

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

25. REGLAS DE DERECHO.

Primera. Tan sólo puede tenerse como *criterio de transición*, en este punto, el mismo establecido en el capítulo anterior respecto de los testamentos abiertos; ó sea, que los testamentos *cerrados*, en cuanto á formalidades de su otorgamiento, para regular su validez, habrán de ajustarse á las solemnidades establecidas por la legislación *vigente* en la fecha de aquél; conforme también al párrafo primero de la regla *primera* de las disposiciones transitorias del Código civil.

Segunda. Que, no integrándose el *todo jurídico* de un testamento cerrado únicamente con las solemnidades de su otorgamiento, sino que necesitando para su *perfección legal* el cumplimiento de formalidades posteriores relativas á su *apertura y protocolización*, cuando éstas tuvieron lugar antes de hallarse vigente el Código civil, ninguna regla de éste les fué aplicable; pero, si dichas apertura y protocolización, y su previa presentación, al promoverlas, se verificara con posterioridad al 1.º de Mayo de 1889, aunque el otorgamiento del testamento cerrado fuese de fecha anterior, tanto la presentación como la apertura y protocolización se regirán por los preceptos del Código, completados con los de la ley de Enjuiciamiento civil y del Notariado, que les son aplicables, subordinados al mismo, y según éste los deja modificados, de acuerdo con la regla *primera*, en toda su extensión, y con el criterio legal general de la *segunda*, y aun con el espíritu de la *tercera* de las disposiciones transitorias mencionadas.

§ 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

26. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas *fuentes*:

- 1.ª Los artículos del Código civil, insertos y explicados en este capítulo.
- 2.ª Los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, que en el mismo se mencionan.
- 3.ª Los de la ley del Notariado, su Reglamento é Instrucciones, de que también se deja hecha mención.

CAPÍTULO X

SUMARIO.—De la constitución de la sucesión testada ordinaria. De las solemnidades de los testamentos. (Continuación.)—B. De los TESTAMENTOS ESPECIALES.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los TESTAMENTOS ESPECIALES.*—1. Precedentes legales del Derecho de Castilla respecto de esta materia y solemnidades correspondientes á cada uno de ellos (el hecho en presencia del Rey, el de los aldeanos ó hecho en el campo, el otorgado por el padre entre los hijos, el testamento y la declaración de pobre).—2. Subsistencia tan sólo, antes del Código civil, de los testamentos del ciego y el militar; sus precedentes legales y solemnidades.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—3. Testamento del ciego.—4. Testamento militar.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—Testamentos especiales.—5. *A. Por razón de la persona del testador.* a. Del loco. b. Del enteramente sordo. c. Del sordo-mudo. d. Del ciego. e. En peligro inminente de muerte. f. Por un extranjero que no conoce el español, en lengua extranjera. g. Testamento ológrafo del extranjero.—6. *B. Por razón del lugar del otorgamiento.* a. Durante un viaje por mar. b. Por un extranjero en buque español. c. Por español, en país extranjero. d. En país ó buque extranjero, por español, conforme á aquellas leyes. e. Disposiciones comunes á estos testamentos.—7. *C. Por razón del tiempo.* Único. En el de epidemia.—8. *D. Por razón de la persona, lugar y tiempo.* a. Ante los Comisarios de guerra. b. En campaña. c. En peligro militar. d. En peligro de naufragio.—9. *E. Por razón de la forma.* Único. Elevación á escritura pública de los hechos de palabra ó sin intervención de notario.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—10. Testamento en peligro inminente de muerte.—11. Testamento en peligro inminente de muerte ó en tiempo a e epidemia.—12. Testamento sin intervención notarial.

§ 3.º *Explicación.*—13. Razón de plan: concepto de los testamentos *especiales* y su incompleta enumeración en conjunto, según el Código, discrepando del desarrollo de su articulado.—14. Sistematización: sus bases y especies correspondientes á cada una.—15. Su explicación respectiva.—*A. Por razón de la persona del testador.*—16. a. Testamento del loco.—17. b. Testamento del enteramente sordo.—18. c. Testamento del sordo-mudo y del que no habla, pero sí escribe.—19. d. Testamento del ciego.—20. e. Testamento otorgado en inminente peligro de muerte.—21. f. Testamento otorgado en España por extranjero, que no conoce el idioma español, en lengua extranjera.—22. g. Testamento otorgado por español en lengua extranjera.—23. h. Testamento ológrafo otorgado por un extranjero, en su propio idioma.—*B. Por razón del lugar en que el testamento se otorga.*—24. Reglas legales comunes.—25. a. Testamento hecho en un viaje por mar.—26. b. Testamento otorgado por un extranjero en un buque español.—27. c. Testamento otorgado por español en país ó buque extranjeros.—*C. Por razón del tiempo en que se otorga.*—28. Único. Testamento otorgado en tiempo de epidemia.—*D. Por razón de la per-*

