

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 vendria 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 extranjeros, 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.

Los condenados por falso testimonio, á quienes la ley conceptúa poco veraces, no es posible que con sus declaraciones presten base á disposiciones de tanta importancia como las que son objeto de los testamentos.

El delito, por consiguiente, es causa de incapacidad; pero así como en otras clases de documentos solamente el delito de falso testimonio es el que produce estos resultados, tratándose de testamentos se produce idéntico efecto por otros delitos, como veremos en el artículo siguiente.

Artículo 895.—No pueden ser testigos en los testamentos:

Primero. Las mujeres.

Segundo. Los locos mientras estuvieren en locura.

Tercero. Los pródigos, sordos y mudos.

Cuarto. Los condenados por injurias, hurto, homicidio ó cualquiera otro delito semejante ó de mayor gravedad.

ORÍGENES

Ley 9.ª, tít. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuera en parte con: Art. 8.º, cap. III, lib. III, Cód. Baviera.—Párr. 6.º, tít. X, lib. II, Instituta.—Ley 20, párr. 4.º, tít. I, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

La capacidad mental de los testigos que asisten al otorgamiento de un testamento otorgado ante escribano con las solemnidades legales, se presume de derecho mientras no se pruebe lo contrario: debiendo estar á la apreciación que de las pruebas haya hecho la Sala sentenciadora (Sent. 7 Diciembre 1859).

Para reputar á alguno incapacitado de ser testigo en un testamento por haber cometido el delito de violación, es necesario que la tacha conste por sentencia ejecutoria (Sent. 11 Febrero 1860).

La calidad de protestante no impide testificar en actos testamentarios, no siendo aplicables las prescripciones generales de la ley 8.ª, título XVIII, Partida 3.ª, á los testigos de los testamentos (Sent. 2 Marzo 1861).

Exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos, la intervención de los testigos en el número que las mismas

prescriben, no pueden contarse para este efecto los que carezcan de la aptitud legal necesaria (Sent. 26 Setiembre 1862).

No se entiende por sordo, en el sentido de la ley recopilada, el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto de lo ordinario, sino el que carece de la facultad de oír. Por consiguiente, no es inhábil para testigo de testamento el que tal defecto tenga, mucho más si manifiesta claramente estar enterado de la voluntad del testador, expresando que si le oyó (Sent. 11 Junio 1864).

Cuando la Sala sentenciadora aprecia que el notario autorizante de un testamento es de buena fama y que debe dársele entera fe, así como que la discordancia de los dichos de los testigos versa sobre puntos incidentales que no invalidan su testimonio ni constituyen prueba especial para que pueda estimarse nulo un testamento, no se infringen las leyes (Sent. 4 Octubre 1871).

COMENTARIO

No todos los que son mayores de catorce años y no están condenados por falso testimonio, pueden ser testigos en los testamentos.

La ley de Partida, que fija la doctrina vigente en esta materia, dice así: «*Testiguar non pueden en los testamentos aquellos que son condenados por sentencia, que fuesse dada contra ellos, por malas cántigas o ditados que fizieron contra algunos, con entencion de enfamarlos. Nin otrosi, el que fuesse condenado por juycio de los Juzgadores por razon de algun malfecho que ficiesse: assi como por furto o por omicidio o por otro yerro semejante destos, o por mas graue, que fuesse dada sentencia contra él. Nin, otrosi, ninguno de los dexan la Fé de los Chistianos e se tornan Moros, o judios mager se tornassen despues a nuestra Fé: que dizen en latin Apostatas. Nin las mugeres; nin los que fuessen menores de catorze años. Nin los mudos. Nin los sordos. Nin los locos mientras que estovieren en locura. Nin aquellos a quienes es defendido que non vsen de sus bienes, porque son desgastadores dellos en mala manera: ca estos atales non pueden ser testigos en testamento...*»

Algunas de estas incapacidades no existen hoy, como, por ejemplo, la que se refiere á los apóstatas, pues es imposible de sostener, después del precepto constitucional, que exige respeto para todas las creencias y garantiza el ejercicio de los derechos civiles, sin hacer dis-

tinción entre los españoles por su religión. Las que están vigentes serán objeto de nuestro estudio, si bien en distinto orden que las enumera la ley.

