quae testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum, festinato nimis, ordiri et implere iudicium. Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem, quam de rebus propriis mente conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et quot voluerint diebus in tantae praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit saepe dictata corrigere.*

21.2.4: *Testes autem subscriptiones suas uno die vel omnes pariter, vel, si legitimus numerus exiguam moram fecerit, horis praebere diversis sub obtutibus testatoris iubemus.*

21.2.5: *Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari, quam luce priventur, statuimus ac iubemus, ut, si testes rogati paginae, cuius arcana nescierint, coram testatore subscripserint, nihil ex ignorance testium testamentorum firmitatibus derogetur, Albine, parens carissime atque amantissime.*

21.2.6: *Idcirco illustris et praecelsa magnificentia tua iustissimam legem et cunctis generaliter profuturam in omnium celeriter ire notitiam propositis iubebit edictis, ut facile possit agnosci nostrarum salubritas sanctionum. Dat. VII. kal. ian. Romae, Aetio III. et Symmacho vv. cc. coss. acc. VI. kal. ian. Romae. Pp. V. kal. ian. in Foro Traiani. Subscripsi”.*

Interpretatio: “Haec lex licet alia replicet, quae in aliis legibus habentur exposita, tamen hoc amplius observandum esse praecipit, ut, si cui fuerit testandi

voluntas, et testes forsitan defuerint, voluntatem suam propria manu perscribat, quae prolata ⁽⁷⁾ *post defuncti obitum plenam obtineat firmitatem*".

La constitución comienza poniendo de relieve que son conscientes los emperadores de la influencia e incentivo que tienen sus decisiones para originar leyes, siendo su deseo establecer una protección jurídica que beneficiará a todas las personas, sobre las bases de un incidente ocurrido recientemente.

El incidente acaecido que relata la novela de Valentiniano III trata de una ilustre mujer llamada *Micce*, quien deseaba nombrar heredera a la ilustre Pelagia ⁽⁸⁾, pero no tuvo la oportunidad de conseguir testigos — *sed testium copiam non haberet* —, por lo que dio a conocer su voluntad de nombrarla heredera en su último testamento mediante un documento ológrafo — *per holographam scripturam votum circa praedictam feminam supremae prodidit voluntatis*. *Micce* deseaba mantener esta voluntad secreta hasta su muerte y por ello confió el documento con las indicaciones de su voluntad al respetable Cesar, tribuno y notario, hijo de su hermano — *fratris sui filio* —, para que lo custodiara y ejecutara su voluntad, confiando que el honor que le atribuía su *status* de nacimiento y su respeto por las relaciones de parentesco le obligaría a respetar la *fides* que en él había depositado la mujer fallecida. Cesar cumplió el deseo de su tía. Respetuoso con la Ley y con su propia conciencia, dio publicidad al documento que le había sido confiado para su custodia, con la misma sinceridad que lo había recibido. Cómo la ilustre heredera era ajena a la corrupción de la codicia, no tomó nada de la sucesión, ni reclamó nada de los bienes de la herencia, manteniéndose en los límites de la moderación

1945, 53; F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, AHDE, 1968, 99; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, Valladolid, 1991.

⁽⁶⁾ TH. MOMMSEN, P. MEYER & P. KRUEGER, *Codex Theodosianus*, Berlin, 1905. En la edición de HAENEL la numeración que consta es XX, 2. Sobre el Código Teodosiano, *vid.*, GOTHOFREDUS, I, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi. Editio Nova in VI tomos Digesta*, Hildesheim-New York, 1975; J. HARRIES-I. WOOD, *The Theodosian Code*, New York, 1993.

⁽⁷⁾ En la *interpretatio* se ha sustituido el término *probata* del texto de Nov. Val. 21,2,1 *in fine: ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur* por *prolata*, para referirse a la publicación del testamento. *Vid.* MOMMSEN-MEYER, *Theodosiani, libri XVI cum constitutionibus sirmondianis et leges novellae ad theodosianum pertinentes*, V. II. 3.^a ed., Berolini, 1962, 111, n. 29, donde se incluye la crítica filológica del texto.

⁽⁸⁾ A. GARCIA GALLO, *Del testamento romano al medieval, las líneas de su evolución en España*. AHDE, 1977, 47, 455, n. 96: "Esta novela está provocada por el testamento de *Micce* "inlustris femina" en favor de Pelagia, también "inlustris femina", que no pudo

al consultar al emperador la decisión de última voluntad. Consecuentemente, no se consideró a sí misma heredera hasta que el emperador aprobara la justicia de su causa. — *Sed illustris heres, ab ambitu cupiditatis aliena, nihil de successione praesumpsit, nihil de corporibus hereditariis vindicavit, intra hos modestiae terminos manens, ut subdito precibus ultimae voluntatis arbitrio.*

Los emperadores revisaron todas las circunstancias y decidieron corroborar la voluntad de la mujer difunta, de la que ella no consintió en dar ningún traslado excepto al hijo de su hermano a través del propio escrito de la causante; de esta forma la Ilustre Pelagia, por lo que se refiere a la herencia, en la que había sido nombrada heredera, obtendrá la posesión conforme a la voluntad de la mujer fallecida, es decir, el emperador confirma la validez de la última voluntad de la difunta manifestada por escrito y conservada en secreto sin el requisito de testigos.

A continuación en Nov. Val. 21,2,1 el emperador establece la validez del testamento per *holografam scripturam* como forma testamentaria general aplicable a todo el género humano y a tal fin decreta que si cualquier persona prefiriere establecer su última voluntad a través de escritura ológrafa, tendrá libre facultad de hacerlo — *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugiter lege decernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem.*

El fundamento de esta decisión radica en el respecto absoluto que ha de concederse a la voluntad del testador ⁽⁹⁾ para que ninguna persona muera intestada — *Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis* — así como en la dificultad en muchas ocasiones de garantizar el suficiente número de testigos que exigía la normativa vigente — *Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur* —, reconociendo la razón que tienen las personas que se quejan de las leyes, si cuando se encuentran en peligro para sus vidas no se les permite escribir con sus propias manos las personas que desean nombrar por herederos — *Quibus erit de legibus nostris inter ipsa vitae deficientis pericula causatio si propriae manus literis scribere, quos voluerint, non sinantur heredes.*

encontrar suficiente número de testigos: lo que dada la condición de ambas, que sin duda habían de tener servidores o gentes a su alrededor no deja de ser significativo”; A. ARRIMADAS GARCÍA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo. Estudios Jurídicos in memoriam del profesor Alfredo Calonge*, V. I, Salamanca, 2002, 64: “La consideración social de los personajes que intervienen — tanto Misce como Pelagia son calificadas de *inlustres feminae*, y Cesáreo de *vir spectabilis* —, probablemente jugó un papel nada desdeñable en

En la novela *ad exemplum* y sin que tengan carácter limitativo ⁽¹⁰⁾ se relatan los supuestos que acaecían en la realidad en aquella época en los que era difícil dar cumplimiento a la norma que exigía la presencia de testigos para la validez del testamento y entre ellos relata: 1) la necesidad de viajes 2) las exigencias de sus casas en el campo, 3) los viajes emprendidos con esclavos como únicos compañeros, 4) la enfermedad.

Toda estas circunstancias llevan a los emperadores a establecer normativamente que de aquí en adelante, ninguna persona morirá intestada, si tuviera el deseo de hacer un testamento. Nosotros abrimos ampliamente el camino a la última voluntad: si se trata de testamentos ológrafos deberán ser realizados a mano, sin que consideren necesarios los testigos — *Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis: si holographa manu testamenta condantur, testes necesarios non putamus.*

Fundamentan la eliminación de testigos como requisito necesario para la validez de los testamentos en que la persona mencionada en el escrito como heredero puede tomar la posesión de los bienes de la herencia, después de que haya probado la autenticidad de tal escrito, siendo suficiente que asegure la fiabilidad de las circunstancias, incluso sin testigos, a condición únicamente de que demuestre que las circunstancias se corresponden con las disposiciones de los antiguos emperadores así como con nuestras normas prescritas para ser observadas en los testamentos.

Igualmente dejan claro en el párrafo 2.º de esta novela que esa norma se aplicará para el supuesto de que el testador prescinda totalmente de testigos a la hora de realizar su testamento, puesto que si el testador opta por elegir la presencia de testigos, siempre deberá utilizar el número de testigos establecidos por la ley — *Quum tamen testium praesentiam testator elegerit, legitimum numerum semper oportebit adhiberi.*

En el párrafo 3.º del texto los emperadores declaran abolida la necesidad de la urgencia con la que hasta ahora se compelia a los testadores en el marco excesivamente apresurado de un día para comenzar y finalizar su última voluntad — *Necessitatem quoque praecipitem summovemus, quae testatores hactenus com-*

la adopción de la decisión”.

⁽⁹⁾ Respecto al *favor testamenti*, vid. P. BONFANTE, *Scritti Giuridici Varii*, I, Torino, 1926, 380; E. COSTA, *Favor testamentorum e voluntas testantium*, *Papiniano*, III, Bologna, 1896, 1 y ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 5-9, 549.

⁽¹⁰⁾ F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, cit.,

pulit, sub unius diei spatio supremum, festinato nimis, ordiri et implere iudicium. Los emperadores generosamente garantizan a tales personas el derecho a tener el tiempo necesario para escribir la voluntad que han concebido en su mente en relación con sus propias cosas, pudiendo reconsiderarlo y enmendarlo frecuentemente, e incluso dedicarse durante muchos días a meditar sobre esta institución que es tan importante. Para que tales deliberaciones no dejen nada sin madurar, deberá permitirse al testador revisar frecuentemente las cosas que ha establecido — *Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit saepe dictata corrigere.*

El párrafo 4.º admite la posibilidad de que la *subscriptio* de los testigos no sea realizada en unidad de acto y en el párrafo 5.º consagra la validez del testamento, cuyo contenido era desconocido por los testigos a fin de que pudiera darse satisfacción a la voluntad de los testadores de que sus voluntades fueran secretas y no aparecieran publicadas antes de su muerte.

El contenido de esta disposición beneficiará a todas las personas en general, tal como se establece en la párrafo 6 de esta novela — *Idcirco illustris et praeclsa magnificentia tua iustissimam legem et cunctis generaliter profuturam in omnium celeriter ire notitiam propositis iubebit edictis, ut facile possit agnosci nostrarum salubritas sanctionum* ⁽¹¹⁾.

99-100: “Como se observará la facultad de hacer testamento ológrafo en la Novela de Valentiniano es amplia, a pesar de que los ejemplos enumerados podrían inducir a creer que sólo es posible hacerlo en los casos en que por las circunstancias, resulta difícil contar con testigos. Sin embargo, en su parte sustancial la constitución no pone límites a esta facultad: “*quisquis... habeat liberam facultatem*” dice, y los casos que siguen son ejemplares antes de limitativos”; A. ARRIMADAS GARCÍA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 65.

⁽¹¹⁾ A. ARRIMADAS GARCÍA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, ob. cit., 65.” Ciertamente, el uso de esta forma testamentaria debió ser bastante limitado en la práctica. En sentido similar, AMELOTTI, voz “testamento (*Dir. Rom.*), ED XLIV (1992), p. 467, cuando afirma que “*questo tipo di testamento resta un episodio per cui i tempi non erano maturi*”. Sin embargo, no parece aceptable, a nuestro juicio, la hipótesis, más radical, de DAVID, *über die Form.*, cit., pp. 324-325, quien en el marco de su teoría sobre las formas testamentarias postclásicas, e ignorando en cierto sentido el tenor literal de Nov. Val. 21,2, piensa que la admisión del testamento *per holographam scripturam* sin testigos fue un supuesto especialísimo, aislado — casi un privilegio. La constitución de Valentiniano nace con vocación de continuidad y de validez general, como lo demuestra la lectura del propio texto y concretamente, además, el empleo del adverbio *iugiter*, usado también en otras leyes de Valentiniano III, de validez general; sobre esto último. Cf. VOICI, *Note sull’efficacia...*, cit., p. 356.”

La naturaleza de esta constitución es de epistula de respuesta *ad preces* como afirma VOCI⁽¹²⁾, que se producen con ocasión de una súplica privada (*supplicatio, precatio, preces*), pero extensivas con carácter general, por ello esta epistula se dirigen a un funcionario y llevan aparejada cláusula de publicación.

En la *interpretatio* de esta novela se dispone que aunque esta ley repite otras materias que están contenidas y tratadas en otras leyes, pero en cualquier caso, ordena que las mencionadas previsiones sean observadas de tal forma que, si una persona deseara hacer un testamento y quizá no hubiera conseguido los testigos, puede escribir su voluntad de su propia mano, y cuando esta voluntad sea presentada al tribunal, tras la muerte del fallecido, obtendrá plena validez — *voluntatem suam propria manu perscribat, quae prolata post defuncti obitum plenam obtineat firmitatem*”.

Esta constitución refleja la pérdida del rigorismo de la ordenación del testamento que se produce en época postclásica y el predominio de la voluntad

(12) P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio, I. Il V secolo*, SDHI, XLVIII, 1982, 86 señala que las epistulas dirigidas a funcionarios son de varias especies. Las espontáneas (como las llama Valentiniano) que tienen extensión general y las no espontáneas, esto es, de respuesta a un pregunta general de un funcionario, siendo igualmente general la respuesta dada por el emperador. El edicto y la especie de *epistulae* indicadas nacen con extensión general y tiene una sola función: establecer normas generales y finalizar con una orden de publicación. Igualmente distingue epistulas de respuesta a un funcionario que pregunta al emperador *consultatio ante sententiam* o apelación *more consultationis*, en estos últimos casos únicamente se contiene la decisión sin ninguna disposición de extensión y las epistulas de respuesta a *preces*, que se producen como consecuencia de una súplica privada (*supplicatio, precatio, preces*), cuyas características son las siguientes: a) El particular reclama un remedio contra la insuficiencia del derecho vigente, para conseguir un resultado no solo útil para él sino en si mismo justo. b) La petición no presupone un procedimiento judicial pendiente de iniciarse o de concluirse; c) El emperador ve en la petición la expresión singular de una exigencia general que merece sea satisfecha, de ahí deriva que él no responsa al particular, que formula la *preces*, sino que escriba una epistula dirigida a un funcionario: generalmente el prefecto del pretorio. ...Una simile epistula è analoga a quella che risponde alla relatio di un funzionario: con essa ha comune la duplice natura di decisione di un caso singolo e di disposizione estensiva della soluzione. Per questa sua seconda qualità è una legge generale diretta a un funzionario e munita di clausola di pubblicazione. Ma è lontana dal rescritto, che risponde al privato e dà una soluzione che non va mai oltre il caso cui si riferisce”. En la nota 28, p. 88 cita el autor expresamente la Nov. Vale. 21,2,6 como ejemplo de este tipo de epistula, que se menciona en la página 98 y 99. También *vid.* E. RICART MARTÍ, *Apuntes sobre el testamento ológrafo, Actes del IX Simposi Internacional*, Barcelona, 2000, 198.

(13) L. PALUMBO, *Testamento romano*, cit., 126; A. D'ORS, *Testamentum Porcelli y su*

del difunto frente a las rigideces formales, consagrando jurídicamente como forma privada ordinaria ⁽¹³⁾ y escrita de testar la realizada *per holografam scripturam* o *per holografam manum*, en la que no es necesario la intervención de testigos, junto a las otras formas de testamento escrito vigentes en esta etapa del Derecho romano.

interés para la historia jurídica, RIDA 1955, 232 ss.; F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, cit., 96 ss.; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, 85 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 850, n. 139; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 88 ss. A. ARRIMADAS GARCÍA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 65; R. PANERO, *Derecho Romano*, 3.^a ed., Valencia, 2004, 729; En contra de la consideración del testamento ológrafo como forma ordinaria de testar, *vid.* M. DAVID: *Über die Form des Ordentlichen, Schriftlich Abgefabten Privattestaments zur Zeit des Dominats*, ZSS, 52, 1932, 325, quien sostiene que se trataba de una forma especialísima, excepcional que no tuvo carácter general, que no habría prosperado. Dicha opinión es refutada por D'ORS: *El testamentum porcelli*, cit., 232: este no supo superar la dificultad que supone la existencia de un testamento ológrafo exento de testigos, según la Novela de Valentiniano 21,2 y pensó que se trataba de una forma especialísima, que no habría prosperado, como es verdad que no prosperó en la legislación justiniana. Pero lo mas interesante es que sí prosperó en la tradición de Occidente, que es precisamente donde sobrevive el testamento de cinco testigos. Es lástima que David no prestara mayor atención a un testimonio que despacha como “unklar”, pero que, sin embargo, me parece muy interesante para nuestra cuestión: el *Papianus* o *Lex Romana Burgundionum*, 45,2. Se opone allí al *testamentum per olographam manum*, que no requiere testigos, aquel otro testamento para el que se hallan presentes los testigos, ante *quos testator vel suscribat vel suum testamentum offerat suscribendum*, los cuales testigos deben hallarse en numero competente, *vel* V *vel* VII.

Vemos, pues, que aparte el testamento oral (*per nuncupationem, sine scriptis*), hay un testamento escrito de propia mano, sin testigos, y dos tipos mas de testamentos escritos pero alógrafos: uno el que los testigos presencian en el acto de confección del testamento o, al menos, la suscripción por el testador (lo que no implica que conozcan el contenido de las disposiciones testamentarias) y otro en el que el testador presenta su testamento ya hecho y se limita a declarar ante los testigos que aquellas tablas contienen su última voluntad, para que los testigos las firmen. Con esto no se dice, naturalmente que el testamento ya haya sido firmado por el testador, pues puede éste no haber firmado”.

⁽¹⁴⁾ F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, cit., 96 ss. Opinión seguida por J. A. OBARRIO MORENO, *El testamento nuncupativo y su recepción en la corona de Aragón*, Valencia, 2002, 20 y ss.; A. D'ORS, *Testamentum Porcelli y su interés para la historia jurídica*, RIDA 1955, 232 ss., afirma la existencia , junto al testamento nuncupativo y al ológrafo, de dos tipos de testamentos escritos, pero alógrafos.

