

la manera que ménos garantías de seguridad pueden ofrecerse.

¿Qué puede disponerse en las memorias testamentarias? Los autores, en general, hacen aplicación á estos documentos de lo dispuesto en las leyes de Partida, que prohíben que se haga la institucion de heredero fuera del testamento, y que se pongan del mismo modo condiciones al instituido. Otros, sin embargo, y en nuestro sentir con más lógica, sostienen que es imposible equiparar las memorias testamentarias á los codicilos, porque éstos eran, ántes de la ley de Toro, una expresion de la última voluntad, pero ménos solemne, y por lo tanto estaba justificado que la falta de solemnidades fuese al mismo tiempo causa de que en ellos no pudiesen hacerse ciertas disposiciones reservadas para los testamentos solemnes. Pero esta razon no concurre en las memorias. Éstas, por una ficcion admitida y sancionada, tienen las mismas solemnidades que el testamento, son cláusulas de un testamento solemne, son el testamento mismo, y se presume haber concurrido en su otorgamiento las mismas solemnidades que en aquél.

Admitida la ficcion de que se considere como parte de un testamento aquello que real y positivamente no es parte del mismo, debe aceptarse con todas sus consecuencias. De todas maneras el testador salva los inconvenientes

que de aquí pudieran nacer, con sólo decir en su testamento que su memoria testamentaria se tenga por parte de su testamento, considerando como heredero á la persona ó personas que en la memoria designe, y con las condiciones y limitaciones que en la misma disponga. Con esta pequeña salvedad entienden los autores que es lícito nombrar heredero é imponerle condiciones fuera del testamento.

Tal es la doctrina vigente en esta materia.

Nosotros no somos enemigos del testamento ológrafo, desprovisto de solemnidades, pero con ciertos requisitos que sean garantía de su autenticidad. Las memorias ó cédulas testamentarias son hoy un medio de esquivar el cumplimiento de la ley: miéntras no se exijan en ellas siquiera que estén firmadas por el testador, seguirán siendo, como hasta aquí, un semillero de litigios escandalosos, donde el fraude y la codicia ponen no pocas veces la mano.

En el Proyecto de Código se disponía que: 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, con expresion del lugar, año, mes y día en que se otorgue. Estas disposiciones están perfectamente justificadas. Las prevenciones contra el fraude jamas pueden considerarse como limitacion de la libertad.

SECCION TERCERA

DE LAS SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

Artículo 892.—Todo individuo que goce de fuero de guerra, puede otorgar testamento ológrafo ó de cualquier otro modo que haga constar su voluntad respecto de aquello que puede ser objeto de testamento.

ORÍGENES

Ley 4.^a, tit. I, Partida 6.^a

Ley 12, tit. V, lib. II, Fuero Juzgo.

Leyes 7.^a y 8.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. R. O. 17 Enero 1835.

Decreto 6 Diciembre 1868.

CONCORDANCIAS

Concuerdan con: Ley 1.^a, tit. XIII, lib. XXXVII,

Digesto.—Ley 1.^a y siguientes, tit. XI, lib. II, Instituta.

El art. 981 Cód. Francia exige que se otorgue ante el jefe del escuadron ú otro oficial de grado superior y dos testigos, ó ante dos comisarios de guerra ó uno solo con dos testigos.

El 1945 Portugal, que se otorgue ante el auditor y tres testigos. El 993 Holanda, que se otorgue ante un oficial y dos testigos.

JURISPRUDENCIA

No desconoce la facultad que concede á los aforados de guerra la ley 8.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., para otorgar sus testamentos en cualquiera 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 (Sent. 31 Mayo 1875).

COMENTARIO

La facultad concedida á los militares para otorgar sus testamentos en la forma que prefieran y prescindiendo de las solemnidades establecidas por Derecho civil, tiene por base en sentir del Rey Sabio el hacerles *honra e mejoría mas que a otros omes, por el gran peligro a que se meten, en servicio de Dios, e del Rey, e de la tierra en que viven.*

Reconocida esta facultad por el Fuero Juzgo, si bien de una manera confusa, las Partidas desarrollaron el privilegio considerando como buenas cualesquiera formas que el caballero aceptase para demostrar su voluntad.