A las mujeres se prohibió servir de testigo en los testamentos, porque, según el emperador Leon en la Novela XLVIII, *muliebris sexus submissos morem, pudoremque adimit, atque ipsas ad inverecundiam et procacitatem exercet*.

En sentir de Goyena, esta prohibición debe extenderse á toda clase de instrumentos públicos: no alcanzamos á comprender la razón de ello, ántes al contrario, nos parece hallar una contradicción entre ese deseo manifestado por el autor de las Concordancias y lo que el mismo dice unos renglones más abajo hablando del mayor de catorce años, cuya facultad de testificar justifica diciendo: ¿cómo no ha de poder ser testigo el que puede testar?

Bien puede suceder que en alguna ocasión se vea un hombre privado de poder hacer testamento á causa de la prohibición de la ley. No hallamos, por otra parte, lógico, que el testimonio de una mujer, válido tratándose de negocios más trascendentales, como una causa criminal que puede conducir á un hombre al cadalso, no sea estimable para dar fe de la voluntad de un padre que dispone de sus bienes á favor de sus hijos. La testificación podrá basarse en la moralidad, jamás en el sexo.

Al decir que están excluidas las mujeres, se ocurre preguntar: ¿y el hermafrodita? En nuestro sentir, la duda no necesitaba de la aclaración que hace la ley al decir: «*Hermafrodita quiere dezir en romance aquel que ha natura de varon e de muger: e dezimos que si tira mas a natura de muger que de varon, non puede ser testigo en testamento, nin en todas las otras mandas que ome fizesse. Mas si se acostasse mas a natura de varon, estonce bien puede ser testigo...*» Omitimos ocuparnos de las largas controversias á que ha dado lugar este asunto, pues las consideramos ociosas á nuestro propósito.

Los locos, etc. La razón de esta incapacidad no es preciso explicarla. Su testimonio no puede hacer fe. Pero dice la ley *mientras que estovieren en locura*. Estas palabras han sido interpretadas en el sentido de que en los intervalos lúcidos se recobra con la capacidad para testar, la facultad de ser testigo. Comprendemos la razón de lo primero: no hallamos tan justificado lo segundo. En efecto, la testamen-

tificación supone capacidad en un solo acto, el del otorgamiento de la última voluntad; pero la facultad de ser testigo supone necesariamente dos intervalos de lucidez: primero, el del otorgamiento: segundo, el en que es preciso dar fe de lo que el testador dispuso, esto es, cuando se comparece ante el juzgado para que el testamento hecho de palabra se eleve á escritura pública. El primer momento de lucidez es cierto, pero ¿lo será el segundo? Por lo mismo ¿no sería cuando ménos prudente negar esta facultad al loco?

Los pródigos, sordos y mudos. Nada hemos de decir del primero, á quien en virtud de sentencia judicial, se ha declarado incapaz de disponer de lo suyo.

En cuanto al sordo y al mudo, desearíamos ver desaparecer la prohibición en los mismos casos en que se les consiente testar. Hoy, que pueden fácilmente comunicarse con los demás hombres, pueden del mismo modo deponer sobre sus actos. En el testamento cerrado, sobre todo, es esto sencillísimo.

El Proyecto de Código añade á estas incapacidades la del ciego. Nuestras leyes nada dicen sobre este particular, acaso, según piensa un jurisconsulto (1), porque dada la necesidad de que los testigos vean al testador, no era indispensable hacer esta aclaración.

En cuanto á la última de las incapacidades, esto es, la que se refiere á los condenados por injurias (malas cántigas o ditados que hicieron por enfamarlos), hurto, homicidio ó otro yerro semejante destos, o por mas grave, de que fuesse dada sentencia contra él; solamente hemos de decir que están fundadas, no en las penas que se han sufrido, sino en los delitos que cometieron, por cuya razón subsisten las incapacidades á pesar de haberse borrado de los Códigos las penas de infamia.

Para que exista la incapacidad á que se refiere este número, es preciso que conste por sentencia ejecutoriada de fecha anterior al testamento.

El indulto de la pena ó parte de ella no devuelve la capacidad que perdieron con arreglo á esta ley.