sona del testador, el lugar y el tiempo de su otorgamiento.—29. a. Testamento militar hecho en campaña; sus variedades: reglas de cada una de ellas y caducidad respectiva.—30. b. Testamento hecho en peligro de naufragio.—E. Por razón de la forma.—31. a. Elevación á escritura pública de los testamentos hechos de palabra, ó mejor, «sin autorización de notario»: en qué concepto y para qué tasadas aplicaciones, después del Código, cabe tener por subsistente esta doctrina, y reglas procesales que han de observarse para su ejecución.

Art. III.—RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º Criterio de transición.—32. Reglas de Derecho.

§ 2.º Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.—33. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca de los TESTAMENTOS ESPECIALES

1. Descontadas en grupo aparte, las que hemos llamado en el Derecho anterior al Código civil *formas excepcionales* de testar de los *testamentos comunes*, sólo como *testamentos especiales*, por aumento ó defecto de solemnidades—recibiendo estos últimos el sobrenombre de *privilegiados*—se registran en las leyes patrias los siguientes: el del ciego, el del militar, el hecho en presencia del Rey, el de los aldeanos ó hecho en el campo, el del padre entre sus hijos y la llamada declaración de pobre. En la última fase del Derecho anterior al Código civil, sólo subsistieron los dos primeros. Los restantes tenían el siguiente concepto y solemnidades:

1.º El hecho *ante la presencia del rey*, cuando se pidiese y obtuviese de éste tal merced, era válido «magüer non sea y escrito otro testigo, si non el Rey tan solamente» (1).

2.º El de los aldeanos ó hecho *en el campo*, necesitaba la presencia de cinco testigos que suscribieran con sus nombres la carta del testamento, y si todos los cinco no supieran escribir, podía escribir uno de ellos, el que lo supiere hacer, por sí y por los otros (2).

3.º El otorgado por el padre *entre sus hijos*, es decir, testando en favor de sus hijos ó descendientes, para lo cual bastaba la presencia de dos testigos (3), así como para revocarle era precisa la de siete y la revocación y anulación expresa del primero (4).

(1) L. 5.ª, tit. 1.º, Part. VI.

(2) L. 6.ª, idem id.

(3) L. 7.ª, idem id.

(4) L. 8.ª, idem id.

4.º La llamada *declaración de pobre* no tenía solemnidades distintas del testamento nuncupativo común, y se titulaba así, porque era otorgado por quien carecía de bienes y se limitaba á declararlo y á disponer sobre la tutela ó la sustitución pupilar de sus hijos ó sobre otras aplicaciones de fines éticos y aun de patrimoniales respecto de eventuales derechos ó expectativas, sobre más ó menos posibles bienes futuros, que á él en vida ó á sus herederos pudieran pertenecer en fecha posterior al otorgamiento de su última voluntad.

El primero de estos cuatro testamentos apenas tuvo uso ni práctica alguna; el segundo fué derogado por la ley única, tit. 19 del Ordenamiento de Alcalá, desde el momento que la variedad de sus formas en cuanto al número de testigos hizo innecesaria esta excepción; el tercero fué expresamente denegado por la ley 3.ª de las de Toro, y, en cuanto al cuarto, nunca fué regulado por las leyes y tuvo escasas aplicaciones en la práctica.

2. Subsistían sólo como testamentos especiales, *antes* del Código civil, el del *ciego* y el del *militar*.

1.º *El del ciego*, según las leyes de Partida (1) había de ser forzosamente *nuncupativo* y nunca *cerrado*, con presencia de *siete* testigos y escribano público, y manifestar ante ellos cuáles eran las disposiciones de su última voluntad, que debían ser escritas por aquél delante de los testigos y leídas ante ellos, suscribiendo cada uno de los mismos el testamento si supieren escribir, y, si no, otro en su nombre y en defecto de escribano, sustituirse con otro testigo, de manera que entonces sean *ocho*. La ley 3.ª de las de Toro, ya que la del Ordenamiento nada dispuso sobre el particular, corrigiendo el Derecho precedente, estableció: «e mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos». No dice más; pero claro es que, como leyes correctorias de las de Partida, no debe llevarse su corrección más allá de sus términos expresos, y por esto en la opinión más generalizada se entendió que esta ley dejaba subsistente el necesario carácter de *nuncupativo* del testamento del ciego, la intervención de escribano y la sustitución de la falta de éste por un testigo más, es decir, cinco testigos y escribano ó seis testigos á falta de escribano.