En 1739 por Real Cédula de 28 de Abril, se limitó este privilegio para los casos de campaña, y siempre que el militar muriese durante ella. Mas en 1742 y posteriormente en 1752, se restableció la antigua doctrina en esta materia.

Las Ordenanzas del Ejército contienen acerca de este punto las siguientes disposiciones:

1.^a Todo individuo que gozare fuero militar segun está declarado en esta Ordenanza, le gozará tambien en punto de testamentos, ya sea que le otorgue estando empleado en un servicio de campaña, ó hallándose en guarnicion, cuartel ó marcha, ó en cualquier otro paraje.

2.^a En el actual conflicto de un combate ó sobre el inmediato caso de empezarle, podrá testar como quisiere ó pudiere por escrito sin testigos, siendo válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad.

3.^a Igualmente será válido el testamento hecho de cualquiera de los modos que expresa el artículo precedente en todo naufragio ú otro cualquiera inminente riesgo militar en que se halle el testador, bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad á dos testigos imparciales, aunque no sean rogados.

4.^a Igualmente será válida y tendrá fuerza de testamento la disposicion que hiciere todo militar, escrita de su letra en cualquiera papel que la haya ejecutado: y á la que así se hallare se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien la haya hecho en guarnicion, cuartel ó marcha; pero siempre que pudiere testar en paraje don-

de haya escribano, lo hará con él segun costumbre (tit. XI, trat. VIII).

La inteligencia de esta última disposicion dió lugar á la duda de si podrian ó no los militares otorgar el testamento privilegiado en todas ocasiones, ó solamente á falta de notario. En Real Cédula de 24 de Octubre de 1778 (Ley 8.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.), se puso término á la duda, resolviendo «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 ánte escribano, con las fórmulas y cláusulas de estilo: y que en la parte dispositiva puedan 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».

En Real Orden de 17 de Enero de 1835, se reprodujo esta aclaracion en parecidos términos.

Para la aplicacion de estas leyes debe tenerse presente el Decreto de 6 de Diciembre de 1868, llamado de unificacion de fueros, en el cual se reduce el antiguo fuero militar de que disfrutaban los militares retirados, y áun en ocasiones sus mujeres é hijos. Colocado el fuero de guerra dentro de sus verdaderos límites, ha llegado á estar más justificado el privilegio de que nos venimos ocupando.

Estamos de acuerdo con el Sr. Gutierrez en que, cualquiera que sea el interes de los militares en sostener sus privilegios, como se los reconoce la Ordenanza, tenemos por más racional y hasta por más provechosa para ellos mismos la ley de Partida, que decia: «Queriendo fazer testamento algund caballero, si lo fiziesse en su casa, o en otro lugar, que non sea en hueste, débelo fazer en la manera que los otros omes... e si por aventura seyendo en hacienda, veyendose en peligro de muerte quisiesse aquella sazón fazer su testamento, dezimos que lo puede fazer como pudiere e como quisiere...»

En efecto, lo que en campaña es una necesidad á que todos los Códigos atienden, en tiempo de paz carece de explicacion, y redundan en perjuicio mismo de aquellos que se enorgullecen con el privilegio.

Artículo 893.—El militar que, con arreglo al artículo anterior, otorgare su testamento, deberá observar, en la parte dispositiva del

mismo, lo establecido por las leyes civiles, militares ó municipales, á su eleccion.

ORÍGENES

Ley 32, tit. IX, Partida 6.^a
Art. 17, tit. XI, trat. VIII, Ordenanzas del Ejército.
Ley 8.^a, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec.

