

nes transmisibles, y de cuantas otras manifestaciones de aquélla, se establezcan en el mismo, aunque no tengan aplicación patrimonial (1).

B. ELEMENTOS PERSONALES DEL TESTAMENTO.

20. Son dos: *testador* y sucesor *mortis causa*: éste por título de *herencia* ó de *legado* (*heredero* y *legatario* ó *donatario*).

21. El antecedente legal del Código es en este punto, como en todo lo relativo al tratado de *sucesión mortis causa* la Base *décimoquinta* de la ley de 11 de Mayo de 1888, que, refiriéndose á los acuerdos adoptados por la Comisión de Códigos en las sesiones celebradas en Noviembre de 1882, establece que, «con arreglo á ellos, se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, ...»; y que, en lo que toca á la materia de que ahora tratamos, expresa, «*asi como todo lo relativo á la capacidad para disponer y adquirir por testamento*»: declaración que no resulta fielmente cumplida en este punto concreto ni en muchos de los otros que menciona, á no restringirse las palabras «en su esencia» de un modo considerable.

22. I. El *testador* y la *testamentifacción activa*, frase esta última que equivale á *capacidad para testar*, y que el Código traduce en el epígrafe de la sección 1.^a, cap. 1.^o, tít. 3.^o, lib. III por el de *capacidad para disponer por testamento*, siempre con la preocupación de la definición del testamento que hace en el art. 667, con aquel sentido exclusivamente patrimonial ó limitado á disposición de bienes, que se ha criticado antes.

Cinco artículos, del 662 al 666, regulan esta materia en el Código.

El 662 establece un principio general, fijando la capacidad para testar por *exclusión*. La tienen todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe *expresamente*. No cabe, en realidad, otra forma más comprensiva ni más segura, de la cual se deduce que la capacidad para testar es *especial*, y no se regula por ningún criterio de analogía ni de referencia á las distintas reglas de capacidad para otros actos civiles que el de testar. La generalidad de sus términos se concreta y especifica por el complemento de los casos taxativos de incapacidad.

Á la enumeración de éstos se refiere el art. 663, que establece dos grupos de incapacidades de las llamadas *absolutas*, es decir, que inhabilitan totalmente para otorgar testamento; esto es, incapacidad *general*, á diferencia de los *particulares*, de que se hace por el Código mención aparte cuando se trata de cada una de las formas *especiales* de testar á que las mismas se contraen, y que se examinan oportunamente.

Toda incapacidad absoluta, según el art. 663 del Código, se deriva

(1) «El testamento es ley á que han de someterse cuantos están llamados á cumplir la voluntad del testador, en tanto que no se oponga á otras leyes ó á la moral.»—Res. Dir. gen., Reg. 16 Mayo 1903.

únicamente de dos causas: la falta de edad y la de integridad mental. El criterio por *exclusión*, y, por tanto, de cierto carácter *negativo*, que sirve al Código para fijar la regla de la testamentifacción activa, lleva implícito otro criterio *positivo*, que pudiera formularse así: son condiciones esenciales de capacidad para testar, dos, la plenitud de inteligencia y la plenitud de voluntad; nada que afecte á la integridad del conocimiento, ni nada que comprometa y menoscabe la libertad moral del que testa, es compatible con la idea de una capacidad propiamente tal ó suficiente para testar.

En razón á este criterio, el Código no establece más que las dos causas generales de incapacidad para testar expresadas; pero ambas se refieren sólo á la primera de las dos condiciones positivas antes indicadas, ó sea á la plenitud de la inteligencia, no consignando aquí la incapacidad que resulta de cuanto merme la libertad moral ó coaccione la voluntad, para que también exista la plenitud de ésta, sin duda, porque se presupone y se considera como causa de nulidad del acto de testar en que concurre, aunque determinando también una incapacidad para la testamentifacción activa.

