

APROXIMACIÓN AL *TESTAMENTUM* *PER HOLOGRAPHAM SCRIPTURAM*

ELENA SÁNCHEZ COLLADO

Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

I — La doctrina sitúa el origen del testamento ológrafo ⁽¹⁾ en una constitución de Valentiniano III, Emperador de Occidente durante el período comprendido entre los años 425 y 455, constitución que no fue recibida en la parte Oriental del imperio y que tan sólo se conservaría en algunos códigos de la legislación romano-bárbara ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Etimológicamente, “ológrafo” procede del griego ὅλος, -η, -ον, que significa todo, entero, total, completo y de γραφή -ης, η, una de cuyas acepciones es la de escritura, escrito, documento. En el latín tardío, surgiría el término *holographus*, del que deriva directamente el vocablo castellano y que debe entenderse con referencia al testamento, como el escrito enteramente de puño y letra del testador. Cfr. J. M. PABÓN, *Diccionario manual griego-español*, Barcelona, 1967, pp. 123 y 424; cfr. también J. COROMINAS, *Breve Diccionario Etimológico de la lengua castellana*, 10.^a reimp., Madrid, 2000, 323.

⁽²⁾ En Oriente, era por aquel entonces emperador Teodosio II (426-450) a quien se atribuye la publicación en el año 438 del Codex Theodosiano, primera compilación oficial del Imperio, que Valentiniano III introduciría en Occidente en el 439.

Sucedió en efecto, que después de la promulgación del Código Teodosiano, no se adoptarían leyes de la parte occidental en la parte oriental del Imperio, mientras que a la inversa, sí que se publicaron en Occidente leyes procedentes de Oriente, lo que contribuiría a acelerar el proceso de distanciamiento jurídico entre ambas partes. Cfr. KASER, *Derecho Romano Privado* (trad. de la 5.^a ed. alemana por Santa Cruz Teijeiro), 2.^a ed., Madrid, 1982, 9; cfr. también P. VOCI, *Note sull' efficacia delle costituzioni imperiali II. Il V secolo*, en *Studi di Diritto Romano*, II, Padua, 1985, 394.

No han faltado autores que formalmente atribuyen también la disposición que examinamos, es decir, la Novela 21, 2, 1, al emperador de Oriente Teodosio II ⁽³⁾. No olvidemos, que en las *inscripciones* de las constituciones imperiales, procedentes de una u otra parte del Imperio, figuran los nombres de los dos emperadores, lo que tiende a interpretarse como el propósito conjunto de mantener cierta idea de unidad.

Sin embargo, la opinión prevalente que estima que debe atribuirse en exclusividad su autoría a Valentiniano III, quedando limitada su vigencia territorial a la parte occidental del Imperio, encuentra su fundamento en la circunstancia de que la referida constitución está fechada en Roma y se dirige a un prefecto del pretorio occidental (Albino II) ⁽⁴⁾.

Mayoritariamente, la doctrina coincide en considerar que no existe ningún otro precedente legislativo o jurisprudencial de esta modalidad de testar ⁽⁵⁾ y que la constitución que nos ocupa, representa la primera fuente jurídica, que menciona como verdadero testamento una declaración de última voluntad completamente autógrafa y sin testigos ⁽⁶⁾.

Se ha suscitado, sin embargo, cierta polémica en la doctrina, respecto de si puede situarse el origen del indicado *testamentum* en una constitución de Constantino del año 324 ⁽⁷⁾ acogida por Teodosio II ⁽⁸⁾ y también por Jus-

⁽³⁾ En este sentido, cfr. J. IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 1.^a reimpresión de la décima edición, Barcelona, 1992, 596: "...Teodosio II y Valentiniano III sancionan la validez del testamento escrito enteramente de puño del testador — *holographa manu* —, y sin la necesidad de testigos...".

⁽⁴⁾ Cfr., en este sentido, DE DOMINICIS, *Il problema dei rapporti burocratico-legislativi tra Occidente ed Oriente*, 1954, 457.

⁽⁵⁾ Cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milán, 1943, 55: ... *In questo periodo* (postclásico) *sorge il testamento olografo, che non ha riscontro nell'epoca anteriore*; F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa en el Derecho romano vulgar*, en *AHDE*, 38, (1968), quien en p. 99 señala expresamente: "El testamento ológrafo se halla reglamentado en NV 21, 2, 1 y no tiene ningún antecedente, ni en la legislación imperial, ni en la jurisprudencia".

⁽⁶⁾ Cfr. E. RICART MARTÍ, *Apuntes sobre el testamento ológrafo*, incluido en EL DRET COMÚ I CATALUNYA, *La familia i el seu patrimoni*, Actes del IX Simposi Internacional, Barcelona, 4-5 de Junio de 1999, Estudis Associació "Jaume de Montjuic", Fundació Noguera, 197.

⁽⁷⁾ Cfr. C. Th. 2, 24, 1.

⁽⁸⁾ Cfr. Nov. Th. 16, 1, 5, cuyo contenido es equivalente al del C. 6, 23, 21, 3, que explícitamente reconoce la validez de un testamento imperfecto, siempre que fuere realizado por ambos ascendientes, a favor exclusivamente de los descendientes: *Ex imper-*

tiniano, aunque con ciertas modificaciones, en la Nov. 107 del año 541 ⁽⁹⁾ y que concede eficacia como verdadero y propio testamento al escrito otorgado de puño y letra del padre a favor de sus hijos.

Mayoritariamente sin embargo, se tiende a considerar que, en este caso, no nos encontraríamos ante una forma general u ordinaria de testar, es decir, ante un testamento ológrafo en el sentido al que parece referirse la Nov. Val., 21, 2, 1, sino más bien ante una modalidad de testamento extraordinario y cualificado en razón de su contenido ⁽¹⁰⁾.

Coincidiendo con esta última posición, estimamos que mientras que el *testamentum parentum inter liberos* representó un testamento privilegiado en razón de su contenido, pero imperfecto en cuanto a la forma ⁽¹¹⁾, el testamento ológrafo contemplado en la Nov. Val. 21, 2, 1, fue claramente considerado como un testamento perfecto en lo relativo a la observancia de las formalidades requeridas, sin tomar en consideración las peculiaridades de su contenido.

La constitución de Valentiniano que examinamos, fue dada en Roma el 21 de octubre del año 446, no fue recibida en Oriente y consta también en síntesis en la *Lex Romana Burgundionum* 45.1.