2.º *Testamento militar*. El precedente romano del antiguo testamento privilegiado, *in procinctu*, tiene su eco en las leyes españolas de nuestros antiguos Códigos (2) y su último desarrollo en el Derecho vigente antes del Código civil en las Recopiladas (3), en las que se

(1) L. 14, tit. 1.º, Part. VI.

(2) Lib. 12, tit. 5.º, lib. II, F. J.; 4.ª, tit. 1.º, Part. VI.

(3) L. 7.ª y 8.ª, tit. 18, lib. X, Nov. Rec. (Reales Cédulas de 28 de Abril de 1739, de 9 de Junio de 1742, que derogó la anterior; de 25 de Marzo de 1752, y de 24 de Octubre de 1778.)

lee que «no obstante que por Ordenanza de 28 de Abril de 1739 tuvo por bien declarar el modo y solemnidades con que deben testar los militares... más bien informado ahora por el Consejo de Guerra de los perjuicios que se siguen en la práctica y de los inconvenientes que su observancia produciría tanto á mi servicio como á la profesión militar y honor de ella, he resuelto se observe la costumbre antigua en cuanto á que los militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos, no sólo estando en campaña, sino en otra cualquier parte, siempre que gocen sueldo, y que se recoja y anule enteramente la citada Ordenanza de 28 de Abril de 1739».

El principio de esta ley fué desarrollado en las Ordenanzas Reales del Ejército, que se imprimieron en 1768, las cuales reconocieron á todo individuo que gozase de fuero militar el de gozarle también tocante á testamento en cualquiera parte que teste; sea dentro ó fuera de campaña, en medio del combate ó cerca de empezarle, en naufragio ú otro inminente peligro militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere por escrito, sin testigos, siendo válido cuando la escritura del mismo sea autógrafa, ó de palabra ante dos testigos que resulten conformes en haberles manifestado aquella voluntad; y por último, que será válida y tendrá la consideración de testamento escrito de su letra en cualquier papel que lo haya consignado, bien lo haya hecho en guarnición, cuartel ó marcha, si bien cuando pudiese testar en lugar donde haya Escribano, lo hará con él, según costumbre (1).

Por una Real Cédula de 24 de Octubre de 1778 (2) se declaró «que todos los individuos del fuero de Guerra pueden, en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí sus testamentos en papel simple y firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo por ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal, y que así se cumpla y ejecute no obstante cualesquiera leyes, decretos y órdenes anteriores».

Confirmó este amplio sentido la Real orden de 17 de Enero de 1835, disponiendo que los juzgados militares correspondientes deben conocer de las testamentarias, *abintestatos* y disposiciones testamentarias de los aforados de Guerra; en la forma establecida por las Reales Ordenanzas y sus adiciones: que es árbitro el testador no sólo en campaña, guarnición, cuartel ó marcha, sino también en dondequiera que se halle y cualquiera que sea el estado de su edad, de su salud, con peligro ó sin él, de preferir el modo de manifestar su voluntad en la forma civil ó en la militar, sin sujeción á los reglamentos locales, por no deber mediar exi-

(1) Arts. 1.º al 4.º, Ordenanzas Reales del Ejército, cit.

(2) L. 8.ª, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.

gencia en el modo de testar, y, por consiguiente, sin que deba ni pueda intervenir el contralor ni otra persona, si no es llamada por el testador al paraje donde se encuentre.

Esta condición privilegiada se refería tan sólo á las *solemnidades* ó forma de otorgar el testamento, pero no en cuanto á su *contenido*, pues, según prevenían las Ordenanzas (1), habían de ajustarse á lo que disponían las leyes comunes sobre legítimas, á no ser que hicieran uso del privilegio que les facultaba para optar por la ley militar, civil ó municipal, que algunos interpretaron les autorizaba para testar con arreglo á las leyes especiales de la localidad en que lo hicieran.

De las anteriores disposiciones resulta que, según el Derecho anterior, todos los que gozaban del fuero militar podían testar *militarmente*, lo mismo en tiempo de guerra que en el de paz, y que su testamento tenía eficacia indefinida por razón del tiempo.

