

cerrado, el Tribunal Supremo ha declarado que es objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria, lo cual deberá ser, no sólo cuando se haga la presentación del testamento por el mismo depositario del testamento, sino cuando se reclame por parte legítima la presentación del testamento que el depositario retiene sin causa: mas en este caso, si por el depositario ó por otra persona que tenga derecho se formulare oposición ó se negare la entrega, el expediente se convertirá en contencioso y se sustanciará por la vía ordinaria.

Dice la ley «...quel abran seyendo muerto el que fizo el testamento...» por consiguiente, será preciso justificar esta defunción para que el juez proceda á ordenar la apertura.

Artículo 917.—Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, serán abonados examinándose dos testigos que conozcan las firmas de ellos y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas.

Si el escribano hubiere fallecido ó se hallare ausente, será también de la manera prevenida en el párrafo anterior.

El juez y el escribano ante quien se instruya el expediente, cotejarán su signo con otro del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse.

ORÍGENES

Arts. 1393 y 1394 Ley Enjuic. civ.

Artículo 918.—Tanto el escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas expresando bajo juramento si son de su puño y letra.

También expresarán con igual solemnidad si vieron poner las firmas de los que hayan fallecido ó estén ausentes y las tienen por legítimas.

Poniéndoseles el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, expresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallara cuando firmaron su carpeta.

ORÍGENES

Leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª, tit. II, Partida 6.ª
Art. 1395 Ley Enjuic. civ.

CONCORDANCIAS

Concuena en parte con: Art. 1007 Cód. Francia.—1643 Luisiana.—Leyes 4.ª y siguientes, tit. III, lib. XXIX, Digesto.

Artículo 919.—Hecho todo lo que queda prevenido en los artículos precedentes, se abrirá el pliego por el juez ante los escribanos y testigos y la persona que lo hubiere presentado, leyéndose el testamento que contenga en presencia de todos ellos.

Verificada la lectura, se dictará providencia mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo haya presentado testimonio de la expresada providencia para su resguardo.

ORÍGENES

Arts. 1396 y 1397 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Cualesquiera que sean los vicios ó defectos de que adolezcan las diligencias de apertura de un testamento, ya por hallarse extendidas en papel comun, ya por no haberse examinado algunos de los testigos de la carpeta, ni comprobado sus firmas, ni abonado sus dichos con arreglo á derecho, cuando los interesados en el mismo aceptan la parte de herencia que les corresponde, quedan legalizadas, sin que despues puedan decir nada contra ellas (Sent. 13 Mayo 1865).

Artículo 920.—Si hubiere memoria testamentaria se extenderá diligencia expresiva de la persona que la haya presentado, ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella las señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer.

Hallándose en la memoria las señales referidas en el párrafo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento.

ORÍGENES

Arts. 1398 y 1399 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

Lo sancionado acerca de memorias testamentarias por los artículos 1398 y 1399 de la ley de Enjuiciamiento civil y por la jurispru-

dencia, es que la validez y eficacia de tales memorias depende esencialmente de que estén insinuadas en un testamento arreglado á las prescripciones de derecho del cual tomen su autoridad y fuerza, y aparezcan ó sean presentadas con las señales que en el mismo testamento se hubiesen consignado para darlas á conocer (Sent. 30 Junio 1876).

Artículo 921.—La protocolización de los testamentos cerrados y memorias, se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado el otorgamiento de los primeros siempre que sea posible.

Caso de no serlo por cualquier causa, en la escribanía que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador.

ORÍGENES

Art. 1400 Ley Enjuic. civ.

JURISPRUDENCIA

La protocolización del testamento cerrado debe hacerse en el registro del escribano que lo autorizó, siempre que sea posible (Sent. 1.ª Agosto 1859).

COMENTARIO

Tales son las diligencias que deben practicarse para la apertura y protocolización de testamentos cerrados. En cuanto á las memorias testamentarias, en otro lugar (pág. 422) hemos dicho lo suficiente sobre su carácter y valor.

Estas disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil, que hemos creído necesario colocar en este sitio por exigirlo así el plan adoptado por el Proyecto de Código, plan á que nosotros nos hemos acomodado, no merecen más explicación. Las dudas á que puedan dar lugar, se han de referir únicamente á detalles de procedimiento que serian ociosos en este sitio.

CAPÍTULO V

DE LA CAPACIDAD PARA DISPONER Y ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Artículo 922.—Pueden disponer por testamento los varones mayores de 14 años y las hembras mayores de 12 que al hacerlo gocen de su cabal juicio.