Según declaración del Tribunal Supremo de 13 Mayo 1873, no es oportuna ni puede aplicarse al caso por analogía, la excepción que la misma ley hace sobre el siervo que haya testificado cuando en el concepto público se le esti-

(1) Bachovio.

maba como hombre libre, porque en este caso á lo que ha ocurrido la ley es á precaver las fatales consecuencias que podría producir un simple error acerca del estado civil del testigo.

También ha declarado el Tribunal Supremo, que el falso testimonio de un facultativo en causa criminal á favor de un reo, sin haber logrado su mal propósito, no puede estimarse, según la legislación de Partidas, como un delito igual ó mayor que el hurto ó el homicidio, que son los ejemplos fijados por la presente como impedimento para ser testigos (Sent. 7 Diciembre 1868).

Artículo 896.—Tampoco podrán ser testigos:

Primero. Los ascendientes en los testamentos de sus descendientes y éstos en los de aquéllos, salvo el caso del testamento militar del descendiente (a).

Segundo. El heredero y sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que se hizo la institución (b).

ORÍGENES

(a) Ley 14, tit. XVII, Partida 3.ª

(b) Ley 11, tit. I, Partida 6.ª

Ley 9, tit. V, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

El art. 975 Cód. Francia extiende la prohibición á los legatarios.—Lo mismo los 991 Holanda.—1585 Luisiana.—653 Vaud.

JURISPRUDENCIA

Es válido el testamento, aunque alguno de los testigos sea criado doméstico del testador (Sent. 3 Enero 1860).

La ley 11, tit. I, Partida 6.ª no declara la incapacidad para ser testigos de ciertos y determinados parientes del heredero, en el testamento en que se hace la institución, sino en cuanto hayan de serlo de ésta, lo cual no puede verificarse en el testamento cerrado, por ser un secreto su contenido (Sent. 21 Junio 1860).

Las prohibiciones de la ley 11 citada suponen que los testigos lo hayan sido de las instituciones y de las otras disposiciones del testamento, conociéndolas por consiguiente, y siendo sabedores de ella; por lo cual no son aplicables á los testamentos cerrados, cuyo otorgamiento constituye un acto separado é independiente de su confección (Sent. 20 Abril 1865).

COMENTARIO

En este artículo se establecen dos incapacidades que podemos llamar relativas. La primera es la de los ascendientes y descendientes; la segunda, la del heredero y sus parientes hasta el cuarto grado. En realidad la primera se halla comprendida en la segunda, pues siendo los ascendientes herederos forzosos, con arreglo á nuestra legislación, es evidente que al decir heredero, quedan comprendidos bajo esta denominación. Sin embargo, en algun caso es conveniente no olvidar el contenido del primer número del artículo, pues si fueren herederos los descendientes, no por eso serán los ascendientes capaces de ser testigos en el testamento.

En cuanto al testimonio de los ascendientes y descendientes dice la ley de Partida: «Padre nin abuelo nin los otros que suben por la liña derecha non pueden testiguar por sus fijos, nin por sus nietos nin por los otros que descenden dellos por essa misma liña. Esso mismo dezimos que ninguno destes descendientes que non pueden testiguar, por aquellos de quien descenden. Pero si contienda acaesciese sobre la edad de alguno de los descendientes, o en razon de parentesco, bien podría dar testimonio el padre, e el abuelo e la abuela en tal pleyto como este. Otrosi dezimos que si alguno touiese fijo cauallero, que bien podría ser testigo el padre en testamento que su fijo fiziese en hueste o en caualgada».

En cuanto al instituido por heredero y sus parientes, dice otra ley también de Partida: Mas el que fuese establecido por ó su padre, o los que descendiessen del o sus hermanos, o los otros parientes cercanos fasta el quarto grado non pueden ser testigos, sobre la contienda que ouiese el erederero con los parientes del finado, o con los otros omes en razon del testamento en que fuese escrito por erederero.

Varias son las cuestiones á que la inteligencia de esta ley ha dado lugar.

En primer lugar, ¿es este precepto aplicable á toda clase de testamentos? El Tribunal Supremo en dos sentencias que dejamos consignadas en el lugar correspondiente, ha declarado que la ley se refirió única y exclusivamente al abierto, pues en el escrito, su contenido es un misterio sobre el que nada pueden deponer los testigos, y por consiguiente, que en ellos no hay razon para temer que el interes bastardo de los parientes les inspire una declaración falsa.

