

DERECHO  
RINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez  
Juan Carlos Ghirardi  
Elvira Méndez Chang  
Luis Rodríguez Ennes  
Gabriela Marta Alonsoperez  
Carlos María Antuña Suárez  
Juan Bautista Bardi  
Cecilia Benetti  
Gonzalo Bernal  
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli  
Leticia Núñez  
Carlos Andrés Domínguez  
Scheid  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Gastón L. Medina  
Germán Giarrocco  
Joao Alfredo Jiménez Salas  
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel  
Arturo Magno Quispe Quiroz  
Emma M. Rodríguez Díaz  
Julieta Salomé Rodríguez  
Mariana Verónica Sconda  
Luis Diego Vargas  
Bibiana Llaryora  
Paola Acosta  
Andrea Costa  
Soledad Sandra Peralta

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# **La discapacidad sensorial en derecho romano: falta de idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Referencia a la reforma del artículo 681 del Código Civil español**

---

Por Emma M. Rodríguez Díaz<sup>704</sup>

---

<sup>704</sup> Doctora en Derecho. Profesora adjunta en la Universidad de Oviedo (España).

## Resumen

Tras el cambio normativo en España promovido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se reconoció la idoneidad de personas ciegas, sordas y mudas para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos comunes ante notario, quebrando una larga tradición histórica ya existente en derecho romano.

## Abstract

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

**Palabras clave:** testamento; testigo; discapacidad

## I. Introducción

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introdujo una importante modificación en materia sucesoria en el Código Civil español al reconocer la idoneidad de personas con limitaciones sensoriales, en concreto, ciegos, sordos y mudos, para participar como testigos en el otorgamiento de testamentos. Completó la regulación la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, al permitir testar a personas con discapacidad

sensorial.<sup>705</sup> La importante novedad fue aplaudida por los colectivos afectados<sup>706</sup> y tiene gran relevancia social, pues una de cada seis personas de la Unión Europea tiene una discapacidad entre leve y grave, aproximadamente ochenta y siete millones de personas que no pueden participar plenamente en la sociedad.<sup>707</sup>

El fin de las reformas fue adaptar el Código Civil a normas suprana-

---

<sup>705</sup> Artículo 2º. Veintiocho. El artículo 665 se redacta con el siguiente texto: “La persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”. Veintinueve. El artículo 695 pasa a tener la redacción que se indica: “El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por éste el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad”. Treinta. Se suprime el ordinal 2º del artículo 697: “Cuando el testador, aunque pueda firmarlos, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada”. Treinta y uno. Se da nueva redacción al párrafo tercero del artículo 706, del modo siguiente: “Si estuviese escrito por cualquier medio técnico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”. Treinta y dos. El artículo 708 se redacta con el siguiente tenor: “No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”. Treinta y tres. Se modifica el inciso inicial del artículo 709 y se añade un último párrafo, en los términos siguientes: “Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: (...) Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas”.

cionales vigentes en el ordenamiento jurídico español. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas,<sup>708</sup> ratificada por España el 21 de abril de 2008, con entrada en vigor el 3 de mayo de ese mismo año, exige a los Estados partes que protejan y salvaguarden todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Desde la perspectiva comunitaria, el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>709</sup> afirma que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. El artículo 26 establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. En tanto, se prohíbe por el artículo 21 toda discriminación por razón de discapacidad, interdicción reiterada en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>710</sup> que

<sup>706</sup> <https://www.20minutos.es/noticia/2484838/0/ciegos/sordos-mudos/testigos-testamentos> (consultado en enero de 2023).

<sup>707</sup> Unión de la Igualdad: la Comisión Europea presenta la Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 | Información Europea (jcyf.es) (consultado en enero de 2023). Según el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: “Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

<sup>708</sup> <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> (consultado en enero de 2023). La Convención y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>709</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18-12-2000, en [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) (consultado en enero de 2023).

<sup>710</sup> “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” En versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30-3-2010, en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (consultado en enero de 2023).

autoriza a la Unión a adoptar las acciones adecuadas para luchar contra ella.<sup>711</sup> En este marco de acción, la Comisión Europea puso en marcha la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020,<sup>712</sup> con el objetivo de promover la igualdad de trato de las personas con discapacidad, apoyar y complementar políticas y programas nacionales encaminados a fomentar la igualdad, por ejemplo, promoviendo la conformidad de la legislación de los Estados miembros en materia de capacidad jurídica, como ya había dispuesto el artículo 12. 2 de la Convención de Naciones Unidas. Estas disposiciones han sido relevadas por la Comisión Europea con la nueva “Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030”, a fin de garantizar su participación en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos de la Unión Europea y fuera de ella. Las nuevas disposiciones contienen medidas concretas para que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de sus derechos y tengan las mismas oportunidades en la vida que las demás.<sup>713</sup>

---

<sup>711</sup> Artículo 19 (antiguo artículo 13 TCE): “1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”

<sup>712</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de noviembre de 2010, en [https://www.mscbs.gob.es/ssi/iscapacidad/docs/estrategiaeuropeadiscapacidad2010\\_2020.pdf](https://www.mscbs.gob.es/ssi/iscapacidad/docs/estrategiaeuropeadiscapacidad2010_2020.pdf). Ver también el informe de 9 de junio de 2016 de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI), en [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0203\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0203_ES.pdf) (consultados en enero de 2023).

<sup>713</sup> [Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/strategy/2021-2030) (consultado en enero de 2023).

La intervención de testigos en la autorización de escrituras públicas relativas a actos *inter vivos* tiene carácter excepcional, tras la reforma operada por ley de 1º de abril de 1939, que la limitó a supuestos en que alguno de los otorgantes no supiera o no pudiera leer y escribir (artículo 180 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944). Sin embargo, la intervención de los testigos se mantuvo con carácter general en los testamentos hasta la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, De modificación del Código Civil en materia de testamentos, que suprimió la intervención de los testigos como requisito general a fin de acoger “el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad”. Estos testigos debían ser idóneos, según el entonces artículo 681. 2 del Código Civil, estimando que no eran tales los ciegos y los totalmente sordos o mudos. Hubo que esperar a la citada Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 para ver reconocidos los derechos de estos discapaces sensoriales, frente a una larga tradición histórica.

## II. Intervención de los testigos en el testamento romano

El testamento<sup>714</sup> fue fundamental para la conciencia social romana, cuyo fin fue asegurar la unión de lo personal y patrimonial en la figura del heredero.<sup>715</sup> La concurrencia de testigos en el otorgamiento del

---

<sup>714</sup> Definiciones romanas de testamento, ver: Ulpiani Regulae XX, I; D. 28,1, 1, (Mod. 2 pand); I. J. 2, 10 pr. Entre la abundante bibliografía sobre testamento y formas testamentarias, ver: WARNKOENING, L. A. (1829). *Commentarii Juris Romani privati ad exemplum optimorum a celeberrimis germaniae iuriconsultis compositorum adornati*. T. 3, Desoer; MUHLENBRUCH, C. F. (1831). *Doctrina Pandectarum*, V. 3, Hemmerde et Schwetschke, pp. 261 y ss; ORTOLÁN, M. (1877). *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*. T. I. 4ª edición. Traducción por Francisco Pérez de Anata y Melquíades Pérez Rivas. Madrid: Libros I y II de la Instituta, pp. 502 y ss; RIEVER, A. (1878). *Traité Élémentaire des successions a cause de mort en droit romain*. Bruxelles, pp. 49 y ss; ARNDTS, L. (1879). *Trattato delle Pandette, versione italiana di Filippo Serafini*, V. III. Bologna, pp. 158 y ss; HEINECIO, J. (1888). *Recitaciones del*

testamento fue tan relevante que comparten la misma etimología,<sup>716</sup> aunque no sea posible identificar *testamentum* con “acto jurídico confirmado por testigos”, pues de las fuentes resulta un negocio jurídico más complejo *iuris civilis*, *mortis causa*, personal, unilateral, revocable y siempre formal.<sup>718</sup>