El contenido esencial de la Nov. Val. 21, 2, 1 es el siguiente:

Nov. Val. 21, 2, 1: ... *frequentes invenisse de precibus, iuvat ex facto, quod nuper evenit, cunctis profutura sancire. Inlustrem feminam Pelagiam*

fecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus...

⁽⁹⁾ La citada Nov. 107, constitución 102, relativa entre otros extremos, a los testamentos imperfectos hechos por los padres a favor de los hijos, después de citar las disposiciones que anteriormente regularon la materia —la constitución de Constantino y el decreto de Teodosio, anteriormente mencionados—, reconoce expresamente validez al testamento otorgado por alguien que supiere de letras a favor de sus hijos, siempre que exprese con su propia mano en su disposición la fecha, los nombres de sus hijos, y con toda claridad y precisión, las onzas o en su caso, los bienes en que los hubiese instituido, para que en lo sucesivo, no exista contienda alguna entre ellos. (Const. 102: *Praefactio: A Constantino divae memoriae lex scripta est per antiquae coniecturae simplicitatem...*; Cap. I: *Nos igitur omnia clara et aperta consistere volentes...ut eius litteris omnia declarata nullam ulterius contentionem filiis derelinquant...*).

⁽¹⁰⁾ Como indica M.^a LUZ BLANCO (cfr. *Testamentum parentum inter liberos*, Valladolid, 1991, p. 92): “cuando se realice un testamento escrito por el padre de su puño y letra, conteniendo disposiciones a favor de sus hijos, sin ninguna otra formalidad, este testamento puede considerarse ológrafo en cuanto a la forma, y como *parentis inter liberos* en cuanto al contenido”.

⁽¹¹⁾ Cfr. la mencionada Nov. 107, const. 102.

cum Micce inlustris femina dictare vellet heredem, sed testium copiam non haberet, per holografam scripturam votum circa praedictam supremam prodidit voluntatis. Nam, quod solum potuit secretius licere morienti, indicem iudici sui paginam Caesario viro spectabili tribuno et notario fratris sui filio secreta commisit... Nec sane electionis suae cura testatricem fefellit... Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humani, mansura iugiter lege decernimus, ut quisquis per holografam 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 tatum comitibus expedita subducit. Aliorum testatas esse prohibent voluntates hi, qui velut obsesos conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi. Late viam supremis aperimus arbitriis: si holographa manu testamentaria condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficit heredi adsere 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.

En la Novela se aborda el caso de una dama, *Micce*, que instituye heredera en virtud de un documento manuscrito a otra llamada *Pelagia* ⁽¹²⁾. Al no encontrar testigos suficientes, *Micce* resuelve entregar el documento que contiene su última voluntad a su sobrino *Cesario* ⁽¹³⁾, a fin de que al fallecimiento de *Micce*, *Cesario* ejecute las disposiciones contenidas en el mismo. *Cesario* defrauda la confianza depositada en él y al hacer público el testamento, *Pelagia*, que conocía la voluntad de la causante, advierte que no figura como persona llamada a la herencia, es decir, que no se reconoce válidamente la institución de heredero ordenada por *Micce* a su favor. Ante dicha situa-

⁽¹²⁾ En la Novela, ambas damas reciben el calificativo de *Inlustres feminae*, es decir, de señoras distinguidas o de noble cuna.

⁽¹³⁾ *Cesario* es calificado en esta constitución como *vir spectabilis*, es decir, como varón digno y respetable. El término *spectabilis*, es por otra parte, sinónimo de *illustris* (cfr. RAIMUNDO DE MIGUEL, *Diccionario latino-español Etimológico*, voz *spectabilis*, Madrid, 1931, p. 872).

ción, *Pelagia* dirige una súplica directa al emperador, a fin de obtener del mismo un pronunciamiento favorable.

Valentiniano decide a favor de la heredera instituida y declara válido el testamento de *Micce*. La generalización de esta solución puntual supondría, a partir de entonces, el reconocimiento de la validez del testamento ológrafo, en cuanto que forma ordinaria de testar, sin precisarse la concurrencia de testigos ⁽¹⁴⁾, siempre que se presente ante la curia municipal ⁽¹⁵⁾.

Para A. García Gallo ⁽¹⁶⁾, sin embargo, esta nueva posibilidad de testar en realidad abrió muy pocas posibilidades para expresar la última voluntad, dado que no debían ser demasiadas las personas capaces de escribir y elaborar por sí mismas un documento de esta clase.

La constitución de Valentiniano que examinamos es una *Epistula* de respuesta a una petición privada, es decir a una *supplicatio*, *precatio* o *prex. Voci* ⁽¹⁷⁾ enumera como caracteres comunes de tales *Epistulae*:

- a) Que la petición del particular pretende una solución particular, que se ajuste a la justicia, por insuficiencia del derecho vigente.
- b) La petición del particular no presupone un procedimiento en marcha, ni la preparación de uno. Y finalmente,
- c) El emperador aprecia la necesidad de elevar a general la solución dada al caso particular.

Parece claro por tanto, que a partir de entonces, se reconoce en Occidente esta modalidad de testar con carácter general.

Si bien en la ley se relacionan específicamente algunas situaciones en las que resulta difícil encontrar los testigos necesarios (*Aliis testes itinerum necessitas*, *aliis solitudo villarum*, *aliis navigatio...*), no por ello hemos de conside-

⁽¹⁴⁾ Así parece establecerse explícitamente en Nov. Val., 21, 2, 1: *Late viam supremis aperimus arbitriis: su holographa manu testamentaria condantur, testes necessarios non putamus.*

⁽¹⁵⁾ La obligación de presentar el documento en la curia, establecida con carácter general para todo tipo de escrituras en el año 397 (cfr. C. Th. = Br. Alar. 4, 4, 4 y C. 6, 23, 19), se cumple después de muerto el testador, aunque no siempre de un modo inmediato, y afecta no a su custodia, sino a su adverbación, referida no al contenido del testamento, sino tan sólo a la autenticidad del documento en que se contiene (véase A. GARCÍA GALLO, *Del testamento romano al medieval, Las líneas de su evolución en España*, en *AHDE*, 1977, 456).

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *Del testamento romano...*, cit., 455.

rar que estamos ante una forma especial de testar, tan sólo utilizable en los supuestos que taxativamente enumera. Así lo demuestra la circunstancia de que en su parte sustancial la constitución no fija límites a la libre facultad de otorgar testamento en esta forma: ... *ut quisquis per holografam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium habeat liberam facultatem*.