23. Por razón de la *edad* no pueden otorgar testamento después del Código los menores de *catorce años* de *uno* y *otro sexo*. Unifica aquél en varones y hembras el criterio legal en razón á la edad, modificando fundamentalmente en este punto el Derecho precedente, que remitía la capacidad para testar á la edad de la pubertad, es decir, á los doce años, para la mujer, y á los catorce, para el hombre, haciendo idéntica la capacidad legal para contraer matrimonio de la necesaria para testar.

Esta novedad ha merecido algún aplauso á los comentaristas, fundándose en que son actos de naturaleza distinta y deben sujetarse á diferente regla de capacidad. No suscribimos tal juicio; antes, por el contrario, consideramos bien escasa la ventaja de mayor capacidad intelectual que supone en el aumento de dos años respecto del Derecho anterior á la de la mujer, igualada por el Código en este punto á la del hombre, y, en cambio, mayores los inconvenientes y la incongruencia de considerar apta para constituir una familia á la mujer y negarle facultad para testar. De los doce á los catorce años puede sobrevenir prole y acaecer la muerte de la mujer, precisamente ocasionada por los peligros de que la rodea su augusta función de la maternidad en edad tan temprana, resultando no sólo incongruente, sino hasta impío, que aquella á quien la ley reconoció capacidad para ser legalmente *madre*, la prive del derecho y del consuelo de regular la sucesión testada del sér que llevó en sus entrañas, y cuyo alumbramiento le costó la vida.

La incongruencia en el mismo Código es manifiesta, con distinta aplicación de la capacidad por razón de la edad, ya en orden al matrimonio,

ya en orden á las instituciones de la sucesión *mortis causa*. ¿Cómo se concibe la armonía entre la capacidad para casarse que reconoce á la mujer á los doce años cumplidos el art. 83, para el matrimonio civil, y el 75, para el canónico, y lo que es más, para otorgar capitulaciones matrimoniales el 1.315, y que se la prive de la facultad de instituir heredero, otorgar mejoras, nombrar tutores ó sustitutos pupilares ó de otra clase, á nombre de una diferencia exigua de edad, como es la de *dos* años? Se dirá que en todo lo que tiene carácter contractual, como las capitulaciones matrimoniales celebradas por los que se unen en matrimonio, antes de celebrarlo, á tenor del art. 1.315, y, por tanto, la mujer á los doce años, no podrán otorgarla con validez, sino mediante el suplemento de su defecto de capacidad de que á su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar el consentimiento al menor, á fin de contraer matrimonio, según previene el art. 1.318; pero, de todas suertes, la incongruencia existe, y no valía la pena de incurrir en ella por tan escasa diferencia de edad de los doce á los catorce años, ya que si trascendental es el acto de testar, no lo es menos, sino mucho más, el de celebrar el matrimonio, constituyendo sociedad tan delicada como la conyugal y la paterno-filial. El tipo de edad determinante de la capacidad para testar, pide el complemento de su identidad con la necesaria para constituir familia, en cuanto que los órdenes jurídicos familiar y sucesorio *mortis causa* están en una relación estrecha y son fundamento y corolario, respectivamente, el uno del otro.

Propenden los tratadistas á censurar la diferencia de reglas de capacidad por edad que suelen ofrecer las legislaciones, y entre ellas la nuestra civil, antes y después del Código, comparada la necesaria para testar con la indispensable para contratar, puesto que, al fin, el testamento es un acto de disposición de bienes, y no sólo de uno de ellos, por lo general objeto de cada contrato, sino de todos los que forman el patrimonio del testador, constituyendo una enajenación, ó mejor una serie de enajenaciones, respecto de todos los que forman el caudal hereditario.

La crítica tiene aparente fuerza para la consideración puramente económica y patrimonial del testamento, no para el verdadero y total concepto de éste. Sin embargo, aun respecto de aquel sentido patrimonial, y considerado el testamento sólo como un medio de enajenación de bienes y derechos, la naturaleza del contrato y la del testamento son generalmente cosas bien distintas, siquiera coincidan en los efectos respecto del paso de los bienes y derechos del patrimonio del testador al del heredero ó legatario.