⁽¹⁵⁾ Gai 2,101: “*Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et*

Como afirma SAMPER POLO (14) “la clasificación que de los testamentos nos trae Gayo en 2, 101, 102 y 103 (15), ha perdido ya la vigencia en el derecho vulgar. UE 20,2 (16) aún conserva esta misma clasificación gayana, pero en forma tal, que ya se echa de ver la ausencia de los motivos que la mantenían. (...) Junto al testamento oral o *nuncupatio* existen dos formas de testamento escrito: el ológrafo, es decir, escrito por la propia mano del disponente, y el alógrafo”.

FESTO (17) define al ológrafo como *testamentum totum manu testatoris scriptum*, mientras ISIDORO DE SEVILLA (18) añade además el requisito de la *subscriptio*. Así en *Etimologías* 5,24,7 nos transmite la siguiente definición de testamento ológrafo: “*Holographum testamentum est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum; unde et nomen accepit. Graeci enim ολον totum,? γραφην litteram dicunt*” (19). Para este autor, es preciso para la validez del tes-

*armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. Gai 2,102: Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. Gai 2,103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. Vid. A. RIVIER, *Traité Elementaire des successions*, cit., 49 ss.; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali*, Roma, 1930, T. IV, 226 ss.*

(16) Tit. Ulp. 20,2: “*Testamentorum genera fuerunt tria, unum, quod calatis comitiis, alterum, quod in procinctu, tertium, quod per aes et libram appellatum est. His duobus testamentis abolitis hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit, id est per mancipationem imaginariam. In quo testamento libripens adhibetur et familiae emptor et non minus quam quinque testes, cum quibus testamenti factio est*”.

(17) LEXICON IURIS CIVILIS ET CANONICE SIVE POTIUS COMMENTARIUS DE VERBORUM, Lugduni, 1574, 236 en el término *holographum* indica “*apud Festum appellatur testamentum totum manu testatoris scriptum*”.

(18) Sobre Isidoro de Sevilla, vida y obra. Vid. A. GARCIA GALLO, *San Isidoro Jurista, en Isidoriana. Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento*, León, 1961; J. DE CHURRUCA, *Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla*, *AHDE*, 43, 1973, 429 ss.; M. DIAZ DIAZ, *San Isidoro de Sevilla, Etimologías*, Ed. Bilingüe, Madrid, 1982 y la literatura en él citada; A. METRO, *Ancora su Isid. Eym. 5.24.14*, in *Studi in onore Sanfilippo*, III, 1983, 451 ss.; R. MENTXACA, *Algunas consideraciones sobre Isidoro. ET 5,25,22-24 en Collatio iuris romani. Etudes dédiées à H. Ankum*

tamento que estuviera íntegramente escrito y además firmado por el autor.

El LEXICON IURIS CIVILIS ET CANONICI ⁽²⁰⁾ con fundamento en *Isidoro y Valentiniano*, indica: “*est manu auctoris totum conscriptum, atque subscriptum: unde & nomen accepit. In hoc non exigitur subscriptio testatoris ex Constit. Iust. cum antiquitas. Ulti. C. de testament. Non exigitur testes, ex Nov. Valentiniani, quae tamen non obtinuit*”.

Modernamente, COSTA ⁽²¹⁾ identifica al testamento ológrafo como el escrito por la propia mano del testador sin ninguna otra formalidad.

Del examen de los textos anteriormente citados, pueden señalarse como caracteres esenciales de esta forma testamentaria los siguientes:

1. Ha de tratarse de un acto de última voluntad escrito ⁽²²⁾, realizado por la propia mano del testador, lo que se deduce claramente no solamente del caso individualizado de *Micce y Pelagia* a que se refiere Nov. 21,2 pr, —, *per holographam scripturam*, sino también de los términos *quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem; si holographa manu testamenta condantur, probata scripturae veritate mittatur*, recogidos en el párrafo 1.º y en la *interpretatio* al texto — *voluntatem suam propria manu perscribat*.

Valentiniano III en el texto de su constitución no menciona disposición alguna referente al idioma que ha de utilizar la testadora para redactar el tes-

à l'occasion de son 65.º anniversaire, Amsterdam, 1995, 331 ss., con las notas correspondientes, *Delitos contra la moral sexual en las etimologías de Isidoro*, LABEO, 44, 1998, 77 y ss. con notas allí citadas.

⁽¹⁹⁾ ISIDORI HISPALENSIS EPISCOPI, *Etymologiarum sive Originum libri XX*, ed., W. M. Lindsay, Oxford, 1911.

⁽²⁰⁾ LEXICON, cit., p. 544; J. HEINECIO, *Recitaciones*, cit., 303 si el testador escribe el testamento se llama *hológrafo*; si un escribano escribe las tablas y el testador las firma, es igualmente válido que el *hológrafo*.

⁽²¹⁾ E. COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato*, Torino, 1925, 488; P. VOCI, *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, 199, 394.

⁽²²⁾ T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, 85 ss.; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89 ss.; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

⁽²³⁾ HEINECIO, *Recitaciones*, cit., 304; F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 365 ss.; M. AMELOTTI, *Un nuevo testamento per aes et libram*, SDHI, XV, 1949, 36, n 7 destaca que el uso del latín era impuesto por el derecho romano clásico para todos los negocios del *ius civile* y efectivamente están escritos en latín, el *Test. Antonii Silvani*, BGU, 7, 1695 y 1696, y ahora los fragmentos publicados en P. Michigan 7. La posibilidad de introducir el griego en los testamentos comenzó a ser admitida, de forma limitada, por una

tamento. En este punto comparto la opinión general de la doctrina ⁽²³⁾ que defiende la libertad del testador para escribir el testamento en cualquier lengua, sin que fuera necesario el uso del latín, puesto que este requisito desaparece totalmente en la época de Teodosio II ⁽²⁴⁾, e incluso con anterioridad en algunas regiones del imperio.

Sobre la materia en la que podía o debía redactarse el testamento *per holographam scripturam*, Nov. Val. 21,2 no establece ningún requisito específico, quizás debido a su ánimo de conferir prioridad absoluta a la *voluntas testantis* frente a los formalismos establecidos hasta el momento, para que la voluntad no se viera prisionera de la forma.

El testamento escrito era redactado en *tabulis cerisque* ⁽²⁵⁾, como nos indica Gai. 2.104. Ulpiano en sus comentarios al libro 39 del edicto recogido en D. 37,11,1 pr., entiende por tablas del testamento las de cualquier clase de materia, así pues, sean de madera, otra materia como papel o pergamino

constitución de Alejandro Severo y fue después generalizada por una constitución de Teodosio y Valentiniano. Fuera del ámbito del *ius civile* el derecho romano clásico no tuvo dificultad por el uso del griego. Así junto a la *sponsio*, que es *iuris civilis* y está estrechamente ligada a la formula latina: *dari Spondes? Spondeo*, tenemos las otras *stipulationes* que son *iuris gentium* y presentan también formulas griegas, cfr. Gaius 3,93. B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 55 ss. T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 86. M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

⁽²⁴⁾ Nov. 16,8 (*Brev VIII*) de Teodosio y Valentiniano dada en Constantinopla en septiembre del año 439 y dirigida a Florentio, pp.: “*Illud etiam huic legi perspicimus inserendum, ut, quoniam graece iam testari concessum est, legata quoque ac directas libertates, tutores etiam, graecis verbis liceat in testamentis relinquere, ut ita vel legata relicta vel libertates directae tutoresve dati videantur, ac si legitimis verbis ea testator dari, fieri observarique iussisset, Florenti, parens carissime atque amantissime*”, recogida en el C. 6,23,21,6: “*Illud etiam huic legi perspeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari*”. Vid. F. GLÜCK, *Commentario a Pandette*, cit., 366 en donde indica que Triboniano ha interpolado esta constitución en C. 6,23,2,6.; B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 56, n 7.

⁽²⁵⁾ J. HEINECIO, *Recitaciones*, cit., 304: “*Antiguamente se escribían regularmente los testamentos en tablas de cera, que en seguida se cubrían con una tela, en la que firmaban por fuera los testigos. Hoy se escriben en pergamino ó papel, como no haya estado escrito y después borrado, de manera que se pasen las letras, que en latín se llaman charta deletitia, como ahora suele hacerse con el palimpsesto o vitela. Pues los romanos usaban del papel de egipto, tan delgado que no se podía escribir en una y otra página sin transparentarse las letras; debiendo evitarlo para que no se obscureciese lo escrito*”. F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 359 ss., destaca que en los orígenes para el testamento escrito se utilizaban *tabulis cerisque*, de ahí la expresión *bonorum possessio secundum tabulas* o también *contra*

o cuero de algún animal — *sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis* ⁽²⁶⁾. Respecto a la denominación de *chartae*, el mismo jurista en sus comentarios al libro 42 del edicto que nos transmite D. 37,11,4, define la — *Chartae appellatio* — tanto a la nueva, es decir, no usada para un escrito precedente, como a la borrada — *ad novam chartam refertur et ad deleticiam* ⁽²⁷⁾, de tal forma que si alguno hubiera testado al dorso de una carta — *proinde et si in opisthographo* ⁽²⁸⁾ *quis testatus sit* —, también en este caso se puede pedir la *bono-*

lignum (D. 37,11,19), *cerati codicilli, ultimae cerae, lignae tabulae* (D. 38,11,1). Justiniano mismo habla frecuentemente de estas *tabulae*, refutando la opinión de Salmasio. En tiempos posteriores se admitió el pergamino y también la carta, de la cual se distinguen varias especies bajo diferentes nombres, por ejemplo, *chartae Augustae, Livianae, Claudiae, Faniae, Taeniaticae* y otras varias.

⁽²⁶⁾ D. 37,11,1, pr. Ulp. 39 ad ed.: “*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicentur*”. F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 361, *vid.* nota 26 donde se indica que Ulpiano distingue el *corium animalis* de la *membranae* y recoge opiniones de diferentes autores.

⁽²⁷⁾ F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 361. Asimismo ver A. FORCELLINI: *Lexicon totius latinitatis*. [2. rist. anastaticae] T. I. Bolonia, 1965, 601 en donde se indica: “*Charta videtur significasse materiam quamcumque, in qua scribebatur, unde apud Sueton. Ner. 20. Charta plumbea. H. E. Lamina plumbea. — Saepius tamen charta dicuntur folia, quibus utimur ad scribendum, quae nunc a saeculo XIII. Post Chr. N. Fiunt ex linteis contritis, olim ex papyri libro et philoris conficiebantur: dispositis super tabula aqua madente tenuibus illis papyri tunicis, rectis et transversis, in modum cratis, deinde prelo pressis et sole siccatis*”.

⁽²⁸⁾ *Vid.* F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 361 ss. donde indica *per opisthographum* debe entenderse una carta ya escrita por una parte remitiendo en n. 28 a TEXTOR, *Dissertatio de opisthographo*; HOEPFNER, *commentar über*, etc. *Commentario alle Istituzioni di Eneccio*, 448, 480. A continuación señala el significado propio de *opisthographum* o *charta opisthographa* que es una carta escrita por ambos lados y su utilización en este sentido por Plinio en *Epistolae*, Lib. III, ep. 5, n. 17. Igualmente pone de relieve que después de Augusto los romanos se servían preferentemente del papiro egipcio que tenía como particularidad no poderse escribir por la parte interna, mas los romanos encontraron el modo de preparar también la parte externa de modo que se pudiera escribir de forma ágil y legible. Una carta preparada en tal modo que pudiera ser escrita por las dos partes se llamaba *Charta opisthographa* o *adversaria* y una escritura realizada sobre las dos partes de la carta *opisthographum*.

⁽²⁹⁾ Gai 2,104; Ulp. 39 ad ed. D. 37,11,1,pr: “*Tabulas testamenti accipere debemus omnem materiae figuram: sive igitur tabulae sint lignae sive cuiuscumque alterius materiae, sive chartae sive membranae sint vel si corio alicuius animalis, tabulae recte dicentur*”; Ulp. 42 ad. Ed. D. 37,11,4: “*Chartae appellatio et ad novam chartam refertur et ad deleticiam:*

rum possessio ⁽²⁹⁾).

GLÜCK ⁽³⁰⁾ señala que *Charta nova* es lo mismo que carta pura, sobre la cual no hay nada escrito; *deleticia* es una carta ya usada, de la que ha sido cancelada la primitiva escritura y se ha superpuesto una nueva.

FORCELLINI ⁽³¹⁾, referente a *charta deleticia apud Ulp. Dig. 37.11.4.*, indica: “*quo nomine intelligitur ea, in qua scriptum fuit aliquid, et postea deletum, quamque Cic 7.Fam. 18 et Catull.22.5. vocant palimpsestum*”.

HEUMANN-SECKEL ⁽³²⁾ recoge la contraposición de *deleticia charta* a *charta nova*, entendiendo por *deleticia charta* el papiro cuya escritura ha sido borrada y se ha reescrito en el mismo.

proinde et si in opisthographo quis testatus sit, hinc peti potest bonorum possessio”. F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 363 señala que Cicerón *Pro roscio comoedo, cap. 2* decía que en sus tiempos una escritura escrita también sobre la parte externa de la carta no era un documento probatorio, mas en los tiempos de Ulpiano nada se opone a la validez del testamento *et si in opisthographo quis testatus sit*.

⁽³⁰⁾ F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 363: “*I Romani infatti si servivano per scrivere di un inchiostro nero fatto principalmente di fuliggine e facilmente cancellabile quindi con una spugna, Il nostro inchiostro non si cancella così facilmente, ma non v’ha dubbio tuttavia che quando lo scritto sia stato cancellato la carta possa essere usata in caso di bisogno, per scrivervi un testamento, purchè lo scritto non sia così confuso da essere illeggibile*”.

⁽³¹⁾ A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*. [2. rist. anastaticae] T. II. Bologna, 1965, 50.

⁽³²⁾ H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den quellen des römischen Rechts*, Graz, 1971, 132.

⁽³³⁾ I. GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1895, 55, nota 21 destaca: *Hal. Russ. Cont. 62: Constantinus, erradamente Cont. 66.71.76. Char. Pac. Sp. Imppp. Constantinus, Constantius et Constans, según la inscripción de la Ley 21.C.VI.37*. Sobre la autoría de la constitución, que aparece en las fuentes atribuida a Constantino, la mayoría de la doctrina estima que debe otorgarse a Constancio; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, 5, Milano, 1937, 265; B. BIONDI, *Successione testamentaire*, cit., 219; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2, 129; P. BONFANTE, *Istituzione*, 591; DAVID, *Studien zur heredes institutio*, cit., 56, n. 47-48; R. MONIER, *Manuel elementaire de droit romain*, 1, Paris, 1945, 461; F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, cit., 190; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 114. En contra, SEECK, *Die Zeitfolge der Gesetze Constantinus*, ZSS, 10,1889, 255 quien estima que C. 6,23,15 es un fragmento de una constitución de Constantino dirigida *ad populum*, en el año 320. C. SANFILIPPO, *Studi sull’hereditas*, AUPA, 17, 1937, 152, quien considera que es de Constantino y no de Constancio. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell’età del tardo imperio. I. Il IV secolo. Prima Parte. Iura*, XXIX, 1978, 31 ss.; atribuye la constitución a Constantino y resalta que los datos ofrecidos por el código justiniano son contradictorios. La *inscriptio* de la constitución 15 menciona *Constantinus ad populum*;

Una constitución del emperador Constancio ⁽³³⁾, dada al pueblo en Laodicea en el año 339 y que nos transmite el C. 6,23,15 ⁽³⁴⁾, establece la supresión en las disposiciones de las últimas voluntades de la necesidad del empleo de palabras solemnes, a fin de que tengan libre facultad los que desean disponer de sus propios bienes para escribirla en cualquier materia destinada a instrumento, y para usar de cualesquiera palabras — *in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem*.

Justiniano en I. 2,10,12 ⁽³⁵⁾ indica que nada importa — *Nihil autem interest* —, que el testamento sea hecho en tablas, en papel, en pergaminos o en cualquier otra materia, — *testamentum in tabulis an in chartis membranisque vel in alia materia fiat*.

Todo lo anterior lleva a concluir que no se exigía requisito alguno que afectase a la materia en la que debía redactarse el testamento ológrafo, existiendo plena libertad, siendo lo relevante que el mismo fuera realizado por completo de puño y letra del testador.

2. Contenido secreto ⁽³⁶⁾. En el acto del otorgamiento únicamente interviene el causante y es el único que conoce su contenido hasta el momento de su apertura y publicación. El carácter secreto de esta disposición de última voluntad se evidencia del contenido de la Nov. 21.2.pr. — *quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudicii sui paginam caesario viro spectabili, tribuno et notario, fratris sui filio, secreta commisit*. Los propios emperadores en esta constitución en el párrafo 5.º conceden una mayor protección en general al carácter secreto de las últimas voluntades de las personas estableciendo

la *subscriptio* se refiere al consulado de Costancio y Costante, esto es al 339, año en que Constantino ya estaba muerto. Mommsen y Seeck corrigen los nombres de los cónsules en *Const. no A. VI et Const. no Caes. Conss.*, y *Serdiceae in Serdicae*: la constitución sería así datada en el año 320, *cioé a un anno del regno di Costantino. La correzione è da accettare, per la corrispondenza con le notizie di Eusebio e per l'inverosimiglianza che Costanzo abbia emanato una nuova costituzione di contenuto pressoché eguale a quella di suo padre*".

⁽³⁴⁾ C. 6,23,15 *Imperator Constantinus ad populum*: "Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. 1. Nec enim interest, si dicatur "heredem facio" vel "instituo" vel "volo" vel "mando" vel "cupio" vel "esto" vel "erit", sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. 2. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit sollemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem". * CONST. A. AD POP.

y ordenando la validez de aquellos testamentos en los que los testigos suscribían una página desconociendo el contenido secreto del testamento-*Praeterea, quoniam plerique deficientium voluntates suas cupiunt esse secretas, nec ante vulgari, quam luce priverentur, statuimus ac iubemus, ut, si testes rogati paginae, cuius arcana nescierint, coram testatore subscripserint, nihil ex ignoracione testium testamentorum firmitatibus derogetur.*

Con carácter general aplicable a todos los testamentos escritos, la licitud de que la voluntad del testador fuera secreta fue admitida por Teodosio II y Valentiniano III mediante la constitución dada en Constantinopla en septiembre del año 439 dirigida a Florencio, Praefecto Pretorio, que nos transmite la Nov. Theodosiana 16,3 (Brev. VIII) y que fue recogida en C. 6,23,21,pr⁽³⁷⁾.