Señala por ello Samper (18), que los casos mencionados son por tanto ejemplares y no limitativos y tales supuestos quedan además suprimidos todos en la *Lex Romana Burgundionum*, que tan sólo mantiene la parte sustancial del texto de la constitución (19).

También en la *Interpretatio* que acompaña a la Novela, redactada por un autor anónimo, se reproduce, en síntesis, el contenido general de la disposición, de suerte que si alguien hubiere otorgado testamento, sin la presencia de testigos, siempre que hubiese plasmado su voluntad de propia mano, su declaración obtiene plena validez:

Interp. Nov. Val. 21, 2, 1: 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 forsitam defuerint, voluntatem suam propria manu perscribat, quae prolata post defuncti obitum plenam obtinet firmitatem.

En la constitución de Valentiniano se encuentra latente, en definitiva, el problema del testamento romano en el período postclásico, en el que se pretende superar el dualismo *ius civile-ius honorarium* (20).

El reconocimiento de esta forma testamentaria, tan sumamente desprovista de formalidades, parece ser el resultado de la progresiva aplicación del prin-

(17) Cfr. VOICI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero (V secolo)*, en *Studia et Documenta*, 48 (1982), pp. 86 y ss.

(18) Cfr. SAMPER, *op. cit.*, p. 100.

(19) En contra de esta opinión se manifestó sin embargo PÉREZ DE BENAVIDES, quien consideró que únicamente puede otorgarse testamento ológrafo en los supuestos que taxativamente enumera la constitución que examinamos (cfr. *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, 1975, 19).

(20) Como indica Samper (cfr. *op. cit.*, p. 96): “la clasificación que de los testamentos nos trae Gayo en 2, 101-102 y 103, ha perdido ya la vigencia en el derecho vulgar”. Como sabemos, los párrafos citados aluden a los testamentos *in calatis comitiis*, *in procintu* y *per aes et libram*, respecto de los cuales se indica incluso en Gayo 2, 103, que los dos primeros habían caído ya en desuso.

cipio del *favor testamenti*, que se reflejaría en la época postclásica en una reestructuración de los testamentos ordinarios y de los especiales o privilegiados, permitiéndose en ocasiones, respecto de estos últimos, una atenuación o simplificación de las formas testamentarias comunes ⁽²¹⁾.

Pero a pesar de que el testamento que estudiamos es consecuencia de la progresiva flexibilización de las formas testamentarias, si examinamos las formalidades requeridas por la Novela 16 de Teodosio, disposición por excelencia tendente a estructurar de manera definitiva las diversas modalidades testamentarias, no podremos dejar de apreciar el carácter profundamente innovador de la constitución valentiniana.

El contenido de la constitución de Valentiniano, fechada el 21 de octubre del año 446 y no recibida en Oriente, quedó, en efecto, algo desdibujado al enviar Teodosio II a Valentiniano III en el 447 el contenido de la Novela 16, dada en Constantinopla por el propio Teodosio el 12 de septiembre del año 439.

Valentiniano III ordenaría la publicación en Rávena de la mencionada Nov. Th. 16, junto con otras disposiciones de Teodosio, el 3 de junio del año 448.

La Novela 16 de Teodosio, tratando de superar la dicotomía de regímenes testamentarios — civil y pretorio —, pretendió introducir un régimen unitario aplicable *omnibus testamentis*. De este modo estableció las normas fundamentales tanto para los testamentos realizados *per nuncupationem, sine scriptura*, es decir, mediante una declaración oral y solemne del testador ⁽²²⁾, como para los redactados *ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu*, esto es, ya de puño y letra del propio testador — a los que denominamos testamentos ológrafos — ya por otra persona — supuesto éste último de los llamados testamentos alógrafos —.

La Nov. Th. 16, prevé en definitiva dos tipos de testamento, oral y escrito, precisándose en ambos casos para su formalización la intervención de siete testigos ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Así sucede con el *testamentum pestis tempore conditum* (cfr. C. 6, 23, 8 del año), el *testamentum ruri conditum* (cfr. C. 6, 23, 31, del año 534) o con el testamento otorgado a favor de la Iglesia o de obras pías (cfr. C. Th. 16, 2, 40; C. 1, 2 del año 321; Nov. Marc. 5, 2 del año 455).

⁽²²⁾ Sobre el testamento nuncupativo, cfr. J. A. OBARRIO, *El testamento nuncupativo y su recepción en la Corona de Aragón*, Valencia, 2002. Con referencia a dicha modalidad de testar, el párrafo sexto de la Nov. Th. 16 sólo reconoce validez al testamento, si el testador recitare su contenido, coincidiendo a la vez con los siete testigos que lo escuchan.

⁽²³⁾ Cfr. ARCHI, *Testamentum civile, testamentum praetorium*, en *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Florencia (1955), p. 29.

Del párrafo segundo de la Nov. Th. 16 se desprende que el testamento escrito requiere siete testigos, que deberán ser *rogati* ⁽²⁴⁾, ciudadanos romanos y púberes y que deberán firmar junto al testador en unidad de acto. Redactado el testamento por el propio testador o por un escribano en su nombre — *testamentarius*, ha de presentarlo el propio testador, abierto o cerrado, a los siete testigos.

Para el caso de que el testador *litteras ignoret vel subscribere nequeat*, es decir, no supiere de letras o no pudiese firmar, el párrafo tercero requiere adicionalmente la presencia de un octavo testigo, el *subscriptor*.

Es especialmente interesante el párrafo quinto que al declarar imperfecto el testamento que no cumpla los requisitos mencionados, no parece conciliable con la constitución de Valentiniano III sobre la validez del testamento ológrafo sin testigos. Únicamente se exceptúa de esta exigencia en el párrafo mencionado al *testamentum parentum inter liberos* ⁽²⁵⁾.

La Novela 16 de Teodosio, como hemos podido apreciar, no contempla el especial privilegio que con referencia al *testamentum per holographam scripturam* reconoce la disposición valentiniana, que prescinde absolutamente del requisito de la intervención de los testigos.

Por otra parte, tal vez como consecuencia de la todavía persistente dicotomía entre el testamento civil y el pretorio, se advierte en las fuentes del derecho testamentario vulgar la dualidad entre un testamento de siete testigos y otro de tan sólo cinco. Se observa asimismo, examinadas las fuentes postclásicas, la creciente identificación por un lado, entre el testamento oral y el testamento *iuris civilis* y por otro, entre el testamento escrito y el testamento *iuris praetorii* ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Es decir, llamados expresamente por el testador, o que al menos sean conscientes de la función que van a ejercer. Cfr. B. BIONDI, *Successione...*, cit., 60.