---

*derecho civil romano. Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente por Luis de Collantes y Bustamante.* T. I. 8ª edición. Valencia: Librería de Pascual Aguilar, pp. 296 y ss; PALUMBO, L. (1892). *Testamento romano e testamento longobardo.* Lanciano; DROPSIE, M. (1892). *The Roman Law of Testaments, Codicils and gifts in the even of death (mortis causa donaciones).* Philadelphia; GLÜCK, F. (1900). *Commentario alle pandette, L. 28, traducido y anotado bajo la dirección de F. Serafini,* Milano, pp. 5 y ss; VAN WETTER, P. (1911). *Pandectes contenant l'histoire du droit romain et la legislation de justinien.* T. 50. Paris; WINDSCHEID, B. (1925). *Diritto delle pandette. V. III. Traducción por C. Fadda y P. E. Bensa.* Torino: Utet; SCIALOJA, V. (1934). *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali.* Padova; JORS, W. y KUNKEL, P. (1937). *Derecho privado romano.* Traducción de la 2ª ed. alemana por Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, pp. 448 y ss; BIONDI, B. (1945). *Successione testamentaria-donazioni.* Milano: Giuffré; BIONDI, B. (1967). *Autonomia delle disposizioni testamentarie e inquadramento del testamento nel sistema giuridico. Scritti di Diritto Moderno. Parte generale del Diritto ereditario.* Milano: Giuffré; FERRINI, C. (1953). *Manuale di Pandette.* Traducción de la 4ª edición por G. Grosso. Milano, Giuffré, pp. 597 y ss; SCHERILLO, G. (1956-1957). *Corso di diritto romano: Il testamento.* Milano: Giuffré; SCHERILLO, G. (1967). *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda.* Milano: Giuffré, pp. 4 y ss; SCHULZ, F. (1960). *Derecho romano clásico.* Traducción por Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, pp. 228 y ss; BONFANTE, P. (1974). *Corso di Diritto Romano, Vol. Sesto, Le Successioni.* Milano: Giuffré; VOICI, P. (1963). *Diritto ereditario romano, V. II. Parte speciale.* 2ª edición. Milano: Giuffré; VOICI, P. (1978). *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il IV secolo.* Prima Parte, en lura, XXIX; VOICI, P. (1982). *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo imperio. I. Il V secolo,* en SDHI, XLVIII, pp. 1 y ss.; AMELOTTI, M. (1966). *Il testamento romano attraverso la prassi documentale, I. Le forme classiche di testamento.* Firenze: Le Monnier; ARANGIO RUIZ, V. (1968). *Istituzioni di Diritto Romano.* 14ª edición. Napoli: Jovene, p. 521 y ss; GROSSO, G. y BURDESE, A. (1977). *Le Successioni. Parte Generale.* Torino: Utet; PUGLIESE, G. (1990). *Istituzioni di diritto romano.* Torino: Utet; TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano.* Milano: Giuffré, p. 669 y ss; MANFREDINI, A. (1991). *La volontà oltre la morte.* Torino: Utet; MARRONE, M. (1989). *Istituzioni di diritto romano.* Palumbo, p. 843 y ss; DROPSIE, M. A. (1996). *The roman law of testaments, codicils and gifts in the event of death. Mortis causa donaciones.* Colorado: TheClassics.us; LÓPEZ PEDREIRA, A. (1998). “Las definiciones romanas de testamento” En *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano.* T. II. Vigo: Universidad de Vigo; TORRENT RUIZ, A. (1998). “Sucesión testamentaria.” En *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano.* T. I. Vigo: Universidad de Vigo, pp. 51, 57 y ss. en los que se refiere a las formas de testamento.

La eficacia jurídica *mortis causa* de la voluntad del testador dependió de requisitos externos y formales que variaron según la época, pero siempre bajo la idea imperante de publicidad: en los testamentos más antiguos, *testamentum calatiis comitiis* y *testamentum in procinctu*, el testador verbalizaba su última voluntad, el primero ante los *comitia curiata* reunidos en tiempo de paz con este fin dos veces al año (el 24 de marzo y el 24 de mayo) o ante el ejército en armas, en tiempo de guerra, antes de entrar en batalla.<sup>715</sup>

Según la doctrina,<sup>720</sup> las formas antiguas de testar fueron superadas

<sup>715</sup> GROSSO y BURDESE, *op. cit.*, pp. 13 y ss; IGLESIAS, J. (1998). *Derecho romano. Historia e instituciones*. 11ª edición. Barcelona: Ariel, pp. 554 y ss.

<sup>716</sup> IJ. 2, 10, pr: "*Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*"; ERNOUT, A. y MEILLET, A. (2001). "Voz: Testis-is". En *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des Mots*. Traducción de la 4ª edición por J. André. París: Klincksieck, p. 689; ESCRICHE, J. (1863). "Voz: Testamento". En *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. París, p. 1493. Sobre la relevancia de los testigos en el negocio jurídico romano, ver LEMENTE, A. I. (2010). "El testigo como medio idóneo y ocasión propicia para la producción de conocimiento en Derecho Romano". En *RIDROM*, octubre-2010, pp. 178 y ss. Disponible en: [http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Clemente1\\_pub.pdf](http://www.ridrom.uclm.es/documentos5/Clemente1_pub.pdf).

<sup>717</sup> SCHULZ, *op. cit.*, p. 228 ss.

<sup>718</sup> Ulpiani Regulae XX, I: "*Testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter factum, ut post mortem nostram valeat*", en *Reglas de Ulpiano*, Texto latino con traducción de Francisco Hernández Tejero, Madrid, 1946, pp. 31 y 32: "El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha con las solemnidades debidas, para que surta efecto después de nuestra muerte". Ver también *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian, translated with notes by J. T. Abdy and B. Walker*, New Jersey, 2005, pp. 112 a 114; Modestino en D. 28, 1, 1, 1 (lib. II. Pandectarum): "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis post mortem summa fieri velit*".

<sup>719</sup> Inst. de Gayo 2, 101 a 103. Sobre las teorías acerca de la función del *populus* bien como testigo, bien con capacidad decisoria para aprobar o no la voluntad del testador, ver BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, pp. 33 a 35; VOICI, *Diritto Hereditario Romano, Vol. Primo, Introduzione. Parte Generale, op. cit.*, pp. 14 a 17.

<sup>720</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, pp. 33 a 60; SCHERILLO, *Corso di diritto romano: Il testamento, op. cit.*, pp. 126 a 133 y *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda, op. cit.*, pp. 4 y ss; DROPSIE, *op. cit.*, pp. 68 a 78; D'ORS, A. (1977). *Derecho Privado Romano*. 3ª edición. Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 328 y 329; VOICI, *Diritto Hereditario Romano, Vol. secondo, Parte Speciale, op. cit.*, pp. 990 ss; VISMARA, G. (1986). *Storia dei patti successori*. Milano: Giuffrè, pp. 70 ss; CASTRO SÁENZ, A. (2002). *Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 86 a 89; AMELLOTTI, *op. cit.*, pp. 111 ss.

por el testamento *per aes et libram*, que se sirvió de las formalidades de la *mancipatio* en tanto enajenación inter vivos, pero con un fin *mortis causa*, debiendo el testador emitir su voluntad ante cinco testigos, *cives* y púberes,<sup>721</sup> el *libripens* y el *emptor*. Siendo un acto eminentemente oral, la voluntad del causante comenzó a recogerse por escrito en *tabulae*. El testador o un tercero en su nombre redactaba el testamento, no obstante, el *de cuius* habría de leerlo en alta voz en el acto de la *mancipatio* o al menos designar que el contenido de las tablas era su testamento.<sup>722</sup> El escrito tenía una función probatoria, pues la eficacia jurídica emanaba de la *nuncupatio*, de la expresión oral.<sup>723</sup>

El pretor eliminó del testamento *per aes et libram* la *mancipatio* y la *nuncupatio* al conceder la *bonorum possessio secundum tabulas* a quien fuera nombrado heredero en las *tabulae* signadas por siete testigos, que habría de ser nulo por razones de forma derivadas de la *mancipatio*.<sup>724</sup>

Pese al carácter básicamente escrito, también se reconoció la *bonorum possessio secundum nuncupationem* siempre que la declaración se hubiera manifestado ante siete testigos. En el testamento pretorio los testigos desempeñaron una función probatoria al priorizar la voluntad del testador por encima de la solemnidad, conviviendo ambos testamentos, el civil y el pretorio, durante la época clásica.<sup>725</sup>

En la etapa posclásica, mantenida la dualidad anterior de testamento civil y pretorio, la doctrina<sup>726</sup> concreta la aparición de un régimen unitario con la Novela 16 de Teodosio II y Valentiniano III del año 439, que eliminó el requisito de las *solemnia verba*, pero mantuvo la inter-

<sup>721</sup> Inst. Gayo 2, 107.