COMENTARIO

El privilegio de los aforados de guerra no es sólo referente á las solemnidades externas del testamento: su especialidad alcanza á la parte dispositiva del mismo.

Así pues, el militar no tendrá obligacion de testar con arreglo á las leyes del lugar de que es natural, sinó que, segun declara la ley Recopilada: «en la parte dispositiva pueden usar a su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal...»

Por consiguiente, al otorgar su testamento un militar, deberá declarar cuál de estas legislaciones elige para disponer su última voluntad. Con arreglo á ley civil, deberá respetar lo dispuesto acerca de legítimas en Castilla. Con arreglo á la militar, del mismo modo: «nunca puede perjudicar al heredero forzoso, dejando á otros los bienes castrenses, excepto del tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere, en perjuicio de sus padres y demas ascendientes, ó en el quinto en perjuicio de sus hijos y otros descendientes» (artículo citado de la Ordenanza). Con arreglo á la ley municipal, podrá disponer de sus bienes en la forma que los fueros de aquellas localidades que los conservan consientan.

Mas ¿podrá el militar elegir un fuero municipal para disponer con arreglo á él de bienes sitos en otro territorio?

Refiere Bacardi (1), que habiendo fallecido en 1787 el marqués de Santa Cruz de Marcenado, aforado de guerra, se promovió un empeñado pleito sobre la validez de su disposicion testamentaria.

Había instituido el finado por su heredero á su hermano, prefiriéndole á la madre legítima de ambos, y ésta acudió á los tribunales militares en solicitud de que se declarase nulo el testamento por haber testado contra las leyes, que declaran á la madre heredera forzosa de sus hijos en ciertos casos, salvo la parte de que pueden disponer libremente en perjuicio de los

(1) Cap. II, tit. II, lib. I.

herederos forzosos. Alegó el heredero, que el testador había elegido el fuero de Cataluña donde falleció; que á él había arreglado su testamento, y por consiguiente, que pudo nombrar heredero á su hermano sin que por esto fuese posible considerar el testamento como inoficioso ni anularlo por pretericion, teniendo el heredero forzoso derecho solamente á la cuarta parte. Añadió, que á esta legislacion catalana debía ajustarse, no sólo la division de los bienes que el testador tenía en Cataluña, sinó los que poseía en Astúrias y Galicia, por el privilegio que tenía el marqués de sujetarlos á él; pues para arreglar la disposicion de los bienes de una provincia ó su derecho municipal, y la de los bienes de otra al que gobierna en ella, no era menester gozar fuero de guerra, pues cualquiera paisano podía por sí hacerlo.

El tribunal militar declaró nulo el testamento; pero en un nuevo juicio revocó la sentencia y declaró válido el testamento y por heredero al instituido en el mismo, sin perjuicio de las legítimas pertenecientes á la madre, que eran el suplemento hasta la cuarta parte en los bienes sitos en Cataluña, y las dos terceras partes en los que poseía en Astúrias y Galicia, cuya sentencia fué confirmada en decreto de 23 Octubre 1790.

Tal es la legislacion vigente sobre testamentos militares.

Antes de terminar esta seccion, vamos á decir dos palabras sobre los antiguos testamentos privilegiados.

Eran éstos: 1.º, el testamento en que concurre como testigo el monarca, que sin más que este requisito es válido, aun cuando se omitieren las otras formalidades. De él nos ocuparemos en otro lugar; 2.º, el otorgado por los aldeanos, en el que bastaba la concurrencia de cinco testigos. Este privilegio no subsiste, pues como dice Gutierrez, la ley no permitía á los aldeanos el uso de este privilegio tratándose de testamentos *en poridad* (escritos), sinó en los nuncupativos; por lo tanto, ¿qué vendría á ser el privilegio despues de la ley del Ordenamiento, que declara válidos los testamentos hechos con cinco y aun con tres testigos? 3.º, el otorgado por el padre entre sus hijos, en el cual, segun la ley 7.^a, tit. I, Partida 6.^a, se podía prescindir de muchas solemnidades; pero esta ley ha sido derogada por las siguientes palabras del Ordenamiento «...se entienda y platique en el testamento nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre heredero

extraños». Por consiguiente, ha quedado sujeto á las reglas generales sobre testamentos.

