

12. Aquí se trata tan sólo de sus requisitos ó *elementos formales*, de lo que principalmente se llaman sus *solemnidades*, ó sea de todas aquellas circunstancias que han de concurrir en su otorgamiento en orden á la forma de realizarlo, los cuales son condiciones esenciales de su *validez*, ó mejor, del reconocimiento de su *existencia*, como actos jurídicos eficaces de los de su clase ante las leyes.

Los otros *elementos personales*, que dicen relación á la capacidad para el otorgamiento del testamento abierto, ó á sus *elementos reales*, en cuanto al *contenido* del mismo, son temas que no se comprenden aquí por haber sido desenvueltos en sus pasajes correspondientes (1); toda vez que no pueden calificarse como elementos personales del testamento abierto ciertas personas, como el notario y los testigos idóneos, que han de intervenir en el otorgamiento del mismo, porque su necesidad de Derecho no se refiere al aspecto *personal*, sino al *formal* del testamento.

13. Esta forma de testar, que se llama *testamento abierto*, se ofrece con una distinción, ya antes hecha (2): la de testamentos abiertos *común* y *especiales*. Del primero, en cuanto á las solemnidades del mismo, tratamos aquí, y de los segundos, en el cap. 10.º de este tomo.

Según el art. 694, «el testamento abierto deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir. Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.» De los dos párrafos que forman este artículo, el primero se refiere al testamento abierto *común*, y el segundo salva la existencia de los testamentos abiertos *especiales*, que regula con el criterio singular de solemnidad más apropiada en cada caso.

14. En orden al testamento abierto *común*, son dos las circunstancias que el análisis del texto legal ofrece como requisitos *formales* ó de *solemnidad* de aquél, á saber: intervención del ministerio notarial y reglas de su ejercicio, y concurrencia de testigos y términos en que ha de realizarse.

1.º Ministerio notarial.

La característica esencial, según el Código, de esta especie de testamento, es la intervención del Notario, bajo cuya fe pública se otorga el testamento abierto. Esta es una regla general, más absoluta en el Código que lo fué en la legislación anterior, puesto que aquél sólo exceptúa de esta regla, conforme el segundo párrafo de dicho art. 699, los casos expresamente determinados en esta Sección 5.ª, cap. 1.º, tít. 3.º, lib. III, que son á los que se refiere el art. 700, para el caso de hallarse el testa-

(1) Núms. 22 á 39, cap. 5.º, y caps. 12.º á 18.º, respectivamente, de este tomo.

(2) Núms. 20 y 21, cap. 6.º de este tomo.

dor en *peligro inminente de muerte*, en el cual puede otorgarse el testamento ante *cinco testigos* idóneos, *sin necesidad de Notario*, lo mismo que el del 701 para el caso de *epidemia*, en el cual puede otorgarse también sin intervención de notario, ante *los testigos mayores de diez y seis años, varones ó mujeres*; cuyas dos formas *excepcionales* de testar necesitan ser elevadas á escritura pública y protocolizarse en la forma prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil, según previene el art. 704, y quedan ineficaces cuando pasáren *dos meses* desde que el testador haya salido del peligro de muerte, ó cesado la epidemia, á virtud de lo dispuesto por el art. 703; mientras que la ley del Ordenamiento de Alcalá, adicionada por la Pragmática-sanción de Felipe II, en 1566, reproducidas ambas en la ley 1.ª, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, ofrecieron aquella variedad de combinaciones, que hacían normalmente posible el otorgamiento de testamento sin intervención notarial, supliendo este defecto con el mayor número de testigos y diferentes combinaciones de número de los mismos, según su cualidad de vecinos ó no.

En este sentido, el criterio del Código es mucho más restringido y de mayor unidad y simplificación de formas para el testamento *común abierto*, habiéndose optado por reducir la variedad de éstas, que eran más numerosas en el Derecho anterior, y, en cambio, aumenta las necesarias en los testamentos *especiales* ó excepcionales, siendo en los testamentos de carácter común requisito *sine qua non* la intervención notarial; mientras que en el Derecho anterior, podía haber testamento común abierto sin dicha intervención notarial, cuando se otorgara ante *cinco testigos vecinos ó siete no vecinos*, aunque hubiera más vecinos y notario en el lugar del otorgamiento.