El contrato no versa sólo sobre enajenación de cosas, es decir, todas las obligaciones no son de *dar*, y aun estas mismas, como las de *hacer*, tienen como fondo jurídico verdadero, según se ha dicho en otros luga-

res de este libro (1), no la causa ó servicio mismo objeto de la relación contractual, sino la *necesidad de derecho* en que coloca á las partes contratantes de cumplir las prestaciones á que se obligan, situación de necesidad en esencia moral, que compromete la libertad del espíritu sometiéndola al poder jurídico ó derecho del acreedor en lo que es objeto del contrato que racionalmente pide la plenitud de condición de capacidad civil en los que contraen esta clase de relaciones, según las cuales queda ligada la libertad al derecho del acreedor en el porvenir, para que se ofrezcan las expectativas de efectividad ó de consumación del contrato, sin que puedan ser rectificadas después por otra de la exclusiva voluntad de uno de los contratantes, en cuanto son por su naturaleza esencialmente irrevocables y han de subsistir, á no mediar mutuo disenso ó motivos jurídicos de rescisión ó nulidad, el que testó realiza un acto unilateral que vive y es eficaz á través de su muerte, si la voluntad persevera ó se mantiene hasta que esto se verifica, pero que á toda hora deja en libertad al que testó para mantenerlo ó destruirlo por obra exclusiva de su voluntad. Visible es la diferencia de intensidad, de naturaleza y de consecuencias jurídicas, en general, de un acto de disposición de bienes por contrato ó de un acto de disposición de bienes por testamento, y más aún la diferencia en el concepto íntegro del contrato y el del testamento, comparado en el conjunto unitario de su concepción jurídica, garantías de forma en su otorgamiento y fines que realizan ambas instituciones contractuales y testamentarias.

Si esto no lo acreditase la razón, lo demostrarían los hechos; cualquiera que sea el criterio de fijar mayores ó menores tipos de edad para otorgar la testamentifacción activa, no han llegado, generalmente, á su identificación con la determinante de la capacidad contractual, á pesar de haber sido dictadas muchas de ellas bajo el influjo de esta preocupación, bastante extendida entre los juristas (2).

(1) Núm. 5, cap. 1.º, y núm. 11, cap. 5.º, t. IV, 2.ª edic.

(2) Por ejemplo: la edad determinante de la capacidad para testar se fija como mínima, y limitada á la disposición de la mitad de los bienes, en diez y seis años por el artículo 904 del Código francés; en la misma edad, pero sin restricción como el anterior, en el 70 de Nápoles y en el 1.462 de Luisanas, y por el art. 492 del Código civil suizo; en diez y ocho años, por el art. 569 del de Austria, 763 del italiano, 944 del de Holanda y 3.614 del de la República Argentina; y, en cambio, con ó sin distinción de sexos y diferencia de catorce años para los varones y doce para las hembras, se reduce esta capacidad á dicha edad de la pubertad por el art. 1.764 del de Portugal, el 793 del Uruguay, el 794 del de Guatemala, el 911 del de Veracruz, el 1.005 del de Chile, el 1.061 del de Colombia y el 3.413 del de Méjico; y, por último, la legislación inglesa, si bien fué mucho tiempo la regla de capacidad la misma que en el Derecho romano, la edad de la pubertad, ó sea la de catorce ó doce años, según el sexo, después del Will's act. de 1837, § núm. 7, vigente desde 1.º de Enero de 1838 (St. 7, Will IV, et 1, Vict., c. 26) se fijó en veintiún años cumplidos para el hombre y para la mujer soltera, pues la casa-

Esta regla de capacidad para testar, por razón de la edad, fijada en el Código á la de *catorce años*, sin distinción de sexos, tiene como única excepción la del testamento ológrafo, que exige la *mayor edad* en el otorgamiento, ó sean *veintitrés años*, conforme al art. 668, lo cual no significa identidad de criterio con la capacidad para contratar del número 1.º del art. 263 que aun le reconoce á los menores emancipados, excepción fundada, sin duda, en que en el otorgamiento del testamento ológrafo interviene sólo el testador y se suprimen las demás formas de garantía que concurren en los testamentos comunes.