3. La ausencia de testigos. Como afirma BIONDI⁽³⁸⁾ la presencia de testigos en el número establecido por la normativa vigente, necesario en todas las formas de testamento, se requería ad *solemnitatem* y tenía como función probar en modo formal cuanto se había realizado en su presencia: mientras en el testamento escrito la *subscriptio* de los testigos imprime autenticidad al acto, en el testamento oral los testigos son llamados para documentar la voluntad del disponente. Su número variaba según los diferentes tipos de testamento y las diversas épocas históricas: 5 e 7.

Precisamente los problemas que planteaba en la época de Teodosio II y Valentiniano III la obligación de garantizar el número de testigos exigido por la normativa vigente — *Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur* — y los supuestos que a título de ejemplo relata la propia Novela, en los que se veían privados los causantes de la posibilidad de conseguir testigos para otorgar su última voluntad, así como el deseo de primar la voluntad del testador a fin de que nadie muriera intestado,

*<A 339 S. D. K. FEBR. LAODICEAE CONSTANTIO A. II ET CONSTATE A. CONSS.>. Vid. P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il IV secolo, Prima Parte, Iura*, XXIX, 1978, 31 ss.

⁽³⁵⁾ I. 2,10,12: “*Nihil autem interest, testamentum in tabulis an in chartis membranise vel in alia materia fiat*”.

⁽³⁶⁾ T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1977, 85 ss.; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89 ss.; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

⁽³⁷⁾ Nov. 16,3,2. *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp.*: *Hac itaque consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involutamve proferre*

fue lo causa que movió al emperador para conceder validez general al testamento ológrafo que debía ser realizado por la propia mano del testador, declarando expresamente que no consideraban necesarios los testigos — *testes necesarios non putamus*, expresándose en el mismo sentido la *interpretatio* de Nov. Val. 21.2.

La ausencia de testigos, la suplía el emperador con el requisito de la autografía del testamento por el testador, que consideraba prueba suficiente de que ha existido libertad en cuanto a la designación en él contenida, de ahí que la misma sustituya la función que los testigos tenían en el testamento pretorio, al ser garantía de autenticidad ⁽³⁹⁾.

Ha de tenerse en cuenta que la ausencia de testigos en el momento del otorgamiento del testamento debía ser total, sin que pudiera considerarse testamento ológrafo aquel en el que intervienen un número de testigos inferior al establecido en la normativa vigente, de ahí que el emperador en el párrafo 2.º de la novela declare explícitamente que en cualquier caso, cuando el testador elige la presencia de testigos, *legitimum numerum semper oportebit adhiberi*.

4. Prueba de la autenticidad del testamento y cumplimiento del resto de las normas vigentes establecidas en materia de testamentos. A esta característica se refiere la NV 21.2 en el párrafo 1.º *in fine*: *Scripto enim taliter sufficiet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur*.

PEREZ DE BENAVIDES ⁽⁴⁰⁾ destaca que el texto y los *Epitomes Aegidii y Monachi* usan el verbo *probare*(comprobar); la *interpretatio* y el *Epítome Lugdunense* emplean en cambio el término *prolata*, que aludiría a la publicación del testamento.

La Nov. Val. 21,2 guarda silencio sobre determinadas cuestiones referentes a esta forma testamentaria como son: *a)* la *subscriptio* del testador, y *b)* la fecha del testamento.

scripturam, vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero, civibus romanis puberibus omnibus, simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et signantibus, valere testamentum, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento. Reco-

a) El tema de la *subscriptio* por el testador no ha sido pacífico en la doctrina, existiendo diversas posiciones doctrinales: 1. Los autores que estiman que no es necesaria la suscripción del testamento por el testador ⁽⁴¹⁾; 2. Los partidarios de la necesidad de la *subscriptio* por el testador ⁽⁴²⁾.

En toda la época clásica, como afirma BIONDI ⁽⁴³⁾, la *subscriptio* del testador no se exige como requisito *ad substantiam*, ni en el testamento civil ni

gida en C. 6,23,21,pr.

⁽³⁸⁾ B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 56 ss.

⁽³⁹⁾ B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 53,62; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 87, 88.; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 89 ss., R. PANERO, *Derecho romano*, 3.^a ed., Valencia, 2004, 72; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66.

⁽⁴⁰⁾ M. PEREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, 19 y n. 90.

⁽⁴¹⁾ L. A. WARNKOENIG, *Commentarii Juiris Romani*, cit., 238; C. F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, cit., 266; L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, cit., 162: “*Se il testatore ha scritto tutto il testamento di proprio pugno, ed ha espressamente dichiarato nel medesimo di aver ciò fatto (testamentum holographum) la sua sottoscrizione non è più necessaria*”; P. VAN WETTER, *Pandectes*, cit., 260, n. 32; B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 135, “*Soltanto se il testatore ha scritto di propria mano l’intero testamento, e nel testamento stesso ha notato d’averlo fatto, la sua sottoscrizione non è necessaria*”; BIONDI, *Successione testamentaria-donazione*, cit., 62, considera que si se trata de testamento ológrafo redactado *sua manu totum*, no es necesaria la firma ni del testador ni de otro (C. 28,6, cit.) ya que la misma autografía es ya garantía de autenticidad. P. BONFANTE, *Instituzioni di diritto romano*, cit., 588 dispone que en el testamento ológrafo no se precisa la firma del testador. J. ARIAS RAMOS Y J. A. ARIAS BONET, *Derecho Romano*, II, 15.^a ed., Madrid, 1979, 784: “*El testamento escrito podía a su vez, ser ológrafo, si lo había escrito el mismo testador, o alógrafo, si otra persona; en el primer caso, no era necesaria la subscriptio del testador*”. El autor en la nota 729 indica: “*la subscriptio no era exactamente análoga a nuestra firma actual, sino una breve frase en la que el sujeto es quien la escribe y el verbo subscripsi*”. M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 90 ss.; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 66 ss.

⁽⁴²⁾ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, 2, cit., 79; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 86, n. 36: “*La necesidad de la suscriptio de los testigos data de una Constitución del año 395 y la del testador del año 439*”. Opinión que es puesta en tela de juicio por A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 67: “*Efectivamente, la Nov. Th. 16 sanciona tal requisito, pero, como ya ha puesto de relieve implícitamente Blanco Rodríguez, parece olvidar esta autora que dicha constitución no entra en vigor en Occidente hasta el año 448*”.

⁽⁴³⁾ B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 61 ss. El autor destaca la evolución de la *subscriptio*. M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter libe-*

en el pretorio.

BLANCO RODRIGUEZ ⁽⁴⁴⁾ manifiesta que el problema se agudiza a partir del año 448 en que se aplica la Nov. Theod.16, ya que en su apartado 2 (C. 6,23,21,1) se establece la necesidad de la suscripción del testador como elemento esencial, en orden a la solemnidad del testamento, y en su apartado tercero (C. 6.23,21,1) se establece la intervención de un octavo testigo en aquellos supuestos en los cuales el testador no sepa o no pueda firmar. Concluye la autora que con esta disposición en vigor parece claro que la firma del testador sería necesaria, ya que se privilegia esta forma testamentaria (el testamento ológrafo) con la no intervención de testigos, pero nada se dice expresamente de la firma del causante y por lo tanto, sería un requisito exigible”.

ARRIMADAS GARCÍA ⁽⁴⁵⁾ afirma que la entrada en vigor de Nov. Th. 16 en la *pars Occidentis* no modifica los requisitos requeridos para el testamento ológrafo que introduce la Novela de Valentiniano, porque la primera tiene un ámbito de aplicación objetivo distinto de la segunda. Dicho en otros términos, cada una de las leyes se endereza a la regulación de tipos de testamentos distintos — ciertamente con sus ventajas e inconvenientes cada uno en orden a diferentes criterios —, aunque ambos presenten la redacción autógrafa como característica común. Por otro lado la exigencia *ad substantiam* del requisito de la firma vulneraría en cierto modo el espíritu de la constitución de Valentiniano: si se da validez a una forma común del testamento sin testigos, haciendo de la autografía garantía de autenticidad del mismo, no parece muy coherente que ese mismo testamento devenga ineficaz por ausencia de *subscriptio*. Cosa distinta es que, en la práctica postclásica, la *subscriptio* se incorporase usualmente *ad probationem*, para reforzar la garantía de autenticidad de los testamentos”.

La Nov. Val. 21,2,1 ni su *interpretatio*, contienen referencia alguna a la *subscriptio* del testador, por lo que ha de concluirse que la misma no era un requisito *ad substantiam*, siendo suficiente la escritura de todo el testamento de puño y letra del testador, como así lo ha ratificado posteriormente Justi-

ros, cit., 90. Sobre la *subscriptio* y su evolución: P. F. GIRARD, *Manuel elementaire de droit romain*, Paris, 1929, 864.

⁽⁴⁴⁾ M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 90. Respecto a la aplicación de la novela 16 de Teodosio II sobre formas testamentarias dispone: “En este tema, hemos de tener en cuenta que en el año 446 en que aparece el testamento ológrafo en occidente, aún no se ha publicado la Nov. 16 de Teodosio II sobre forma testamentaria, ya que la misma se aplicará en occidente y por lo tanto con carácter general en todo el Imperio a partir del 3 de junio del año 448 con la Nov. Valent. 26”.

⁽⁴⁵⁾ A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 67.

niano con la constitución del año 530 recogida en C. 6,23,28 ⁽⁴⁶⁾, compartiendo la tesis que se pronuncia por la no exigencia de *subscriptio* del testador.

b) Fecha del testamento. Como afirman WINDSCHEID y BIONDI ⁽⁴⁷⁾, la fecha no es requisito para la eficacia del testamento, ni siquiera para el ológrafo.

El texto de la Nov. Val. 21,2, así como la *interpretatio*, omiten toda referencia a la fecha, por lo que en esta época no puede considerarse como requisito necesario para la validez del testamento.

La necesidad de expresar en el testamento la fecha, únicamente se exige en la Nov. 107,1 de Justiniano publicada en el año 541 para el testamento de los ascendientes a favor de los descendientes — *testamentum parentum inter liberos* — ⁽⁴⁸⁾. En esta novela se recoge como primer requisito la colocación de la fecha — *primus quidem eius praescribere tempus* —. La fecha ha de ser ológrafa — *deinde quoque... propria manu*, siendo indiferente que se realice en cifras o en letras ⁽⁴⁹⁾.

El testamento ológrafo que introduce Valentiniano III en la Nov. Val. 21,2 fechada en Roma y dirigida a un funcionario de Occidente, Albino II, *Pre-*

⁽⁴⁶⁾ C. 6,23,28: "*Cum autem constitutione, quae de testamentis ordinandis processit, cavetur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur et subscriptio a testatore fiat vel alio pro eo, et constitutio sic edixit: "octavo subscriptore adhibito", et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit et post eius litteras testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt aliaque omnia sollemniter in testamento peracta sunt et testamentum ex hoc, de quo dubitatur, irritum factum est, eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit et hoc specialiter in scriptura reposu erit, quod sua manu hoc confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura et non alia subscriptio requiratur neque ab eo neque pro eo ab alio, sed sequantur huiusmodi scripturam et litterae testium et omnis quae expectatur observatio, et sit testamentum validum, et codicillus, si quinque testium litterae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneat, et nemo callidus machinator huiusmodi iniquitatis in posterum inveniatur.*"

⁽⁴⁷⁾ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 136; B. BIONDI, *Successione testamentaria-donazioni*, cit., 63.

⁽⁴⁸⁾ Respecto a que Justiniano fue quien declaró necesaria la indicación de la fecha en el testamento en la Nov. 107,1, *vid.* F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 413 ss.; Sobre el *testamentum parentum inter liberos*, *vid.* S. SOLAZZI, *L'origine del testamentum inter liberos*, SDHI, 1944, 356 ss.; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter liberos*, cit. En esta materia de la consideración de la fecha como requisito necesario o no para la validez del *testamentum parentum inter liberos* motivó polémicas doctrinales que la autora expone en la página 95. Igualmente controvertido ha sido el lugar de colocación de la fecha, ¿al principio o al final de la disposición?, la autora, tras destacar las posicio-

fecto del Pretorio parece ser que jamás entró en vigor en Oriente, destinándose exclusivamente a regir en la parte occidental del imperio ⁽⁵⁰⁾, sin que fuera recogida en la legislación justiniana como forma común de testar.

Justiniano con carácter extraordinario admitió una forma ológrafa en el *testamentum parentum inter liberos* dentro de la regulación que realiza mediante la Novela 107 del año 541, para el que exige unos presupuestos básicos o condiciones necesarias, si bien no suficientes, como afirma Blanco Rodríguez ⁽⁵¹⁾, que afectan a la *testamentifactio* del causante, dado que únicamente podían realizar el testamento los padres o ascendientes de ambos sexos, quienes tenían que saber de letras: *si quis litteras sciens*, lo que conduce a excluir a los analfabetos que debían realizar el testamento conforme las formalidades establecidas por la Nov.Theodosiana 16 y al ciego, así como a la sujetos beneficiarios del mismo, que tenían que ser los *liberi*, ya sean estos legítimos, adoptados, legitimados y naturales ⁽⁵²⁾. Además, en lo que respecta la forma que debía observarse, exigía que el testamento fuera realizado *manu propria*, colocando al principio la fecha — *primum quidem eius praescribere tempus* —, señalando el nombre de los hijos, indicando la cuota que asigna a cada uno de ellos en letras y no en cifras. Se establece también la posibilidad de disponer legados, fideicomisos... a terceras personas, con el requisito añadido de que intervinieran testigos *ad solemnitatem*.

2. RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

2.1. Edad media

nes divergentes existentes en la doctrina llega a la conclusión que la fecha debe situarse en primer lugar.

⁽⁴⁹⁾ M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter liberos*, cit., 96 ss., donde recoge las opiniones de la doctrina en esta materia.

⁽⁵⁰⁾ P. VAN WETTER, *Pandectes*, cit., 260, n. 32; DE DOMICIS, *Il problema di rapporti burocratico legislativo tra Occidente ed Oriente*, 1954, 457; M. KASER, *Das Römische Privatrecht* II, 1955, 345; P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, 2, 79 ss.; *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio, I. Il V secolo*, SDHI, XLVIII, 1982, 116 donde al autor relaciona 11 novelas que no se recibieron en Oriente, entre las que se encuentra la Nov. Val. 21.2; B. BIONDI, *Impostazione del testamento*, cit., 118; F. SAMPER POLO, *La disposizione mortis causa en el derecho romano vulgar*, cit., 99; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 91 ss.; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit.,

MEREA ⁽⁵³⁾ afirma que el Código de Eurico muestra claramente que los visigodos, ya en el siglo VI, conocían y practicaban el testamento, institución a la que se habían habituado en su convivencia con el pueblo romano.

A esta afirmación también llega ALONSO Y LAMBAN ⁽⁵⁴⁾ a través de los fragmentos 320,336,318,319 del Código de Eurico, concluyendo que de los fragmentos examinados, resulta evidente que el Código de Eurico presupone la aceptación del testamento romano por parte de los visigodos, sin que pueda decir con certeza las formas que fueron acogidas, dado el estado fragmentario del Código de Eurico, pero se trataba en todo caso de un testamento en tal estado de disgregación, que podía ser asimilado a cualquier acto de última voluntad.

PÉREZ DE BENAVIDES ⁽⁵⁵⁾ destaca que no aparece en CE ninguna rúbrica consagrada a los testamentos, pero el uso de términos como *inhordinatus*, *intestatus*, e incluso el de *testamentum*, parece acreditar su existencia.

Lo cierto es que del testamento ológrafo ninguna mención se encuentra en el Código de Eurico ⁽⁵⁶⁾.

El Breviario de Alarico II o *Lex Romana Wisigothorum* (506) ⁽⁵⁷⁾ transcribe íntegramente la Nov. Val. 21,2, consagrando el testamento ológrafo como figura autónoma e independiente frente a las demás disposiciones *mortis causa*, con los mismos caracteres que estableció Valentiniano III, dada la reproducción literal de ambos textos.

El testamento ológrafo se introdujo en la praxis occidental a través de la *Lex Romana Burgundionum*, en su título XLV (*De testamentis*):

88 ss.; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 61, n. 3; 67.

⁽⁵¹⁾ M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 73 ss., 94; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 62. n. 5.

⁽⁵²⁾ M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 76 ss., 94.

⁽⁵³⁾ P. MEREA, *Sobre o testamento hispánico no século VI. Estudos de Direito privado visigótico II. Edición especial de AHDE*, T. 16, Madrid, 1945, p. 30-36. Sobre el Código de Eurico, vid. A. D'ORS, *Estudios visigóticos II. El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960.

⁽⁵⁴⁾ M. ALONSO Y LAMBAN, *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, RDN, 1954, 8, 53 ss.

⁽⁵⁵⁾ M. PEREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*, Granada, 1975, 77 ss.

⁽⁵⁶⁾ A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 68.

⁽⁵⁷⁾ M. CONRAT, *Breviarium Alaricianum, Römisches Recht im Fränkischen Reich in Systematischer Darstellung*, Leipzig, 1963. R. LAMBERTINI, *La Codificazione di Alarico II*,

LRB 45,1 ⁽⁵⁸⁾: “*Testamenta, si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem*”.

En este texto se recoge como caracteres del testamento ológrafo, la autografía del testador — *per olographam manum* —, la necesidad de probar la autenticidad de la escritura — *probata manus veritate* —, así como la no intervención de testigos, sin que se haga referencia alguna a la exigencia de que se mencione la fecha de otorgamiento ni la *subscriptio* del testador, lo que me conduce a compartir la opinión de SAMPER ⁽⁵⁹⁾ que considera que este texto parece ser un resumen de la Nov. Valentiniano 21,2,1, en la que se suprimen todos los ejemplos y el caso particularizado que motiva la norma, mencionando únicamente la parte sustancial del texto de la constitución.