⁽²⁵⁾ Como ya indicamos en la nota 8, la Nov. Th. 16, 1, 5, cuyo contenido es equivalente al del C. 6, 23, 21, 3, reconoce expresamente la validez de un testamento imperfecto, siempre que fuere realizado por ambos ascendientes, a favor exclusivamente de los descendientes.

⁽²⁶⁾ Podemos citar como fuentes en las que se aprecia dicha dualidad: C. Th. 4, 4, 1; C. Th. 4, 4, 2, 7; *interpr.* C. Th. 4, 4, 3; NV 21, 1, 2; *interpr.* Nov. Th. 16; ET (Edicto de Teodorico) 28 y RB 45.

Destacamos especialmente la *interpr.* Nov. Th. 16 en la que con toda claridad, se continúa llamando pretorio al testamento con siete testigos para referirse al testamento escrito: *... si aliquis iure praetorio condiderit testamentum, id est quod septem testium subscriptionibus confirmatur...*

Sobre este particular se han suscitado diversas interpretaciones doctrinales, respecto de las cuales destacaremos especialmente la postura mantenida por David ⁽²⁷⁾ según la cual la dualidad debía explicarse en base a la distinción entre el testamento ológrafo — que sería el testamento civil de cinco testigos — y el alógrafo — que sería el testamento pretorio de siete —.

La expresada teoría es muy cuestionable porque como hemos podido comprobar los dos textos que mencionan el testamento ológrafo, es decir la NV 21, 2, 1 y RB 45, 1, inequívocamente indican que no requiere testigos. Para David, sin embargo, el mencionado testamento representaría tan sólo un caso especialísimo, que no llegó a prosperar en la legislación de Justiniano, afirmación contra la que cabría siempre argumentar, como destaca Samper ⁽²⁸⁾ que “si bien no prosperó en Oriente ⁽²⁹⁾, sí lo hizo en Occidente, que es precisamente donde subsiste el testamento de cinco testigos”.

Kunkel y Biondi indagaron también en el fundamento de esta dualidad ⁽³⁰⁾, pero nos inclinamos preferentemente por las posiciones de Alvaro

⁽²⁷⁾ Cfr. DAVID, *Über die Form des ordenlichen, schriftlich abgefassten Privattestaments zur Zeit des Dominats*, en *ZSS* (1932), pp. 314 y ss.

Con anterioridad a David, Ferrari (cfr. FERRARI, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente nell' alto medioevo*, Padua (1914), pp. 46 y ss.), citando en su apoyo un constitución de Arcadio y Honorio del año 396, contemplada en C. Th. 4, 4, 3, sostuvo que únicamente se exige en realidad para la validez del testamento la presencia de cinco testigos, mencionándose por motivos puramente históricos el de siete testigos. La diferencia entre uno y otro testamento, carecería ya de significado en una época en que los arcaicos derechos civil y honorario se encontrarían totalmente confundidos.

Como observa Alvaro D'Ors sin embargo (cfr. *El testamentum porcelli y su interés para la historia jurídica*, en *RIDA*, 2, 1955, p. 230) dicha diferencia persiste en constituciones posteriores, incluso en fuentes emanadas de los bárbaros.

⁽²⁸⁾ Cfr. SAMPER, *op. cit.*, p. 102.

⁽²⁹⁾ En el C. 6, 23, 21, Justiniano acoge en términos generales el mismo criterio contemplado en la Novela 16 de Teodosio. Llama al testamento escrito *tripertitum*, pues funde el *ius civile* (en lo referente a la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto), el *ius honorarium* (en lo relativo a los sellos y el número de testigos) y el *ius novum* (en lo concerniente a las *subscriptiones* del testador y de los testigos). Dicho testamento escrito requiere la presencia de siete testigos a los que únicamente se les exige conocer la existencia del testamento y firmar junto con el testador el mismo día. Para el testamento oral (*testamentum sine scriptura facientis*), son precisos siete testigos que deberán conocer el contenido del testamento en unidad de acto.

⁽³⁰⁾ Para Kunkel (cfr. JÖRS-KUNKEL, *Römisches Recht*, 1949, 320, n. 1) mientras que el testamento civil sirve para conferir la *hereditas*, el pretorio sólo permite obtener la

D'Ors ⁽³¹⁾, acogidas posteriormente, con ciertas matizaciones por Samper ⁽³²⁾, por considerarlas en general más acordes con la historia de las formas testamentarias.

Para D'Ors y Samper puede deducirse, si examinamos la *Lex Romana Burgundionum* 45. 1 y 2, que en el derecho postclásico occidental se conocieron cuatro formas de testamento ordinario: el testamento oral (*per nuncupationem, sine scriptis*), el testamento ológrafo, sin testigos y escrito de propia mano del testador (*testamentum per olographam manum*) y otros dos tipos de testamentos escritos, pero alógrafos: uno en que los testigos presencian el acto por el que el testador redacta o suscribe el testamento — que sería un testamento civil y abierto, escrito o al menos suscrito ante cinco testigos; y otro en que el testador presenta su testamento ya confeccionado ante los testigos, para que éstos lo firmen — que sería, en cambio, un testamento pretorio y cerrado, realizado sin la presencia de los testigos y presentado por el testador ante siete testigos para su suscripción (*subscriptio*) ⁽³³⁾ y sello (*signatio, obsignatio*) ⁽³⁴⁾).

bonorum possessio secundum tabulas. En contra, opina Samper (cfr. SAMPER, *op. cit.*, *ibidem*) no se puede en derecho vulgar hablar de las instituciones mencionadas como dos entidades diversas.

Según Biondi (cfr. B. BIONDI, *Successione*, cit., 53), el testamento civil habría sido el oral y el pretorio el escrito (... *non è improbabile... che per testamento civile, e quindi con la presenza di 5 testimoni, si intenda quello orale, per testamento pretorio quello scritto con l'intervento di 7 testimoni...*). Sin embargo, en opinión de Alvaro D'Ors, esta explicación es incompatible con la observación de que, en la época postclásica, se conoce como testamento oral, el *testamentum per nuncupationem sine scriptis*, para el que la Nov. Th. 16, 6, requiere los siete testigos, es decir, el número que Biondi considera propio del testamento escrito.

⁽³¹⁾ Cfr. A. D'ORS, *op. cit.*, 232 ss.

⁽³²⁾ Cfr. F. SAMPER POLO, *op. cit.*, 104 y 105.