<sup>722</sup> Inst. Gayo, 2, 104.

<sup>723</sup> So pena de nulidad BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 44 y 45; SCHULZ, op. cit., p. 232; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2007). "Testigos y documentos en la práctica negocial y judicial romana." En *Notario del siglo XXI*, ENSS N° XXI, N° 13, mayo-junio 2007. Disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-13/2461-testigos-y-documentos-en-la-practica-negocial-y-judicial-romana-0-6726056231861987> (consultado en diciembre de 2022).

<sup>724</sup> Inst. Gayo 2, 119, 147 y 149.

<sup>725</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 45 a 50.

<sup>726</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, M. (1975). *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del derecho romano vulgar*. Granada: Universidad de Granada, pp. 6 y ss. y 24 a 27.

vención esencial de siete testigos<sup>727</sup> y ser escrito por el testador de su puño y letra o por un escribano en su nombre, presentarlo abierto o cerrado a los siete testigos, ciudadanos romanos púberes, simultáneos y rogados, ante los que el testador declara que el escrito contiene su última voluntad y a su presencia lo firma, al igual que lo firman y sellan los testigos en un mismo día y tiempo. De ser oral, la voluntad del testador se oía a la vez por los siete testigos reunidos al mismo tiempo con este fin. También se admitió el testamento ológrafo redactado por el testador sin testigos por los mismos emperadores en el año 446 (*Novellae Valentiniani* 21, 2), quienes mantuvieron la formalidad de solo cinco testigos para el testamento *parentum inter liberos* que Constantino había establecido en el año 321, cuando el testador disponía a favor de los herederos legítimos.<sup>729</sup>

Además de las formas privadas de testar, aparecieron dos públicas: el *supremum iudicium compositum municipalibus gestis* y la *voluntas, quae testimonio principis et suscriptione conditoris firmatur*, que supusieron el registro de los testamentos y la declaración ante la autoridad pública de la voluntad del testador, otorgando validez al testamento firmado por el causante y el *testimonium principis*, que equivaldría a la intervención de los testigos.<sup>730</sup>

<sup>727</sup> NTh. IX, 5: “*Non suscriptum namque a testibus atque signatum testamentum, pro imperfecto habere convenit*”; C. 6, 23, 21, pr y 4 (Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio) del año 439.

<sup>728</sup> Sobre el testamento ológrafo, ver LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2009). “Algunas consideraciones sobre el testamento ológrafo: de Roma al Código Civil español”. En *Revista Jurídica del Notariado*, N° 69, pp. 173 a 224.

<sup>729</sup> En C. 3, 36, 26 (Imp. Constantinus A. ad Bassum P.P.), confirmada en el año 439 por la citada Novela 16, recogida en C. 6, 23, 21 y 3; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., p. 50 a 53.

<sup>730</sup> PÉREZ DE BENAVIDES, op. cit., pp. 21 y 22. También aparecieron otros testamentos para situaciones extraordinarias que aliviaron las formalidades, no obstante, la presencia de testigos siempre se mantuvo (testamento en tiempo de epidemia, no es necesario que concurren a la vez todos los testigos para evitar contagios; testamento hecho en el campo bastaban cinco testigos: C. 6, 23, 31, idem A. Iohanni P.P., del año 534; testamento del ciego ante el *tabularis* y siete testigos o un octavo testigo si faltaba el notario: Inst. 2, 12, 4 y C. 6, 22, 8, Imp. Iustinus A. Demostheni P.P.; el testamento del analfabeto ante ocho testigos, siendo el octavo testigo el que firmaba por el testador: Novela Teodosiana XVI, 3, *De testamentis*, del año 439). Respecto a la capacidad del sordo y del mudo para testar, les fue negada para las formas orales, pero debió admitirse para las formas escritas y también para el ológrafo, aunque no se especifica en las fuentes postclásicas: PÉREZ DE BENAVIDES, op. cit., p. 29; mantiene la tesis contraria CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2011). “Testamentos especiales de analfabetos, ciego, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español”. En *Revista Jurídica del Notariado*, N° 79, julio-septiembre, pp. 106 y 107.

Según la doctrina,<sup>731</sup> el derecho justiniano apenas introdujo modificaciones y mantuvo la Novela Teodosiana XVI,<sup>732</sup> el reconocimiento del testamento oral ante siete testigos o escrito redactado por el testador o por tercero, bien manifestando ante siete testigos su contenido, bien indicándoles que el escrito contiene su última voluntad, debiendo ser firmado por el testador y los testigos, que serán ocho si el testador no sabe o no puede firmar. Los testigos en el testamento justiniano debían estar presentes durante todo el acto de otorgamiento, a fin de permitir advenir la autenticidad del documento.<sup>733</sup>

Siendo la intervención de los testigos un requisito *ad solemnitatem* para el derecho civil romano, explicaba Biondi<sup>734</sup> que su relevancia determinó la regulación de causas de inidoneidad, las cuales estaban ligadas a la *testamenti factio*: la inhabilidad de ser testigo se hizo depender de la incapacidad de testar, según D. 28, 1, 18 pr (Ulp., Lib. 1, ad Sab.), reiterada por el derecho justiniano en Inst. 2, 10 y 6:<sup>735</sup> “*Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifactio est (...)*”.

Los sordos y los mudos, considerados personas afectadas por una enfermedad crónica, estaban sometidos al régimen de tutela y curatela<sup>736</sup>

<sup>731</sup> D'ORS, *op. cit.*, pp. 328 ss.

<sup>732</sup> Como resulta de C. 6, 23, 21, Impm. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio, del año 439.

<sup>733</sup> C. 6, 23, 21, 2; D'ORS, A. (1964). “Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico”. En *Centenario de la Ley del Notariado, Sec. Primera, Estudios Históricos*, Vol. I, Madrid, pp. 133 a 152.

<sup>734</sup> BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni, op. cit.*, pp. 56 a 60; DROPSIE, *op. cit.*, pp. 79 a 96; DALLA, D. (1990) “Voz: Sordo, mudo, sordomudo”. En *Enciclopedia del Diritto*. V. XLII. Varesse, pp. 1293 a 1295.

<sup>735</sup> D. 28, 1, 18 pr (Ulp. Lib. I. ad Sab.): “*Is cui lege bonis inter dictum est testamentum facere non potest, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen inter dictionem vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. Merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamentifactionem habeat*”; Inst. 2, 10 y 6: “*Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamentifactio est (...)*”. Sobre la discapacidad en Roma derivada de enfermedad mental, ver AZAUSTRE, M. J. (2018). “La falta de atención al discapacitado como causa de indignidad: de la Novela 115 a las Leyes 41/2003 y 15/2015”. En *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*. Barcelona: Marcial Pons, pp. 31 a 52.

<sup>736</sup> D. 26, 5, 8 y 3 (Ulp., 8 de *omn. tribunalibus*): “*Furioso et furiosae et muto et surdo tutor vel curator a praetor vel praeside dari poterit*”; también en D. 26, 1, 6 pr (Ulp., lib. XXXVIII ad Sab.); D. 42, 5, 19 y 1 (Ulp., lib. LXIII. ad ed.); D. 42, 5, 20 (Paul., lib. LX ad ed.); D. 27, 1, 45 y 2 (Tryphon., lib. XIII *disputationum*); D. 50, 4, 1 y 4 (Herm., lib. I *epit.*): ver CASTÁN, *op. cit.*, pp. 105 a 109.

y carecían de *testamenti factio* (D. 28,1, 6 y 1 de Gayo; D. 28, 1, 16 pr; Reglas de Ulpiano XX, 13),<sup>737</sup> dada la oralidad de las formas de otorgamiento *per aes et libram*: según Ulpiano, el mudo porque no puede pronunciar las palabras solemnes de la *nuncupatio* y el sordo porque no puede escuchar las palabras del *familiae emptor*. Si los sordos y los mudos no pudieron testar en la etapa clásica, tampoco pudieron testificar en el acto de otorgamiento de testamento.