Nuestra institución aparece reconocida en *Lex Visigothorum* ⁽⁶⁰⁾ 2,5,16 bajo el título *De olografis scripturis*:

Lex Visigothorum 2, 5, 16 (Recc. Erv) ⁽⁶¹⁾. De olografis scripturis:

“*Quia interdum necessitas ita sepe concurrit, ut sollemnitas legum libere conpleri non possit, adeo, ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non inveniuntur testes, per quos iuxta legum ordinem unusquisque suma adliget voluntatem, manu propria scribat ea, que hordinare desiderat; ita ut specialiter adnotetur, quecumque iudicare voluerint, vel que de rebus suis habere quemquam elegerint. Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus. Deinde, toto scripture textu conscripto, rursus auctor ipse suscribat. Et dum hec scriptura infra XXX annos ad eum, in cuius nomine facta est, vel ad successores eius pervenerit, eam episcopo vel iudici infra sex menses non differat presentare. Quam sacerdos idem et iudex, adlatis sibimet tribus aliis scripturis, in quibus testatoris suscriptio repperitur, ex earum contropationem considerent, si certa et evidens scriptura est, quam idem conditor olografa ratione conscripsit. Et dum sta previderint, eadem cartula, que offertur, vera nihilominus habeatur, adque etiam continuo sacerdos ipse vel iudex*

2 ed, Torino, 1991. Sobre la *Lex Romana Wisigothorum*, vid., A. GARCÍA GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del derecho en época visigoda*, AHDE, 13 (1936-1941), 168 ss.; *Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y costumbres visigodas*, AHDE, 44, 1974, 343 ss.; A. D’ORS, *La territorialidad del derecho de los visigodos*, *Estudios Visigóticos*, I Roma-Madrid, 1956.

⁽⁵⁸⁾ F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el derecho romano vulgar*, cit., 100; M. L. BLANCO RODRÍGUEZ, *Testamentum Parentum inter Liberos*, cit., 89; A. ARRIMADAS GARCIA, *Algunas observaciones sobre el testamento ológrafo*, cit., 68.

⁽⁵⁹⁾ L. R. VON SALIS, *Monumenta Germaniae Historica, Leges*, 1.2.1, Hannover, 1982.

sive alii testes idonei eandem olografam scripturam sua denuo suscriptione confirmant. Et sic voluntas ipsius testatoris plenissimam obtineat firmitatem.”

Como afirma PÉREZ DE BENAVIDES ⁽⁶²⁾, en la normativa visigoda no existe una exposición sistemática del testamento. Las disposiciones que se refieren a él se encuentran dispersas en distintos libros, y así mientras el L. II, tít. 5 se ocupa de los requisitos formales correspondientes a los distintos modos de testar, el L. IV, tít. 5 alude a la reserva legítima y a la posibilidad de mejorar y el L. VII, tít. 5 sanciona los actos contrarios a la voluntad del difunto entre los que destaca el testamento.

LV 2,5,16 ⁽⁶³⁾ regula el testamento ológrafo en una norma genérica bajo el título *De olografis scripturis*, en la cual se encuentra contenido lo referente al testamento ológrafo ⁽⁶⁴⁾.

El texto de LV 2,5,16 comienza con unas consideraciones previas que justifican el fundamento de la norma y en ellas nos indica que los hombres a veces no pueden cumplir las leyes — *Quia interdum necessitas ita sepe concurrit, ut sollemnitas legum libere conpleri non possit* —, reconociendo que existen ocasiones en las que es difícil encontrar el número de testigos exigido y en aten-

⁽⁶⁰⁾ También conocido por *Liber Iudiciorum, o Liber Iudicium. Sobre Lex Visigothorum, Liber Iudicium o Liber Iudiciorum, vid.* K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, traducción del alemán por Carlos Clavería, Barcelona, 1944; M. DIAZ Y DÍAZ, *La Lex Visigothorum y sus manuscritos. Un ensayo de reinterpretación*, AHDE 46, 1976, 163 ss.; Y. GARCÍA LÓPEZ, *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum*, Santiago de Compostela, 1991; E. OSABA, *El adulterio Uxorio en la Lex Visigothorum*, Madrid, 1997, 81 ss.

⁽⁶¹⁾ Texto tomado de K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae histórica. Legum Sectio I. Leges nationum Germanicarum*, T. I, Hannover, 1973 y 1902.

⁽⁶²⁾ M. PEREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, cit., 79 ss. En la página 82 y ss., señala el autor que “no existe en LV una definición de testamento explicando en la nota 37 que a diferencia del Breviario de Alarico, LV es una obra cuyo carácter eminentemente casuístico, excluye el uso de conceptos generales. Su propia denominación de Liber Iudiciorum que aparece ya en los primeros manuscritos conservados y el frecuente uso del condicional si al comienzo de numerosas leyes confirman su carácter práctico”.

⁽⁶³⁾ LV 2,5,16 según Vulgata. Vid. E. OSABA, *El adulterio Uxorio en la Lex Visigothorum*, cit., 81 ss., donde realiza una introducción a la LV. En la página 83 afirma: “A partir de finales del s. VII manos anónimas añaden a la LV leyes de Recesvinto que habían sido suprimidas en la redacción de Ervigio o leyes no colacionadas en la propia edición recesvinda, además de modificaciones y añadidos en los textos legales. Estas versiones se conocen como *Vulgatae* y han sido recientemente objeto de un detenido estudio por GARCIA LÓPEZ, *Estudios críticos y literarios de la Lex Visigothorum*”; LV 2,5,14 (Recesvinto): XIV. *Flavius Gloriosus Recesvindus Rex*.

ción a ello se dicta la norma que establece determinados requisitos para la validez del testamento ológrafo ⁽⁶⁵⁾. Esta justificación, ya se encontraba presente en la Nov. Val. 21,2,1, acogida en el Breviario de Alarico 4,2, en la que el propio emperador indicaba — *Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur* — y en el mismo texto detallaba *ad exemplum* algunas situaciones en las que era difícil encontrar el número de testigos que exigía la normativa vigente para la validez del testamento, por lo que la misma supone una restauración del régimen establecido por Valentiniano III ⁽⁶⁶⁾.

Para conceder plena validez del testamento ológrafo en el texto analizado se establecen dos tipos de requisitos: *a)* unos que afectan al otorgamiento y *b)* otros que se refieren a la adveración.

a) Requisitos del otorgamiento

a.1. Autografía del testamento por la propia mano del causante, esto es, que la disposición de última voluntad fuera escrita por la propia mano del testador — *manu propria scribat ea, que hordinare desiderat* ⁽⁶⁷⁾. Este requisito evidencia la recepción de la Nov. Val. 21.2.1 recogida literalmente en el Breviario de Alarico.

a.2. Obligatoriedad de expresar día y año en el testamento — *Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus* ⁽⁶⁸⁾. Este requisito de exigir

⁽⁶⁴⁾ M. ALONSO Y LAMBAN, *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, cit., 63 ss., matiza que esta norma admite mas que el ológrafo, uno especial ológrafo, solo para cuando circunstancias anormales hicieran dificultoso el ya regulado como típico. M. PEREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, cit., 79, 80.

⁽⁶⁵⁾ M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, cit., 91: “Una Ley de Recesvinto da la forma de otorgamiento del testamento ológrafo que sólo se designa con este nombre en el título de la Ley. Condición indispensable es la ausencia de testigos explicada en forma análoga a la Novela del Breviario”.

⁽⁶⁶⁾ A. GARCÍA GALLO, *Del testamento romano al medieval, las líneas de su evolución en España*, *AHDE*, 1977, 47, 468: “Al igual que Teodosio II y Valentiniano III reaccionan frente al vulgarismo jurídico dominante de su tiempo ordenando la sucesión voluntaria, Chindasvinto, y en especial Recesvinto y Ervigio, reaccionan frente al Derecho vulgar de su época dictando leyes que en esencia suponen restaurar el régimen establecido por aquellos emperadores. Estas leyes se recogen en el *Liber iudicum* y nos muestran cuál es el Derecho oficial desde mediados del siglo VII”. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico*, cit., 79, señala que la terminología de LV presenta fundamentalmente una nota de continuidad con respecto a la observada en la *Interpretatio* del Breviario. *Testa-*

fecha completa en el testamento, fue una innovación de Recesvinto, puesto que el mismo no era mencionado ni en la Novela de Valentiniano 21,2 ni en el Breviario de Alarico que la reproduce literalmente. Chindasvinto, tampoco había requerido dicho requisito en LV 2,5,13⁽⁶⁹⁾ que reglamenta el testamento del viajero o del soldado en campaña. Pero sí la establece como requisito necesario para la validez de los documentos escritos en general en LV 2,5,1⁽⁷⁰⁾ — *Scripture, que diem et annum habuerint evidenter expressum*. ZEUMER y MARLASCA⁽⁷¹⁾ afirman que la exigencia de que se fechen los documentos escritos (*dies et annus*) para la validez de los mismos,

mentum se sigue oponiendo a *successio* concebida esta como sucesión intestada. Voluntas es usado tanto sólo como en relación con otros términos: *v. Defuncti, v. Donatoris, morientium extrema voluntas*. Su significado auténtico apenas si puede equipararse a *testamentum* en algún caso, señalando en la nota 17 como supuesto en el que se equipara LV, 5,14 “*voluntatem suam propria manu conscribat*.”

⁽⁶⁷⁾ Posteriormente en FJ 2,5,15 en la versión latina: «*manu propria scribat ea, quae ordinat*». En la versión castellana: “*cada uno omne deve escrevir su manda con su mano*”.

⁽⁶⁸⁾ FJ 2,5,15: “*é notar y el dia y el anno en que faze la manda*”.

⁽⁶⁹⁾ LV 2,5,13 (Recc. Erv): XI. *Flavius Chindasvindus Rex. Qualiter firmentur volumtates eorum, qui in itinere moriuntur*: “*In itinere pergens aut in expeditione publica moriens, si ingenuos secum non habeat, voluntatem suam propria manu conscribat. Quod si litteras nescierit aut prelangore scribere non potuerit, eandem voluntatem servis insinuet, quorum fidem episcopus adque iudex probare debebunt. Et si nullatenus antea fraudulentis fuisse patuerint, quod sub iuramenti taxatione protulerint, conscribatur, ut sacerdotis adque iudicis suscriptione firmetur; hac postmodum autoritate regia roboratum, firmum quod decreverit habeatur*”. Texto que pasó sin modificaciones sustanciales a FJ 2,5,12: *De las mandas daquellos que van en romería, cuemo deven seer firmadas*.

⁽⁷⁰⁾ LV 2,5,1 (Chind.) (Recc): *Quales debeant scripture valere*. — “*Scripture, que diem et annum habuerint evidenter expressum adque secundum legis ordinem conscripte noscuntur, seu conditoris vel testium fuerint signis aut suscriptionibus roborate, omni habeantur stabiles firmitate*”. Vid. K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigada*, cit., 198 ss.; O. MARLASCA, *Algunos requisitos para la validez de los documentos en la Lex Visigothorum*, RIDA 1998, 567 ss., donde destaca que se trata de una Ley de Chindasvinto (642-653) y el apéndice que se añade a la misma en la edición de Ervigio.

⁽⁷¹⁾ K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigada*, cit., 198 ss.; O. MARLASCA, *Algunos requisitos para la validez de los documentos en la Lex Visigothorum*, cit., 569. En la página 571, explica la autora: “Las *Antiqua* son las mas antiguas dentro de las leyes que conforman la LV”. “Esta *antiqua* había pertenecido ya al código de Eurico y ello lo demuestra el hecho de haber sido recogida la citada ley en la *Lex Baiuvariorum* 16,16 donde establece lo siguiente: “*Pacta vel placita quae per scripturam quacumque facta sunt, vel per testes denominatos III vel amplius, dummodo in his dies et annus sit evidenter expressus, inmutare nulla ratione sinere permitimus*. Establece la citada ley visi-

la ha tomado Chindasvinto de la *antiqua* subsiguiente, esto, es LV 2,5,2 ⁽⁷²⁾ — *dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus inmutari permitimus*.

a.3. *Subscriptio* del testamento por el testador — *rursum auctor ipse subscribat* ⁽⁷³⁾. No es suficiente el *signum* del otorgante sino que precisa la *subscriptio* ⁽⁷⁴⁾. Este requisito era omitido en la Nov. Val. 21.2 y en el Breviario de Alarico 4, si bien su necesidad se recogía en San Isidoro, Etim. 5,24,7.

La *subscriptio* debía colocarse después que todo el contenido del testamento estuviera escrito al final del escrito y así se transmitió a FJ 2,5,15 — *é depues que tod esto oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano*.

goda para la validez de los documentos escritos (*pacta vel placita*) la exigencia de que conste con toda claridad el día y el año. La procedencia de este principio es romana, aunque como dice ZEUMER no existe una ley mas antigua que establezca de una manera expresa que se fechen los documentos y que hubiera podido servir de modelo a la LV 2,5,2”.

⁽⁷²⁾ LV 2,5,2 (*antiqua*): *De pactis et placitis conscribendis*. — “*Pacta vel placita, que per scripturam iustissime hac legitime facta sunt, dummodo in his dies vel annus sit evidenter expressus, nullatenus inmutari permitimus*”.

⁽⁷³⁾ En FJ 2,5,15: “*rursus auctor ipse subscribat*”. En versión castellana: “escriba en fondon de la carta que lo confirma con su mano”.

⁽⁷⁴⁾ K. ZEUMER, *Zum westgothischen Urkundenwesen*, 1. *Subscriptio und signum*. 2. *Die Schriftvergleichung*, en *Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde* 24, 1898; M. ALONSO Y LAMBAN, *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, cit., 63, con fundamento en la opinión de M. TORRES LÓPEZ Y ZEUMER afirma: “La *subscriptio* visigótica es análoga a la precedente romana. No se limitaba al nombre, sino que era una aclaración, las mas de las veces en forma subjetiva y primera persona. Tiene sin embargo una novedad, y es la indicación de la fecha, la cual no aparece en los documentos romanos. El *signum* sustituía a la *subscriptio* cuando el interesado, parte en el acto o testigo, no sabía o no podía escribir, y solía ser una cruz. ZEUMER cree que la *subscriptio* daba pleno valor probatorio a los documentos, mientras en los signados se reclamaba la prueba mediante juramento de alguno de los testigos, sobre la legitimidad del *signum*”. O. MARLASCA, *Algunos requisitos para la validez de los documentos en la Lex Visigothorum*, cit., 569, afirma: “La *subscriptio* tiene por objeto acreditar (por el otorgante o los testigos) el contenido del documento. Por otra parte el *signum* es mencionado con frecuencia (desde CE 307) junto a la *subscriptio*. La *subscriptio* supone alfabetismo, en cambio, el *signum* es sustitutivo de *subscriptio* para analfabetos. Aquí el elemento esencial es un signo (señal, normalmente cruz) junto al cual otro

b) Requisitos de adveración

b.1. *Contropatio scripturae* ⁽⁷⁵⁾ con otros escritos del testador, exigida también en LV 2,5,15 de Chindasvinto ⁽⁷⁶⁾.

LV 2,5,16 para la adveración del testamento exige que el Juez o el obispo tomen otros tres escritos que hubieran sido redactados de puño y letra del testador y tras haberse comprobado la semejanza de la letra del testamento, sea confirmado el testamento. Además exige que una vez que esto hubiera quedado acreditado, el obispo, el juez u otros testigos deben confirmar el escrito que contiene el testamento otra vez, y de esta forma se conferirá validez al mismo.

PEREZ DE BENAVIDES ⁽⁷⁷⁾ analizando el testamento en la legislación visigoda, manifiesta que “este requisito existió ya en el Breviario de Alarico 4,2, en el que se alude a *probata*, pero la *interpretatio* ha sustituido el término por *prolata*, pero se exigen en el *Liber* nuevas garantías: el Obispo, el Juez u otros testigos deben confirmarla con su firma”.

b.2. *Presentación en el plazo legal de seis meses*, que es exigido con carácter general por Chindasvinto en LV 2,5,14, en la que dispone que el testamento que es otorgado por escrito ha de ser manifestado ante el obispo en un plazo no superior a seis meses. Para el supuesto de ocultación de la voluntad escrita, se conmina a los culpables con la indemnización a los perjudicados de

declara en forma objetiva”.

⁽⁷⁵⁾ M. TORRES LÓPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho Español*, V. II, Salamanca, 1936, 129: “La *contropatio manuum o scripturam*, tiene su origen en las *scripturam collatio, manus collatio o litterarum comparatio* del Bajo Imperio. Consistía en una comprobación de legitimidad del documento por cotejo de escrituras, en el caso que nos ocupa se hacía con tres”.

⁽⁷⁶⁾ LV 2,5,15 (Recc. Erv) XIII. *Flavius Chindasvindus rex. De contropatione manuum, si scriptura vertatur in dubium. — Omnes scripture, quarum et auctor et testis defunctus est, in quibus tamen suscriptio vel signum conditoris adque testium firmitas repperitur, dum in audientia prolata constiterint, ex aliis cartarum signis vel suscriptionibus contropentur, sufficiatque ad firmitatem vel veritatis huius indaginem agnoscendam trium aut quattuor scripturarum similis et evidens prolata suscriptio. Quod si talibus scripturis legum tempora obviauerint, pro certo decernitur, quia valere non poterunt». Esta Ley se aplicó en nuestro derecho patrio al ser recogida en FJ 2,5,14: De los escriptos que son dubdosos, cuemo deven seer provados por otros escriptos dessa misma mano. “Todos los escriptos é los pleytos que son fechos, é aquel que lo fizo fazer, é las testimonias son muertas, si parece su sennal dellos en el escripto, deve omne acatar las otras sennales, é los otros escriptos que ellos fizieron, é confirmar aquel escripto con los otros escriptos. E deven abondar tres escriptos, ó quatro que sean semeiables*

cuanto les dejara el muerto en ella — *et si quis eandem qualibet fraude suppresserit, tantum illis, in quibus testatus est, de proprio cogatur exolvere, quantum eiusdem scripture serie conquirere potuerant vel habere.*

La LV 2,5,16 de Recesvinto pasa a nuestro derecho patrio en *Fuero Juzgo* ⁽⁷⁸⁾ 2,5,15 titulada *De los escriptos dubdosos* ⁽⁷⁹⁾ con modificaciones referentes al título y a la numeración, pero sin modificaciones esenciales en lo referente a su contenido.