Los locos ó dementes que tengan lúcidos intervalos, pueden disponer durante ellos.

ORÍGENES

Ley 13, tit. I, Partida 6.ª
Ley 10, tit. V, lib. II, Fuero Juzgo.
Ley 6.ª, tit. II, lib. V, Fuero Viejo de Castilla.
Ley 6.ª, tit. V, lib. III, Fuero Real.
Ley 4.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. (5.ª de Toro).

CONCORDANCIAS

El art. 1464 Cód. Luisiana señala la edad de 16 años.—El 562 Vaud la de 17.—El 944 Holanda la de 18.—Lo mismo el 569 Austria.—Lo mismo el 17, tit. XII, parte I; pero concediendo al mayor de 14 y menor de 18 testar

de viva voz ante el tribunal.—Ley 17, tit. I, lib. XXVIII, Digesto.—Párr. 1.º, tit. XII, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Aunque el demente y el desmemoriado no pueden hacer testamento mientras se encuentran en semejante situación, pueden, sin embargo, otorgarlo cuando se hallen en aptitud mental para ello (Sent. 5 Octubre 1859).

Para que el testamento otorgado por el que padeció en algun tiempo demencia se presuma hecho en tal estado, mientras no se justifique lo contrario, es preciso que conste que se hallaba en tal estado habitual y ordinariamente (Sent. 11 Febrero 1860).

Por la ley 13, tit. I, Partida 6.ª, se prohibe al desmemoriado otorgar testamento (Sent. 12 Octubre 1860).

La validez y eficacia de los testamentos no sólo consiste en que se hayan otorgado con todas las solemnidades externas que exigen las leyes, sino además en que el testador, al tiempo

de otorgarlo, haya tenido capacidad para ello (Sent. 24 Marzo 1865).

La sentencia que en vista de la prueba practicada estima que el testador se hallaba en la plenitud de sus facultades intelectuales en el acto de hacer su disposicion testamentaria, quedando sólo privado de ellas al terminarlo, y declara dicha disposicion como su verdadero testamento, no infringe las leyes (Sent. 7 Diciembre 1866).

Cuando es un hecho convenido por las partes que la enajenacion mental que sufrió el testador sobrevino despues de otorgada su voluntad, no tienen aplicacion los principios de que el loco no es capaz de consentimiento y de que se le considera muerto civilmente (Sent. 24 Octubre 1867).

No puede decirse que existe una prueba documental de la capacidad del testador sólo por haberse apreciado en el testamento que tenía despejadas sus facultades intelectuales, cuando los testigos de aquel acto declaran despues en sentido contrario (Sents. 18 Setiembre 1865 y 4 Octubre 1871).

La cuestion sobre la capacidad del testador está sometida á la apreciacion de la Sala sentenciadora; la prueba de la incapacidad incumbe al demandante (Sent. 11 Mayo 1875).

COMENTARIO

La testamentifacion comprende la facultad de *disponer* por testamento y la facultad de *adquirir* por idéntico medio.

Así como no toda persona es hábil para contratar ni para contraer matrimonio, etc., del mismo modo no todos son capaces para disponer de lo suyo á la hora de la muerte. ¿En qué han de fundarse las declaraciones de capacidad ó incapacidad para adquirir? En Roma se fundaban en estos tres requisitos: libertad, ciudadanía y familia.

Los Códigos modernos buscan estas limitaciones en el derecho natural y en los requisitos de la ley civil.

Por nuestro Derecho, la regla general es que todos pueden hacer testamento y disponer de sus bienes. Las excepciones las forman las incapacidades.

El artículo que comentamos señala dos:

1.º Los menores de 12 y 14 años respectivamente segun sean hembras ó varones.

2.º Los que no gozan de su cabal juicio.

En el Fuero Juzgo se disponía que: «Los niños que son menores de XIII años, si quis-

sieren fazer manda de sus cosas o otro prometimiento, o por escritura o por testimonias no lo pueda fazer, fueras ende si fuere por enfermedad o por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X años adelante puede cada uno dellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermedad, quanto mandaron non debe valer, fueras ende si por ventura tornaren en enfermedad, e lo otorgaren de cabo, o si ovieren despues cumplido XIII annos.

El Fuero Viejo dijo que todo fijo dalgo que sea mañero (1) podía otorgar testamento con ciertas limitaciones, y lo mismo repitió el Fuero Real.