La incapacidad para testar se mantuvo en derecho justinianeo, si bien con un criterio más acomodado a la forma escrita habitual. Especificaban C. 6, 22, 10 del año 531 e Inst. 2, 12, 3<sup>738</sup> que la prohibición se refirió al completamente sordomudo de nacimiento, pues si la enfer-

<sup>737</sup> D. 28, 1, 6 & 1 (Gaius, lib. XVII. ad. Ed. prov.): “*Surdus mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine aut quo libetalio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanent testamentum*”; D. 28, 1, 16 pr (Pomponius, libro *singulari regularum*): “*Filius familias et servus alienus et postumus et surdus testamentationem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamentum vel sibi vel aliis acquirere possunt*”. Reglas de Ulpiano XX, 13: “*Mutus surdus furiosus item que prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest*”. Ver BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, op. cit., pp. 56 a 60; en el mismo sentido, MARTOS CALABRÚS, M. A. (1998). *Aproximación histórica a las solemnidades del testamento público*. Almería: Universidad de Almería, pp. 26 a 28; SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento, Parte seconda*, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>738</sup> Inst. 2, 12 y 3: “*Item mutus et surdus non semper facere testamentum possunt. utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit: nam et mutus is intellegitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. saepe autem etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt: unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus et modis secundum normam eius possint testari, aliaque facere quae eis permissa sunt. sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus eius remanet testamentum*”; C. 6, 22, 10 de Justiniano: “*Discretis surdo et muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laborat, id est ut neque audire neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat, neque testamentum facere neque codicillos neque fideicommissum relinquere neque mortis causa donationem celebrare concedatur nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas oboedire imperantes*”. Ver BONFANTE, op. cit., p. 376; DALLA, D. (1988). “*Note sulle corrispondenze dei testi della compilazione in tema di testamento del sordo e del muto*”. En *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*. T. II, Madrid: Universidad Complutense, pp. 675 a 680.

medad le sobrevino con posterioridad y era persona instruida, podía testar por escrito (*sua manu scribendi*). En el supuesto de tratarse de persona sorda o muda, incluso de nacimiento, podía testar, pues el sordo podría hacerlo por escrito u oralmente y el mudo por escrito si supiera de letras. Sin embargo, esta opción no tuvo reflejo en la habilidad del testigo mudo o sordo, que fue siempre excluida con carácter general por Justiniano en Inst. 2,10 y 6:<sup>739</sup> “(...) *sed neque mulier neque impubes neque servís neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, necis quem leges iubent improbum intestabilem que esse, possunt in numero testium adhiberi*”.

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

Respecto al ciego, la doctrina ha admitido su testamento con carácter especial<sup>740</sup> realizado oralmente. También se ha planteado la posibilidad de que pudiera haberse admitido el testamento escrito, por medio de un tercero que hiciese constar la voluntad del testador.<sup>741</sup> Sin embargo, opinamos que el ciego pudo haber sido excluido de la condición de testigo hábil, pues éstos debían encontrarse *in conspectu testatoris*, de modo que pudieran ver y oír al testador.<sup>742</sup> El emperador Justino en el año 521<sup>743</sup> reguló su testamento otorgado con determinadas garantías:

---

<sup>739</sup> D. 29, 5, 3 y 8 (Ulp., lib. 50 ad Ed.): “*Surdus quoque inter inbecillos numerandusestaut inter eosqui sub eodemtecto non sunt, quia ut illi per spatium, ita hic per morbum nihil audit*” y 10: “*Mutum simili modo excipimus, sed ibi, ubivocis tantum auxilium superfuit*”; Inst. 2,10 y 6: “(...) *sed neque mulier neque impubes neque servus neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est, nec is quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi*”.

<sup>740</sup> Ver por todos DE LAS HERAS, G. (1998). “El testamento del ciego”. En *Actas del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Tomo 1, Vigo: Universidad de Vigo, pp. 252 y 253.

<sup>741</sup> DE LAS HERAS, op. cit., p. 253; CASTÁN, op. cit., pp. 94 y 95.

<sup>742</sup> Inst. Gayo 2,104, D. 28, 1, 21 pr (Ulp., lib. II *ad Sab.*); C. 6, 23, 9 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Patrocliae, a. 290).

<sup>743</sup> C. 6, 22, 8: “*Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis seu morbo vel ita nati per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis, praesentibus septem testibus, quos aliis quoque testamentis interesse iuris est, tabulario etiam: ut cunctis ibidem collectis primum ad*

exposición verbal ante notario y siete testigos u ocho, de no estar presente el *tabularius*. La norma fue acogida por Justiniano en Inst. 2, 12 y 4.<sup>744</sup>

La condición de los testigos debía examinarse al tiempo del otorgamiento, no a la muerte del testador.<sup>745</sup> Debían ser rogados, invitados a tal fin por el causante o, al menos, tener conciencia de la función que iban a desempeñar<sup>746</sup> y estar presentes durante todo el acto.<sup>747</sup> Ninguno podía ser obligado a dar testimonio y, en caso de imposición, el testamento era nulo.<sup>748</sup>

---

*se convocatos omnes, ut sine scriptis testentur, edoceat, deinde exprimat nomina specialiter heredum et dignitates singulorum et indicia, ne sola nominum commemoratio quicquam ambiguitatis pariat, et ex quanta parte vel ex quotis uncis in successionem admitti debeant et quod unumquemque legatarium seu fideicommissarium adsequi velit: omnia denique palam edicat, quae ultimarum capit dispositionum series lege concessa; 1. Quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore, sed et tabularii manu conscriptis sub obtentu septem (ut dictum est) testium et eorundem testium manu subscriptis, dehinc consignatis tam ab isdem testibus quam a tabulario, plenum obtinebit robur testantis arbitrium; 1a. Quae in eodem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerit ordinanda; 1b. (1) at cum humana fragilitas mortis praecipue cogitatione turbata minus memoria possit res plures consequi, patebit eis licentia voluntatem suam sive in testamenti vel in codicilli tenore compositam cui velint scribendam credere, ut in eodem postea collocatis testibus et tabulario, re etiam (ut dictum est) patefacta, cuius causa convocati sunt, et chartula prometur, quam susceptam testatori recitabit tabularius simul et testibus, ut, ubi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipse suum profiteatur agnoscere et ex animi sui quae lecta sunt disposuisse sententia, et in fine subscriptio sequatur testium nec non omnium signacula tam testium (prout dictum est) quam tabularii; 2. Sed quia tabulariorum copia non in omnibus locis datur quaerentibus, iubemus, ubi tabularius reperiri non possit, octavam adhiberi testem, ut, quod tabulario pro supra dicto modo commissimus, id per octavam testem effectum capiat: libera potestate concedenda suas voluntates in praedictum modum ordinantibus chartulam ita subscriptam, ita denique consignatam, ut antelatae formae declarant, cui velint ex testibus custodiendam mandare. Sic fieri namque confidimus, ut non recipiat se tantum in caecis testandi licentia, sed ne locum quidem ullum relinquat insidiis tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper in tuto locata minibus” (Iustinus A. Demostheni pp. A 521 D. K. Iun Constantino Iustiniano et Valero Conss). Sobre el fin de la norma, bien regular el derecho a testar de los ciegos, bien reforzar los requisitos para evitar fraudes, ver CASTÁN, *op. cit.*, p. 95.*

<sup>744</sup> Inst. 2, 12 y 4: “Caecus autem non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex divi Iustini patris mei introduxit”.

<sup>745</sup> D. 28, 1, 22 (Ulp., lib. 39 *ad Ed*).

<sup>746</sup> D. 28, 1, 20 y 9 (Ulp., lib. I *ad Sab.*); D. 28, 1, 21 y 2 (Ulp., lib. II *ad Sab.*) y D. 28, 1, 27 (Celsus, XV. *Digestorum*).

