

# La testamentifacción activa en Derecho navarro

1.º Sucesión *mortis causa*.—2.º Sucesión testamentaria y libertad de testar.—3.º Facultad de otorgar testamento.

## 1.º—SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».

Sucesión, en términos generales, es la acción y efecto de suceder, y suceder es entrar una persona en sustitución de otra. Savigny define la sucesión como el cambio meramente subjetivo en una relación de Derecho, y completando esta idea, Castán la considera como «la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra». Ahora bien: la sucesión se divide en «inter vivos» y «mortis causa», según tenga o no por causa el fallecimiento del que la origina. Esta última es la que nos interesa. Castán la define en forma análoga: «la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra».

A la muerte de una persona queda su patrimonio integrado por sus bienes y derechos y afectado también por sus obligaciones y deberes. Un conjunto de relaciones jurídicas sobrevive al sujeto que las dió vida; son muchas veces medios patrimoniales ajenos que no sería factible truncar ni abandonar sin lesión para sus titulares. De otra parte, atenciones y deberes de familia a cargo del que murió reclaman por su propia naturaleza que a la personalidad extinguida sustituya otra que la continúe. Hay para todo ello una razón de necesidad y utilidad, y el Derecho atiende a satisfacerla creando la sucesión hereditaria, en la que una o más personas se subrogan en el lugar de la extinguida

Arvizu: *El Derecho foral de Navarra y su carácter consuetudinario*).

De muy diversa manera se ha razonado el fundamento de la sucesión «mortis causa». Unos lo consideran como directamente derivado del Derecho natural: el hombre no vive aislado en el mundo, sino que está rodeado de sus semejantes; en la mayor parte de los casos deja, al morir, hijos que son parte de su sangre y desde el fondo de su conciencia se levanta el deseo y la necesidad de transmitirles, no sólo sus derechos que les mejoren, sino también sus obligaciones y deudas, para que su memoria quede limpia. Así considerada, la sucesión «mortis causa» responde a una necesidad natural y tiene su fundamento en la conciencia humana.

Otros, por el contrario, opinan que no descende del Derecho natural, sino que exclusivamente pertenece al civil. Parten de la base de que la sociedad es la única y verdadera fuente de la propiedad y la enlazan con la doctrina del estado de naturaleza de Rousseau: si el hombre en el estado primitivo no tuvo el derecho de propiedad, no pudo transmitirla, ya que no se puede dar lo que no es propio; luego el traspaso de los bienes por medio de las sucesiones pertenece solamente al Derecho civil.

La generalidad de los autores distinguen un fundamento próximo y otro remoto. Si se busca el primero, es evidente que obedece a una razón de necesidad y utilidad del organismo social: todos los individuos tienen deberes que cumplir y al cumplimiento de estos deberes van encaminados los medios materiales, y es lógico que, al desaparecer del mundo, deben aquéllos permanecer en la familia de la cual constituyen el medio de conservación, a fin de que puedan realizarse.

Pero si se buscan los fundamentos mediatos, destaca como fundamental el derecho de propiedad. Sin él desaparece por completo el derecho sucesorio, falto de contenido y finalidad. Ciertamente el hombre tiene, además de los derechos patrimoniales, otros más elevados y nobles, como son los de la educación de los hijos o la patria potestad, y que podrían ser el contenido del derecho sucesorio si faltase el elemento patrimonial; pero precisamente son derechos personalísimos e intransferibles, y, en la mayor parte de los casos, o esas disposiciones son ajenas a la sucesión pro-

piamente dicha, o van acompañadas de elementos económicos. No quiere esto decir que el derecho de propiedad sea el único fundamento de la sucesión (las opiniones antes alegadas también la justifican), sino que es el más importante. «Y en Navarra—continúa el antes citado—, donde la propiedad es, además de un hecho y un derecho, como en todas partes, una idea firmísimamente arraigada y axiomática, no encontraría ambiente propicio a la discusión el solo supuesto de que no estuviera en ella la base fundamental y «sine qua non» de la doctrina sucesoria».