La indispensable intervención notarial en el testamento abierto, la determina el Código con las palabras «*deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento*». La concordancia de este precepto se halla en la legislación Notarial (1).

2.º *Concurrencia de testigos*.—Es precisa la de *tres*, que el Código

(1) Arts. 2.º y 8.º, ley de 28 de Mayo de 1862, 26 y 27 del Reglamento de 5 de Noviembre de 1874, transcritos en el núm. 9, cap. 20.º, t. II, 2.ª edición, y Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado, tales como la de 30 de Septiembre de 1891, declarando que «las limitaciones que impone el art. 27 del Reglamento, consisten en que si el Notario autoriza en lugar en que tiene su residencia otro Notario, debe ser especial y previamente requerido al efecto, y aun ha de concurrir otra circunstancia, cual es, que el Notario residente sea incompatible, ó bien que alguno de los otorgantes, por enfermedad ó imposibilidad física, esté impedido de trasladarse á la residencia del Notario requerido, respecto á lo cual lo único que exige el Reglamento es que conste esta circunstancia necesariamente en el instrumento bajo la más estrecha responsabilidad del Notario autorizante, lo cual implica que toda infracción en este particular lleva consigo una corrección al Notario, pero no afecta á la validez del título».

califica de *idóneos*. La *idoneidad* es sinónima de capacidad legal, determinada, en contraposición, por no hallarse comprendida en ninguna de las causas de incapacidad que enumeran los arts. 681 y 682, y regulada la existencia de éstas con relación al mismo tiempo de otorgarse el testamento, sin que se pueda suplir el requisito de este número de testigos idóneos, cuando alguno de ellos, que como *instrumentales* de la escritura de testamento que asistiese al otorgamiento de éste, no lo fuera por ningún otro testimonio de persona que se dijera presenciara aquel acto, aunque tuviera capacidad para ser testigo en los de esta clase, si en el instrumento no se consigna que asistieron con esta calidad; pero si concurrieron más de tres, unos idóneos y otros no, siempre que resulten *tres idóneos*, la presencia de los otros que no lo sean no vicia el testamento. Condición de positiva *idoneidad* en los testigos es que, *por lo menos uno, sepa y pueda escribir* (1).

El número de *tres testigos*, como fórmula unitaria de número á que el Código reduce las variadas, bajo este respecto, de la legislación anterior, es suficiente para la *solemnidad* y para la *prueba*, y mucho más si se tiene en cuenta la depuración de condiciones de *fidedignidad* que resultan de la larga lista de causas de incapacidad que se registran en los arts. 681 y 682, para que los testigos tengan la cualidad de *idóneos*, porque resulta así un testimonio bastante escogido, y dentro de ese criterio todavía de relativa fácil práctica, y comparado con el número de *dos*, que son los instrumentales de toda escritura pública para los actos *inter vivos*, adicionado en *uno*, para los testamentos abiertos, ya por razón especial de solemnidad, ya por motivo de prueba, puesto que faltan, al tiempo en que el instrumento ha de hacerse valer, á diferencia de lo que ocurre en aquéllos, el testimonio de los mismos otorgantes.

La razón de esta exigencia del Código puede consistir, más que en una propia condición de *idoneidad* de los testigos, puesto que basta que uno de ellos, á lo menos, sepa y pueda escribir, en la aplicación que hace el artículo siguiente, 695, al preceptuar que, «si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él, y á su ruego, uno de los testigos instrumentales»; pero esta explicación pierde fuerza, si se observa que añade, «ú otra persona, dando fe de ello el notario»; es decir, una, que no será uno de los testigos, en cuyo caso resulta posible que intervenga una persona más en el otorgamiento del testamento abierto, para el sólo efecto de que el testador no sepa ó no pueda firmar.