### III. Regulación en el Código Civil español

En España,<sup>749</sup> el Fuero Real (año 1255), libro 3, título 5, ley 1,<sup>750</sup> reguló las formas testamentarias acogiendo las previstas en el Fuero Juzgo. No dispone esta legislación los requisitos para ser testigo<sup>751</sup> pero

<sup>747</sup> D. 28, 1, 20 y 8 (Ulp., lib. I. *ad Sab.*); C. 6, 23, 12 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Matronae, a. 293-304); C. 6, 23, 21, 2 (Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio, a. 439) y C. 6, 23, 28 pr (Imp. Iustinianus A. Luliano P.P., a. 530).

<sup>748</sup> D. 28, 1, 20 y 10 (Ulp. lib. I. *ad Sab.*).

<sup>749</sup> Respecto a la intervención de los testigos en las formas testamentarias visigóticas, ver PÉREZ DE BENAVIDES, *op. cit.*, pp. 86 a 94; D'ORS, A. (1960). "Estudios visigóticos II". En *El Código de Eurico*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 236 y 237. Las formas testamentarias están previstas en la *Lex Visigotorum* II, 5, 1 1 de Recesvinto, "*Qualiter confici vel firmari conveniat ultimas hominum voluntates*"; y en su versión romance del Fuero Juzgo, Libro II, título V "De las escrituras y testamentos", ley 11: "Valga el testamento hecho en cualquiera de estos modos: por escrito firmado de mano del testador y de los testigos; o signado por una y otra parte; o si lo fuere por otro que lo escriba, o señale por el testador, no sabiendo éste escribir; o ante testigos sin escrito alguno. El executado en los 2 primeros modos debe mostrarse al Obispo dentro de 6 meses; y si el testador puso su señal, deben jurar los testigos que la hizo. El que le hiciere del tercer modo debe valer, mostrándose ante el Obispo hasta 6 meses, y jurando los testigos y el que lo escribió por el testador, no tener engaño, y haberlo escrito y firmado según su mandato. El que se hiciese en el quarto modo valga, después que los testigos juren haber sido rogados para que lo fuesen de él lo qual hagan ante el Juez dentro de 6 meses, jurando todo su contenido, y firmándolo por sí mismos ó por otros testigos: y después de esto deben haber los testigos por su trabajo la 20ª parte del dinero del difunto, y no de los demás bienes, deudas, y libros que han de haber sus herederos. A éstos deben hacerlo saber los testigos hasta 6 meses; y no haciéndolo, o no cumpliendo dentro de ellos lo dicho en esta ley, sean tenidos por falsos; salvo si lo dexen de hacer por engaño de otro hombre, o por mandato del Rey, o por otra cuita" (obtenido de la edición facsímil del Fuero Juzgo de Juan de la Reguera Valdelomar, 1798). Aunque el Fuero Juzgo no especificó expresamente los requisitos físicos para la idoneidad de los testigos, resulta del juramento ante el Obispo que debían ver y oír al testador al momento de otorgar testamento, añadiendo la ley 2 que: "El testigo rogado de algún escrito no ponga su signo en él sin preceder su lectura: y si lo hiciere, no valga su testimonio ni el escrito". En suma, los testigos en las escrituras y testamentos escritos no podían ser ciegos y debían saber leer a fin de que su intervención alcanzara validez jurídica. Ver MARTOS CALABRÚS, *op. cit.*, 35 y ALONSO Y LAMBÁN, M. (1954). "Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón". En RDN, II-5 y 6, p. 65; MARTOS CALABRÚS, *op. cit.*, p. 36. Sin embargo, la *Lex Visigothorum* no alude al número ni a los requisitos físicos de los testigos que participan en el testamento. Según ARVIZU y GALARRAGA, F. de (1977). *La disposición "mortis causa" en el Derecho español de la Alta Edad Media*.

sí para ser “cabezal” o albacea del testamento excluyendo expresamente, entre otros, al mudo y al sordo por naturaleza.<sup>752</sup>

Más extensa fue la regulación de Partidas. El Rey Sabio admitió dos formas de testar: el nuncupativo o abierto ante siete testigos, bien sea de viva voz o por escrito; y el testamento *in scriptis* o cerrado donde los siete testigos desconocen su contenido, aunque saben que el docu-

---

Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 48 y ss. y 254 a 264, si bien la intervención de los testigos se mantuvo como requisito formal del otorgamiento de testamento en nuestro derecho de la Alta Edad Media, tampoco existe una regulación de las condiciones necesarias para ser testigo, ni de su número para la validez del acto, siendo probable que se exigiese tener más de catorce años, ser libre y estar en su sano juicio en los mismos términos que para testar. Sí se alude a que deben ser designados por el otorgante y estar presentes en la manifestación del testador de ser oral y en la lectura del testamento por el escribano u otra persona y en la suscripción por el otorgante, de ser escrito, lo que exige que puedan ver y escuchar al causante a fin de asegurar la certeza y la publicidad del otorgamiento. Ver también PÉREZ DE BENAVIDES, *op. cit.*, pp. 86 y 87; OBARRIO, J. A. (2002). *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*. Valencia: Minim, p. 32; GARCÍA GARCÍA, H. (1955). “La forma del testamento en la España visigótica.” En *Estudios históricos y documentos de los Archivos de Protocolos*. Tomo III. Madrid, pp. 215 a 228; GARCÍA GALLO, A. (1977). “Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España.” En AHDE, XLVII, pp. 451 a 480 y GARCÍA GALLO, A (1982). “El Problema de la sucesión mortis causa en la Alta Edad Media española.” En *Estudios de Historia del Derecho Privado*. Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 251 a 271; MEREJA, P. (1945). “Sobre o testamento hipanico no seculo VI.” En AHDE, XVI, pp. 86 a 99; BUSSI, E. (1971). *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto commune (Contratti, Successioni, Diritti di famiglia)*. Padova: Cedam, pp. 153 a 160; BERMEJO CASTRILLO, M. A. (1996). *Parentesco, matrimonio, propiedad y herencia en la Castilla altomedieval*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, pp. 462 y ss; BAKKALI-HASSANI, S. (2018). “El número de testigos en los testamentos medievales.” En *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*. Barcelona: Marcial Pons, pp. 53 a 62.

<sup>750</sup> “Todo ome que ficiere su manda, quier seyendo sano quier enfermo, fagala por escripto de mano de alguno de los escrivanos públicos, o por otro escripto en que ponga su seello el que faz la manda, o en que faga poner otro seello conosciado que sea de creer, o si non por buenas testimonias: et la manda que fuer fecha en cualquier destas quatro guisas, vala por todo tiempo si quel que la fizo non la desficiere.”

<sup>751</sup> Más allá de que debían ser rogados para la validez del testamento (Fuero Real, libro 3, título 5, ley 8).

<sup>752</sup> Fuero Real, libro 3, título 5, ley 7: “Mandamos que ningun siervo, nin religioso, nin muger, nin orne que non sea de hedat, nin loco, nin herege, nin judío, nin moro, nin mudo, nin sordo por natura, nin ome que sea dado por alevoso o por traydor, nin ome que sea judgado a muerte, nin ome que sea echado de tierra, que non puedan seer cabezales en ninguna manda.” Se denominaban así porque se hallaban a la cabecera del causante en la enfermedad y en la muerte, dejándoles encomendada la ejecución del testamento.

mento contiene la última voluntad según manifestación del causante ante quien comparecen para completar el documento con sus nombres y sellos.<sup>753</sup> Si bien la ley 1ª de la Partida 6ª, título I, especificó que no podían ser testigos el siervo, el menor de catorce años, la mujer ni el hombre de mala fama; de una forma más extensa la Ley 9ª<sup>754</sup> excluyó