FJ. 2,5,15. *De los escriptos dubdosos*: “Porque los omnes an coyta á las vezes, é non pueden complir las leyes: por ende en los logares u omne non puede fallar tantos testigos cuemo manda la ley, cada uno omne deve escrevir su manda con su mano, é diga special mientre que manda fazer de sus cosas, ó á quien las manda, é notar y el dia y el anno en que faze la manda, é depues que tod esto oviere escripto, escriva en fondon de la carta que lo confirma con su mano. E depues que los herederos é sus fijos ovieren esta manda, fasta XXX annos muestrenla al obispo de la tierra ó al iuez fasta VI meses, y el obispo ó el iuez tomen otros tales tres escriptos, que fuesen fechos por su mano daquel que fizo la manda: é por aquellos escriptos, si semeiare la letra de la manda, sea confirmada la manda. E pues que tod esto fuere connoscido, el obispo, ó el iuez, ó otras testimonias confirmen el escripto de la manda otra vez, y en esta manera vala la manda”.

daquel, por provar á aquel; fueras ende si los tiempos en que fuéron fechas las leyes, dizen que aquellos escriptos non deven valer”. La contropatio scripturae se regula con mas detalle en LV 2,5,17 de Recesvinto titulada De contropatione scripturarum et earum pena solvenda que sin modificaciones sustanciales se encuentra incluida en FJ 2.5.16 titulada: De los escriptos que se semeian.

⁽⁷⁷⁾ M. PEREZ DE BONAVIDES, *El testamento visigótico*, cit., 91, 92 y nota 98.

⁽⁷⁸⁾ Sobre el *Fuero Juzgo*, creación, ámbito de aplicación, vigencia, versiones, *vid. Los Códigos españoles anotados y concordados*, T. I, Madrid, 1847, 38 y ss. El texto del *Fuero Juzgo* utilizado es el contenido en la obra *Fuero Juzgo en latín y castellano cotejado con los mas antiguos y preciosos códices* por la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Madrid, 1815.

⁽⁷⁹⁾ En el Códice de la iglesia de Toledo (Toled.) el epígrafe de esta ley dice: *De los escritos que se semejan, é son las mandas que se escriben los omes por sus manos.* En el Códice del Marqués de Malpica (Malp.) 2 y en el Códice del escorial 1 (Esc.) *De los escriptos ó grafios (esc. I. otrasios), é son las mandas que te escriben los omnes cuyas son por sus manos.* En la versión latina el epígrafe de esta ley dice: *De holographis scripturis.*

La recepción del Derecho romano canónico en nuestro derecho patrio, tal como se produce con las Partidas de Alfonso X El Sabio ⁽⁸⁰⁾ tiene como consecuencia que ni en este texto legislativo ni en el Ordenamiento de Alcalá, Ley única del Título 19 ⁽⁸¹⁾, Leyes de Toro en su Ley 3 ⁽⁸²⁾, la Novísima Recopilación 10,18,8 ⁽⁸³⁾ se regule el testamento ológrafo con carácter general y como forma común de testar.

2.2. Codificación

⁽⁸⁰⁾ P. 6.1.7 recoge una forma ológrafa para el supuesto concreto *del testamento que el padre faze entre sus hijos, manguer non sea acabadamente*. En él se requiere que esté escrita y firmada por el testador y representa una excepción al régimen de formalidades externas de los testamentos escritos privados regulados en P. 6.1.2 y P. 6.1.3. El precedente de P. 6.1.7 se encuentra en el *testamentum parentum inter liberos* del derecho romano.

⁽⁸¹⁾ *Vid.* Ordenamiento de Alcalá, Tít. XIX, Ley única titulada: “*Quantos testigos son menester en el testamento et que valen las mandas, aunque non sea establecido heredero en el testamento: ò si lo fuere è non y viniere la herencia*”. I. JORDAN DE ASSO Y DEL RIO-M. DE MANUEL Y RODRIGUEZ, *El ordenamiento de las leyes que D. Alfonso XI hizo en las cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos cuarenta y ocho*, Madrid, 1774.

⁽⁸²⁾ La ley 3 de las de Toro deroga la forma de testamento llamado *inter liberos* por el silencio que de la misma hacía. En este sentido, S. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de toro, ilustradas con notas y adiciones histórico-crítico-doctrinales por José Vicente y Caravantes*, 3.^a ed., T. I, Madrid, 1853, 119: “Gregorio López en la ley 7, Tít. 1, Partida 6, glosa 2; Antonio Gómez en el mismo número 59 y siguientes del comentario a esta ley, y Matienzo en la Ley 2, Tít. 4, Libr. 5 de la Recopilación (1, Tit, 18, Lib. 10, Novísima) glosa 1, número 4 y siguientes, escitan esta duda y resuelven contestes que el testamento que el padre haga entre sus hijos, sin observar la solemnidad de los testigos en la forma dispuesta por la presente ley, será nulo y de ningún efecto”; D. R., DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil de España con las correspondencias del romano, tomadas de los códigos de justiniano y de las doctrinas de sus interpretes, en especial de las instituciones y del digesto romano español de Juan Sala*, T. I, Valladolid, 1877, en cuya páginas 46 y 47 indica que había sido derogado el testamento del padre *inter filios* (L. 2. cit.)”; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, T. 6.º, *Derecho de sucesiones*. Vol. 2, 8.^a ed., Madrid, 1979, 69.

⁽⁸³⁾ *Novísima recopilación*, 10,18,8. en la que se recoge como forma privilegiada en razón de las personas que podían utilizar esta forma de testar la validez del testamento realizado por el militar escrito y firmado de su puño y letra, cualquiera que sea el papel en que se realice y sin necesidad de testigos.

⁽⁸⁴⁾ J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Española, 4 Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Vol. I y II, Madrid, 1979. El esquema del proyecto de 1821 comprende, un título preliminar “De las Leyes”, una primera parte “de los derechos y obli-

En España el movimiento codificador arranca de 1812. La tarea se inicia con la elaboración de sucesivos proyectos, entre los que se puede citar el de 1821 ⁽⁸⁴⁾ y el de 1836, iniciado por Cambroner y finalizado por Ayuso, Tapia y Vizmanos ⁽⁸⁵⁾. En la normativa que nos facilitan ambos proyectos ningún artículo se encuentra que regule de forma específica el testamento ológrafo ⁽⁸⁶⁾.

El Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena, se ocupa en el Libro III “*De los modos de adquirir la propiedad*”. El Título I trata “*De las herencias*”. El Capítulo II se titula “*De las herencias por testamento*” y está subdividido en cuatro secciones. La sección 1.^a se ocupa de la *naturaleza y especies del testamento*, dentro de la cual se ubica el artículo 563 en el que se indica: “*El testamento es común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado*”.

La sección 2.^a, regula *las solemnidades del testamento común*; la sección 3.^a, *las solemnidades de los testamentos especiales*; la sección 4.^a, *Quienes pueden ser testigos en los testamentos*.

El primer artículo con que se inicia la sección segunda es el artículo 564 referido al testamento ológrafo que se expresa en los siguientes términos:

Art. 564: “*El testamento ológrafo, para ser válido deberá hacerse en papel*

gaciones individuales” y otra segunda parte “de la administración general del estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones”. Únicamente fueron impresos y publicados 476 artículos correspondientes al título preliminar y no toda la primera parte, al carecer del libro tercero.

⁽⁸⁵⁾ J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Española*, 4, cit. El proyecto de 1836 consta de un título preliminar y cuatro libros con 2.458 artículos. El Libro IV regula las sucesiones hereditarias. El Título II se ocupa de las sucesiones testamentarias, ocupándose el capítulo III del Testamento (Arts. 2.238 a 2.276), contemplando el testamento abierto, cerrado, común y privilegiado, sin que se incluya regulación alguna referente al testamento ológrafo.

⁽⁸⁶⁾ J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Española*, 4 *Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Vol. I y II, Madrid, 1979. Los preceptos que se van a citar en los textos articulados de los Proyectos han sido extraídos de esta obra. Para el Proyecto de 1851 he utilizado también la obra de F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, T. I-II, Ed. facsimilar, Barcelona, 1973. Respecto al Anteproyecto de Código Civil Español (1882-1889), he manejado la obra de M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÒS, *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

⁽⁸⁷⁾ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., p. 18, reseña como concordancias en el derecho extranjero: “*artículo 970 del Código Civil francés, cuya palabra datè (fechado) envuelve todo el final de nuestro artículo;*

del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del lugar, año, mes y día en que se otorgue.” (87)

GARCÍA GOYENA (88) destaca que es innegable que el testamento ológrafo facilita sobremanera el ejercicio del precioso derecho de testar y debe darse entrada en el nuevo Código con las precauciones que parezca oportunas para su presentación y comprobación. La defensa de este testamento la efectúa poniendo de relieve los inconvenientes que presentan tanto el testamento cerrado como el abierto: Las solemnidades del testamento cerrado son muchas y engorrosas; además no se puede ocultar que se ha testado, y esto solo puede causar alarmas y disgustos; en el abierto, hay el inconveniente mayor de hacerse

895 Napolitano, 1579 de la Luisiana, 648 de Vaud y 979 Holandés, que exige además que el testamento sea presentado y depositado en poder de un Escribano con asistencia de dos testigos”. En el derecho histórico destaca como concordancias la ley 15, título 5, libro 2 del Fuero Juzgo, así como la ley recopilada 1, título 23, libro 10 en la que ordena asimismo la expresión del día, mes y año, y la 54, título 18, Partida 3 añade la del lugar; pero ambas hablan en general de todo instrumento público. Discrepo de la opinión recogida por García Goyena en el apéndice 4 de su obra cuando afirma que el Derecho romano no reconocía el testamento ológrafo, sino cuando se testaba por el derecho ó privilegio militar, y el del padre entre hijos. Novela 107, capítulo 1, y Ley 40, título 1, libro 29 del Digesto, puesto que a lo largo de esta exposición queda demostrado que el derecho romano tras la Novela de Valentiniano III, 21,2 conocía además de las formas mencionadas por García Goyena, el testamento ológrafo con carácter general. Ciertamente es que no fue incluida por Justiniano en su magna obra, pero ello no significa que el derecho romano no reconocía el testamento ológrafo, pues en occidente mantuvo su vigencia y se transmitió a la praxis occidental a través de la *Lex Romana Burgundionum*, siendo incluida en La *lex visigothorum* y posteriormente en nuestro derecho patrio en el Fuero Juzgo en las leyes 12,13 y 15 del título 5, libro 2. Sobre las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil, así como la vida y obra del mismo, *vid.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil*, RCDI, 501, 1974, 289 y ss.; E. RUIZ VADILLO, *El Testamento ológrafo*, RDP, T. 56, Madrid, 1972, 618 ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, cit., 71 ss.; X. O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, T. V, *Derecho de sucesiones*, 3.^a ed., Madrid, 1990, 151; F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones. La adquisición de la herencia y la sucesión testamentaria*, V. II, 1.^a Parte, Bilbao, 1991, 311 ss.

(88) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 321. J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Española*, cit., 604 señala que en el senado cuando tuvo que debatir el anteproyecto de 1882-1888, BOSCH alabó la admisión del testamento ológrafo. Censuraron la introducción del testamento ológrafo: COMAS, LUIS SILVELA, TRIVES. COMAS abundó en las suspicacias levantadas por la intro-

públicas las disposiciones: de aquí el retraimiento de testar, y lo que es mucho peor, el testar *in extremis* por sorpresa y sugerencias o intrigas codiciosas.

El capítulo III titulado *de la apertura, publicación y protocolización de los testamentos*, se ocupa en la sección primera de los *testamentos ológrafo y cerrado* (Arts. 592 y ss.) regulando la obligación de presentarlo al Juez del último domicilio del testador, quien ha de cerciorarse de la muerte del testador antes de proceder a otro acto ulterior. Una vez comprobada la muerte del testador, lo leerá y procederá al examen de testigos que reconozcan el testamento y una vez comprobada la veracidad de la letra, el Juez lo rubricará al principio y fin de cada una de sus páginas y lo mandará entregar con todas las diligencias al escribano actuario para que obre en sus protocolos y se den copias a quien corresponda (89).

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se exigen para la plena validez del testamento ológrafo unos determinados requisitos formales que afectan al acto del otorgamiento y otros que se refieren a la adverbación, al igual que se exigía en el derecho romano, en la *Lex Visigothorum* y en el Fuero Juzgo, si bien con algunas diferencias. En este momento me referiré con detalle a los primeros, dada la extensión de la materia.

Como requisitos que establece el proyecto de código civil de rigurosa observancia en el acto del otorgamiento para la existencia y validez del testamento ológrafo se destacan los siguientes:

1. La autografía completa por el testador. El testamento ológrafo debía estar escrito todo y firmado por el testador. GARCÍA GOYENA (90) explica respecto a este requisito que *en el testamento cerrado se exige únicamente la firma, porque las solemnidades del acto de la entrega hacen imposible toda falsedad, y la falta de esta garantía en el ológrafo se suple en lo posible con la necesidad de haber de estar enteramente escrito por el testador. La firma es el alma de todo instrumento; sin ella el testamento ológrafo no pasaría de ser un proyecto de testamento.*

Se requería que el testamento fuera escrito y firmado por el testador en su totalidad, lo que tenía como consecuencia como resaltaba GARCÍA GOYENA (91) que una sola palabra escrita de mano extraña lo anule según el citado artículo 588; pero si la palabra se encuentra interlineada, se tendrá

ducción del testamento ológrafo, y refiere la anécdota del buhonero que vendía plumas en la plaza de Santa Cruz y falsificaba firmas a presencia del interesado que no sabía distinguir después la auténtica. En la prensa de nuestros días aparece el caso del multimillonario americano *Hovar Huges* que se han presentado una docena de testamentos ológrafos a favor de diversas personas y entidades, por lo que el Juez abrumado, dijo a la prensa que al que presente otro testamento le mete a la cárcel. Sobre las ventajas e inconvenien-

por no escrita y subsistirá el testamento, pues de otro modo nada sería mas fácil que anularlo. Lo mismo debe decirse de lo testado ó rayado (no siendo en parte sustancial como la fecha o firma) que no valdrá, sin perjudicar en lo demás á la validez del testamento.

2. Obligatoriedad de expresar en el testamento el *lugar, año, mes y día* en que se otorgue.

En los precedentes históricos de esta institución se exigía únicamente la expresión de la fecha, pero no se mencionaba la necesidad de indicar el lugar en que se otorga ⁽⁹²⁾. Se trata de una novedad la inclusión del lugar respecto a los precedentes históricos, que no perduró ni en el Anteproyecto de Código Civil (1882-1888) ni en la redacción definitiva del Código Civil, aunque si pasó a la Compilación catalana ⁽⁹³⁾.

En relación con la forma y lugar en que puede expresarse la fecha. El precepto no establece ningún requisito añadido, dejándola a la voluntad del testador la expresión de la misma en letras o en números. Respecto al lugar de colocación de la fecha, tampoco especifica requisito alguno, lo normal es que la fecha se sitúe antes de la firma, pero lo contrario no sería por si solo causa de nulidad ⁽⁹⁴⁾.

3. La necesidad de otorgarse el testamento en una materia determinada, cual era el *papel*. Este requisito determinaba la exclusión de las manifestaciones de última voluntad realizadas por el causante de su puño y letra en cualquier otra materia: pergamino, madera, etc, así como el principio de libertad del testador para elegir la materia sobre la que plasmar su última voluntad que ya se había declarado en el derecho romano ⁽⁹⁵⁾. Pero además el proyecto de 1851 supeditaba la voluntad del testador al cumplimiento de otra formalidad, cual era que el papel en la que escribiese de su puño y letra su última volun-

tes del testamento ológrafo, *vid.* R. ESPAÑA, *Tratado práctico de testamento ológrafo*, Madrid, 1885, 16 ss.

⁽⁸⁹⁾ *Vid.* F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 47 ss.

⁽⁹⁰⁾ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 19.

⁽⁹¹⁾ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 19.

⁽⁹²⁾ *Vid.* precedentes históricos en Novela Justiniano 107 para el testamento *parentum inter liberos* y LV 2,5,16; y en general para la validez de todos los documentos escritos LV. 2,5,1 y 2,5,2 y posteriormente Fuero Juzgo 2,5,1; 2,5,2 y 2,5,15. El requisito de expresar el lugar se menciona en P. 3,18,54 aplicable a toda clase de instrumento público.

tad obligatoriamente tenía que ser *del sello correspondiente al año de su otorgamiento*, lo que impedía conferir validez al testamento escrito sobre un papel común o carta, con la excepción prevista para el supuesto del testamento ológrafo otorgado por un español en país extranjero regulada en el artículo 585 ⁽⁹⁶⁾. GARCIA GOYENA ⁽⁹⁷⁾ justificaba este requisito del sello correspondiente indicando “*Es una nueva precaución para asegurar por lo menos la certeza en la fecha del año, y en vano se omitirá aquí este requisito si la ley o las leyes sobre el uso del papel sellado lo exigen. Pero de todos modos, exigiéndose aquí la falta de papel sellado hará nulo el testamento por lo dispuesto en el artículo 588, salva la excepción del artículo 585*”.

Recibido el Proyecto en el Ministerio de Gracia y Justicia, ante las reiteradas reclamaciones dirigidas a la Comisión, se resolvió por Real Orden de 12 de Junio de 1851 demorar la publicación a fin de someterlo a información pública, sin que el texto llegara a ver la luz.

El Decreto de 7 de enero de 1885 autorizó al Ministro de Gracia y Justicia para presentar en las Cortes un proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código Civil, encargo que llevó a cabo el titular de la cartera, Francisco Silvela, con el proyecto de igual fecha publicado en el Diario de Sesiones del senado correspondiente al día 12 siguiente, apéndice al número 54. En la Base XIV y referente al testamento ológrafo dispone ⁽⁹⁸⁾: “*El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales a los acuerdos que la Comisión Gene-*

⁽⁹³⁾ Art. 120 del Codi de Successions per causa de mort a Catalunya: Vid. E. RICART MARTÍ, *Apuntes sobre el testamento ológrafo*, cit., 208 ss.

⁽⁹⁴⁾ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 19

⁽⁹⁵⁾ Gai.2,104; D. 37,11,1,pr; D.37,11,4; C. 6,23,15, I. 2,10,12.

⁽⁹⁶⁾ Art. 585: *Los testamentos otorgados en país extranjero con las solemnidades usadas en el mismo son válidos. El español podrá además otorgar testamento ológrafo con arreglo al artículo 564, sin el requisito del papel sellado.* Vid. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 39. A favor de la supresión del requisito del papel sellado Fabié, tal como destaca J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Española*, cit., 573.

⁽⁹⁷⁾ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 18.