En cuanto á las Partidas, dispusieron que: «*Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes, pueden fazer testamento e los otros que non lo pueden fazer son estos: El fijo que está en poder de su padre, maguer gelo otorgasse: Pero si fuesse caballero o ome letrado, cualquier destes fijos, que aya de los bienes que son llamados PECULIO CASTRENSE, VEL CUASI CASTRENSE puede fazer testamento dellos. Otrósi el mozo que es menor de catorze años e la moza que es menor de doze años maguer non sean en poder de su padre, nin de su abuelo, non pueden fazer testamento. Esto es porque los que son desta edad non han entendimiento cumplido.*

Mas este precepto fué modificado esencialmente por la ley de Toro: *el fijo o fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer testamento, pueda fazer testamento como si estuviese fuera de su poder.*

En Roma la facultad era inherente á la condicion de *pater familias*: así es que los hijos no podían hacer testamento sinó de aquellos bienes respecto de los cuales tenían la condicion de emancipados, como los castrenses y cuasi castrenses.

Esta doctrina pasó íntegra á las Partidas. Pero los intérpretes dieron lugar á una duda nacida de la contradiccion que existía entre la ley de Partidas y las del Fuero Real, que decía: *Todo ome que no hobiese fijos o nietos o dende ayuso que hayan derecho de heredar, pueda fazer de todo lo suyo lo que quisiere: e no le pueda embargar, nin padre, nin madre, nin otro pariente.*

Opinaron algunos, interpretando las palabras de la ley, que ésta se refería á los hijos que vi-

(1) Sin sucesores.

vían bajo la patria potestad, y por consiguiente, que la ley del Fuero confería al hijo la libre facultad de disponer de sus bienes por testamento.

Otros, por el contrario, entendían la ley en el sentido de que ella permitía testar al hijo, pero solamente cuando estaba emancipado, pues—decían—la ley hace mencion de la madre en igual sentido que del padre: y como la madre por ningun derecho tiene los hijos bajo su potestad, se infiere que habla del padre en igual caso, esto es, cuando no tiene al hijo en su potestad.

Verdaderas ó falsas estas interpretaciones, lo cierto es que dieron lugar á dudas que vino á disipar la ley 5.ª de Toro.

Hoy, por consiguiente, el hijo de familia puede hacer testamento sin más que dos limitaciones: 1.ª, que sea de cierta edad: 2.ª, que no perjudique en sus disposiciones á los herederos forzosos.

En cuanto á la edad, la ley da una razon que no nos satisface, *porque non son de entendimiento cumplido*: con arreglo á este principio la facultad de hacer testamento había de retardarse mucho más.

El último día de los 14 ó 12 años principiado, ¿se tendrá por concluído?

Los autores de Derecho Romano entienden generalmente que basta que el día haya comenzado para considerar al hijo mayor de 12 y 14 años en cada caso: es decir, que cuentan de año á año.

Otros autores—entre ellos Goyena—dicen que el nacido por ejemplo á las once de la noche, no puede decirse que cumplió los 14 años á las once de la mañana del mismo día del 14.º año, sinó que los cumplirá á las once de la noche, y á contar desde la hora siguiente es ya mayor de 14 años, es decir, que debe contarse de momento á momento.

Respecto de la segunda limitacion, es consecuencia del principio general de legítimas, que examinamos más adelante.

Requíerese para hacer testamento, hallarse en el uso completo de la razon.

Así el Fuero Juzgo decía: «*E los niños o los vieios que son fechos locos, e que non han ninguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda non deve valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que ficieren en aquel tiempo de sus cosas debe ser establescido.*

La ley de Partida sentó el mismo principio: *Otrósi el que fuere salido de memoria non pue-*

de fazer testamento mientras que fuere desmemoriado.

En otro lugar hemos explicado la razon de privar al loco de la libre disposicion de sus bienes durante su vida; idénticas razones justifican la prohibicion de testar. Sin embargo, la ley ha creído que en los momentos de lucidez no había inconveniente en conceder la facultad de hacer testamento.

De la dificultad que presentan nuestras leyes cuando se trate de determinar quiénes son los comprendidos dentro de las denominaciones de loco, desmemoriado, salido de memoria, sin memoria, sin seso, fuera de seso, etc., que emplean los cuerpos legales, no nos hemos de ocupar; nos faltaría espacio para ello, y por otra parte la cuestion pertenece por entero á la *Medicina legal*. De todas maneras, la apreciacion judicial respecto á las facultades racionales y afectivas decidirá los casos dudosos que se presenten en la práctica.