Tratándose de los testamentos abiertos, toda-

vía se sustenta por algunos la doctrina de que pueden ser testigos los parientes del heredero, aunque éste no lo pueda ser con arreglo al fuero que dice: *pero el erederero no pueda ser testimonia en la manda de que es erederero*. Y se fundan para ello en que la ley solamente dispone que los parientes cercanos del heredero hasta el cuarto grado, no puedan ser testigos del pleito ó contienda que ouiese el erederero con los parientes del finado ó con los otros omes en razon del testamento, mas sin expresar que tampoco pudieran serlo testamentarios. En apoyo de esta opinion, se dictó la sentencia de 28 de Mayo de 1864. Pero en contra se declaró en 26 de Setiembre de 1862, que los primos hermanos del heredero no tienen aptitud legal para ser testigos del testamento.

A nuestro entender, y esto es lo que se observa en la práctica, los parientes del heredero no pueden ser testigos, y nos fundamos para ello: primero, en que la razon que ha tenido la ley para prohibir que los parientes del heredero depongan en el pleito que éste sostuviere con los parientes del testador, es puramente de moralidad, esto es, tiene por fundamento la creencia de que en causa propia ó de personas tan allegadas como los parientes hasta el cuarto grado, puede el interes bastardear sus declaraciones, circunstancia que concurre del mismo modo en el caso de ser testigos en el testamento, y es regla de buena interpretacion que donde concurre la misma razon de derecho debe regir el mismo principio ó ley: segundo, en que el pleito ó contienda no puede referirse más que á una de dos cosas, ó á la existencia del testamento ó á lo que es su objeto y contenido. Ahora bien, ¿pueden admitir los tribunales otros medios de prueba, ya respecto de la existencia del testamento, ya respecto de sus cláusulas, que las taxativamente señaladas en las leyes, esto es, el dicho de los testigos y el contenido de la escritura? Pues si sólo esta prueba es admisible, es claro que los testigos que depongan en la contienda ó pleito no pueden ser otros que los que lo fueron del testamento, y, por consiguiente, que á éstos ha debido referirse forzosa-mente la ley que comentamos. De otra manera no tiene explicacion el precepto legal.

La interpretacion que dan algunos á la ley,

suponiendo que pueden los parientes ser testigos en el testamento, si no hay contradicción ni pleito, y que dejarán de poder testificar si el pleito y la contradicción nacen, encierra, á nuestro entender, un contrasentido, y da el medio de que en todo caso se anulen estos testamentos.

¿Pueden los legatarios ser testigos en el testamento de que reciben la manda? La ley de Partida dice: «Contienda nasciendo sobre el testamento entre el heredero que era escrito en el, e los parientes del finado que quisieren desatar el testamento: dezimos que bien pueden testiguar aquellos a quien fuese algo mandado en él, si se acertaron y cuando fué fecho. Eso mismo seria, si alguno destes á quien el finado dejasse algo en el testamento ouiese contienda con los herederos, en razon de la cosa quel fuese mandada en él. Ca podrían testiguar los otros que fuessen y escritos, sobre tal razon, pues que non tañe la contienda de tal cosa a ellos».

Habiendo nosotros enumerado en este artículo y en los precedentes quiénes no pueden ser testigos en los testamentos, nos ha parecido ocioso dedicar otros artículos para enumerar en ellos quiénes pueden serlo. Señaladas las incapacidades, es inútil decir que, salvo los comprendidos en ellas, todos los demás pueden testificar válidamente.

Hemos dicho que el padre puede ser testigo del testamento de su hijo en el caso de que éste lo otorgue en virtud del fuero militar, y se nos ocurre preguntar: ¿será preciso para que tenga aplicacion la doctrina de que nos ocupamos, que el testamento se haya otorgado en campaña?

En el testamento que el militar otorgue en la forma comun ante escribano, ¿podrá el padre ser testigo?

¿Podrá serlo el hijo en el testamento militar de su padre?

¿Puede ser testigo el fideicomisario?

Tratándose de fideicomisarios, hacen los autores una distincion: si son universales se encuentran en la condicion de heredero, y no pueden, por lo mismo, ser testigos; si son particulares solamente se consideran como legatarios, y del mismo modo que éstos pueden testificar.