⁽³³⁾ La *subscriptio* no era exactamente igual a nuestra firma actual. Se trataba de una breve frase en la que el sujeto relata su nombre y el hecho que realiza, con expresión seguidamente del verbo *suscripsi*; *subscribere* significa precisamente escribir debajo de las disposiciones testamentarias (cfr. E. PETIT, *Tratado Elemental de Derecho romano*, Madrid, 1926, p. 524; J. ARIAS RAMOS, *Derecho romano II, Obligaciones-Derecho de Familia-Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1963, 802).

⁽³⁴⁾ En Ulp. 39 *ad Ed.* D. 28, 1, 22, 5 se estima que preferiblemente el sello debe realizarse con el anillo, siempre que tenga grabado (*signum*, en griego χαρακτήρα): ... *Et magis est, ut tantum annulo quis possit signare, dum tamen habeat signum*.

Para determinar los rasgos característicos del testamento ológrafo ⁽³⁵⁾, podemos partir de la definición que para el mismo nos sugiere San Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*:

Orig. 5, 24, 7: Holographum testamentum est manu auctoris totum conscriptum atque subscriptum; unde et nomen accepit. Graeci enim ὄλον totum, γραφήν litteram dicunt.

Se trata por tanto de aquel testamento que figura todo él escrito y firmado por el testador, sin que precise la intervención de testigos ⁽³⁶⁾. Representa un acto escrito y secreto ⁽³⁷⁾, puesto que en este supuesto, no concurren testigos y es el causante el único que interviene hasta su apertura y publicación.

No se exige para su redacción el uso del latín ⁽³⁸⁾, ni tampoco la expresión de la fecha. Como señala Biondi, la inclusión de la fecha no se requiere en general para la eficacia del testamento y tampoco se exige para el oló-

⁽³⁵⁾ Sobre este particular, cfr. T. TORRES, *El testamento ológrafo*, Madrid, 1979, 86 ss.

⁽³⁶⁾ Con excepción del testamento ológrafo, para todos los demás testamentos se exige la presencia de los testigos, en el número requerido, *ad sollemnitatem* (cfr. B. BIONDI, *Sucessione*, cit., 59).

⁽³⁷⁾ La posibilidad de que la voluntad del testador sea secreta se contempla desde la Nov. 16, 3 del año 439 (C. 6, 23, 21 pr.: *Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam...*).

⁽³⁸⁾ Inicialmente, como para todos los actos del *ius civile*, se requería el uso del latín. En Gai 3, 97 se establece claramente que los legados no se pueden redactar en griego, aunque sí en cambio los fideicomisos: *Item legata Graece scripta non valent; fideicommissa vero valent*. Parece sin embargo, que desde la época de Adriano, se permite en algunas constituciones imperiales testar en griego a ciertos particulares o a grupos determinados (cfr. B. BIONDI, *Sucessione*, cit., 58); Alejandro Severo concedió el privilegio de testar en griego a todos los *cives Romani* de Egipto (cfr. ARANGIO-RUIZ, *La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii*, Nápoles, 1906, 263 ss.). En virtud de la *constitutio Antoniniana* del 212, que extendería la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, indudablemente decaía aún más la exigencia del latín y según B. BIONDI (cfr. *Sucessione*, cit., 58), no existe duda alguna sobre la eliminación de dicho requisito a partir de la constitución de Constancio del año 339, que suprime la *sollemnium verborum necessitas* (C. 6, 23, 15) en el testamento. Finalmente, la permisibilidad de testar en griego explícitamente se sancionaría con carácter general en la constitución de Teodosio II del año 439 (C. 6, 23, 21, 6): *... ut etiam graece omnibus liceat testari*.

grafo ⁽³⁹⁾, aunque en la práctica se solía indicar, como se puede apreciar en los testamentos que nos han llegado. A partir de Justiniano, sin embargo se impondría tal exigencia para la eficacia del *testamentum parentum inter liberos* ⁽⁴⁰⁾.

La doctrina mayoritaria, con la que coincidimos en este punto, considera que no es exigible *ad solemnitatem* la *subscriptio* del testador en el testamento ológrafo ⁽⁴¹⁾.

Como observa Biondi, durante todo el período clásico, en modo alguno se requiere tal *subscriptio ad solemnitatem*, ni para el testamento civil, ni para el pretorio, aunque en la práctica el testador solía incorporarla *ad probationem*, para reforzar la autenticidad del testamento ⁽⁴²⁾.

Consideramos que de la Nov. Val. 21, 2, 1 no se puede deducir la exigencia de este requisito, por cuanto que en su regulación, nada se señala explícitamente sobre este particular.

En el año 446, fecha en que aparece el testamento ológrafo en occidente, aún no ha entrado en vigor la Nov. Th. 16 sobre formalidades testamentarias, por cuanto que, como sabemos, su publicación oficial tendría lugar en el 448.

El problema, por tanto, se plantea precisamente en el año 448, puesto que en el apartado 2 de la citada Nov. Th. 16 (reproducido en C. 6, 23, 21, pr.), se recoge expresamente la necesidad de la suscripción del testador, como solemnidad esencial para la eficacia del testamento.

⁽³⁹⁾ Cfr. B. BIONDI, *Successione*, cit., 65. Así se pone de relieve en un fragmento de Modestino, descubierto por P. PITHOU en 1573 en que se indica: *cum in testamento dies et consules adiecti non sunt, non nocet, quominus valeat testamentum*.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Nov. 107, 1 del año 541: ... *si quis litteras sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius praescriptione tempus denotet...*

⁽⁴¹⁾ En este sentido se manifiestan B. BIONDI, *Successione*, cit., 65: “Se si tratta di testamento olografo redatto *sua manu totum*, non è necessaria la sottoscrizione nè del testatore nè di altri... giachè lo stesso autografo è già garanzia di autenticità”; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, vol. 2.º, parte especial, Milán, 1963, 80: “Il documento testamentario può essere autografo o allografo: quando è autografo, non è necessario che sia sottoscritto dal testatore...”. Sin embargo, para M.ª L. BLANCO RODRÍGUEZ — cfr. *Testamentum...*, cit., 90 —, Voci estima necesaria la *subscriptio*, “cuando considera que el testamento ológrafo es aquel testamento escrito y suscrito por el testador sin la intervención de testigos...”. En mi opinión, aquí Voci (cfr. *Diritto hereditario*, cit., 79) no hace sino reproducir la definición de San Isidoro, mientras que verdaderamente expresa su parecer sobre el particular en la siguiente página (80), anteriormente reproducida); también en el mismo sentido se manifiesta J. ARIAS RAMOS (cfr. *Derecho romano II.*, cit., 802): “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...”.