La opinión de los escritores (2) no fué favorable á esta latitud en el privilegio del testamento militar, fuera de la situación excepcional de guerra, porque para otorgarlo en tiempo de paz, estimaban con razón más perjudicial que favorable el privilegio que, al dispensarles de las solemnidades comunes, les privaba á ellos y á sus familias de las garantías que aquéllas representan contra la coacción, el fraude y todo género de asechanzas de que puede ser víctima un testador á quien tales facilidades se dan para ordenar su voluntad, cuando, sobre todo, ha cesado ó no existe el motivo excepcional de circunstancias de peligro inminente en la guerra, dificultades de campaña ú otros accidentes del servicio militar, que lo hicieran preciso ó razonable.

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

3. TESTAMENTO DEL CIEGO.—No ofreciendo duda alguna que la ley 2.ª, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, no tuvo otro objeto, ni se propuso tampoco más que establecer las solemnidades externas de los testamentos, es improcedente, por carecer de todo apoyo, la deducción que, bajo un supuesto inexacto, se hace de algunas de las palabras de dicha ley para sentar que dispone que no puede testar por escrito el que no sabe escribir, cuando no se trata en ella de la capacidad del testador, sino de la solemnidad del testamento, como hasta el epígrafe de la misma ley lo demuestra; y que existiendo y estando vigente la ley de Partida que declara este derecho, debió haberlo derogado ó establecido con claridad y precisión, sin dar lugar á deducciones, el Derecho

(1) Art. 17, tít. 11, tratado VIII.

(2) Febrero reformado, t. I, págs. 305 y 306, y Gutiérrez, ob. cit., t. III, págs. 169 y 170.

nuevo, y aun prescindiendo de esto, pudo fácilmente realizarlo, si hubiera querido, con solo declarar al que no sabe leer equiparado al ciego, que no podía antes ni puede hoy otorgar por escrito su testamento, cuya solemnidad reformó la referida ley (1).

Discutiéndose en un pleito sobre la nulidad del testamento de un ciego, por no haber intervenido escribano público con los cinco testigos que asistieran á su otorgamiento, no es aplicable á él la ley 1.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, porque dicha ley no dispone que en el caso de no concurrir el escribano lo haga por éste un número adecuado de testigos (2).

Si resulta de autos que el testamento otorgado por un ciego consta en cédula que aparece hecha ante siete testigos, de los cuales los más no fueron presenciales porque no vieron al testador, sino que oyeron leer al sacerdote la última voluntad del testador, que invertía la mayor parte de su herencia en misas y para las ánimas, y corroborado el dicho testamento, se advirtió que no compareció á declarar uno de los testigos, presentándose en su lugar otro que no se nombraba en la cédula como testigo, la sentencia que declara nulo ese testamento no infringe las leyes 2.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación, y 14, tít. 1.^o, Partida VI, porque ésta no es aplicable al caso, mediante á que no establece que el escribano pueda sustituirse con un testigo, no llegando á siete los que asistan al otorgamiento (3).

4. TESTAMENTO MILITAR.—La ley 8.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación y la Real orden de 17 de Enero de 1835, por las que se faculta á los individuos del fuero de Guerra para otorgar sus testamentos de cualquier modo en que conste su voluntad, no son aplicables, ni pueden ser quebrantadas, cuando falta la base que aquella ley establece, por haberse declarado, según la apreciación de las pruebas, que lo escrito en una piel de vaca y que se supone ser la expresión de la última voluntad de un militar, no es de puño y letra del mismo (4).

No desconoce la facultad que concede á los aforados de Guerra la ley 8.^a, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación para otorgar sus testamentos en cualquier papel en que conste su voluntad, la sentencia que declara no ser válida la copia de un testamento militar que no está firmada más que del testador, á pesar de expresarse en ella que sería firmada por testigos (5).

(1) Sent. 6 Abril 1877.

(2) Sent. 13 Junio 1877.

(3) Idem id.

(4) Sent. 11 Diciembre 1871.

(5) Sent. 31 Mayo 1875.

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.^o

Texto.

TESTAMENTOS ESPECIALES.

5. A. *Por razón de la persona del testador.*a. *Del loco.*

Art. 663, núm. 2.^o Del que habitual ó accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

Art. 664. El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Art. 665. Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Art. 666. Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento.

b. *Del enteramente sordo.*

Art. 697. El que fuere enteramente sordo deberá leer por sí mismo su testamento; y, si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

c. *Del sordo-mudo; y también de los que no pueden hablar, pero sí escribir.*

Art. 709. Los sordo-mudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.^o El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.^o Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento y que está escrito y firmado por él.

3.^o Á continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.

d. *Del ciego.*

Art. 698. Cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces: una por el Notario, conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra en igual forma por uno de los testigos ú otra persona que el testador designe.