⁽⁹⁸⁾ J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Española*, cit., 427. En la página 524 relata: “La discusión de la Ley de Bases de 1885 quedó interrumpida, por urgencias de la Ley de presupuestos — *primum vivere* — y fin de la legislatura señalado para el 11 de Julio de 1885. (...) Con el gobierno liberal, vino de nuevo a Gracia y Justicia Alonso Martínez, el 27 de Noviembre de 1885 y con bastante lentitud nombró la Cámara nueva Comisión

ral de Codificación, reunida en pleno, con asistencia de los señores Vocales correspondientes y de los señores Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, y con arreglo a ello se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de ológrafo, abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero (...)”.

El anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888) ⁽⁹⁹⁾ dentro del libro III titulado *De los diferentes modos de adquirir la propiedad*, en el título 3.º se ocupa de las sucesiones, dedicando el capítulo 1.º a la *sucesión testamentaria*. La sección 1.º de este capítulo trata de *los testamentos en general*, la sección 2.ª se ocupa de la *forma de los testamentos*. En esta sección el apartado 1.º titulado de las disposiciones generales sitúa el testamento ológrafo dentro de los testamentos comunes y describe su definición en los artículos 672 y 673 que se expresan en los siguientes términos:

Art. 672: El testamento es común o especial.

El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado ⁽¹⁰⁰⁾.

Se consideran especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.”

Art. 673: Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 684.

El párrafo 2.º de la mencionada sección regula todo lo referente a los requisitos que se exigen para la existencia, validez y eficacia del testamento ológrafo tanto los que han de cumplirse en el momento del otorgamiento como los posteriores que han de contemplarse para su adverbación y protocolización en los artículos 684 a 690, agrupándose todos en una misma sección a diferencia del Proyecto de Código civil de 1851.

Art. 684: El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacerse en

que emitió dictamen el 14 de Junio de 1887. La Base XIV fue aprobada sin debate tal como nos destaca el autor en la página 537. En la página 540 pone de manifiesto el autor que el Congreso aprobó sin discusión el dictamen de la Comisión mixta, el 1 de mayo de 1888 y también el senado, el día 4 del mismo mes de mayo. El 11 de mayo de 1888 fue sancionada la Ley de Bases para la publicación del Código Civil por la reina regente D.ª M.ª Cristina, en nombre de su hijo Alfonso XIII y refrendada por el Ministro Alonso Martínez, según aparece publicada en Gaceta del día 22, sin exposición de motivos, en cuya base 15 mandaba añadir el ológrafo a las clases de testamentos admitidos por la legislación anterior.

papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contiene palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador antes de poner su firma ⁽¹⁰¹⁾.

Art. 685: *El sordomudo, el extranjero a que se refiere el artículo 679 y cualquiera otro que no pueda hablar, ni ser entendido de viva voz, podrá hacer testamento ológrafo si sabe escribir* ⁽¹⁰²⁾.

Art. 686: *“No tendrá valor ni eficacia el testamento ológrafo si no se protocoliza, presentándolo con éste objeto al Juez de Primera instancia del último domicilio del testador, o del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de un año, contado desde el día de fallecimiento”* ⁽¹⁰³⁾.

Los artículos 686 a 690 disciplinan todos los requisitos necesarios para la adverbación y protocolización del testamento ológrafo, entre los que se encuentra el órgano competente para ello: Juez de primera instancia del último domicilio del testador o del lugar en que este hubiera fallecido. Plazo de presentación: 1 año a contar desde el día del fallecimiento (Art. 686); obligatoriedad que impone a toda persona en cuyo poder se encuentre depositado dicho testamento de presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador en el plazo de 10 días siguientes (Art. 687). Sujetos legitimados para instar la protocolización (Art. 687). Necesidad de comprobar previo a cualquier otra actuación el fallecimiento del testador, así como la autenticidad de la autografía por medio por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y puedan declarar que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano del propio testador o a falta de testigos idóneos o en caso de duda acudiendo al cotejo de letras (Art. 688). Obligación de citar al cónyuge sobreviviente y los descendientes legítimos del testador, y en defecto de unos y otros los hermanos (Art. 689). Una vez que el Juez estime justificada la identidad del testamento, acordará su protocolización en los registros del Notario a quien corresponda, por el cual se darán a los interesados las copias o testimonios que proceda. En otro caso, denegará la protocolización (Art. 690.1). El artículo 690.2 establece cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición,

⁽⁹⁹⁾ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÒS, *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

⁽¹⁰⁰⁾ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÒS, *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 195. Como concordancia cita el art. 563 del proyecto de García

quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Puede afirmarse que los artículos del anteproyecto de Código civil en lo referente a los requisitos que afectan al momento de otorgamiento son prácticamente similares a los del proyecto de García Goyena salvo en lo referente a la expresión del lugar del otorgamiento que aquí se suprime y la inclusión de un segundo párrafo en el artículo 684 en el se recogía la opinión de García Goyena en el supuesto que el testamento contuviera palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, en cuyo caso el testador debía salvarlas antes de poner su firma.

Tras los trámites y discusiones correspondientes en el Congreso y en el senado, la reina regente María Cristina en nombre de su hijo, el rey Don Alfonso XIII decretó en San Ildefonso el 24 de Julio de 1889 (RD. 24-07-1889) la publicación e inserción en la Gaceta de Madrid el texto de la nueva edición del Código Civil, hecha con las adiciones y enmiendas propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión general de codificación, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos colegisladores. La publicación se realizó en la Gaceta números 206 a 208 de 25, 26 y 27 de Julio de 1889 ⁽¹⁰⁴⁾.

En el Código Civil vigente, y respecto de su antecesor no existe modificación en cuanto a la ubicación del testamento ológrafo dentro del Libro III,

Goyena.

⁽¹⁰¹⁾ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÒS, *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 198, destaca como concordancias el 564 Proyecto adicionado y 775 Cod. Ital.

⁽¹⁰²⁾ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÒS, *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 198 sitúa como concordancias el Art. 786 Cod. Ital.

⁽¹⁰³⁾ M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÒS, *El Anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, cit., 199 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ J. F. LASSO GAITE, *Cronica de la Codificación Español*, cit., 626.

⁽¹⁰⁵⁾ C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, T. V, Valladolid, 1926; J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, T. V, 7.^a ed., Madrid, 1972, 611 señala como precedentes en nuestro derecho el proyecto de Código de 1851 en su artículo 563 y el de 1882, en el 672. En el derecho comparado concuerda con el 969 del Código de Francia, 601 de Italia, 969 de Bélgica, el 752 de Uruguay, el 1.910 del de Portugal de 1867 y 1.204 y siguientes de 1966, el 1.008 del de Chile, el 3.622 del de la República Argentina, el 879 de Veracruz, el 1.499 y 1.500 del de Méjico, el 3.481 del de la Baja California, el 837 del de Venezuela, el 1.629 del de Brasil y el 708 del de Panamá”; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 151 señala como precedentes legislativo inme-

titulado *de los modos de adquirir la propiedad*, Título III *de las sucesiones*, dedicándose el capítulo 1.º a los *Testamentos* y dentro de ellos, la sección 4.ª se ocupa del *testamento ológrafo*, si bien la consideración del mismo como testamento común ⁽¹⁰⁵⁾ y su definición se encuentran dentro de la sección 3.ª titulada de las formas de los testamentos, artículos 676 ⁽¹⁰⁶⁾ y 678 que son sustancialmente idénticos a los que figuraban en el anteproyecto.

El artículo 678 donde se recoge la definición del testamento ológrafo establece: “*Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688*”.

diato en el derecho comparado señala el artículo 969 del Código civil francés, siendo esta trayectoria seguida por los códigos que recogen a esta figura ológrafa. Así se introdujo en el Código civil italiano de 1865, art. 774, Código civil italiano de 1942: art. 601; Código civil alemán, párrafo 2231 Código civil suizo, art. 498. En el derecho español de la codificación señala como precedentes el artículo 563 del Proyecto de Código civil de 185 y el anteproyecto: art. 672. La autora explica con detalle la importancia de esta clasificación de testamentos comunes-testamentos especiales, así como las características que ofrece dicha forma de testar en relación con las otras formas comunes.

⁽¹⁰⁶⁾ Art. 676: “*El testamento puede ser común y especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado*”. El artículo 677: “*Se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero*”. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil*, T. V, 7.ª ed., Madrid, 1972, 608 ss., “*Determinan estos artículos las diferentes clases de testamentos reconocidos por el Código, de acuerdo con lo establecido en la base 15 de la ley de 11 de mayo de 1888. Según ellos, la primera clasificación establecida se refiere a las solemnidades observadas en su otorgamiento, entendiéndose por testamento común aquel en que se cumplen todos los requisitos o solemnidades exigidos por la ley, por regla general y para las circunstancias ordinarias y normales de la vida; y por testamentos especiales, aquellos en que, por excepción, se prescinde de alguno o algunos de dichos requisitos, en consideración a la especialidad también de las condiciones en que puede encontrarse el testador. Censúrase por algunos la subsistencia de los testamentos especiales, por considerarles hijos de irritantes privilegios, opuestos por completo a los principios de igualdad en que hoy se inspira la testamentifacción*”; T. F. TORRES GARCÍA: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. IX, Vol. 1.º *Artículos 657 a 693*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1990, 384: “*Que es forma común, y esto no sólo por expresarlo el artículo 676 del Código civil, sino también del sentido de que sólo hay una forma ológrafa de documentación del testamento, a diferencia de lo que sucede con las otras formas comunes de testar, en las que las razones que justifican el formalismo testamentario se cumplen de diversas maneras, en el testamento abierto, además de los presupuestos del artículo 694 del Código civil, el artículo 697 se refiere al testamento abierto del enteramente sordo, el artículo 698 al del ciego — en cambio, en ésta, sólo si es escrito todo él por la mano del testador —. Igualmente no se puede hablar de testamento militar o marítimo ordinario y extraordinario ológrafo, como sucede con la forma abierta o cerrada, artí-*

Art. 688 ⁽¹⁰⁷⁾: “*El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.*”

Para que sea válido éste testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones las salvará el testador bajo su firma”.

Al igual que los precedentes examinados en el derecho romano, en la LV y en el fuero juzgo, las características esenciales del testamento ológrafo son la autografía total, la no intervención de otra persona diferente del testador (notario o testigos), el testador en cualquier momento, puede anular, modificar, enmendar por sí y ante sí sin necesidad de otra persona y el carácter secreto no solo de la voluntad testamentaria sino incluso del propio hecho del otorgamiento ⁽¹⁰⁸⁾.

Tal como se encuentra regulado en nuestro código civil español, podemos decir que al igual que en los precedentes históricos y legislativos para la existencia, validez y eficacia del testamento ológrafo se exigen una serie de requisitos que han de reunirse en el momento del otorgamiento y otros que afectan a su adveración y necesaria protocolización.

culos 716, 717, 720 y 722 del Código civil, sino que, por el contrario, al no suponer el otorgamiento del testamento ológrafo ninguna especialidad ni por la persona que lo otorga ni por la relajación de los requisitos exigidos para su eficacia, solamente hay testamento ológrafo cuando el escrito que contiene la declaración de voluntad mortis causa ha sido escrito todo él, firmado y fechado de la mano del testador”.

⁽¹⁰⁷⁾ Respecto a las concordancias y precedentes: *vid.* Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Miguel Moreno Mocholi*, T. 12. *De las sucesiones en general. De los testamentos. Artículos 657 a 739*, 2.^a ed., Madrid, 1950: Concordancias. — *Análogo al art. 564 del proyecto de Código de 1851, igual en los párrafos 2.º y 3.º al. 684 y análogo en su último párrafo al 685 del de 1882. Concuerda con el artículo 970 de los Códigos de Francia y Bélgica, 979 del de Holanda y 1.026 del de Chile. El de Méjico lo regula en sus artículos 1550 al 1564, conteniendo la novedad de que es esencial su redacción por duplicado y que el original ha de depositarse en la sección correspondiente del registro público, de donde el testador podrá retirarlo cuando lo desear. Fallecido éste, habrá de practicarse la adveración por el Juez, mediante confrontación del duplicado con el original depositado. El novísimo Código de Italia trata del testamento ológrafo en sus artículos 602 y 608, y el de Suiza, en el 504 y 505. El de la república Argentina lo regula en varios (3.639 a 3.650), dándole un gran detalle en su ordenamiento. Como precedentes legales señala Fuero Juzgo, libro segundo, tít. V, ley 15 y Partida 6, tít. I, ley 7. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., 68 ss., destaca con acierto como precedentes en el derecho romano la Nov. Val. 21,2,1 y el *testamentum parentum inter liberos*: C. 6,23,21 y Nov. 107,1 que penetró por conducto de las partidas (Ley, 7.^a, tít. I, Partida 6.^a) en el*

Los requisitos que se han de observarse en el momento del otorgamiento afectan a:

1. *Testamentifacio* del testador. Se introduce un párrafo nuevo inexistente en la primera edición del código en el artículo 688 que restringe la capacidad para otorgar testamento ológrafo, permitiéndose el otorgamiento únicamente a las personas mayores de edad ⁽¹⁰⁹⁾, constituyendo una excepción a la regla de la capacidad de obrar que para la realización de negocios intervivos establece el artículo 322 del Código civil y la que con carácter general establece en relación con la testamentifacio el artículo 622 ⁽¹¹⁰⁾.

En la exposición de motivos que precede a la segunda edición ⁽¹¹¹⁾, se dice por sus autores, que con la mira de asegurar la autenticidad de las dis-

Derecho español y fue derogada por la Ley 3 de Toro. Igualmente indica que en nuestra patria se registra como principal precedente el Fuero Juzgo 2,5,15. T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 77 ss., donde además de las fuentes en el derecho romano y en el derecho histórico sitúa la Código francés como precedente inmediato y efectúa referencia a los antecedentes en el derecho francés: Droit coutumier; costumbre de París 1580; Ordenanza de 1735 y de la misma autora *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., 385.

⁽¹⁰⁸⁾ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., 67 ss.; X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, cit., 151.

⁽¹⁰⁹⁾ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 379. E. RUIZ VADILLO, *El testamento ológrafo*, cit., 627 ss.; J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., 72 ss.; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 175 ss. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. IX, Vol. 1, cit., 389: “Esta exigencia de mayoría de edad ha sido configurada jurídicamente como una incapacidad legal en cuanto que su razón de ser se encuentra no en que el causante carezca de aptitud para entender y querer, sino porque no tiene uno de los presupuestos exigidos por una norma de carácter imperativo como es ésta del artículo 688, párrafo 1.º, del Código civil. Además, acompaña al testador cualquiera que sea el lugar donde se otorgue este testamento, ya sea a bordo de un buque de guerra o mercante español (art. 732, párrafos 1.º y 2.º del C.C.), ya que las normas que reglamentan la capacidad testamentaria siguen al español fuera de España. Se trata de una incapacidad relativa en cuanto que sólo afecta a la capacidad del que quiere otorgar testamento ológrafo frente a la incapacidad del menor de catorce años, que es absoluta; es una incapacidad susceptible de cesación, pues sólo está incurso en ella el que habiendo cumplido los catorce años y estando en su cabal juicio no es mayor de edad, desapareciendo la misma en el momento en que alcanza ésta”.

⁽¹¹⁰⁾ Art. 322: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, este precepto desarrolla el contenido genérico del artículo 315: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo del día del nacimiento”; Art. 662: “Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. Vid. Sobre si los menores de edad emancipados pueden otorgar testamento ológrafo, igualmente vid. T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 194 ss. *Comentarios al*

posiciones testamentarias y de alejar el peligro de las falsedades, se ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndolo tan solo a los mayores de edad, aunque basta la de catorce años para testar en otra forma ⁽¹¹²⁾.

En consecuencia, la capacidad para otorgar testamento ológrafo quedó limitada a los mayores de edad, que en aquellos momentos estaba situada en los 23 años, habiendo sido rebajada después de la Ley de 13 de diciembre de 1943 a los 21 y en la actualidad, tras la reforma operada por RD Ley de 16 de noviembre de 1978 y el artículo 12 de la Constitución española, la misma se ha fijado en los 18 años ⁽¹¹³⁾. El sistema para el cómputo de la mayoría de edad es el denominado cómputo civil consagrado por el legislador en el artículo 5 del Código civil, lo que conduce a computar los días inhábiles. El artí-

Código Civil y compilaciones forales, T. IX, V. 1 A, cit., 393 ss.; F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, cit., 312; X. O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, T. V. *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1999.

⁽¹¹¹⁾ Colección legislativa de España, T. 143, 560 ss., donde se recoge la exposición de motivos.

⁽¹¹²⁾ R. ESPAÑA: *Tratado práctico*, cit., 112 ss.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil español*, T. VI, V. 2, 2.^a ed., Madrid, 1910, 364: *A los catorce años existe mayor dificultad para garantizar la autenticidad de la letra en el testador*; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 379 ss. en la que pone de relieve: “No fueron, sin duda alguna ajenos a esta muy importante y laudable modificación los meritorios esfuerzos de los oradores que en el Congreso de los Diputados y en el Senado hicieron objeto preferente de sus críticas y la redacción deficiente del primitivo artículo 688, sobre todo de los Senadores, señores Silvela y Comas. Los argumentos de éste, de modo principal, debieron decidir la reforma al evidenciar que los niños de catorce, quince, dieciseis y hasta diecisiete años mal podría servir para sello de autenticidad a cualquier testamento, atendido solo ese extremo, ni tampoco la de los estudiantes; no teniéndose, además, a la edad de catorce años, firma alguna en documento público con la cual pueda hacerse la confrontación de la que se estampase en el testamento ológrafo. Y si, tratándose de los estudiantes, se acudiera a las firmas que ponen en los libros de exámenes, después que han pasado por el duro trance de ser examinados, con todo el susto y desasosiego que es de suponer en tales casos, no habría ningún testamento ológrafo hecho por aquellos que se pareciese a su letra”. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, T. 6, V. 2, Madrid, 1973, 70, en la edad de la pubertad suelen no estar bien formados los rasgos de la escritura. J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, 135 ss., en cuanto “para otorgar el testamento ológrafo, la primera edición del Código no fijaba una edad especial, por lo cual regía también respecto a éste la regla general de capacidad para testar, establecida por el art. 663, pudiendo otorgarlo los mayores de catorce años de uno y otro sexo... Pero la comisión revisora, teniendo en cuenta cuanto se alegó respecto a que en la niñez y en la edad juvenil el tipo de letra no está aún formado con carácter permanente y definitivo, introdujo en el art. 688 un primer párrafo según el cual el “testamento ológrafo sólo podrá

culo 315.2 del mencionado cuerpo legal determina la necesidad de incluir completo el día de nacimiento para el cómputo de la mayoría de edad, situándose su precedente en el Derecho romano en un texto de Ulpiano, Comentarios a Sabino, Libro VI recogido en D.28,1,5 (114).