(1) En cuanto á la idoneidad de los testigos instrumentales, debe el notario consignar que, á su juicio, y con arreglo á las manifestaciones que ante él hubieren hecho, previamente requeridos, no se hallan comprendidos en ninguna de las prohibiciones del Código para ejercer las funciones de testigos en el testamento que autoriza.—Res. Dir. gen. Reg. de 12 de Febrero de 1901.

Es otra condición exigida á los testigos en cuanto á la forma en que han de prestar su testimonio, lo que también expresa este art. 694, de «que vean y entiendan al testador», con lo cual concuerdan los números 4.º y 5.º del 681, al prescribir que no podían ser testigos en los testamentos «los ciegos y los totalmente sordos ó mudos y los que no entiendan el idioma del testador», y con el 679, que califica de *abierto* el testamento «siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben *autorizar* el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone».

De todo esto se deduce: 1.º, que las condiciones características del testamento abierto, son: la *publicidad relativa* entre las personas en cuya presencia el testamento ha de hacerse, y el que éstas *queden enteradas* de lo que en él se dispone, lo cual hace indispensable que vean y entiendan al testador; y 2.º, que la intervención de testigos idóneos en el número legal de *tres*, que el art. 694 preceptúa, es requisito *sine qua non*, á la vez que de *prueba*, de *solemnidad*, y más de lo segundo que de lo primero, puesto que la intervención notarial, mientras el instrumento público no fuese redarguido de falso, civil ó criminalmente, y como medio normal de justificación de su autenticidad, hacía innecesaria á título de prueba la intervención también de los testigos, ó la reduciría al número ordinario de *dos* que previene para las escrituras de actos *inter vivos* el art. 22 de la ley del Notariado, así como su art. 29 establece que «lo dispuesto en ella relativamente á la forma de los instrumentos y al número y cualidad de los testigos, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa*, en los cuales regirán las leyes especiales del caso» (1).

En directa explicación de los textos de los arts. 681 y 682, que enumeran las *incapacidades* para ser testigos en los testamentos, es de observar:

1.º Que no se halla del todo justificada la señalada en el núm. 1.º del art. 681 á las *mujeres*, fuera de la excepción antes indicada, pues cualquiera que sea la tradición romana y española, conformes en esta prohibición (2), que no es tampoco uniforme en la nacional, pues en Aragón, Navarra y Vizcaya no sucede lo mismo (3), carece de fundamento racional tal incapacidad, y no concuerda con el propio criterio del Código, que en el art. 1.245 establece que podrán ser testigos todas las personas de *uno y otro sexo* que no fueren inhábiles por incapacidad

(1) No hay por qué reproducir aquí la antigua tesis de la *rogación solemne* de testigos, que á las Partidas trajo la reminiscencia romana, y dejó de ser problema de la exégesis de nuestro Derecho anterior al Código civil desde la reforma radical que sufrió la testamentifacción por la ley única, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá.

(2) Part. VI, tit. 10, lib. II, Inst.; L. 9.ª, tit. 1.º, Part. VI.

(3) Cap. 29.º de este tomo.

natural ó disposición de la ley; y aunque este precepto forma parte del libro IV y está dictado para los contratos y obligaciones, es extraño que en esta clase de actos jurídicos se admita el testimonio de la mujer en iguales condiciones de capacidad para ser testigo que el del hombre, y no suceda lo propio en materia de testamentos, á no ser bajo la idea ó preocupación de que en aquéllos se refiere á la intervención de los testigos como medio de *prueba* del contrato ó la obligación, y en éstos á esa intervención como *solemnidad* de los testamentos, lo cual puede ser una explicación de la diferencia de mente legal dentro del mismo Código, pero no satisfactoria ó de completa justificación doctrinal, aunque ciertamente inspirada en preocupaciones y miramientos de carácter social, relativos á la naturaleza del sexo.