La regla de capacidad, por razón de la edad, para los actos civiles tiene por criterio general en el Código la del art. 320, al establecer que «la mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código», dentro de cuya salvedad se encuentra el núm. 1.º del art. 663, para los testamentos, que otorga la testamentifacción activa á los mayores de catorce años, de uno y otro sexo, para los testamentos comunes, con la excepción indicada del ológrafo, que requiere la mayor edad; y para los contratos, la expresada del núm. 1.º del art. 1.263 que, si bien en principio conserva la mayor edad como regla de capacidad para contratar, la otorga á los menores cuando son emancipados por cualquiera de los medios del artículo 317, en los términos que se dejan explicados en otro lugar de esta obra (1).

La *edad*, como regla de capacidad para la testamentifacción activa, ha de ser la de *catorce años cumplidos*, ó sea, computados desde el momento del nacimiento hasta el en que han transcurrido dichos catorce años. Este era también el criterio del proyecto de Código de 1851, según la explicación de Goyena, á diferencia del mantenido por los escritores del Derecho romano, que reputaban completa la edad una vez empezado el día en que se cumplía. Es precepto concordante, que completa esta doctrina, la base que para su aplicación ofrece la circunstancia 3.ª del artículo 48 de la ley del Registro civil, subsistente conforme el art. 332 del Código, según el cual en la inscripción de nacimiento se deberá expresar la hora, día, mes y año de aquél, y el mismo art. 29 del Código, en cuanto declara que el nacimiento determina la personalidad, contán-

da tenía reducida su capacidad, según la naturaleza de bienes de que hubiera de disponer por testamento, que viene limitada á los que fueren constituidos para su uso particular, si bien subsistiendo la regla de capacidad para testar, queda modificado, en cuanto á la extensión de bienes que tienen este carácter, por las dos leyes de *Married women's property*, acts. de 1870, y la promulgada en 10 de Agosto de 1872, vigente en 1.º de Enero de 1873.

(1) Núm. 47, letra a, cap. 10.º, t. IV, 2.ª edic.; núms. 23 á 25, cap. 17.º, t. V, 2.ª edic.

dose de momento á momento el tiempo que medie desde el nacimiento hasta el cumplimiento real y efectivo de los *catorce años*.

24. La capacidad para testar, por razón de la edad, en los testamentos comunes, es tan absoluta, que no la modifica el estado civil matrimonial respecto de la mujer, pues, según el número 1.º del art. 63, no necesita para ello la licencia del marido.

25. La capacidad de los *extranjeros* para otorgar testamento se rige por el estatuto personal, según el artículo 10 del Código, y con arreglo á los fundamentos de doctrina y criterio de explicación del mismo, que tenemos expuesto en otro volumen (1).

26. El propio criterio es aplicable á la mujer española casada con extranjero, la cual, á pesar de que, según el artículo 22, sigue la condición y nacionalidad del marido, rige su capacidad para testar por la ley española, y cumplidos los catorce años y estando en su cabal juicio, puede testar con arreglo á aquélla, y aun pasada, con la libertad que le reconoce el núm. 1.º del art. 63 de otorgarle sin licencia del marido, aunque las leyes de la nacionalidad de éste establezcan limitaciones no consignadas en nuestro Código por la supremacía del estatuto personal. Á esta conclusión se llega traduciendo la frase *ley nacional* de la persona de cuya sucesión se trate, que emplea el párrafo 2.º del artículo 10 del Código, no por la ley de la nacionalidad nueva que la mujer gana por matrimonio con extranjero, según el art. 22, sino por la natural ó de origen; tratándose de una española, la ley de España, puesto que en el caso de hacerse equivalente lo de *ley nacional*, por la nueva ciudadanía en el país del marido extranjero, cuya condición civil adquiere la mujer por el matrimonio, la regla de capacidad tendría que ser la contraria. Opinamos en el primer sentido, porque ese parece el significado del calificativo *nacional*, como equivalente de ley de origen ó de naturaleza, y porque, en caso de duda, ante el criterio legal aplicable á la capacidad de las personas, debe estarse al predominio del estatuto personal de naturaleza ú origen y no de modificación posterior por otros actos civiles como el matrimonio, tanto más en este caso, en que á la española casada con extranjero se le reconoce, una vez disuelto el matrimonio, la facultad de recobrar la nacionalidad española por acto de su voluntad y la manifestación correspondiente ante el encargado del Registro civil.