⁽⁴²⁾ Cfr. B. BIONDI, *Successione...*, cit., 64.

Nosotros estimamos que la aplicación en Occidente de la Nov. Th. 16 en modo alguno alteró el régimen, sin duda innovador, que para el testamento ológrafo había introducido la Nov. Val. 21, 2, 2, 1, en la que se prescinde de la necesaria intervención de los testigos y no se exige *ad solemnitatem* la *subscriptio* del testador.

Consideramos, por consiguiente, que aún después de la entrada en vigor en Occidente de la Nov. Th. 16, la normativa aplicable al testamento ológrafo sigue siendo la Nov. Val. 21, 2, 2, 1, cuyo ámbito de aplicación objetivo, a diferencia de la Nov. Th. 16, no se hace extensivo a todo el Imperio, sino que se circunscribe a la *pars occidentis*.

Esta tendencia permisiva que introdujo la novela valentiniana, encontraría posteriormente su ratificación en una constitución de Justiniano del año 530 (C. 6, 23, 28 1⁽⁴³⁾), que prescinde de la firma del testador y de la de los testigos, para la eficacia del testamento, siempre que hubiese sido escrito de puño y letra del propio testador.

II — Después de examinar los orígenes del testamento ológrafo en Roma, abordaremos a continuación la trayectoria histórica de esta figura, analizando su recepción en el Derecho intermedio y, finalmente, su regulación en nuestro Código civil.

Como sabemos, Justiniano, tal vez motivado por el deseo de retornar a los viejos principios clásicos que rigieron el derecho de sucesiones, no reconoció el testamento ológrafo como forma común y general de testar, al no contemplarlo en el *Corpus iuris* ⁽⁴⁴⁾.

La Novela de Valentiniano se conservaría, sin embargo, en algunos códigos de la legislación romano-bárbara. De este modo, la Nov. Val. 21, 2, 1 consta en extracto en una recopilación occidental: la *Lex Romana Burgundionum* 45.1 ⁽⁴⁵⁾ en su título XLV (*De testamentis*).

⁽⁴³⁾ C. 6, 23, 28, 1: ... *si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit, sufficiat et totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur neque ab eo, neque pro eo ab alio...*

⁽⁴⁴⁾ Como hemos visto, con carácter particular se admitieron sin embargo otras formas ológrafas de testar, tratándose de testamentos privilegiados por razón de su contenido, como es el caso del *testamentum parentum inter liberos*.

⁽⁴⁵⁾ Se la denomina también *Lex Gundobada*, por cuanto que debe su publicación al rey de los burgundios Gundebaldo o Gundobado (480-516). Se trata de una compilación dirigida a los habitantes romanos de la Borgoña, que comprende fragmentos de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, de algunas Novelas posteodosianas y

RB, 45,1: *Testamenta, si per olographam manum fiant, probata manus veritate, sine testibus integram capiunt firmitatem.*

Por lo que respecta a la legislación visigótica, el testamento que examinamos no se contempla en el Código de Eurico. Como señala A. D'Ors ⁽⁴⁶⁾ en el Palimpsesto de París ⁽⁴⁷⁾ se distingue tan sólo entre un testamento escrito, o firmado al menos, en presencia de testigos, y otro oral (nuncupativo) para caso de necesidad, ambos ante dos o tres testigos ingenuos ⁽⁴⁸⁾. Se omite por tanto toda mención al testamento ológrafo que conocemos, en el que no es preceptiva la intervención de los testigos.

En una dirección similar, Samper ⁽⁴⁹⁾, interpretando CE 307, realiza las siguientes observaciones:

- a) En este precepto no se establece una clara distinción entre testamentos y donaciones ⁽⁵⁰⁾.
- b) Según parece desprenderse de CE 307, 2, no es aplicable a las donaciones el privilegio que, en relación a los testigos, se daba para los testamentos escritos *per holographam manum* y que posibilitaba RB 45, 1.
- c) Si la respuesta para las donaciones es negativa, la misma conclusión que se deduce del CE 307, 2, se debería extender a los testamentos, por cuanto que CE 307, 2, se refiere a las “donaciones revocables”.
Y
- d) En conclusión, en caso de necesidad, el donante — es decir, el testador —, no puede prescindir de los testigos, sino tan sólo de la escritura (CE 307, 3).

postvalentinianas, así como de las Instituciones de Gayo y de las *Sententiae* de Paulo, a los que añade algunos principios del Derecho borgoñón; cfr. J. IGLESIAS, *op. cit.*, pp. 69 y 70.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. A. D'ORS, *El Código de Eurico, Edición, palíngenesia, índices*, “Estudios visigodos” II (Roma-Madrid, 1960), 237-238.

⁽⁴⁷⁾ Del Código de Eurico, compilación del Derecho visigótico, fuertemente romanizado, se conocen unos cincuenta capítulos, gracias a un palimpsesto hallado en Corbie y conservado en París.

⁽⁴⁸⁾ El término latino *ingenuus*, — *a*, — *um*, puede significar tanto la condición del hombre honesto, sincero y noble, como también puede referirse a la persona que por oposición al liberto o manumiso, ha nacido libre y no ha perdido su libertad.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa...*, cit., 195-196.

⁽⁵⁰⁾ Para A. GARCÍA GALLO, cfr. *Del testamento romano al medieval*, en *AHDE*, 47 (1977), 460, “el más antiguo Código visigodo, no confunde el *testamentum* y la *donatio post mortem*, pero sí advierte la similitud existente entre ellos”.

La Novela 21, 2, 1, al igual que las restantes Novelas de Valentiniano III, figura en cambio reproducida literalmente en *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico ⁽⁵¹⁾, aprobado en el año 506.

Señala García Gallo ⁽⁵²⁾ que Chindasvinto y en especial Recesvinto y Ervigio, reaccionaron frente al Derecho vulgar de su época, dictando leyes que en esencia suponen restaurar el régimen establecido por los emperadores Teodosio II y Valentiniano III.

Estas leyes se recogen en el *Liber iudiciorum*, promulgado en el año 654 y nos muestran cuál es el Derecho oficial desde mediados del siglo VII. Al desaparecer el reino visigodo, la vigencia del *Liber* se mantendría en Septimania — también llamada *Galia gótica* — y Cataluña, al menos hasta el siglo XIII, mientras que en el resto de la Península, los mozárabes paulatinamente adaptarían la redacción de sus documentos a los formularios árabes, apartándose en ocasiones de lo preceptuado en la legislación visigoda ⁽⁵³⁾.