2.º Que también constituye una novedad poco justificada en relación á nuestro antiguo Derecho y á otros puntos de vista, la incapacidad para ser testigos en los testamentos, del núm. 2.º del art. 681, respecto de los varones *menores de edad*, sólo con la misma excepción en cuanto á las mujeres, del 701, relativo á los testamentos hechos en tiempo de epidemia; porque esta novedad se aparta de los precedentes romanos y españoles (1), en los cuales la capacidad para ser testigo se regulaba por la edad de la pubertad ó de los catorce años, guardando una armonía lógica, que hoy no existe, con la misma capacidad para testar, ó testamentifacción activa, ya que es natural que á quien se la reconozca la ley para otorgar testamento, la tenga para ser testigo, y además, porque resulta incongruente con el espíritu del Código civil mismo, que sólo declara inhábil por incapacidad natural para ser testigo, en materia de obligaciones y contratos, á los menores de catorce años (núm. 3.º del art. 1.246), si bien respecto de esta incongruencia podría tenerse en cuenta, para explicarla, un criterio semejante al que antes se consignó en orden á la mujer. No faltan opiniones de distinguidos escritores (2), que plantean el problema de si la habilitación de la mayor edad y la emancipación por el matrimonio, á que se refieren los arts. 317, 322, 323 y 324 (3), que dan la consideración legal relativa de mayor de edad al menor en sus respectivos supuestos, debiera alcanzar en sus efectos hasta el punto de dotar de capacidad para ser testigos en un testamento al menor que se halle en aquellas condiciones excepcionales, toda vez que así parece lógico, pues que aquellas habilitaciones y emancipaciones le otorgan una capacidad de mayor edad para aplicaciones más

(1) L. 26, tit. 1.º, lib. XXVIII del Dig.; § 6.º, tit. 1.º, lib. II, Just.; L. 12, tit. 4.º, lib. X, Fuero Juzgo; L. 9.ª, tit. 16, Part. VI; L. 9.ª, tit. 8.º, lib. II, Fuero Real, que exigió diez y seis años.

(2) Scévola, ob. cit., t. XII, págs. 280 y 281.

(3) Explicado en los núms. 7 y 8, cap. 8.º, II, y 17 á 19, cap. 29.º, t. V, 2.ª edic.

importantes y personales; pero sin desconocer la fuerza de este raciocinio y el motivo de esencial analogía en que se apoya, es lo cierto que, tratándose de un precepto, como el del art. 681, de índole restringida, de carácter taxativo y de condición formal, nos parece peligrosa la *generalización* de aquella doctrina, que pudiera dar lugar á la sanción de *nulidad* del art. 687, por el cual se declara *nulo* el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en este capítulo, una de las cuales es la concurrencia de testigos idóneos, ó no comprendidos en las incapacidades del art. 681, que explicamos, cuyo núm. 2.º, por razón de la edad, sólo á los mayores es á los que otorga capacidad para serlo, sin otra excepción que la del art. 701, relativo al testamento hecho en tiempo de epidemia (1).

3.º Que no podrán ser tampoco testigos en los testamentos los que no tengan la calidad de *vecinos* ó *domiciliados* en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley; lo cual equivale á exigir como una de las condiciones de *idoneidad* para ser testigos, cualquiera de las dos cualidades de *vecinos* ó *domiciliados*. Como el Código no define la *vecindad*, queda remitido este concepto legal á la ley Municipal de 2 de Octubre de 1877 (2), así como el de *domicilio* al art. 40 de aquél, explicado ya en otro lugar (3); pero obsérvese que, tanto en la legislación anterior al Código, como en los preceptos de éste, las aplicaciones civiles extrajudiciales de la *residencia* se refieren siempre á la condición de *domiciliado*, tomándola como equivalente de la misma palabra *vecinos*, que emplearon nuestras antiguas leyes (4), y que es de repetir aquí lo expuesto en otro pasaje de este libro (5) al observar que el art. 681, núm. 3.º, en cuanto señala como condición de capacidad para ser testigos en los testamentos la de ser *vecinos* ó *domiciliados*, se comete una redundancia manifiesta por el Código, ya que es innecesario distinguir para este efecto una y otra calidad, porque la primera es comprensiva de la segunda, y ésta, suficiente, sin necesidad de aquélla, para ser testigos en los testamentos, antes y después del Código civil.