---

<sup>753</sup> Partida 6ª, tít. I, Ley 1ª: "... La una es á la que llaman en latín testamentum nuncupativum, que quier tanto decir como manda que se face paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo face por palabra o por escripto, a cuales establece por sus herederos o como ordena o departe las otras sus cosas. La otra manera es a que dicen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto decir como manda que se face por escrito, e non de otra guisa. E tal testamento como este debe ser fecho ante siete testigos que sean llamados e rogados de aquel que lo face, e ninguno destes testigos non debe ser siervo, nin menor de catorce años, nin mujer ni home mal enfamado. Otrosí decimos que cada uno debe escrebir su nome en la fin del testamento, diciendo así: Yo fulano so testigo deste testamento que lo fizo tal ome (nombrándolo) seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escrevir, cualquiera de los otros lo pueda facer por mandado del. E demás desto deben poner todos los testigos sus sellos en la cartícula del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non oviese sello, puede esto facer con sello de otro. Otrosí decimos que el facedor del testamento debe escrebir su nome en la fin de la carta, diciendo así. Yo fulano, otorgo que fice este testamento en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiese o non pudiese escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del". Partida 6ª, tít. I, Ley 2ª: "En escrito queriendo alguno facer su testamento (...) si por ventura lo quiesiere facer en poridad que non sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en él, puédelo facer desta manera. Debe él por su mano mesma escrebir el testamento, si sopiere escribir e si non debe llamar a otro qual quisiere en quien se fie, e mándegelo escrebir en su poridad. Después que fuere escrito, debe doblar la carta e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre de manera que finquen colgadas para poner en ella siete sellos, e debe dejar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escrebir sus nomes, e después desto debe llamar e rogar tales siete testigos, como dice la ley, ante desta, e mostrarles la carta doblada e decirles así: Este es mi testamento, e ruego vos que escribáis en él vuestros nomes e que los selleis con vuestros sellos. E el otrosí debe escrebir su nome e facerlo escrebir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo así: Yo otorgo que este es el testamento que yo fulano fice e mandé escrebir..."

<sup>754</sup> Partida 6ª, tít. I, Ley 9ª: "Testiguar non pueden en los testamentos, aquellos que son condenados por sententia, que fuesse dada contra ellos por malas cantigas, o ditados, que fizieron contra algunos con entencion de enfamarlos. Nin otrosí, el que fuesse condenado por juyzio de los judgadores, por razo de algund mal fecho, que ficiesse, asi como por furto, o por homicidio o por otro yerro semejante destes, o por mas grave de que fuesse dada sententia contra el. Nin otro si ninguno de los que dexan la fe de los christianos, o se tornan moros o judíos: maguer se tornassen despues a nuestra fe que dizen en latin apostatas. Nin las mujeres, nin los que fuesen menores de catorze años. Nin los siervos. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos mientras estovieren en la locura. Nin aquellos a quien es defendido que non usen de sus bienes: porque son desgastadores dellos en mala manera: ca estos atales non pueden ser testigos en testamento. Otrosí non lo puede ser ome que es siervo de otro. Pero si alguno de los testigos, que se acertaron quando se fizo algund testamento andava en aquella sazón por omelibrem maguer después fuesse hallado en verdad que era siervo, non se embarga el testamento por esta razón".

además a los condenados por sentencia judicial, los apóstatas, los sordos, los mudos, los locos y los pródigos.<sup>755</sup> En el caso de los sordos y los mudos se justificó porque el totalmente sordo no puede entender al testador y el mudo no puede declarar. Sin embargo, ya Benito Gutiérrez<sup>756</sup> criticó, de una parte, que la legislación se limitara a copiar los textos romanos sin tener en cuenta que ambas deficiencias no impiden conocer la voluntad del testador ordenada por escrito ante escribano y, de otra, que no se incluyera al ciego, pues no puede ser testigo quien no puede ver al testador, necesario en todo testamento, ni reconocer el signo, respecto al escrito.<sup>757</sup>

El Ordenamiento de Alcalá, sancionado por Alfonso XI en 1348, en su título 19, “De los testamentos”, Ley única, entre otras modificaciones, pues suprimió la necesidad de la institución de heredero, estableció tres formas de testar: ante notario y tres testigos vecinos; ante cinco testigos vecinos sin presencia de notario; y ante tres testigos vecinos, cuando no pudieran ser hallados más y no hubiera notario en el pueblo. No especificó la idoneidad de los testigos, no obstante, deben estar presentes a la hora de otorgar.<sup>758</sup> La concurrencia de testigos al acto de

<sup>755</sup> SALA, J. (1837). *Ilustración del Derecho Real de España*. T. I. La Coruña, pp. 155 a 165.

<sup>756</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863). *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*. T. III. Madrid: Librería de Sánchez, p. 145.

<sup>757</sup> Se plantea el citado autor en la página 146: “Y en efecto, ¿podrá un ciego firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar? ¿podrá responder de la identidad del testador no pudiendo verle ó de que no testa un vivo tomando el nombre y la voz del muerto?”

<sup>758</sup> “Si alguno ordenare su testamento, o otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes á lo ver otorgar tres testigos a lo menos vecinos del lugar, dó se ficiere; et si lo ficiere sin Escrivano publico, sean y cinco a lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere lugar do los pudiese a ver; et si fuere tal lugar dó non puedan ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, e sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat; et el testamento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero- alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, o costumbre de la tierra avía de heredar, si el testador non ficiera testamento; e cumplase el testamento. Et si ficiere heredero el testador, e el heredero non quisiere la hereditat, vale el testamento en las mandas, e en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare a otro en su postrimera voluntat hereditat o manda, o mandare que la den, o que la aya otro, e aquel primer a quien fuere dejada non la quisiere, mandamos que el otro, o otros que la puedan tomar, e aver?”

otorgamiento fue, por tanto, obligatoria y debían ser conscientes de la trascendencia de su intervención (rogados), además de entender el contenido de la disposición lo que exigía, en suma, reunir las condiciones adecuadas para ver, oír y entender al testador.<sup>759</sup>

Las formas de hacer testamento dispuestas en el Ordenamiento de Alcalá se regularon en la Ley de Toro 3<sup>a</sup>,<sup>760</sup> publicadas por la reina Juana en 1505, que distinguió, como las Partidas, entre el testamento abierto nuncupativo, tal como quedó regulado en el Ordenamiento de Alcalá, y el testamento cerrado o *inscriptis* en el que intervenían siete testigos y escribano público, constando ocho firmas: la de los siete testigos más la del testador u octavo testigo que lo supliera y el signo del escribano. Si bien esta legislación no reguló los requisitos que habrían de reunir los testigos, se ha venido interpretando conforme la regulación de Partidas.<sup>761</sup> Posteriormente, la Pragmática Sanción de Felipe II en 1566<sup>762</sup> añadió una cuarta forma al disponer que se pudiera testar ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las condiciones exigidas por el derecho, aun cuando se pudieran hallar vecinos y hubiere en el pueblo

<sup>759</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 126.

<sup>760</sup> “Ordenamos é mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey D. Alonso, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda e platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos o descendientes legítimos, ora entre herederos extraños; pero en el testamento cerrado, que en latin se dice in scriptis, mandamos que intervengan a lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento, ellos y el testador si supieren o pudieren firmar, y si no supieren y el testador no puidere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y más el signo del escribano... los cuales dichos testamentos... si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no faganfé ni prueba en juicio ni fuera de él”

<sup>761</sup> PACHECO, J. F. (1862). *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*. Tomo I. Madrid: Manuel Tello, p. 67: “No han de estar física ni moralmente impedidos; porque los primeros (ciegos, sordos, desmemoriados) no los podrían materialmente comprender, y a los segundos (infames) los repele con justicia en estas diligencias serias é importantes”. Sobre el carácter solemne y no simplemente *ad probationem* de su intervención: GARCÍA SÁNCHEZ, J. y GARCÍA FUEYO, B. (2018). “El testamento ante el párroco: una institución jurídica de raíces romanas”. En *Fundamentos del Derecho Sucesorio actual*. Barcelona: Marcial Pons, p. 352.

<sup>762</sup> “Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar a donde se hiciese el testamento”

notario.