No definen las leyes navarras la sucesión ni sus clases, pero de su contenido general se desprende que, siendo el Derecho romano supletorio en primer grado, a él se acomoda. Por otra parte, los conceptos romanos sobre la sucesión y herencia aplicables a Navarra son los conceptos generales y comunes establecidos en todos los lugares en que más o menos llegó la cultura de Roma; sin embargo, citaremos las ideas y leyes más importantes:

Del *Digesto* (lib. L, tit. XVI): «La herencia no es otra cosa que la sucesión en todos los bienes que tenía el difunto». «La palabra *bienes* demuestra cierta universalidad y derecho de sucesión, así como la palabra *herencia*, y no cada una de las cosas.» Es decir, que aparece claramente expuesto el concepto de subrogación de una persona en el patrimonio del difunto o en parte de él. Y en la legislación propiamente navarra se encuentra la palabra *sucesión* en el mismo sentido; basta examinar el título XIII del libro III de la Novísima Recopilación, cuya rúbrica es: «De testamentos y sucesiones». Sobre las clases o formas de la sucesión, podemos decir lo mismo: la sucesión voluntaria está reconocida, prescindiendo del Fuero General, en la Novísima Recopilación. La ley 2.<sup>a</sup>, tit. XIII, lib. III, dice así: «También conviene se ponga por ley que si los padres en testamento, o en otros contratos «inter vivos», dejaren a sus hijos o a otras personas...», reconociéndose, por tanto, las dos modalidades de la sucesión voluntaria, como son el testamento y el pacto sucesorio. La sucesión legítima está expresamente aceptada en la misma ley citada, cuya rúbrica dice: «Los padres sucedan a los hijos «abintestato». Estas ideas quedan confirmadas, además, en muchas de las restantes disposiciones de la Novísima Recopilación.

Y, una vez expuestas estas ligeras explicaciones sobre el derecho de sucesión en Navarra, vamos a entrar en el tema principal de nuestro trabajo.

## 2.º—LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y LIBERTAD DE TESTAR.

En el Derecho navarro no aparece definido el testamento de una manera concreta. Es necesario acudir a los derechos supletorios como el romano y el Código civil español.

Es clásica la definición de Modestino que se encuentra en el *Digesto*: «Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit». (El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte). De la inexactitud de esta definición se hacen eco todos los autores modernos, porque no pone de relieve, con la debida precisión, los caracteres esenciales de la última voluntad, ni la diferencia de ciertas disposiciones análogas o parecidas a ella, como la donación «mortis causa» o el pacto sucesorio, en las que también se dispone para después de la muerte, y, sin embargo, nadie las ha considerado como testamentos.

Tampoco el Código civil define el testamento de una manera completamente aceptable. Dice en su artículo 667 que es «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos». El principal defecto de esta definición, aparte de adolecer de las mismas faltas que hemos atribuido a la anterior, es que atribuye como único fin al testamento la disposición de bienes, siendo así que, aunque de ordinario sea éste su principal objeto, las disposiciones testamentarias pueden contener materias alejadas por completo del terreno económico y patrimonial.

Fuera del campo legislativo, no se cuenta en Navarra con otra definición que la de José Alonso: *Recopilación de las leyes y fueros de Navarra*, vol. II, pág. 315. «El testamento—dice—es una disposición en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente, respecto de sus bienes y derechos, para que se cumpla después de su muerte». Tampoco es exacta esta definición, pues adolece de los mismos defectos que las anteriores.

En general, puede decirse que no hay definición que convenga

en todos sus puntos con el Derecho navarro; éste ofrece peculiaridades que lo diferencian de los demás y por eso es preciso lograr un concepto que las contenga. A la revocabilidad del testamento se oponen en Navarra excepciones bastante numerosas, y, por otra parte, existe el testamento llamado *de hermandad*, cuya particularidad más saliente es, como su propio nombre lo indica, que lo otorgan dos personas, marido y mujer en la mayor parte de los casos; no obstante, lo pueden otorgar más de dos personas. A título de curiosidad diré que el testamento de hermandad tiene por objeto el instituirse herederos mutuamente dos o más personas en el caso de que fallezca una de ellas. Es muy corriente en Navarra, yendo unido, la mayoría de las veces, a las capitulaciones matrimoniales.

Atendiendo, pues, a estas circunstancias, podemos asignar al testamento en el Derecho navarro las siguientes características: la de ser un acto libre, personalísimo, por regla general revocable, en el que una o varias personas disponen para después de su muerte de todos o parte de sus bienes y derechos y hacen la designación de heredero, según su libre voluntad y sujetándose a las formalidades prescritas por la ley.