27. Fijada la capacidad para testar, por razón de la edad, en la de catorce años para las personas de uno y otro sexo, ha de reputarse que esta capacidad civil es *perfecta*, y que no se entiende limitada por motivo alguno de patria potestad, ni menos de tutela, siendo absolutamente libre para la disposición de bienes por testamento, como si fueran mayores de edad, sin otras limitaciones que las que nacen de la condición patrimo-

(1) Núm. 42, letra e, cap. 13.º, T. II, 2.ª edic.

nial de las cosas de que disponga el testador, en cuanto tengan el carácter de *hereditarias*, por hallarse en su patrimonio ó ser sujeto activo de los derechos de que dispone y los que se derivan de los derechos á suceder en su posesión legítima á favor de los herederos forzosos del testador; no subsistiendo en el Código aquellas restricciones relativas al peculio *adventicio* y *profecticio* que se imponían al testador hijo de familia constituido en la patria potestad, y el cual sólo podía disponer plenamente de los bienes del peculio *castrense* y *cuasi castrense* por la ley de Partida (1), que ya derogó la 5.^a de las de Toro (2), é hizo también imposible toda distinción la falta de aquella clasificación de los peculios en el mismo Código civil, y en su precedente la ley de Matrimonio civil.

28. A la aptitud legal necesaria para otorgar testamento válido corresponden en el Código la segunda limitación de la capacidad para testar que se deduce del núm. 2.^o del art. 663, declarando está incapacitado para ello «el que habitual ó accidentalmente no se hallase en su cabal juicio».

Como general criterio doctrinal en este punto, nos referimos á lo expuesto en otros lugares (3), y como especial, para la explicación de este precepto del número 2.^o del art. 663, conviene recordar algún pasaje. Tenemos dicho á este propósito (4), que «la incapacidad habitual parece que debía reputarse justificada con la declaración previa de incapacidad, y la que sobreviniere *accidentalmente* ser objeto de prueba especial; pero no es así desde el momento en que el Código admite la posibilidad de un testamento válido hecho por el habitualmente demente que pretenda otorgarle en un intervalo lúcido, sin más que obligar al Notario á que designe dos facultativos que previamente le reconozcan y respondan de su capacidad *actual*; circunstancia, que si representa racional garantía, no está exenta de grandes riesgos, como los que acompañan á toda prueba pericial, declarada bastante para destruir en un momento determinado el estado de incapacidad por locura en que habitualmente viene constituido aquel testador, cuya capacidad, en todo caso, habrá de apreciarse atendiendo *únicamente* al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento. Subsisten, si más bien no se han aumentado, todos los peligros, dificultades y deficiencias á que antes hemos aludido (5). La teoría de los *intervalos lúcidos* es justa en cuanto respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento en que exista, pero muy expuesta á fraudes».

(1) 13.^a, tit. 1.^o de la Partida VI.

(2) 4.^a, tit. 18, lib. X, Nov. Rec.

(3) Núms. 4, 5 y 20, cap. 9.^o, t. II, 2.^a edic.

(4) Núm. 20, cap. 9.^o, t. II, 2.^a edic.

(5) Núm. 4, cap. 9.^o, t. II, 2.^a edic.