Como requisito consustancial al testamento ológrafo se encuentra que el testador sepa y pueda escribir, puesto que la última voluntad del testador ha de realizarse escrita por el propio testador, lo que no pueden cumplir aquellas personas que no saben o no pueden escribir (115).

2. *Autografía total por el testador.* Como afirma MUCIUS SCAEVOLA (116) es el elemento más esencial y característico de este testamento, lo que precisamente exige la etimología de la palabra ológrafo, que se compone de dos palabras griegas, *olos* y *graphos*, una de las cuales significa entero y la otra escribir; de modo que se trata de escribir por entero.

Para que sea válido este testamento, el mismo ha de *estar escrito todo él* por el testador, de tal forma que no será válido si lo escribe otra persona a su ruego, ni siquiera bajo su dictado, ni si utiliza un medio fonográfico o mecá-

otorgarse por personas mayores de edad”, justificándose en la exposición de 30 de junio de 1889 esta norma especial de capacidad por la conveniencia de asegurar su autenticidad y de alejar el peligro de falsedades”. T. F. TORRES GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. IX, V. 1. A, cit., 390 ss.; X. O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, cit., 152.

(113) T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 198, n 146.

(114) D. 28.1.5. *Ulp. L. VI ad sabinum*: “*A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complese? Propone aliquem kalendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitrator, etiamsi pridie kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: iam enim complese videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur*”.

(115) Sobre las personas que no saben o sufren una imposibilidad física, *vid.* E. RUIZ VADILLO, *El testamento ológrafo*, cit., 627 ss.; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 217 ss. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 400 ss.; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., 72 ss.; X. O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, T. V. cit., 151. F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, cit., 313.

(116) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 364 ss. y 380 y ss.

(117) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 380 ss.; E. RUIZ VADILLO, *El testamento ológrafo*, cit., 633 ss.; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 225 ss. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 407; X. O’CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, cit., 153; F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, cit., 315.

nico, como una máquina de escribir o un ordenador, aunque sea la mano del propio testador la que realizara el escrito ⁽¹¹⁷⁾. En este sentido ya tuvo la oportunidad de pronunciarse la Audiencia Provincial de Madrid, sección 25, en sentencia de 27 de diciembre de 2003. Jur 2004/90213 ⁽¹¹⁸⁾.

La autografía del testamento ha de ser total, sin que se exija una escritura determinada, pudiendo el testador salvar las palabras enmendadas, tachadas o entre renglones. La doctrina española ⁽¹¹⁹⁾ y el Tribunal Supremo, entre otras, en STS 24 de febrero y 4 de Noviembre de 1961 (Arts. 351 y 4436 del año 1961) ⁽¹²⁰⁾ ha interpretado reiteradamente este requisito en el sentido de que las tachaduras, enmiendas o añadidos no salvados bajo la firma sólo anularán el testamento si afecta a elementos esenciales del testamento; si no los afectan, simplemente son invalidadas las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones.

⁽¹¹⁸⁾ SAP Madrid, Sección 25, de 27 de diciembre de 2003 núm 699/2003. Jur 2004/90213: FJ 2.º: *“En cuanto al fondo (alegación segunda) de la motivación de parte de la naturaleza de la acción de petición de herencia, tendente a la recuperación de todo el acervo hereditario y como tal, universal que ejercita la actora y ante la que se oponen, en primer lugar, el testamento ológrafo que presentó la demandada (su doc. n.º 6 a los folios 71 y 72) con la cita de los arts. 678 y 688 del Código Civil. Este documento es utilizado con aquel valor testamentario como disposición de última voluntad de D. Lorenzo y en el que, entre otros extremos, se niega la condición de hija a D.ª Maite. Al constituir o, mejor dicho, atribuirse al citado documento todos los efectos de un testamento, en este caso ológrafo, y del que practicamente deriva toda la oposición de D. Cornelio, basta su examen para concluir que faltan todos los requisitos para conferirle la consideración de testamento ológrafo ya que por definición y para que sea válido es necesario que esté íntegramente escrito y firmado por el testador con expresión del año, mes y día en que se otorgue, escritura que lo ha de ser del otorgante, de su puño y letra, manuscrito directamente, formalidad al igual que las restantes, de carácter esencial y que de faltar determina su nulidad. Ya se refirió el Juez a quo a este particular en el fundamento IV de derecho de la sentencia recurrida y apenas si cabe añadir nada más porque lo cierto es que el tan citado documento n.º 6 en modo alguno reúne aquellos requisitos. Se trata de una simple fotocopia de un texto mecanografiado y con una firma ilegible sin que sea preciso abundar en la discordancia del mismo con la previsión del art. 688 C.C.”*

⁽¹¹⁹⁾ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, cit., 19; QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 381; J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, cit., 139, 144 ss.; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 260 ss. y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 409 ss.; J. CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español*, cit., 72 ss.; F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, cit., 317 ss.

⁽¹²⁰⁾ STS, Sala 1.ª de 24 de febrero y 4 de noviembre de 1961 en las que se indica que las palabras intercaladas y al margen del documento, no salvadas por la firma del testador, cuando no varíen ni alteren, no pueden destruir la eficacia del testamento si no afec-

El artículo 688 concluye haciendo una advertencia en lo referente al idioma: “*Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma*” (121).

Comparto en esta materia la opinión de TORRES (122) de interpretar esta norma en sentido amplio de tal forma que el testamento ológrafo puede ser escrito en cualquier idioma, lo que lleva a distinguir las siguientes proposiciones que destaca la autora: *a)* Español que escribe su testamento en lengua nacional; *b)* el español que lo escribe en idioma diferente del suyo propio; *c)* el del extranjero que escribe su testamento en su propio idioma, en español, o en otro diferente del suyo nacional; todo lo cual es posible teniendo en cuenta la naturaleza de escrito privado de esta forma de testar, para cuya escritura no existe ninguna norma especial en cuanto al idioma en que debe ser redactado el testamento. La norma de este párrafo último va dirigida al extranjero que otorga testamento ológrafo en España, de acuerdo con las prescripciones que nuestro ordenamiento jurídico exige para esta forma de testar, la cual puede interpretarse en un doble sentido: con ella se trata de favorecer al extranjero que encontrándose en España quiere otorgar testamento y se le autoriza escribirlo en su propio idioma, pero también que, dado el carácter facultativo que tiene tal mención, tampoco se prohíbe al extranjero que otorgue testamento ológrafo en idioma español.

tan a la declaración de voluntad.

(121) Este inciso no se contenía ni en el proyecto de García Goyena de 1851, ni en el art. 684 del Anteproyecto del Código civil. T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., en la página 266, nota 80, indica: “*sin embargo, el mismo si que estaba en el Proyecto de Código Civil de 1882, en cuyo art. 685 se indicaba igual precepto en favor de los extranjeros, del cual tuvo que ser tomada la mencionada indicación*”.

(122) T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 266 ss., y en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 439.

(123) Sobre las funciones que cumple la firma, vid. FERNÁNDEZ ANADÓN, *Significado de la firma en el instrumento público o la firma suplida*, *Centenario de la ley del Notariado*, sección 2.^a, *Estudios de derecho Notarial*, V. I, Madrid, 1962, 514. M. E. ROCA DE LAQUE, *Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. — Eficacia en los distintos tipos de testamentos. Comentario a la sentencia de 8 de abril de 1965*, *RJC*, 1970, 301 ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO — F. A. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, Parte general, T. I, Barcelona, 1971, 2.^a ed., 1976 cit., 414; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 314 ss. y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 416.

(124) QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 389; R. BADENES GASSET, *Comentarios a la sentencia de 30 de noviembre de 1945*, *RJC*, 1946, 120 y ss. En la página 123 señala el autor: “*Será indiferente que la firma, siendo de puño y letra del testa-*

3. La autografía total afecta no solo al contenido del escrito sino también a *la firma del testamento por el propio testador* (123). La doctrina española (124) ha analizado este requisito llegando a la conclusión de que la firma simplemente manuscrita, la firma realizada por medios diferentes de los autógrafos como puede ser la estampilla, o firma mecanografiada o realizada por procedimientos mecánicos (125) son medios indirectos de firmar y no firma en el sentido exigido en el presente artículo. Tampoco se considera válido la huella digital y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de noviembre de 1973 (art. 4163/1973) (126).

TORRES (127) destaca que en nuestro derecho positivo se conocen dos maneras de firmar los documentos — Firma. A) Escribir el nombre del firmante al final que puede realizarse con el nombre de la persona solamente, como aconteció en el testamento ológrafo cuya validez fue reconocida por la STS de 8 de Junio de 1918, en el que la testador firmó con el nombre patronímico de “Matilde, acompañado de la rúbrica; media firma definida como la que consta solo de los dos apellidos del firmante, bien de uno solo o de los dos y la firma entera; o B) Trazar un rasgo de su propia mano-rúbrica.

dor se escriba con tinta o con lapiz, pero no puede ser válido un testamento ológrafo sin que todo él esté suscrito por el testador, ya que, en definitiva la palabra ológrafo se compone de dos griegas, olos y graphos, una de las cuales significa entero y la otra escribir, y admitir un testamento ológrafo en el que alguna de sus partes estuviera escrito con ayuda de medios mecánicos y no simple y directamente por la mano del testador, sería tanto como afirmar que seguiría teniendo los caracteres de un triángulo aquella figura geométrica a la que le faltase uno de los tres lados o ángulos, máxime si se trata precisamente del requisito de la firma que tiene la doble finalidad de integrar la declaración de voluntad e identificar la persona del disponente”.

T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 329 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 417 ss.

(125) La sentencia de 3 de abril de 1945 consideró como no válida aquella firma para la cual el testador se había valido para imprimirla por medios mecánicos, ya que, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 691 del Código Civil — equiparados el cuerpo del escrito y la firma —, tal cuerpo no puede ser de condición o naturaleza distinta de la firma, y ésta, por lo tanto no puede ser estampada por ningún medio mecánico”. *Vid.* comentario sobre esta sentencia que realiza R. BADENES GASSET en *RJC*, 1946, cit., 120 ss.

(126) STS, Sala 1.ª, de 10 de noviembre de 1973, (Art. 4163/1973): “*Es evidente de una parte que la impresión de la huella dactilar no es la firma a que hace referencia el mencionado precepto y que por tal no cabe entender más que la autografía, esto es, la escritura de la mano de su propio autor y de otra parte, que el criterio de equivalencia entre la firma del testador y su manifestación de no saber o no poder firmar, que propugna el recurrente, no puede ser compartido, antes por el contrario, si el testador sabe y puede firmar, tiene necesariamente que autorizar el testamento con su firma”.*

El código civil español, omite lo referente al lugar en que ha de colocarse la firma dentro del testamento ológrafo ⁽¹²⁸⁾. En este sentido la mayoría de la doctrina se ha pronunciado por considerar que el lugar de la firma en el escrito testamentario es el final del mismo ⁽¹²⁹⁾.

4. La fecha completa es para el código civil requisito esencial de este testamento, ya que por medio de la misma se determinará la capacidad del testador (art. 666) y la eficacia, puesto que permite determinar cual es el testamento posterior, esencial a los efectos de revocar o ser revocados por otros testamentos de fecha distinta ⁽¹³⁰⁾.

La fecha que ha de hacerse constar es la del momento del otorgamiento del testamento, teniendo en cuenta la dicción del Código civil: “*con expresión del año, mes y día en que se otorgue*” ⁽¹³¹⁾. En la redacción vigente del Código civil se suprimió la necesidad de indicar el “lugar”, que se había introducido en el Proyecto de García Goyena de 1851 y que se mantiene en la compliación catalana, art. 120, lo que permite concluir que no es un requisito *ad solemnitatem* para el derecho civil común la constancia en el testamento del lugar del otorgamiento ⁽¹³²⁾.

Con la forma en que se encuentra redactado el artículo 688, existe libertad en cuanto a la determinación de la fecha siempre que sea autógrafa, siendo indiferente que se exprese en números, arábigos o romanos, o en letras, pudiendo utilizarse en su expresión cualquier tipo de calendario utilizado, el gregoriano, arabe o judío, admitiéndose por la doctrina la fecha por equivalencias (referida a una festividad, conmemoración: día de navidad de 1999; fecha del cumpleaños del testador, etc.) y sin que haya de observarse en

⁽¹²⁷⁾ T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 319 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 420; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, cit., 76 ss.

⁽¹²⁸⁾ Únicamente se indica el lugar para el testamento cerrado en el artículo 7096, 2 y 3 del Código civil; bien al final del escrito si lo escribe el testador, o al final del documento, si es otra persona a su ruego.

⁽¹²⁹⁾ F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, cit., 371; J. OSSORIO MORALES, *Manual de la sucesión testada*, cit., 141. T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 335 ss., y *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 424 ss.

⁽¹³⁰⁾ E. RUIZ VADILLO, *El testamento ológrafo*, cit., 636. Sobre las funciones de la fecha, T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 275 ss. Y la misma autora en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 426. El carácter esencial de la fecha ha sido determinado por la jurisprudencia en Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1900; 12 de Julio de 1905, 5 de diciembre de 1927, 4 de noviembre de 1947, respecto de la cual ver Comentario de L. DIEZ PICAZO en *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, V. 3, Madrid, 1976, 2.^a ed., 338 ss.

su expresión un determinado orden respecto a la colocación del día, mes y año ⁽¹³³⁾.

Respecto al lugar que debe ocupar en el escrito testamentario, la doctrina civilista se encuentra dividida entre los que propugnan el principio de la libertad absoluta de testar en el momento de fijar el lugar que la misma debe ocupar dentro de su escrito y los partidarios de que se consigne al pie del escrito pero antes de la firma, decantándome por la postura que propugna la absoluta libertad del testador siendo indiferente el lugar que la misma ocupe en el testamento, puesto que tan válido será el testamento que contenga la fecha en el encabezamiento como aquel que se encuentre al final del mismo siempre que la misma sea autógrafa, exacta, completa y verdadera.

5. Una de las modificaciones sustanciales de los requisitos que se establecieron para la existencia y validez del testamento ológrafo en el momento del otorgamiento afectaron a la materia sobre la cual puede ser escrito el testamento ológrafo.

En el Proyecto de 1851, artículo 563; Anteproyecto de Código Civil, artículo 684 y el artículo 688,2 del Código Civil vigente antes de la promulgación de la Ley de 21 de Julio de 1904 solamente admitía el testamento ológrafo otorgado en papel, excluyendo la validez de los testamentos ológrafos realizados en cualquier otra materia: pergamino, madera, tela, etc. Pero además no se consideraba testamento ológrafo el otorgado por el puño y letra del testador en cualquier papel, sino que como requisito *ad solemnitatem* se exigía que el testamento ológrafo fuera otorgado en *papel del sello correspondiente*

⁽¹³¹⁾ T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 287 ss., en donde detalla las menciones, caracteres y demás cuestiones referentes a la fecha. La misma autora en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 429 ss.

⁽¹³²⁾ El Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse en este sentido en STS, Sala 1.ª; de 5 de diciembre de 1959. Ver comentario a esta sentencia realizado por L. DIEZ PICAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, V. 2, 618 ss.

⁽¹³³⁾ E. RUIZ VADILLO, *El testamento ológrafo*, cit., 636 ss.; T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 279 ss.; F. LLEDÓ YAGÜE, *Derecho de sucesiones*, cit., 317.

⁽¹³⁴⁾ Este requisito de orden civil estimaba el legislador que era una de las mayores garantías de autenticidad, y por eso no señaló la clase de papel; bastaba que fuera correspondiente al año del otorgamiento. Únicamente se exigía para el testamento ológrafo y no para el testamento cerrado, que podía ser escrito sobre papel común tal como establecía el artículo 706.2 CC.

⁽¹³⁵⁾ En las STS de 26 de Junio de 1903, 18 de Enero de 1910 y 30 de Junio de 1914 se mantuvo la nulidad originaria por no haberse otorgado el testamento ológrafo

al año de su otorgamiento ⁽¹³⁴⁾ so pena de nulidad y así lo indicó el Tribunal Supremo en STS de 26 de Junio de 1903; 18 de Enero de 1910, 30 de Junio de 1914 ⁽¹³⁵⁾.

La exigencia de papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento estuvo en vigor hasta la promulgación de la Ley de 21 de Julio de 1904 por la que se modificó la redacción del apartado 2.º del artículo 688 y del apartado 3.º omitiendo el requisito del papel tal como ha llegado hasta nosotros en la actual y vigente redacción ⁽¹³⁶⁾.

Con esta modificación se amplía la libertad de testar de forma ológrafa y se introducen en el artículo 688 del Código Civil los principios que regían en el Derecho romano ⁽¹³⁷⁾ sobre la libertad que tenía el testador para plasmar su declaración de voluntad escrita en cualquier materia (papel, pergamino, madera, tela, etc) y no única y exclusivamente en papel, pudiendo ser escrita tanto en una hoja como en varias, tanto en blanco como usadas, es decir, se admite como testamento ológrafo el que fuera escrito en el reverso de otro escrito o de una carta como ya se permitía en el derecho romano y nos los

en papel sellado. *Vid.* R. NOVOA SEOANE, *Un caso particular de testamento ológrafo. Cuestiones prácticas*, RDP, 1920, 225, quien analiza el testamento ológrafo otorgado por un abogado que desempeñó importantes cargos, entre ellos la Fiscalía del Tribunal Supremo. Había pertenecido en los veinte últimos años de su vida a los Cuerpos Colegisladores y era senador del reino al fallecer. Cuando era muy joven, en 1892 había otorgado testamento abierto ante un Notario de Madrid; pero entre sus papeles en el domicilio de Madrid, se encontró una disposición de última voluntad, escrita por el mismo testador, de su puño y letra firmada por él en un pliego de papel con el membrete del senado, con fecha 17 de Julio de 1904. El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo que dictó sentencia en fecha 18 de mayo de 1907 en el que, en lo que aquí interesa, declaró: “*extendido el supuesto testamento ológrafo el 17 de Julio de 1904, en un pliego de papel de cartas con membrete del Senado días antes de promulgarse la ley de 21 de Julio del mismo año aparece clara su nulidad por dejar incumplido el requisito esencial del papel sellado exigido por la ley vigente en la época del otorgamiento*”.