Respecto á los intervalos lúcidos, la generalidad de los autores aconsejan prudentemente que los parientes ó las otras personas interesadas acudan al juez, á fin de que éste, previo reconocimiento facultativo del que resulte la aptitud mental del testador, reciba la declaracion de la última voluntad con las solemnidades ordinarias, la cual, firmada por los facultativos y testigos, se presente al juez para su aprobacion.

Mas este consejo no está sancionado por la jurisprudencia (Sent. 15 Octubre 1859).

Suscitan algunos una duda que no deja de tener importancia. Siendo muy frecuentes por desgracia los casos en que á la muerte precede una honda perturbacion mental, se pregunta: ¿es válido el testamento hecho por el testador durante su última enfermedad, quizá momentos ántes de bajar al sepulcro?

Excusado será decir que se han sustentado la afirmativa y la negativa.

Nosotros, de acuerdo con Gomez y Matienzo, creemos que por muy frecuentemente que esto tenga lugar, no es posible obligar al designado por heredero á que en cada caso justifique el pleno goce de las facultades mentales del testador.

Siempre que el testamento reuna las condiciones y solemnidades externas exigidas por las leyes, la presuncion está á favor de la validez del mismo; el que lo ataque, el que pretenda que adolece de algun vicio, es el que debe suministrar la prueba del vicio que en su concepto existe.

Artículo 923.—El ciego no podrá otorgar testamento cerrado.

ORÍGENES

Ley 14, tit. I, Partida 6.ª

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Arts. 113 y 115, tit. XII, parte 1.ª Cód. Prusia.—Ley 8.ª, tit. XXIII, lib. VI, Código.—Párr. 3.ª, tit. X, lib. II, Instituta.

JURISPRUDENCIA

Si la ceguera no se ha justificado completamente, aunque el testamento se haya otorgado sólo ante tres testigos, no puede considerarse infringida la ley 2.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec. que previene intervengan cinco testigos á lo ménos en esta clase de testamentos (Sent. 12 Mayo 1841).

COMENTARIO

Ya en otro lugar hemos dicho que el ciego solamente puede otorgar testamento abierto, con las solemnidades que determina la ley 3.ª de Toro.

La razon de este precepto es obvia, y no necesitamos repetirla.

La ley de Partida dice: «El ciego no puede fazer testamento, fueras ende de esta manera: deue llamar siete testigos e un escriuano público: e delante dellos deue decir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nombrar quales son aquellos que establece por sus erederos o que es lo que manda: e el escriuano deue escreuir todas estas cosas delante dellos, e despues que fueren escritas deuen ser leydas delante dellos: e despues que fueren escritas e leydas, deue decir el ciego manifestamente como aquel es su testamento. E de si, cada uno de los testigos, deue escreuir su nome en aquella carta, si supiere escreuir e si non deuelo fazer escreuir a otro. E tambien el escriuano público que escriuiere la carta como los testigos, deuen sellar la carta..., etc.»

El Proyecto de Código extiende la prohibicion de otorgar testamento cerrado al que no sabe ó no puede leer, fundándose, sin duda, en que el peligro de fraude no está sólo en que pueda sustituirse un pliego por otro, sino en que se escriba en él cosa diferente de lo que el testador desea.

Muchos Códigos prohíben el otorgamiento de testamento cerrado de una manera general, como el frances, que dice: «los que no sepan ó no puedan leer, podrán hacer disposiciones en la forma de testamento místico». Dentro de este precepto está comprendida la limitacion del ciego.

Artículo 924.—Tampoco podrá otorgar testamento el sordo ó mudo que no sepa leer.

ORÍGENES

Ley 13, tit. I, Partida 6.ª

COMENTARIO

«Otrosi dezimos que el que es mudo o sordo desde su nascencia non puede fazer testamento. Empero el que lo fuere por alguna ocasion, assi como por enfermedad, o de otra manera, este atal si supiesse escribir, puede fazer testamento, escreuiendolo por su mano misma.» Tales son las palabras de la ley de Partida.

Artículo 925.—Son incapaces de testar los pródigos declarados tales por sentencia judicial.

ORÍGENES

Ley 13, tit. I, Partida 6.ª

COMENTARIO

El malgastador de lo suyo, que ha demostrado su falta de discernimiento y de capacidad para administrar sus bienes, está privado de su libre disposicion durante su vida y aún en la hora de su muerte... nin el desgastador de lo suyo a quien ouiesse defendido el juez que non enajenase sus bienes. Pero si ante de tal defendimiento ouiesse fecho testamento valdria.»