Sobre las clasificaciones de los testamentos que generalmente suelen hacerse (comunes y privilegiados, ológrafo, abierto, cerrado, etc...), no ofrece Navarra grandes excepciones, y, en general, coincide con ellas; hay algunas, es cierto, pero que no nos interesan para el presente trabajo.

Del fundamento de la facultad de testar ya he expuesto algunas nociones al hablar del fundamento de la sucesión en general. Es indudable que se halla en el derecho de propiedad. El testamento es un efecto de la voluntad del hombre, como la venta, la donación, etc..., y el hecho de que no produzca efecto hasta después de la muerte del causante, no influye lo más mínimo en sus consecuencias; de no ser así, habría que suprimir instituciones, como la del seguro, por todos admitidas. «No es rara en Navarra—escribe Arvizu—la donación universal «inter vivos», en la que los donantes se reservan el dominio sometido a la condición resolutoria de su fallecimiento; ocurrido el cual, pasa a los donatarios: y a nadie se le ocurre dudar que entra en las facultades de los contratantes establecer esa condición».

Del carácter fundamentalmente económico del testamento no podía prescindir la legislación navarra: el Fuero General y la Novísima Recopilación están basados en esa idea. En idéntica circunstancia se hallan las legislaciones supletorias y hasta los tratadistas navarros lo reconocen: basta examinar la definición de testamento dada por Alonso, que antes he transcrito. No es, por tanto, necesario insistir más.

La libertad de testar es una de las características que en mayor grado diferencian al Código civil de la legislación navarra: ésta concede al testador amplias facultades para disponer de su herencia, sin otra limitación que la que se llama legítima foral.

Grandes han sido las discusiones que ha planteado esta cuestión: en general, puede decirse que la tendencia moderna es a coartar la libertad de los padres en el sentido de obligarles a dejar a sus hijos por igual un mínimo de su hacienda. A favor de esta opinión se encuentran muchas razones, fundadas, en su mayor parte, en la posibilidad de que los padres, bien sea por un excesivo amor a uno de los hijos (entiéndase esto en un sentido amplio, es decir, comprendiendo todas aquellas personas a quienes la ley concede legítimas), bien por extravíos propios de edad avanzada o por otras causas parecidas, abandonen a sus hijos sin antes dejarles medios patrimoniales con que se desenvuelvan. La relajación de la vida familiar moderna, rotos los vínculos de su existencia por el divorcio, cada día más en auge, hace que los legisladores se muestren reacios a conceder al testador esa libre facultad de disposición. Así consideradas las cosas, parece que esta teoría responde a las necesidades actuales, ya que asegura a los hijos un posible bienestar económico, ajeno por completo a las relaciones personales de éstos con sus padres.

Pero, al lado de estas ventajas, tiene sus inconvenientes: La vida familiar no se compone solamente de relaciones patrimoniales, sino que, por encima de ellas, deben colocarse las afectivas y las morales. El hijo no debe mirar en su padre la fuente de una futura herencia solamente, y esto es lo que viene a hacer el sistema de legítimas; el hijo sabe que, aunque abandone todos sus deberes para con los que le dieron la vida, al llegar la hora de testar hay una ley del Estado que obliga a los padres a disponer de sus bienes en un sentido igualitario. Claro está que se presien-

te la objeción inmediata : no toda la herencia va a formar parte de las legítimas, existe la mejora ; se ha procurado compaginar la libertad de testar que corresponde a los padres con los derechos de los hijos. Es cierto, pero equivale a considerar que la mayor parte (una regla general aplicada a una minoría no sería justa) de los padres no cumplen con sus deberes de tales, siendo así que el amor que éstos sienten por sus hijos es más grande que el que éstos sienten por aquéllos. Por esto hay autores que consideran este sistema como un mal o una imperfección necesaria en nuestra época en que la familia ha perdido el carácter de unidad por que siempre se había distinguido.