Se ha disputado durante largo espacio si la ley del Ordenamiento hizo referencia, tanto al testamento nuncupativo como al escrito, ó si se refirió únicamente al nuncupativo: la redaccion gramatical de la ley daba lugar á la duda; pero casi todos los autores, Gregorio Lopez, Gomez, Matienzo, Gutierrez y otros, han aceptado la primera opinion, esto es, que así unos como otros testamentos, han sufrido la modificacion del Ordenamiento de Alcalá.

El Proyecto de Código, de acuerdo con otros extranjerios, reconocen varias clases de testamentos privilegiados ó especiales, como el otor-

gado en viaje por mar, el que tiene lugar durante la enfermedad ó accidente que pone en peligro inminente la vida del testador y otros.

Algunos autores, como Viso, suponen que en tiempo de epidemia puede prescindirse de ciertas solemnidades, como son la unidad de acto que exigian las Partidas.

Como observa prudentemente el autor de los Estudios fundamentales, las leyes de Partida han perdido su autoridad en lo que se refiere á cierta parte formularia de los testamentos, y sobre todo, aunque quisiéramos invocar esas leyes, no recordamos haber visto una que hable de los que se hacen en tiempo de peste.

SECCION CUARTA

QUIENES PUEDEN SER TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS

Artículo 894.—En todos los testamentos de cualquier clase que sean, los testigos deben ser mayores de catorce años, y no haber sido inhabilitados por sentencia ejecutoriada para serlo en juicio ó en instrumento público.

ORÍGENES

Ley 9.^a, tit. I, Partida 6.^a
Art. 320 Ley Enjuiciamiento civil.

JURISPRUDENCIA

Si resulta que aun excluido uno de los testigos presenciales del otorgamiento de un testamento tachado por el recurrente, es un hecho admitido por ambas partes que han asistido como presenciales al testamento, elevado ya á escritura pública, otros cinco testigos, respecto de cuya capacidad y aptitud no se opone ninguna tacha fundada en la ley ó doctrina legal... al declarar la validez del mismo, no infringe la Sala sentenciadora ley ni doctrina legal (Sentencia 27 Octubre 1877).

COMENTARIO

Exigese para ser testigo en un testamento la cualidad de vecino, y si bien no en todos los casos es precisa, es insubsanable la falta cuando la ley lo determina.

Ni las condiciones de probidad, ni ninguna

otra de las que pudieran ser garantía del testimonio son atendibles si falta la vecindad.

¿En qué casos la vecindad es precisa? En artículos precedentes dejamos consignado lo suficiente para contestar á esta pregunta. Al ocuparnos ahora de quiénes pueden ser testigos en los testamentos, damos por supuesta la vecindad de la manera que la entiende la ley y ha interpretado la jurisprudencia.

Ademas, pues, de esta circunstancia, han de concurrir otras en los testigos:

- 1.º Que sean mayores de catorce años.
- 2.º Que no hayan sido inhabilitados por sentencia firme para ser testigos en juicio ó en instrumento público.

La primera de las condiciones está consignada en todas las leyes. *Sed nec pupillis testimonium denunciari potest propter imperfectum animi iudicium...* dice Vinio. Por otra parte, al que pasa de catorce años, es imposible privarle de la facultad de ser testigo en el testamento, pues como dice Goyena, ¿cómo no ha de poder ser testigo el que puede testar?

En cuanto á la segunda de las circunstancias exigidas para ser testigo, está aceptado por todos los Códigos, que en general sientan el principio de que podrán ser testigos en los testamentos los «que no hayan incurrido en pérdida de los derechos civiles», doctrina análoga á la contenida en nuestro artículo.