La disposición del Ordenamiento de Alcalá se recogió en la Nueva Recopilación promulgada por Felipe II en 1567, al libro V, título 4, ley 1<sup>a</sup><sup>763</sup> y en la Novísima Recopilación, libro 10, título 18, ley 1<sup>a</sup>. En cuanto al testamento cerrado tal como fue regulado en la ley 3<sup>a</sup> de las Leyes de Toro, fue admitido por la Nueva Recopilación, Libro V, título 4<sup>o</sup>, Ley 2<sup>a</sup><sup>764</sup> y después por la Novísima Recopilación, publicada en 1805, libro 10, título 18, Ley 2, de modo que estuvieron en vigor las citadas cuatro formas hasta la entrada en vigor del Código Civil: la legislación vigente en Castilla, recogida en la Novísima Recopilación, permitía las tres formas nuncupativas del Ordenamiento de Alcalá, la forma abierta introducida por la Pragmática Sanción de 1566, además

---

<sup>763</sup> Ley 1<sup>a</sup>: "Si alguno ordenare su testamento o otra postrimera voluntad con escriuano publico, deven ser presentes a lo ver otorgar tres testigos alomenos vezinos del lugar donde el testamento se hiziere: y si lo hiziere sin escribano publico, que sean ay alomenos cinco testigos vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere aver y sino pudieren ser avidos cinco testigos, ni escrivano en el dicho lugar alomenos sean presentes tres testigos vezinos del tal lugar: pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aun que no sean vecinos ni passe ante escrivano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aun que los testigos no sean vezinos del lugar a donde se hiziere el testamento. Y mandamos que el testamento que en la forma suso dicha fuere ordenado valga en quanto a las mandas y otras cosas que en el se contienen, aun que el testador no aya hecho heredero alguno: y entonces herede aquel que segú derecho y costumbre de la tierra avia de heredar, en caso que el testador no hiziera testamento, y cumpla se el testamento. Y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas y en las otras cosas que en el se contienen. Y si alguno dexare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa para que la de a otro alguno a quien substituye en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quisiere aceptar, o renunciare la herencia o el legado, el substituto o substitutos lo puedan aver todo."

<sup>764</sup> Ley 2<sup>a</sup>: "Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor rey don Alonso de susocótenida, que dispone quátos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos o descendientes legitimos, ora entre herederos estraños: pero en el testamento cerrado que en latin se dize in scriptis, mandamos que intervengan alomenos siete testigos con un escrivano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador si supieren, y pudieren firmar: y sino supieré, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros: de manera que sean ocho firmas y mas el signo del escrivano (...) los quales dichos testamentos y codicillos sino tuvieren la dicha solénidad de testigos, mandamos que no faganfee ni prueba en juyzio ni fuera del!"

de la secreta regulada por las Leyes de Toro, ley 3<sup>a</sup>. En estas formas testamentarias se exigió la intervención de los testigos que tenían una función probatoria e incluso de autorización del testamento en los casos en los que no intervenía el notario (en el testamento cerrado se exigía su participación). Los testigos y el testador debían firmar el testamento todo en unidad de acto. El testamento necesitaba para ser eficaz la elevación simultánea, cuando intervenía escribano público, o posterior a escritura pública.<sup>765</sup>

En cuanto a la etapa codificadora, el artículo 2239 del Proyecto de Código Civil de 1836<sup>766</sup> exigió que en todo testamento debieran intervenir testigos que no fueran enteramente sordos, mudos ni ciegos. La inclusión del ciego como persona inhábil, junto con el totalmente sordo o mudo, se produce ahora por primera vez desde la legislación romana y fue seguida por el Proyecto de Código Civil de 5 de mayo de 1851 de García Goyena, en el artículo 590,<sup>767</sup> pues consideró el jurista que el invidente no podría firmar seguro de que el instrumento en que pone su firma es el que realmente quiere firmar, ni podría responder de la identidad del testador al no verle, ni aseverar que no testa un vivo tomando el nombre y la voz de un muerto. La exigencia de ver y entender al testador que estableció el artículo 565 del Proyecto impedía

---

<sup>765</sup> MARTOS CALABRÚS, *op. cit.*, p. 60. Sobre la relevancia de la intervención notarial en la práctica testamentaria, ver TABERNERO, C. (2016). "El testamento como género discursivo en documentación peninsular (de la Edad Media al s. XVIII)" En *Onomázein. Revista semestral de lingüística, filología y traducción*, Nº 34 (dic. 2016), pp. 71 a 85.

<sup>766</sup> Ver LASSO GAITE, J. F. (1970). *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Vol. I. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 146 y 147; y Vol. II, p. 301. El artículo 2239 del Proyecto de Código Civil de 1836 decía: "En todo testamento deben intervenir testigos varones mayores de dieciocho años, que no sean enteramente sordos, mudos ni ciegos; que no hayan sido condenados criminalmente y que nada reciban del testamento, ni ellos ni sus ascendientes o descendientes en línea recta, ni su cónyuge."

<sup>767</sup> El artículo 589 del Proyecto dispuso que: "En los testamentos, de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, súbditos del rey, y que no hayan sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio o en instrumento público"; añadiendo el artículo 590 que: "No pueden ser testigos del testamento: 1<sup>º</sup>) Los amanuenses del escribano que lo autorice; 2<sup>º</sup>) Los ciegos, y los que no entiendan el idioma del testador; 3<sup>º</sup>) Los totalmente sordos ó mudos; 4<sup>º</sup>) Los que no estén en su sano juicio; pero los locos o dementes podrán serlo en sus lúcidos intervalos; 5<sup>º</sup>) Los que no tengan la calidad de domiciliados, cuando la ley la requiera expresamente."

la participación a los ciegos y también a los totalmente sordos, porque no podían entender al causante.<sup>768</sup>

El posterior Anteproyecto de 1882-1888 adoptó las formas testamentarias del Proyecto de 1851<sup>769</sup> en el artículo 672 y reiteró la importancia del papel de los testigos en consonancia con el artículo 590 del Proyecto de García Goyena, de modo que impidió que fueran hábiles para testar los ciegos y los totalmente sordos o mudos, según el artículo 676.

La promulgación del Código Civil unificó la forma de testamento abierto admitiendo una sola ordinaria realizada ante notario y tres testigos y admitió el testamento cerrado en los artículos 706 a 715. Con carácter general se reguló la idoneidad de los testigos en los testamentos en el artículo 681, incluyendo en el apartado 4º a los ciegos y los totalmente sordos o mudos como personas incapaces a tal fin.<sup>770</sup> Antes de la reforma del Código Civil en materia de tutela por Ley 13/1983, del 24 de octubre, existía cierta identidad entre la redacción de este precepto y la del artículo 200 del Código Civil, que recogía entre los *numerus clausus* de causas de incapacitación a los sordomudos que no supieran leer y escribir. Al igual que ocurrió en derecho romano, de la regulación del entonces vigente Código Civil se aprecia cierta identidad entre la falta de *testamenti factio* o incapacidad para testar del sordomudo (artículos 199, 200 y 663 y siguientes del Código Civil) y su inidoneidad para testificar, predicable del testamento (artículo 681 del Código Civil), de las escrituras públicas (artículo 182, 1º, del Reglamento Notarial)<sup>771</sup> y

<sup>768</sup> GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. T. II, Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial, pp. 43 y 44.

<sup>769</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1965). *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*. Madrid: Colegio Notariales de España, pp. 195 y ss.

<sup>770</sup> Artículo 681. "No podrán ser testigos en los testamentos: (...) 4º) Los ciegos y los totalmente sordos o mudos". Se complementaba este precepto, para el testamento abierto, con el artículo 694 del Código Civil al expresar que los testigos, como el Notario, debían ver y entender al testador, conocer el contenido del documento notarial y firmar el testamento si sabía hacerlo (artículo 695 del CC) Ver BINDER, J. (1953). *Derecho de Sucesiones*. Traducción de la 2ª edición alemana por Lacruz Berdejo. Barcelona: Labor, pp. 4, 5 y 54 a 58; CASTÁN, J. M. (1979). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo VI, Vol. 2, 8ª edición. Madrid: Reus, pp. 58 y 83 a 90.