Navarra es una de las regiones que más se han resistido a este movimiento absorbente que invade el mundo ; a ello han contribuido motivos étnicos y religiosos ; pero lo cierto es que, si no con la vigorosidad de antes, por lo menos con gran energía, se mantienen los principios tradicionales de jerarquía, amor y respeto a los progenitores. La raza vasca, en extremo apegada a sus costumbres, concentra todas sus actividades en la vida familiar, a la vez que la sostiene sobre un fundamento eminentemente cristiano : ésta es la razón por que la influencia extranjera se introduce más lentamente que en otras regiones de la Península.

Y ya que no el amor, muchas veces el temor a ser desheredados hace que los hijos cumplan estrictamente sus obligaciones ; del mismo modo el padre puede premiar los actos buenos y castigar las acciones punibles de sus hijos con una pena que, por desgracia, es una de las más temidas : la privación de la herencia. Nadie como el padre sabe a quién debe dejar sus bienes ; puede suceder que unos hijos estén en posición económica desahogada y otros no, y es evidente que el Estado no puede remediar justamente estas situaciones. Estas razones, no por muy usadas menos justificativas, abonan la libertad de testar, amplia en relación con otras legislaciones, que existe en Navarra.

Hay un caso especial en que se presume con bastante probabilidad de acierto que los padres no han de cumplir exactamente, o por lo menos han de encontrar grandes obstáculos, sus obligaciones para con los hijos : cuando forman otra nueva familia, pasando a segundas nupcias. Todas las legislaciones reglamentan este supuesto ; la de Navarra lo hace recogiendo una costum-

bre establecida por la frecuente aplicación de las leyes romanas «Feminae» y «Haec editali» que encierran, tanto una obligación de reservar, como una prohibición de disponer (Morales, obra citada).

Cuatro casos se pueden establecer sobre este supuesto y todos ellos han de convenir en que del primer matrimonio queden hijos con derecho a heredar:

1.º No puede dejar el testador al nuevo cónyuge mayor cantidad de bienes que al hijo menos favorecido de su primer matrimonio.

2.º Lo mismo puede decirse de los hijos del segundo matrimonio, es decir, que no pueden recibir más que el que menos recibe de las anteriores nupcias.

3.º En el caso de que los que contraigan nuevo matrimonio sean viudos y tengan hijos de ambos matrimonios, deben repartirse equitativamente los bienes.

4.º Esta igualación debe efectuarse aun en el caso de que muriera primero el padrastro o la madrastra.

Intimamente relacionada con esta cuestión se encuentra la institución jurídica de la desheredación. La privación de la herencia a aquellas personas que normalmente les correspondía, obedece a la mala conducta que éstas observen con respecto al testador; sería absurdo el negar a los padres el poder de castigar las faltas graves que contra ellos se cometieran, máxime tratándose de sanciones pecuniarias como son, en su mayor parte, las testamentarias. Lo único que puede hacer el legislador es limitar el número de causas que justifican la desheredación: todas ellas han de ser gravemente atentatorias contra el respeto y autoridad que se debe a los padres.

El Fuero General de Navarra lo reglamenta de la siguiente manera: Los padres no podrán desheredar a sus hijos «si non por ciertas cosas, es a saber, si fiere el fijo al padre ó a la madre, ó si faz jurar por acusamiento de crimen, ó si les prende por los cabellos, ó si clama traidor probado ante hombres buenos» (capítulo VIII, tít. IV, lib. II). «... empero dice el fuero que si fijo ó fija face jurar a padre ó a madre por alguna ocasión, ó les fiere, ó les dice algun crimen, el padre et la madre pueden desheredar a aquella criatura de patrimonio, o de matrimonio, salvo fuera de



casamiento» (cap. I, tít. VI, lib. II). «Empero el padre puede desheredar a creatura de pareilla et de barragana, si al padre fiere con mano airada de puino, ó lo clama traidor probado ante hombres. Otrosí clamase a su madre puta probada o mesieilla probada ante hombres, debe ser desheredado» (cap. I, tít. XX, lib. III).

Estas causas de desheredación las mantiene la Novísima Recopilación en la ley 16, tít. XIII, lib. III: es una ley del año 1688, que dice así: «... Suplicamos a Vuestra Magestad sea servido de mandar que todas y cualesquiera disposiciones que hiciesen los padres de sus bienes y hacienda, que no fueran de condición de labradores, se observe y guarde inviolablemente la dicha costumbre y libertad absoluta que por ella tienen de disponer como quisieran, dejando a sus hijos en dichas disposiciones la dicha legítima de los cinco sueldos y robadas de tierra en los montes comunes, conforme a la dicha costumbre... etc...». Y esta costumbre de dejar a los hijos cinco robadas de tierra en los montes comunales más cinco sueldos, llamados carlines, se emplea en todos los casos de testamento, aunque no haya desheredación. En la actualidad subsiste, claro está que solamente como una cláusula de estilo, sin ninguna realidad práctica.