⁽¹³⁶⁾ R. ESPAÑA, *Tratado práctico sobre testamento ológrafo*, cit., 114 ss.; R. NOVOA SEOANE, *Un caso particular de testamento ológrafo*, cit., 228 y ss., explica con detalle el proceso que siguió la supresión del papel sellado y los defectos de forma y fondo que se produjeron en la esta modificación, T. F. TORRES, *El testamento ológrafo*, cit., 247 ss., y en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, cit., 437.

⁽¹³⁷⁾ D. 37,11,1,pr; D. 37,11,4; C. 6,23,15; I. 2,10,12.

⁽¹³⁸⁾ QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, cit., 386; T. F. Torres: *El testamento ológrafo*, cit., 261.

transmite Ulpiano L. 42 *ad edictum* en D. 37,11,4.

Admisión de validez que no solamente ha sido reconocido por la doctrina ⁽¹³⁸⁾, sino también por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en una sentencia dictada el 8 de Junio de 1918, Ponente: D. Antonio Gullón ⁽¹³⁹⁾, que declara la validez del testamento ológrafo otorgado por Matilde a favor de Pazicos, que era del siguiente tenor: “*Peñafiel a 24 de octubre 1915. Pazicos de mi vida: en esta primera carta de novios va mi testamento, todo para tí, todo, para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde = Rubricada*”.

El testamento ológrafo se encontraba extendido en una hoja en blanco que forma parte de una *carta fechada* en Peñafiel a 8 de marzo de 1873, y que literalmente dice así: “*Querido Pepe he recibido la tuya la que me ha servido de mucho placer y en un tanto me la consolado de la grande tristeza que tengo, 2 días ace que estoy separada de ti y se me han hecho dos siglos no acierto a salir a ningún lado ni puedo hacer nada, todo me sienta mal, con nada estoy contenta ni agusto, solo con estar a tu lado querido Pepe, es tanto lo que me acuerdo de ti que todo el dia me lo paso llorando particularmente desde las dos de la tarde en adelante y desde las 7 hasta las 10. A esta llegamos todos mal y particularmente yo, lo que nunca me ha sucedido me mareado y todo el camino vine con una fuerte calentura ya la tenía cuando me despedí de ti a causa del disgusto que me ha causado el separarme de tu lado. Me dices que me olvide de los que nos dijo aquella biejecita lo tengo muy presente, nunca se me olvidará, porque estoy en la persuasión de que se realizará por que te quiero mucho y tengo confianza en ti, que creo no me olvidarás como yo tampoco te olvido ni te olvidaré. No se me aparta del pensamiento los paseos que dábamos por el cementerio el Prado de la Madalena y la noche que fuimos al bibero, noche fatal, noche de despedida y de desconsuelo para mi, el separarme de tu lado; cuando recibí tu carta, estábamos concluyendo de comer, ay te mando un mimito, acte cuenta que le tomamos*

⁽¹³⁹⁾ El supuesto de hecho que analiza la sentencia es el siguiente: “Doña Matilde Corcho Arroyo, esposa de D. José Pazos Vela Hidalgo, falleció en la ciudad de Valladolid el 8 de Febrero de 1916, sin dejar ascendientes, ni tampoco descendientes y si como parientes más próximos a sus dos sobrinos D. Domingo y Doña Saturnia de la Torre Corcho, hijos de una hermana de doble vínculo, no habiendo otorgado Doña Matilde testamento ante Notario, según la certificación del Registro General de actos de última voluntad. Con fecha 11 de mayo de 1916, o sea, a los tres meses y tres días posteriores al en que falleció Doña Matilde Corcho Arroyo, el esposo viudo de esta, D. José Pazos Vela Hidalgo, acudió al Juzgado de Primera instancia del distrito de la Plaza, de Valladolid, manifestando que su dicha esposa fallecida no tenía él noticia que hubiese otorgado testamento, por lo que dió orden de que así se manifestara al hacer la inscripción de su defun-

a medias como todo. Antonia me encarga te dé sus recuerdos y que se acuerda mucho de tí, Adiós querido Pepe, no te olvide ésta que te quiere mucho, muchísimo, pero muchísimo. — Matilde (con rubrica), un millón de besos de mi parte (ilegible).

El Juez de Primera instancia del distrito de la plaza de Valladolid dictó auto con fecha 25 de Mayo de dicho año 1916 por el que considerando que justificada en forma legal a medio de testigos idóneos la identidad del testamento, procedía acordar su protocolización, conforme al artículo 693 del Código Civil ⁽¹⁴⁰⁾.

Previa celebración del oportuno acto conciliatorio, D. Domingo de la Torre Corcho promovió ante el Juzgado de Primera instancia del distrito de Valladolid juicio declarativo de mayor cuantía contra D. José Pazos Vela Hidalgo en el que suplicaba la nulidad del documento que se supone escrito por Matilde Corcho Arroyo que se ha mandado protocolizar como testamento de la misma, se abriera la sucesión legítima y en tal concepto declarar herederos abintestato al actor y su hermana, como más próximos parientes y sin perjuicio de los derechos del cónyuge viudo y que D. José Pazos está obligado a proceder en unión del actor a la práctica de las operaciones testamentarias, por consecuencia del fallecimiento de Doña Matilde Corcho Arroyo, para determinar cuál sea el caudal hereditario y hacer su adjudicación.

ción, pero que en reciente viaje a Peñafiel, donde también tenía casa abierta, encontró entre los papeles de la difunta el testamento ológrafo por ella otorgado, en que expresaba el año, mes y día de su otorgamiento, 24 de octubre de 1915 y solicitó que previa la identidad de que el texto y firma del testamento eran de puño y letra de la testadora eran del puño y letra de la testador a medio de declaración de tres testigos que presentaría, se acordase la protocolización en la Notaría de Valladolid. Con dicho escrito presenta el testamento ológrafo extendido en una hoja en blanco que forma parte de una carta fechada en Peñafiel a 8 de marzo del 73”.

⁽¹⁴⁰⁾ El Auto del Juzgado de Primera Instancia del Distrito de Valladolid de fecha 25 de mayo de 1916 disponía: *“siendo mayor de edad Doña Matilde Corcho Arroyo cuando otorgó el testamento, escrito éste y firmado por aquella, con expresión del año, mes y día de su otorgamiento, reúne a los efectos de la protocolización todos los requisitos esenciales que para su validez exige el artículo 688 del mismo Código, sin que a ello se oponga su redacción ni la clase de papel en que fue otorgado conforme a lo dispuesto en la ley de 21 de Julio de 1904, sentencias del Tribunal Supremo de 1907, cuya omisión debe subsanarse reintegrando el testamento a razón de peseta por pliego, conforme a lo prevenido en el Real Decreto de 6 de Diciembre de 1904, artículo 3.º; que las resoluciones que se dicten en expediente donde se pretende la protocolización de un testamento ológrafo, se llevarán a efecto no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda con-*

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al Recurso de casación interpuesto por D. Domingo de la Torre Corcho contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 26 de mayo de 1917 que declara la validez del testamento ológrafo otorgado en Peñafiel el 24 de octubre de 1915. Los argumentos que esgrime el Tribunal Supremo en lo que aquí nos interesan son los siguientes:

“Considerando que lo que aceptado como cierto en la sentencia y justificado por la prueba testifical y los demás elementos de juicio: que la carta en cuya hoja blanca fue escrito el documento controvertido era dirigida al hoy demandado por Doña Matilde cuando conservaban entre ambos las relaciones amorosas previas a su matrimonio de mas de cuarenta años de duración; que durante ellos se ha acreditado así bien que al D. José le llamaban siempre Pepe su esposa; que ésta al decir ‘*Pazicos*’, sin duda alguna se dirigía a su marido, corroborándolo aún más el haber añadido: ‘*de mi vida*’ como tierna expresión del acendrado cariño a su esposo; y el elegir precisamente la cuartilla en blanco que había en la primera carta de novios para consignar en frases entrañables su última voluntad, diciendo ‘*va mi testamento, todo para tí, todo para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde*’, hay que reconocer, sentadas estas premisas, que la Sala sentenciadora ha entendido, con acierto, que consignada la fecha del documento en Peñafiel a 24 de octubre de 1915, escrito todo él de puño y letra de Doña Matilde, firmado por esta con su nombre y rúbrica, manifiesta su voluntad de testar, designando al heredero de modo que no puede dudarse quein es el instituido y mandando que todos sus bienes fuesen para su marido, resulta cumplidas todas las normas y formalidades prescritas en el repetido artículo 688 del Código.”

Considerando que al establecer semejantes conclusiones la sentencia, después de analizar serena y detenidamente el documento y todos los demás elementos que enumera haber tenido en cuenta para formar su criterio, o sea: “que Matilde pensó, quiso de modo cierto y tuvo firme propósito de ordenar su voluntad postrera al decir ‘*va mi testamento*’; que hizo expresa y determinada designación de herederos en favor de su marido valiéndose para ese efecto de nombrarlo con el diminutivo de su primer apellido, pues de no referirse a él, carecía por completo de todo su significado la frase ‘*pazicos de mi vida*’; que las palabras ‘*todo para tí, todo para que me quieras, etc*’, está claro son la manifiesta disposición de todos sus bienes patrimoniales, de la totalidad de su haber para que

después de su muerte los poseyera y disfrutara su marido, y que el nombre y rúbrica de ‘*Matilde*’, por ser de la propia mano de esta, por la forma y contexto del documento y hasta por el papel en que se extendió, convencen de que lo escribió Doña Matilde Corcho Arroyo, aunque sólo estampara su nombre, no cabe desconocer que los indicados razonamientos del tribunal juzgador se ajustan fielmente a los preceptos legales antes indicados y a los artículos 667, 665 y 772, párrafo 2.º del Código Civil, sin haber incidido por aplicación indebida ni por errónea interpretación en las infracciones que de esos preceptos legales invocan los diferentes motivos de este recurso”.

El testamento ológrafo que otorgó Matilde en Peñafiel, el 24 de octubre de 1915 a favor de Pazicos reunía todos los requisitos exigidos por la legislación vigente, puesto que en el momento de su otorgamiento, el 27 de octubre de 1915, ya estaba en vigor la nueva redacción del artículo 688 del CC por el que se suprimía el requisito del otorgamiento en papel sellado correspondiente al año del otorgamiento, lo que permitía que existiera libertad absoluta para el testador a fin de escribir su última voluntad en cualquier materia como ya se había establecido en el derecho romano, sin que fuera necesario forma alguna especial para realizar la institución de heredero. La testadora, quien carecía de descendientes y ascendientes, designaba utilizando sus propias palabras sin sujeción a formalidad alguna, como heredero universal a Pazicos, esposo de la testadora, al utilizar la expresión “*Pazicos de mi vida: todo para tí*”, estaba escrito todo el del puño y letra de la testadora y contenía al pie su firma con el nombre de Matilde y su rúbrica.

La circunstancia significativa de que Matilde otorgara su última voluntad a continuación de su primera carta de novios, que había dirigido a José Pazos el 8 de marzo de 1873, sirvió al Tribunal Supremo no solo para interpretar la voluntad testamentaria sino para recuperar en nuestro derecho el criterio que ya en su día manifestó Ulpiano L. 39 ad ed. D. 37,11,1 pr. de considerar como *tabulae testamenti* las *chartae*, entendiendo por tales en un texto que nos transmite D. 37,11,4 Ulp. l. 42 *a d edictum — ad novam chartam refertur et ad delecticiam*, de tal forma que si alguno hubiera testado al dorso de una carta — *proinde et si in opisthographo quis testatus sit* —, también en este caso se puede pedir la *bonorum possessio* e instaurar el principio de la libre facultad que tienen las personas que desean disponer de sus bienes para

forme con lo establecido en el artículo 493 del mismo Código, y que a más de no oponerse a

escribirla en cualquier materia destinada a instrumento y para usar de cualesquiera palabras que procedente del emperador Constancio se recoge en C. 6,23,15.

O'CALLAGHAN ⁽¹⁴¹⁾ destaca que “un grupo de notarios colocó, mucho después, una placa en la casa que habitaron en Peñafiel con la siguiente leyenda: “*A Matilde y Pacicos, que por su amor entraron en la jurisprudencia. Peñafiel, 24 de octubre de 1915, 24 de Octubre de 1989. Un Grupo de Notarios*”. Placa que fue descubierta por descendientes de las dos ramas familiares que sostuvieron el pleito”. Dada la importancia que este testamento ológrafo tiene para el Derecho romano, me atrevo a proponer que los romanistas españoles deberíamos colocar otra placa con la siguiente leyenda: “*A Matilde y Pazi-cos que por su amor entró el Derecho romano en la jurisprudencia y con ellos Ulpiano, Constanci, oValentiniano y Justiniano*”.

Los artículos 689 y siguientes del Código civil regulan los requisitos exigidos para a la adveración y protocolización del testamento ológrafo a fin que el mismo sea válido y produzca todos sus efectos ⁽¹⁴²⁾. Entre estos requisitos ⁽¹⁴³⁾ se dispone: *A) Obligatoriedad de protocolizarlo, presentándolo ante el Juez de Primera instancia del último domicilio del testador, o al del lugar en que éste hubiese fallecido (art. 689). Plazo de caducidad para cumplir dicha obligación que ha sido ampliado a 5 años, frente al año que se recogía en el Anteproyecto de Código Civil, artículo. B) Sujetos legitimados para presentar el testamento: obligatoriamente las personas en cuyo poder se halla depositado, que deberán realizarlo en un plazo de 10 días y facultativamente cualquier persona que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto, recogándose como sanción por el incumplimiento la de indemnizar los daños y perjuicios que se causen por la dilación (art. 690). C) Adveración judicial se encuentra regulada en los artículos 691 y 692 que proceden íntegramente de los artículos 688 y 689 ⁽¹⁴⁴⁾ del anteproyecto de código civil en la que se dispone*

la protocolización el que se formule oposición, la pretendida por el recurrente no es admisible por no haber justificado tener en el asunto interés legítimo ni parentesco con la testadora; mandó se protocolizase el testamento de Doña Matilde Corcho Arroyo de fecha 24 de octubre de 1915, con las diligencias practicadas y reintegro de aquél en la Notaria de D. Luis Ruiz Huidobro, quien daría a los interesados las copias o testimonios que procedieran, quedando a salvo el derecho de las partes para ejercitarlo en el juicio que correspondiera, protocolización que tuvo efecto en la mencionada notaría por acta de 2 de junio del año 1916”.

⁽¹⁴¹⁾ X. O'CALLAGHAN, *Compendio de derecho civil*, T. 5, Madrid, 1999, n. 2.

⁽¹⁴²⁾ Sus precedentes en lo referente a la necesidad de la comprobación de la iden-

la necesidad de comprobar el fallecimiento del testador así como su identidad por medio de tres testigos o en su defecto o para el supuesto que dudasen los examinados, por medio del cotejo pericial de letras, debiendo ser citados para la práctica de estas diligencias el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, descendientes y los ascendientes del testador, y en defecto de unos y otros, los hermanos. D) Protocolización acordada por el Juez mediante resolución judicial si estima justificada la identidad del testamento que deberá realizarse en los Registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. La resolución del Juez se llevará a efecto cualquiera que sea su contenido, y aún cuando hubiera existido oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda. (art. 693).

De todo lo anterior y a modo de síntesis, puede concluirse que, a pesar que en las Partidas de Alfonso X el Sabio, ni en la legislación posterior se admitió el testamento ológrafo como forma común de testar, e incluso la Ley 3 de las de Toro deroga la forma especial de testamento ológrafo que se admitía en el texto alfonsino para el testamento de los ascendientes en favor de los descendientes, introducido como consecuencia de la recepción del derecho romano justiniano que contemplaba el *testamentum parentum inter liberos* como una forma especial o privilegiada; en el Código Civil español vigente y en la Jurisprudencia española se encuentran presentes los principios, requisitos y caracteres que se exigían en el Derecho romano y en el derecho histórico precedente para la validez y eficacia del testamento ológrafo y como ejemplos de ellos puede destacarse: a) La autografía a que hace referencia los artículos 678 y 688 del CC y la no intervención de otra persona diferente al testador tiene su precedente en la Nov.Val. 21,2 como forma común de testar y en la Novela 107 del *testamentum parentum inter liberos* como forma especial para un determinado tipo de testamento, así como en la LV 2,5,16 que pasó al Fuero Juzgo 2,5,15; b) La exigencia de la firma en el testamento a la que se refiere el artículo 688 del Código Civil se encontraba en el derecho justiniano en el *testamentum parentum inter liberos* con las matizaciones indicadas en el presente trabajo y de ella ya nos hablaba San Isidoro de Sevilla en Etimologías 5,24,7 y se recogió como requisito en LV 2,5,16 que pasó al Fuero Juzgo 2,5,15; c) la exigencia de la fecha completa que en el artículo 688 se establece como requisito *ad substantiam* del testamento ológrafo en el Derecho romano se introdujo en la Nov.107,1 de Justiniano para el *testamentum parentum inter liberos* y con mas detalle se reguló en LV 2,5,1; 2,5,2 para todos los documentos escritos y para el testamento ológrafo fue introducida por Recesvinto en LV

2,5,16, pasando al Fuero Juzgo 2,5,1; 2,5,2 y 2,5,15; *d*) la libertad que tiene el testador para realizar testamento ológrafo en cualquier materia destinada a instrumento a partir de la modificación sufrida por el Código Civil tras la reforma que tuvo lugar por Ley de 21 de Julio de 1904 y utilizando cualquier palabra tiene su precedente en D. 37,11,1,pr; D. 37,11,4; C. 6,23,15; I. 2.10.12; *e*) La necesidad de comprobar la autenticidad de la escritura se encontraba ya en la Nov. Val. 21,2 y en la *interpretatio*, si bien la regulación referente a la obligación de presentarlo ante el órgano competente y la forma de realizarse la *contropatio scripturae* se detalla en LV 2,5,14; LV 2,5,1; LV 2,5,16; LV 2,5,17 que pasó a nuestro derecho patrio en FJ 2,5,13; FJ 2,5,14; FJ 2,5,15 y FJ 2,5,16.