La del «lugar del otorgamiento» no puede referirse sino al *término municipal*, aun tratándose de caseríos, más ó menos diseminados, que le formen, y en ese sentido se pronunció la jurisprudencia anterior al Código (6) que, para este efecto, puede, no obstante su fecha, considerarse como elemento de ilustración.

(1) Con este criterio juzga la cuestión legal Manresa, ob. cit., pág. 442, t. V.

(2) Núm. 4, cap. 14.º, t. II, 2.ª edic.

(3) Núms. 20 y 21, cap. 14.º, t. II, 2.ª edic.

(4) Única, tit. 19, Ordenamiento de Alcalá, 3.ª de las de Toro, y 1.ª, tit. 18, lib. X, Nov. Rec.

(5) Núm. 21, aplicación 3.ª, cap. 14.º, t. II, 2.ª edic.

(6) Sents. 1.º Mayo 1877 y 17 Febrero 1882.

Como los *extranjeros* pueden tener la calidad de *domiciliados* (1) y, además, según el art. 27 del Código, gozan en España de los derechos civiles que las leyes conceden á los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado ó en Tratados internacionales, es evidente que, reuniendo las demás condiciones de idoneidad, ó sea, no hallándose comprendidos en ninguna de las otras de incapacidad legal que determinan los arts. 681 y 682, pueden ser testigos en los testamentos, no obstante su extranjería y siempre que, á pesar de ella, por razón del idioma, no estuvieran especialmente incluidos en el supuesto del núm. 5.º de dicho art. 681.

La última parte de este número de dicho artículo, releva de esta calidad de *vecino ó domiciliado*, en los casos exceptuados por la ley, á los testigos, siendo sus concordantes, en primer término, el 734, para el testamento hecho por un español en país extranjero, ante el agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento, en el cual expresamente se declara no ser necesaria la condición del domicilio en los testigos, y aunque no de modo tan expreso, los arts. 701, para el testamento hecho en tiempo de epidemia, 716 y 720 para el testamento militar, á pesar de la diferencia de que en el primero figura la calificación de *idóneos* para los testigos, y en el segundo no, y el 722, en cuanto al testamento marítimo.

4.º Respecto de este número del art. 681, que establece, no podrán ser testigos en los testamentos los ciegos y los *totalmente* sordos ó mudos, téngase por reproducido lo dicho en otro lugar de esta obra (2), y obsérvese que esta incapacidad de orden natural, es tan evidente, que no podía menos de establecerse para los testigos en los testamentos, que no sólo han de conocer al testador (art. 685), sino que han de verle y entenderle en el testamento *abierto* (art. 694), y uno de ellos, *por lo menos*, firmar (art. 695), y en el *cerrado*, presenciar é intervenir y firmar en todas las solemnidades de su otorgamiento (art. 707), y guarda congruencia con el precepto general que declara inhábiles por incapacidad natural á los ciegos y á los sordos, en las cosas cuyo conocimiento dependa de la vista y el oído (art. 1.246, núm. 2.º). Lo que no se explica satisfactoriamente, es que coloque la ley en el mismo grado de incapacidad absoluta para ser testigos en los testamentos á los *mudos* que á los *sordos*—y claro es que con más razón á los *sordo-mudos*, aunque no los menciona—, pues aunque el adverbio *totalmente* va delante de los dos, precedido del artículo en plural *los*, no debe referirse más que á los sordos que lo sean *totalmente*, ya que el mayor ó menor grado de torpeza en el oído del que fuera más ó menos sordo, no im-

(1) Art. 4.º, R. D. de 17 de Noviembre de 1852, núm. 12, cap. 14.º, t. II, 2.ª edic.