Resumiendo las causas de desheredación en el Derecho propiamente navarro, encontramos las siguientes:

1.<sup>a</sup> Cuando se les ofende con malos tratos en el sentido material de palabra, es decir, cuando se les hiere.

2.<sup>a</sup> Cuando, habiéndoles imputado un delito, se les obliga a prestar juramento sobre la verdad del caso.

3.<sup>a</sup> Cuando se les toma de los cabellos. Esta es una variante de la primera causa.

4.<sup>a</sup> Cuando, en presencia de gente, se les insulta con la palabra mesieillo o mesieilla, que significa hombre ruin o mujer de mala vida.

5.<sup>a</sup> Cuando, en las mismas circunstancias, se acusa a la madre de prostituta. También es variante de la anterior.

6.<sup>a</sup> Y, por último, si las hijas contrajeran matrimonio clandestino.

### 3.º—FACULTAD DE OTORGAR TESTAMENTO.

En Navarra pueden testar los varones que hayan cumplido catorce años y las hembras que hayan cumplido doce, si no están afect-

tadas por ninguna de las incapacidades que luego voy a exponer.

Así lo establece el capítulo I del Amejoramiento del Fuero. Dice así: «Como según Fuero antiguo los fidalgos hobriendo siete aynos podiessen facer testamento, contracto, aylleuar fus bienes, Nos, entendiendo que es contra dreiro et razon, establecemos et ordenamos que daqui adelant, ningun fidalgo ni otro ninguno de nuestro Regno, que haga poder de facer testament, ni ningun contracto ni aylleuacion de sus bienes ata tanto que aya hedat de XIII aynos conplidos si varon es, et si muger es, ata que haya XII aynos conplidos, ni ser en iuzio sin tutor o curador dado a eyll por auctoritat de Cort».

De esta ley se desprende que la influencia romana sobrepuja al primitivo fuero, estableciendo, además, el límite de la edad en relación con el sexo. Sin embargo, se aparta del original romano en que exige el exacto cumplimiento de la edad. Por dos veces dice que los años han de estar cumplidos, mientras que la ley 5.<sup>a</sup>, tít. I, lib. XXVIII del *Digesto*, se expresa en estos términos: «... Pero ¿será necesario que se haya pasado ya del año décimocuarto para poder hacer testamento, o bastará que lo haya cumplido solamente? Suponiendo que una persona ha nacido en las kalendas de enero y hace testamento el mismo día de su décimocuarto aniversario, ¿será válido? Digo que sí; y aún más: si lo hubiera hecho la víspera de las kalendas después de la hora sexta, es también válido, porque se reputa que cumplió ya el año, según opina Marciano...»

En el Derecho castellano medieval, las *Partidas* exigían también la edad de catorce y doce años. «E esto es porque los que son de esta edad no han entendimiento conplido» (Ley XIII, título I, Partida VI). Y este criterio se mantuvo hasta el año 1888, en que se publicó el actual Código civil, que estableció para varones y hembras la edad común de catorce años. «Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo...» (art. 63).

Por regla general, las legislaciones extranjeras señalan una edad superior para adquirir el derecho de testar. Citaremos, entre otras muchas, la legislación francesa, que exige dieciséis años: «El menor que haya llegado a los dieciséis años sólo podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes que se permite al

mayor...» (art. 304); la legislación italiana, que exige dieciocho años: «Son incapaces de testar: 1.º Los que no hayan cumplido dieciocho años...» (art. 763); el Código de la Argentina, que señala asimismo dieciocho años: «No pueden hacer testamento los menores de dieciocho años...» (art. 3.614), etc., etc.; hasta llegar, en algunos casos, como en parte de las antiguas colonias inglesas, a la edad de veintiún años. También se suele seguir el criterio de variar la edad, según se trate de disponer de los bienes muebles o de los inmuebles, variación que oscila entre los catorce y los veintiún años.