La prodigalidad es tenida como una locura, y en efecto, así lo parece, á lo ménos, reducida á un punto determinado, á una manía únicamente. Hay, sin embargo, una diferencia notable; el loco puede hallarse en momentos de lucidez, en los cuales pueda disponer de lo suyo con criterio tan despejado como cualquier hombre: al pródigo jamas se le suponen estos momentos en que olvide ó se despoje de su vicio ó de su defecto.

Esto, no obstante, como los efectos legales de

la prodigalidad, no comienzan sinó por declaracion judicial, el testamento hecho con anterioridad no pierde su fuerza. La sentencia no tiene efecto retroactivo en este caso.

Las leyes consignan algunas otras incapacidades para testar.

Así, por ejemplo, la ley 15, tit. I, Partida 6.ª, prohibia otorgar testamento al condenado á muerte ó á destierro. Esta ley se halla expresamente derogada por la 3.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., ó sea la 4.ª de Toro, que dispuso lo siguiente: «Mandamos que el condenado por delito a muerte civil o natural pueda fazer testamento y codicilo, o otra cualquier ultima voluntad, o dar poder a otro que lo faga por él como si no fuese condenado, el cual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados, o se ovieren de confiscar, o aplicar a nuestra Cámara o a otra persona alguna».

La razon de la ley de Toro es tan plausible, que la han copiado todos los Códigos.

Abolida hoy la confiscacion, el precepto de la última parte de la ley ha quedado borrado, pues, en cuanto á la multa, costas é indemnizacion civil que llevan consigo las condenas, son consideradas como deudas del testador, y deben ser satisfechas en la forma que previenen las leyes procesales y el Código Penal.

Tambien consigna la ley de Partida otras prohibiciones: «Refenes dan a las vegadas los omes por si a los enemigos por salir de cativo. E porque estos atales non son en su poder, por ende non pueden fazer testamento. Otrosi, aquel contra quien fuese dado juicio por razon de cantiga o por razon de ditado que ouiesse fecho contra otro, en quel dijese atal mal, porque pudiera ser enfamado, este atal non podria despues fazer testamento. Otro tal seria si alguno fiziesse testamento, cuidando que era libre, si despues fuese probado que era siervo. Eso mismo seria, que non valdria el testamento que fiziesse el que cuidasse ser salido del poder de su padre, sil fuesse prouado despues que non era assi. E aun dezimos que los herejes despues que son condenados por sentencia de heregia non pueden fazer testamento, nin aquellos que son juzgados por traidores».

Omitimos ocuparnos de algunas dudas que suscitan los autores respecto de la inteligencia de esta ley: tales cuestiones carecen de importancia desde el momento en que todos convienen en la inobservancia del precepto legal, expresa ó tácitamente derogado.

Respecto á la facultad de testar los religiosos profesos, nuestra legislacion ha sufrido grandes alternativas.

El Fuero Real (ley 11, tit. VI, lib. III) dijo: «Todo ome e toda muger que orden tomare, puede fazer su manda de todas sus cosas fasta vn año cumplido, e si ante del año no lo fiziere, el año pasado no lo pueda facer, mas sus hijos hereden lo suyo: e siijos o nietos, o dende ayuso no ouiere, eredenlo los parientes mas propinquos».

Las Partidas (ley 17, titulo ántes citado) establecieron que «Religiosa vida escogiendo algun ome, o alguna muger, de facer, asi como entrando en algun monasterio o faziendosse ermitaño o emparedado, o tomando otra orden, este atal non puede fazer testamento: mas todos los bienes que ouiesse deuen ser de aquel monasterio, o de aquel lugar do entrasse, si non ouiesse fijo o otros que descendiesen por línea derecha que ereden lo suyo...»

Por decreto de Córtes de 26 Junio de 1822 se ordenó que «Todos los regulares secularizados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquier otro de sucesion, bien sea ex-testamento ó abintestato, entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion y sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas ántes de la época expresada, cuya resolucion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubieren hecho los interesados á favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraren en religion».

Derogado este decreto en 1823, fué de nuevo puesto en vigor en 27 de Enero de 1837.

En 29 de Julio del mismo año se dispuso ademas que: «Gozarán de la testamentifacion, de la capacidad para adquirir entre vivos ó extestamento ó abintestato y de los demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y exclaustrados de ambos sexos desde que salieron de los conventos, y las monjas que continúan en los que queden abiertos desde el 8 de Marzo de 1836».

En 19 de Setiembre de 1867 se declaró por medio de un Real decreto, que en virtud del Concordato de 1851 no podian las religiosas testar ni recibir herencias.

En Real decreto de 25 de Julio de 1868, dice