(2) Núms. 16, 17, 18 y 19, cap. 9.º, t. II, 2.ª edic.

sibilita el que pueda oír por medios excepcionales de intensidad de voz ó de aparatos (1), y por eso precisamente antepone el Código á los sordos el adverbio indicado, que no puede aplicarse á los mudos, como tampoco á los ciegos, porque ambas denominaciones expresan un estado de carencia completa de las facultades de la palabra y de la vista, á que se refieren; ni, tampoco se explica, que los simplemente mudos, que no sean sordos también, se incluyan generalmente entre los incapacitados para ser testigos, sin distinguir ó exceptuar aquellos mudos que sepan leer y escribir ó que puedan mostrar el estado de conocimiento de lo que presencian por signos ó gesticulaciones indudables para su conocimiento, hoy tan frecuente en la educación pedagógica que al efecto pueden haber recibido, á no ser teniendo en cuenta que siempre esta forma excepcional de manifestarse los mudos es expuesta á error y ajena á las facilidades necesarias ó convenientes para prestar testimonio en acto tan delicado como un testamento.

5.º La causa de incapacidad, que bajo este número señala el art. 681 del Código, es perfectamente explicable, puesto que tanto en los testamentos abiertos, respecto al contenido de los mismos, cuanto en los cerrados, por lo que se refiere al acta que en la cubierta de éstos debe extenderse, y muy especialmente en los hechos de palabra, es necesario, si los testigos han de realizar la misión que les está encomendada, que entiendan las manifestaciones hechas por el testador mediante un conocimiento del idioma en que se exprese, que, si no perfecto, sea el suficiente, para percibir con claridad, el concepto y alcance de las declaraciones que ha de oír, suscribir ó certificar del pliego que las contiene.

6.º Se refiere este número á la incapacidad originada por la perturbación de las facultades mentales del testigo; y es de observar que el Código sustituye la expresión de *locos ó dementes* que consta en otros preceptos de aplicación más general en lo relativo á la capacidad jurídica—como son los arts. 200 y 1.246, éste último referente á la prueba testifical—por la de que «no estén en su sano juicio», que es la dicción del núm. 6.º del art. 681 que estudiamos, ó sea que sufran al tiempo del otorgamiento, que es lo que indica la frase *no estén*, cualquiera perturbación mental más ó menos definitiva ó pasajera y transitoria, sea la que fuese la causa que la produzca y el propio criterio del Código para apreciar la capacidad del testador, pues, según el art. 666, se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

A los testigos locos ó dementes no puede aplicarse, por analogía, la doctrina de los *intervalos lúcidos*, que se admite como motivo excepcional de capacidad para los testadores, por la excepción que del precepto

(1) Ese fué el sentido de nuestra antigua jurisprudencia, según declara la sentencia de 11 de Junio de 1864.

prohibitivo del núm. 2.º del art. 663 hace el 665, y mediante las garantías y requisitos especiales de la designación por el notario autorizante de dos facultativos que previamente reconozcan al testador demente, en tal supuesto, y respondan de su capacidad.

La razón de la diferencia es obvia, porque la analogía no existe, aunque parezca á primera vista necesario mayor grado de capacidad en el testador que en el testigo, cuando se refieren las aplicaciones del mismo á fines distintos, pues en el testador demente se trata de actos de libre disposición y de capacidad para ellos, que si en aquel momento de *intervalo lúcido* se justifica debidamente que la tiene, es natural que se le reconozca y que pueda testar con eficacia, haciendo uso de su facultad de libre disposición, y, por tanto, que la ley no excuse ni prohíba el supuesto y antes bien le reglamente y condicione para hacerlo practicable cuando fuera procedente, á fin de que aquel patrimonio sea regido por su dueño mismo y no por representación suplementaria de él, atendido su habitual estado de defecto de capacidad; mientras que, tratándose de un testigo, cuya misión no es otra que ser requisito de solemnidad y medio de prueba del testamento, es indiferente que lo sea una persona ú otra, sin que esto influya en el régimen jurídico de ningún patrimonio, y por eso es natural que la ley no considere oportuno reglamentar la hipótesis excepcional de testigo demente ó incapacitado mentalmente con intervalos lúcidos, porque no es indispensable que lo sean unos determinados, y hasta es racional que sean empleados otros que no se hallen en tales condiciones de excepción; y por que, además, el Código, que previó el caso para el testador, no lo ha previsto ni debió preverlo para los testigos.