Por de pronto, es plausible que el Código no haya formulado la incapacidad para testar, refiriéndose á los estados de locura, demencia ó imbecilidad, como él y otros textos legales lo han hecho para varias aplicaciones civiles y penales, y haya preferido expresar la regla con la fórmula genérica de «no hallarse en su cabal juicio el testador habitual ó accidentalmente», fijando de esta suerte, por término opuesto, como regla de capacidad para testar la de *integridad mental*, y es, sin duda, el sentido de la frase *cabal juicio*, y deduciéndose de ella que toda perturbación intelectual, permanente ó transitoria, pero simultánea al acto del *otorgamiento* del testamento, incapacita legalmente para otorgarle. La regla en sí misma no puede ser más cierta ni más elemental. Si el testamento es una manifestación solemne de la voluntad regulada por la inteligencia, es decir, en un estado de perfección volitiva, conocer lo que se quiere y querer lo que se conoce, por el que testa, es, sin duda, exacta la expresión del «cabal juicio» y sobre este punto no es lícita la menor duda.

Pero, ¿qué ha de entenderse por *otorgar*? *Otorgar*, es equivalente á *hacer*, *conceder*, en el sentido racional y gramatical. *Otorgar*, es equivalente á *hacer con arreglo á derecho ó según las formas de derecho*, en sentido jurídico y legal. ¿Á cuál de estas acepciones se refiere la de hallarse el testador en su cabal juicio? Indudablemente á ambas, que son perfectamente perceptibles con separación de tiempos, principalmente cuando se trata del testamento cerrado y siempre si la palabra *otorgamiento* se entiende en su significación estricta notarial, esto es, en el momento final de formalizarse un instrumento público ante Notario y conformarse las partes que en él intervienen con los términos de su contenido, disponiéndose á suscribirlo con el Notario autorizante y bajo su fe, según revelan las frases de uso: «así lo otorga», etc. Será válido el testamento otorgado y podrá otorgarlo el que esté en su cabal juicio, traduciendo la palabra *otorgar* como sinónima de *hacer*, desde el principio hasta el fin de la confección del testamento, cualesquiera que sea la pluralidad de actos, con solución de continuidad ó no en el tiempo en que el testamento resulte ultimado ó real y legalmente *otorgado*, pero será *nulo* en el caso contrario. Esto, que es tan evidente y sencillo de concebir y expresar, no lo es tanto en punto á la fórmula legal para determinar la regla y hacerla práctica y de resultado cierto en su aplicación.

Los estados de incapacidad mental pueden ser manifiestos ó simplemente reales y efectivos, aunque no se hayan determinado. Cuando no se trata de los primeros, teniendo como tiene que dar fe el Notario, art. 695, de la capacidad del testador, tanto en consideración á la edad legal suficiente, como del extremo de hallarse en su cabal juicio, ¿se entenderá siempre presumida por la ley? Este es el sistema en que el Código se inspira, pero esta presunción es de la clase de las *iuris tan-*

tum, admite prueba en contrario, y á eso responde, sin duda, lo dispuesto por el art. 685, al decir: «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», y claro es que cuando lo dude en orden á su integridad mental, aunque el Código no lo dice, cometiendo en este punto una omisión ó falta de desarrollo del principio, no se podía desconocer el derecho del Notario y de los testigos para depurar semejante circunstancia con negarse á prestar su fe y testimonio. La solución, dentro del Código, y por analogía, aunque no por precepto dictado especialmente para la hipótesis del testamento que pretende otorgar un demente, en intervalo lúcido, será el reconocimiento previo de dos facultativos designados por el Notario.

Es, pues, evidente, que la regla de capacidad, desde este punto de vista, y la consiguiente incapacidad, por término opuesto, se extiende á todo género de perturbaciones cerebrales que menoscaben la inteligencia ó disminuyan en cualquier modo la regla de capacidad que representan las palabras «en su cabal juicio», y, por tanto, que la contradicción de esta hipótesis no es sinónima de locura ó demencia ni imbecilidad. Claro es, por consiguiente, que este estado habitual de incapacidad que representa la vesania ó perturbación intelectual, no es el único, aunque sí el más completo, que se opone al supuesto de capacidad por cabal juicio, sino también los que menoscaben esa integridad mental, por motivos accidentales de embriaguez, sonambulismo, exaltación, arrebato ó todas aquellas situaciones que por diferentes motivos y con más ó menos intensidad inclinen á suponer que el testador no se halla en su cabal juicio.