Recesvinto reconoce expresamente el testamento ológrafo, escrito de puño y letra por el testador y suscrito también por él, sin testigos, en una de las leyes insertas en el *Liber iudiciorum*:

L. iud. Recesv. 2, 5, 16: De holographis scripturis: Quia interdum necessitas ita saepe concurrit, ut solemnitas legum libere compleri non possit, ideo ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non inveniuntur testes per quos iuxta legum ordinem unusquisque suam alliget voluntatem, manu propria scribat ea, quae ordinat, ita ut specialiter adnotentur quaecumque iudicare voluerit, vel quae de rebus suis habere quemquam elegerit: dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus. Deinde toto scripturae textu cons-

⁽⁵¹⁾ Para A. GARCÍA GALLO, cfr. *Manual de Historia del Derecho español I*, Madrid, 1971, 343, no sabemos si con la obra de Alarico II queda o no derogado el Código de Eurico; F. SAMPER POLO, *La disposición mortis causa...*, cit., 195, estima en cambio sobre el particular que el BA no representa un Código de derecho positivo y que el CE sigue vigente aún después de la aparición del Breviario.

⁽⁵²⁾ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *Del testamento romano...*, cit., 468.

⁽⁵³⁾ También en el Derecho musulmán, se admite el testamento (*al-wasiyya*) otorgado en forma ológrafa, sin testigos, siempre que el testador haga constar que lo ha redactado de su puño y letra y lo entregue a persona cierta con orden expresa de ejecutarlo, asumiendo esta última persona la responsabilidad de su autenticidad. La ejecución del testamento podía ser encomendada por el mismo testador a una o más personas (*guací=albaceas*). Cfr. P. J. LÓPEZ ORTIZ, *Derecho musulmán*, Barcelona, 1932, 225; A. GARCÍA GALLO, *Del testamento romano...*, cit., 468, n. 147.

cripto, rursus auctor ipse subscribat, et dum haec scriptura infra triginta annos ad eum, in cuius nomine facta est, vel ad successores eius pervenerit, eam episcopo vel iudici infra sex menses non differat praesentare. Quam sacerdos idem, et iudex adlatis sibimet tribus aliis scripturis, in quibus testatoris subscriptio reperitur, ex earum contropatione considerent, si certa et evidens scriptura est, quam idem conditor holographa ratione conscripserit, et dum ista praeviderint eadem chartula quae offertur vera nihilominus habeatur, atque etiam continuo sacerdos ipse vel iudex, sive alii testes idonei eamdem holographam scripturam sua denuo subscriptione confirment, et sic voluntas ipsius testatoris plenissimam obtineat firmitatem.

En el *Forum Iudicum* o Código latino de las leyes visigodas (*FI, Recesv.*, 2, 5, 15), bajo el título de *De holographis scripturis*, encontramos reproducida literalmente en latín la ley de Recesvinto (⁵⁴), incorporándose en el Fuero Juzgo castellano, que es traducción de aquél, una versión romance, esta vez bajo una rúbrica distinta: *De los escriptos dubdosos*.

FJ Recesv. 2, 5, 15: 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 muéstrenla 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.

Analizando estos textos, observamos cómo Recesvinto, al regular el testamento ológrafo, introduce algunos requisitos formales que en esencia recogería nuestro Código civil. Así, respecto de la fecha, se exige su mención completa, que también encontramos en el actual artículo 688 del Código civil y

(⁵⁴) Cfr. *Fuero Juzgo, en latín y castellano*, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid, 1815, 30-31.

lo mismo cabe señalar en relación a la exigencia de *subscriptio*, que también se contempla en el precitado artículo 688.

También se prevé en la ley de Recesvinto la exigencia de presentación del testamento dentro de un determinado plazo para su protocolización (art. 689 del Código civil), así como la necesaria confrontación con otros escritos del testador (art. 691 del mismo cuerpo legal).

La recepción del Derecho romano justiniano determinaría que en las Partidas no se reconociese el testamento ológrafo como forma general u ordinaria de testar, admitiéndose tan sólo el testamento otorgado entre ascendientes y descendientes, es decir, el *testamentum parentum inter liberos*, contemplado en la Nov. 107 (55).

Señala Q. Mucius Scaevola (56) que sólo en forma excepcional y supletoria se conoció en España el testamento ológrafo. Y añade que ni siquiera en Francia — a imitación de cuyo Código Napoleónico otras legislaciones admitieron el testamento ológrafo (57) —, tuvo éste en un principio carácter general.

Así sucedió, efectivamente, porque en las regiones del llamado Derecho escrito — *Droit écrit* — la recepción del Derecho común determinó que no se permitiera el testamento ológrafo sino como forma privilegiada de testar en los testamentos de padres a hijos, por cuanto que la Novela Valentiniana, que no formaba parte del Código justiniano, no llegó nunca a incorporarse al *Droit écrit*. Únicamente perviviría durante la Edad Media esta institución en el Norte de Francia, en las regiones del llamado Derecho no escrito — *Droit coutumier* —, regiones éstas en que sólo imperaban los estatutos o las costumbres.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho, la legislación posterior a nuestro Fuero Juzgo omitiría la reglamentación de esta figura, que únicamente

(55) Partida 6.^a, tít. I, ley 7.^a: ... *La segunda manera es, que si el padre supiesse escribir, que lo puede fazer de su mano, diziendo en el los nomes de todos sus fijos, e todo su testamento en que manera en que manera lo faze, e como lo ordena, e sobre todo deve el assi escribir: Todo quanto en este testamento escrevi, quiero que sea guardado...*

(56) Cfr. Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XII, Madrid, 1897, 351.

(57) Como tales legislaciones que aceptaron el testamento ológrafo cita Q. MUCIUS SCAEVOLA (cfr. *Código civil*, cit., 352) entre otras: el Código civil italiano (art. 775), el holandés (art. 979), el austríaco (577 y 578) y el de la Luisiana (1579). No admitieron en cambio tal manera de testar entre otros los Códigos de Portugal, de Sajonia, de Estados Unidos, el Código sardo y las leyes inglesas.

reaparecería en el Proyecto del Código civil de 1851, por influencia del Código civil napoleónico (58).

De este modo, el artículo 564 del Proyecto de 1851, concordante con los artículos 684 y 685 del Proyecto de 1882 y con el 688 del actual Código civil (59), dispone: “El testamento ológrafo, para ser válido, deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador (60), con expresión del lugar, año, mes y día en que se otorgue”.