7.º Por este número del art. 681, se declara que no podrán ser testigos en los testamentos «los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.»

El fundamento de esta prohibición no puede ser más evidente, en cuanto los hechos que la motivan engendran una presunción contraria á la condición indispensable de *fidedignidad* en los testigos que han sido condenados por los delitos de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, ó constituyen una resonancia en el orden del derecho privado, de la sanción penal impuesta por la interdicción civil.

En otro lugar (1), nos hacemos cargo de este precepto del núm. 7.º del art. 681, como causa modificativa de la capacidad civil, por razón de la *pena*, y decimos «sin que sea preciso, puesto que el Código no lo dice, que la condena sea ya ejecutoria por proceder de sentencia firme, bastando, á nuestro juicio, que se haya pronunciado una sentencia con-

(1) Letra B, núm. 9, cap. 12.º, t. II, 2.ª edic.

denatoria, aunque esté pendiente de recurso de casación, que si pudiera prosperar y ser absuelto el procesado, *mientras esto no suceda*, el hecho de una condena por esta clase de delitos *parece motivo racional suficiente para dudar de la fidedignidad* como testigo del que se halla en estas condiciones.»

Á esta inteligencia del precepto legal se opone, no sin fundamentos muy atendibles en buena doctrina procesal, por algún ilustrado comentarista (1), resuelta contradicción, entendiendo que mientras la condena no proceda de sentencia firme no puede ni debe producir tales efectos, y, por tanto, el que hubiera sido condenado por sentencia de la Audiencia, no consentida y pendiente del recurso de casación, podrá ser testigo en los testamentos, mientras no se desestime aquel recurso y se haga *firme* la sentencia condenatoria.

No negamos, ni nunca hemos desconocido, que tal situación excepcional de condenado por un delito y sus aplicaciones civiles, en rigor no constituye una situación definitiva, mientras no se llega al estado de *cosa juzgada*, mediante la sentencia *firme*, y, por consiguiente, en tanto haya pendiente de sustanciar y resolver un recurso de casación; pero, aparte de que el Código debió emplear siempre, en casos semejantes, la frase *sentencia firme*, que es locución más propia, que usa en otros casos (2), ya que, en interpretación *literal* ó puramente gramatical, siquiera no sea el propio sentido procesal, no cabe excluir la *posible* referencia á condena, que no sea todavía definitiva por hallarse pendiente la sentencia que se pronunció del recurso de casación, al decir, «los que hayan sido condenados», nuestra afirmación del pasaje anterior no pasó de los términos antes subrayados, al consignar: «el hecho de una condena por esta clase de delitos *parece motivo racional suficiente* para *dudar*—nada más que *dudar*—de la fidedignidad como testigo del que se halle en estas condiciones».

En suma, que esta circunstancia no hará prudente, por lo menos, utilizar como testigos en un testamento el testimonio de personas que *hayan sido* ó resulten condenadas al tiempo del otorgamiento por los delitos á que se refiere el núm. 7.º del art. 681, aunque la sentencia que les condene se halle pendiente del recurso de casación, si bien, en estricto Derecho, es forzoso reconocer que la solución de nulidad del testamento es más que probable que no prosperaría, si por la sentencia de casación se absolviera en definitiva de tales delitos al testigo que fué condenado por la que pronunció la Audiencia, cuando después de la fecha de la misma y antes de la de aquélla, intervino como tal testigo en el expresado testamento, cuya validez se impugnó por tal circunstancia; pues

(1) Q. Mucius Scævola, ob. cit., t. XII, pág. 298.

(2) Por ejemplo en los arts. 82, 1.437, etc.