El sistema del Código en este punto de la capacidad mental, consiste en *presumirla*, por regla general, *salvo prueba en contrario*; negar capacidad, en principio, á todos los estados de mayor ó menor perturbación mental, pero admitiendo la consideración de prueba que justifique, aun en esos estados, la capacidad actual suficiente, como sinónima de cabal juicio que es su medida legal, al tiempo de otorgar el testamento, incluso por el mismo demente ó incapacitado habitualmente, por la doctrina de los intervalos lúcidos, y establecer medios que puedan servir, en todo caso, á garantizar la verdad del cabal juicio en el testador, como se deduce de las prescripciones de los arts. 665 y 685.

Á la primera hipótesis, corresponde la conclusión de validez del testamento; á la segunda, la de nulidad, salvo, en ambos casos, la posibilidad de la prueba en contrario; á la tercera, la posibilidad legal de otorgar el testamento, si el resultado del dictamen facultativo ó de los medios de investigación que utilizara el Notario y los testigos para procurar asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, fuera afirmativa de dicha capacidad; ó lo contrario, en la hipótesis opuesta: sin que en ningún caso deje de haber términos

hábles para su ulterior impugnación, según el resultado de las pruebas y de su apreciación por los Tribunales, que ofrezca la contienda judicial.

Debe advertirse que el art. 665, al decir «siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido designará dos facultativos», etc., no ha de entenderse como un artículo escrito exclusivamente para el caso que su letra indica de demencia declarada oficialmente y de intervalos lúcidos que se quieran aprovechar en el demente para facilitar el otorgamiento del testamento, ni puede tampoco desligarse en su aplicación de otro artículo que figura en distinta sección, el 685, en cuya parte final se lee: «También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar.» Ambos artículos son compatibles é integran la doctrina. El remedio de la intervención de los dos facultativos no es sólo aplicable á la hipótesis concreta del demente declarado oficialmente tal y cuyos intervalos lúcidos se tratara de utilizar para que otorgase testamento válido, sino que puede y debe ser recurso aplicable á todos los casos en que se dude del cabal juicio del testador. Asimismo, este recurso prescrito por dicho art. 665 no se opone al derecho y al deber del Notario y testigos para que procuren asegurarse de la capacidad del testador que, según el art. 685, ha de ser también «á su juicio», y que es precepto general para todos los testamentos, lo mismo de los dementes que de los que no están declarados tales.

Puede, por tanto, sobrevenir el conflicto de que los facultativos estimen con capacidad mental al testador, y el Notario y los testigos, ó uno ú otros, no lo consideren así, á su juicio. En tal hipótesis, ¿deberá procederse, sin embargo, al otorgamiento del testamento y, otorgado que sea, se considerará válido ó nulo? El primer extremo de la pregunta no puede ofrecer dudas; el testamento debe otorgarse desde el momento que los dos facultativos dan dictamen de capacidad, siquiera no sea imposible que fuera más cierto el juicio negativo del Notario y testigos que el de los facultativos; pero la calidad técnica de éstos hace presumible lo contrario y además evita los riesgos del daño irreparable y la injusticia de que una mala fe ó una ofuscación de parte del Notario y testigos privara á aquel testador de hacer su testamento, si bien unos y otros podían consignar en el mismo las apreciaciones contradictorias respecto de hallarse el testador en su cabal juicio, las cuales constituirán ulteriormente un elemento para la cuestión y decisión judiciales acerca de la validez ó nulidad del acto. Esta solución se conforma con la misma letra del artículo, de la cual resulta obligatorio para el Notario, y por consiguiente para los testigos, el otorgamiento del testamento del demente que se encuentra en intervalo lúcido, según el dictamen de los facultativos designados por aquél, que previamente le reconozcan desde el momento en que éstos respondan de su capacidad, limitándose entonces la