<sup>771</sup> Artículo 182, 1: "Las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos". Se modificó por el artículo 7 del Real Decreto 1276/2011, del 16 de septiembre, quedando como sigue: "1º) Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere".

del proceso (artículo 1246, 2º del Código Civil, derogado por Disposición Derogatoria Única 2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, del 7 de enero).<sup>772</sup>

Las cuatro reformas legislativas posteriores del artículo 681 del Código Civil<sup>773</sup> mantuvieron la inidoneidad de los ciegos y los totalmente sordos o mudos que pasó al ordinal 2º. La más significativa fue operada por Ley 30/1991, del 20 de diciembre, de “Modificación del Código Civil en materia de testamentos” que suprimió a los testigos como requisito general en los testamentos notariales.<sup>774</sup> La reforma permitió igualar las formalidades de los actos *inter vivos* y *mortis causa*, tras cincuenta y dos años desde la supresión de los testigos en aquellos, operada por Ley del 1º de abril de 1939, dejando la intervención de dos testigos para los supuestos específicos previstos en los artículos 685, en relación con los artículos 696 y 698, los llamados testigos de conocimiento, para identificar al testador cuando el notario autorizante no pueda hacerlo por medio de los documentos o por no conocerlo personalmente, y en el supuesto de los testigos instrumentales, cuando el testador no

---

<sup>772</sup> Artículo 1246: “Son inhábiles por incapacidad natural: (...) 2º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y el oído”

<sup>773</sup> Ley de 1 de abril de 1939 (que afectó al requisito de vecindad de los testigos, permitiendo que lo fueran quienes no tiendo la vecindad del testador, no obstante aseguraban conocer al testador y el notario conociera al testador y a los testigos); Ley 24 de abril de 1958 (que reconoció la idoneidad de la mujer para ser testigo y especificó los familiares del notario y personal a su cargo que no podían testificar en los testamentos); Ley 6/1984, del 31 de marzo (que eliminó la inidoneidad de los que estuvieran sufriendo “pena de interdicción civil”) y por Ley 30/1991, del 20 de diciembre, que se denominó de la “Supresión de los testigos en los testamentos” y fue cambiado al transformarse en ley por el de “Modificación del Código Civil en materia de testamentos” (se eliminó la incapacidad de los condenados por falsificación de documentos públicos y privados o por el de falso testimonio, a los que no estuvieran domiciliados en el lugar del otorgamiento y se redactó de nuevo las personas vinculadas por lazos familiares o laborales con el notario).

<sup>774</sup> Sobre la necesidad de testigos en los testamentos notariales, con exposición de argumentos a favor y en contra, nos remitimos a: ARENAL OTERO, V. (2004). “La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar”. En *Compendio de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. T. V. Director: Francisco Lledó Yagüe. Madrid: Dykinson, pp. 86 a 90; MARTOS CALABRÚS, M. A. (2000). *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*. Comares: Granada, pp. 23 a 27; RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*. Tomo I. 4ª edición. Madrid: Dykinson, p. 187.

sepa o no pueda firmar el testamento o lo interesen el testador o el notario, en testamento abierto o cerrado (artículos 697 y 707.5ª y 7ª); en el caso del testamento abierto, cuando el testador pueda firmarlo, pero sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento (artículo 697 del CC), a quienes expresamente les está vedado el testamento cerrado (artículo 708 del CC).<sup>775</sup> En todos estos supuestos la intervención de los testigos mantuvo la condición de requisito *ad solemnitatem* de la validez del testamento e instrumento de publicidad del acto que se realiza ante ellos.<sup>776</sup>

El artículo 681 dispuso la incapacidad de los ciegos, los totalmente sordos y mudos, inhabilidad que contaba con el visto bueno de la doctrina mayoritaria,<sup>777</sup> al tratarse de defectos naturales que inhabilitan para intervenir en un acto en el que han de ver y entender al testador (artículos 679 y 680). La prohibición del ciego afectó a quien careciera de visión y al que tuviera la capacidad visual muy disminuida, de modo que no pudiera distinguir el rostro del testador, ni saber si se ha producido o no sustitución de los pliegos que debe firmar, ni leer el testamento, ni ver la firma que él mismo estampa. No obstante, ya hubo autores<sup>778</sup> que

---

<sup>775</sup> Añadiríamos los supuestos especiales de testamento sin necesidad de notario, en caso de peligro inminente de muerte (artículo 700) que exige cinco testigos y de epidemia (artículo 701) en el que bastan tres.

<sup>776</sup> A favor de su condición de medio de prueba: MARTOS CALABRÚS, *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit. pp. 95 y 96.

<sup>777</sup> OSSORIO MORALES, op. cit., p. 66; RIVAS MARTÍNEZ, op. cit., pp. 165 y 166; GUTIÉRREZ-SOLAR BRAGADO, E. (1996). Testamentos especiales. Editorial de Derecho Reunidas: Madrid, pp. 10 a 16; M. BLOCH RODRÍGUEZ, J. (1957). "Los testigos en los testamentos notariales". En *Revista de Derecho Notarial*, p. 353; PRADA GONZÁLEZ, J. M. de (1976). "Las formalidades testamentarias y la nueva ley uniforme". En Estudios jurídicos en homenaje a Federico de Castro. T. II, Madrid: Tecnos, p. 485; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. (2000). *Los testamentos*. Albolote: Granada, pp. 165 y 166, 316 a 318, 336 y 353 a 357; VERDERA IZQUIERDO, B. (2011). *La nulidad del testamento o disposiciones testamentarias*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, pp. 63 a 71.

<sup>778</sup> MARTOS CALABRÚS, *Las solemnidades del Testamento Abierto Notarial*, op. cit., pp. 104 a 107; FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., pp. 160 a 166; DIEZ PICAZO Y GULLÓN, L. (1990). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV, Madrid: Civitas, pp. 350 y ss; ROCA-SASTRE, L. (1995). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch. T. I, pp. 121 y 122; GONZÁLEZ PORRAS, J. M. (1990). "Artículo 681. Comentarios a los artículos 657 a 693 del Código Civil". En *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo*. Madrid: Edersa, pp. 311 a 313; MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1972). *Comentarios al Código Civil Español*. T. V. Madrid: Reus, p. 630.

cuestionaron la inhabilidad del mudo que supiera leer, pues puede ver y escuchar al testador, leer el documento y hacerse entender por signos; o del sordo que pueda leer en los labios y entender completamente al testador, porque la finalidad del precepto se cumple. Lo mismo cabría explicar respecto del sordomudo que supiera leer y escribir, si además lee en los labios, en la medida que su función testifical estaría garantizada, al igual que el sordo, pues por la lectura de los labios podrá entender al testador y, si sabe leer y escribir, examinará por sí mismo el documento, pudiendo comunicarse por medio de la escritura; todo ello sin perjuicio de la intervención en el otorgamiento de facultativos o técnicos que permitieran la comunicación. De hecho, las resoluciones de la DGRN del 16 de octubre de 1974 y del 31 de julio de 1987 eliminaron las trabas formales al otorgamiento de escrituras públicas por personas carentes de oído o sordomudos, permitiendo su manifestación de voluntad por medio de personas técnicas en el lenguaje especial de los sordomudos.

La reforma operada por Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria dejó sin contenido el apartado 2º del artículo 681 del Código Civil y eliminó el impedimento por primera vez en nuestro derecho para personas ciegas, sordas o mudas de actuar como testigos en los testamentos, presenciando el acto de otorgamiento cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, cuando el testador o el Notario así lo soliciten o por disposición legal (arts. 697, 698. 1º y 707.5º del Código Civil).<sup>779</sup>

#### IV. Conclusiones

El legislador español, tras la reforma de 1991, abandonó la necesidad, con carácter general, de la concurrencia de testigos en los testamentos comunes notariales, que solo intervendrán cuando concurren los supuestos previstos legalmente, a fin de evitar fraudes y proteger la voluntad del testador. Este objetivo se alcanzaba con testigos idóneos, de los que fueron excluidos, ya desde el derecho romano, el ciego, el sordo y el mudo por su discapacidad sensorial. La inhabilidad se ha mantenido en nuestra normativa a lo largo de los siglos, pero el perjuicio del

legislador español era incompatible con las nuevas orientaciones sobre el tratamiento de la discapacidad, cristalizadas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ha sido la reciente Ley 15/2015, del 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la norma que finalmente ha reconocido la idoneidad de las personas ciegas, sordas o mudas para participar como testigos en los testamentos. La modificación reconoce su plena capacidad jurídica consustancial a todo ser humano, que deberá ir acompañada de las medidas e instrumentos adecuados que permitan alcanzar de forma eficaz el objetivo legal en igualdad de condiciones que los demás, siendo éste, sin duda, una mano tendida a la labor social del notariado.