El precitado artículo 564 se complementarí­a con el 592 y el 593 del propio Proyecto de 1851, concordantes con los artículos 686-690 del Proyecto de 1882 (61) y con los artículos 689-693 de nuestro actual Código civil, preceptos todos ellos referentes a la adveración y protocolización del testamento ológrafo.

Nuestro Código civil, después de considerar al testamento ológrafo como una forma común de testar en el artículo 676, reglamenta esta institución en los artículos 678 y 688-693 (62). De la regulación de esta institución, destacaremos tan sólo que según el artículo 678: “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”. Y según este último precepto

(58) En concreto se contempla esta figura en el art. 970 del Código civil francés: *Le testament olographe ne sera point valable, s’il n’est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur: il n’est assujetti à aucune autre forme.*

(59) Cfr. Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, cit., 354; F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, 18 ss.

(60) Para F. GARCÍA GOYENA comentando el artículo 564 del Proyecto de 1851, (cfr. *Concordancias...*, cit., *ibidem*), “... la firma es el alma de todo instrumento; sin ella el testamento ológrafo no pasaría de ser un proyecto de testamento. Si el testamento ha de estar escrito todo por el testador, es consiguiente que una sola palabra escrita de mano extraña lo anule, según el artículo 588...”.

(61) En los artículos 592 y 593 del Proyecto de 1851 se establece en esencia que el testamento ológrafo así como el cerrado antes de recibir ejecución, deben ser presentados al juez del último domicilio del testador, quien deberá cerciorarse de la muerte del testador. El testamento ológrafo será abierto por el juez si estuviere cerrado, quien lo leerá y procederá al examen de testigos que reconozcan el testamento, declarando, si por el conocimiento que tenían de la letra del testador, lo tienen como escrito. En el Proyecto de 1882 se establece en general para el testamento ológrafo una regulación muy similar a la contemplada en los artículos 688-693 del Código civil, si bien se fijó para su protocolización el plazo de un año que el Código civil ampliaría a cinco años.

(62) El artículo 688 sería reformado por la Ley de 21 de Julio de 1904 que suprimiría el requisito del papel sellado y el artículo 692 p.º 1.º por la Ley de 13 de mayo de 1981.

en sus dos primeros apartados: “El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue...”.

Desde la perspectiva de nuestra legislación foral, únicamente se contempla de modo específico el testamento ológrafo en el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña de 1991 (CS) ⁽⁶³⁾, concretamente en los artículos 120 y 121, exigiéndose para la validez del mismo prácticamente los mismos requisitos que los establecidos en los artículos 688-689 del Código civil ⁽⁶⁴⁾. De este modo, entre los artículos 678 y 688-689 del Código civil y 120 del CS coinciden los siguientes requisitos: la mayoría de edad del testador, que se trate de un testamento enteramente manuscrito, que se exprese el año, mes y día en que se otorgue, la validación con la firma del testador de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones y la exigencia de su presentación ante el Juez en el término de cinco años, contados desde el fallecimiento del testador.

Apreciamos sin embargo, algunas diferencias: en el artículo 120 del CS, se requiere la expresión del lugar del otorgamiento, no así en el 688 del Código civil; y mientras que en el artículo 120 del CS se exige genéricamente la presentación del testamento ológrafo ante el Juez competente, según el 689 del Código civil, ésta ha de efectuarse ante el Juez de primera instancia, correspondiente al último domicilio del testador.

⁽⁶³⁾ En la Compilación de Baleares de 1990 (arts. 52 y 70) se declara aplicable en este punto con carácter supletorio lo establecido en el Código civil; y en similar sentido se pronuncia la Compilación de Navarra (ley 193), aunque se añade como particularidad en la ley 296. 3. 5) que una de las funciones correspondientes a los albaceas universales es la de “solicitar la adveración y protocolización de testamentos ológrafos y memorias testamentarias”. En las restantes legislaciones forales nada se dice sobre esta figura testamentaria.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. E. RICART MARTÍ, *Apuntes...*, cit., 195-196 y 208. Señala Ricart que con anterioridad al CS de 1991, el proyecto de Durán y Bas de 1882 no se dejó influenciar por el código napoleónico en este punto, y no recogía esta modalidad testamentaria como figura autónoma y general, contemplándose tan sólo en su artículo 205 el *testamentum parentum inter liberos*. El Proyecto de Compilación de 1896 prohibió expresamente el testamento ológrafo (art. 39), el de 1930 no lo contempla como figura autónoma, recogiendo tan sólo el *testamentum parentum inter liberos* y únicamente en el proyecto de 1955 que daría lugar a la Compilación de 1960 se asumiría esta institución sin reservas, remitiendo directamente al Código civil todo lo relativo a la comprobación procesal de las formalidades (art. 101 p.º 4.º).

Comprobamos finalmente que esta institución, — en la que en esencia subyace el *testamentum per holographam scripturam*, introducido por la Novela valentiniana del año 446 —, y cuya vigencia histórica en nuestro Derecho se vio interrumpida durante varios siglos, reapareciendo por influjo del Código civil napoleónico, subsiste, aún en los tiempos actuales, tal vez en razón de su utilidad, en nuestros cuerpos legales y en la realidad fáctica, por cuanto que ha sido objeto de abundante jurisprudencia ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ Podemos citar entre otras, la S. del T.S. de 4 de noviembre de 1947, que al igual que otras precedentes, declara nulo el testamento ológrafo que no contuviese ninguna fecha. Más recientemente, con referencia al testamento ológrafo catalán, la sentencia de 23 de abril de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sentencia n. 10, Revista jurídica de Catalunya-Jurisprudència, 1998-IV, 959-967; cfr. E. RICART MARTÍ, *Apuntes...*, cit., 211), reconoce en cambio, como tal a un documento fechado el 13 de agosto de 1992, en el que se omitía la constancia del lugar de realización. El manuscrito en cuestión, estaba sin embargo, escrito en papel impreso del centro sanitario donde estaba ingresado el testador, centro cuyo nombre expresaba la ciudad. Para salvar este inconveniente, que en la Sentencia se considera como mero formalismo, se argumenta en el fallo que el testamento ológrafo es un testamento estrictamente privado, sin intervención de fedatario público ni de testigos, motivo por el que es difícilmente constatable el lugar de otorgamiento, concluyendo finalmente, que el CS atribuye escasa trascendencia a dicho lugar, pues el juez competente es del último domicilio del causante.