Respecto a los autores navarros, v. gr.: Morales, en su tan repetida «Memoria», y los redactores del proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil (Ochoa, García Echarrí, Isaba, Iñarra, Campión y Echaide) se acomodaron al criterio de éste, lo cual expresa el sentir general de que la idea romana no merecía la pena de conservarse. No han prosperado los anteriores trabajos y hoy sigue rigiendo la edad de catorce años para los varones y doce para las hembras, años que han de ser cumplidos, es decir, contados de momento a momento, en conformidad con lo establecido por la ley del Registro civil.

Expuesta ya la regla general, examinemos las incapacidades existentes en el Derecho navarro. No pueden otorgar testamento:

1.º Los varones menores de catorce años y las hembras menores de doce años, según lo dicho antes.

2.º El que habitual o accidentalmente se hallare fuera de su cabal juicio. Vamos a ver las fuentes de esta incapacidad.

En primer lugar, se funda en la imposibilidad en que se encuentra el privado del uso de la razón para llevar a cabo, no sólo actos de disposición «mortis causa», sino todo lo que lleve aparejado un esfuerzo mental.

En todos los tiempos ha sido admitida la incapacidad del demente, empleando esta expresión en el más amplio sentido, incluyendo en ella todas las especies de perturbación mental. En el Fuero de Navarra no se encuentra, sin embargo, pero esto obedece a que se hallaba en la conciencia de los ciudadanos. Es necesario acudir al Derecho supletorio para encontrar sus fuentes.

«No pueden testar—dice el párrafo 1.º, tít. XII, libro II de las Instituciones—los impúberes, porque carecen de juicio; ni los locos,

porque carecen de razón... Pero el testamento otorgado por el loco en un intervalo lúcido, es válido, y mucho más el otorgado antes de caer en la locura; porque la locura posterior no inutiliza el testamento, ni cualquier otro acto ejecutado válidamente. De aquí se deduce que la locura ha de tener lugar en el preciso momento de testar».

Ampliando esta noción, se encuentra otro fragmento del Código, ley 9, tít. XXII, libro VI: «Antiguamente dudaban si el furioso podría otorgar testamento en los intervalos de razón, lo cual nosotros afirmamos. Pero decidiremos ahora el problema, que también se les planteó a nuestros antecesores, sobre el caso de que la locura sobrevenga cuando se ha empezado ya el testamento. Así, pues, decretamos que el testamento de la persona que en el acto de testar venga en locura sea nulo. Pero si quisiera otorgar testamento en dichos intervalos y lo comenzara y acabase en uso de razón y libre de furor, decretamos que sea válido, siempre que se hayan cumplido todas las demás formalidades prescritas por las leyes.» Esta incapacidad se halla también reflejada en diversos pasajes del *Corpus iuris*, siempre en los términos citados.

Mucho se ha discutido sobre la validez del testamento hecho en un intervalo de razón, y gran parte de las objeciones que se presentan estriban en la dificultad de conocer cuándo un individuo se encuentra en perfecto estado mental y cuándo no. Según Alonso (obra citada, pág. 322, vol. I), «en la duda de si hizo el testamento en tiempo de locura o furor o en sus intervalos, forma una notable conjetura y presunción de haberlo hecho en aquél si entonces se hallaba próximo al furor y si las palabras del testamento manifiestan falta de juicio o entendimiento; y, por el contrario, se presumirá hecho en tiempo de salud si estuviese lejos del furor y las palabras lo manifestasen así». Como se ve, esta regla es absolutamente ineficaz, y puede dar lugar a grandes excesos.

El Código civil, supletorio también en Navarra, contiene un criterio más exacto. Dice su artículo 665: «Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente lo reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facul-

tativos, además de los testigos». La declaración de demencia es, pues, necesaria para llegar a la nulidad del testamento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los comentaristas de Derecho civil están conformes con esta teoría. Valverde, en su *Tratado de Derecho civil español*, dice a este propósito: «La capacidad anterior a la incapacidad creo yo que no puede ponerse en duda; los actos realizados por ellos antes de dicha declaración se presumen válidos; pero estimo que esta presunción admite prueba en contrario, pues todas las declaraciones de la voluntad pueden ser anuladas si no son tales declaraciones, bien por vicio o defecto de la voluntad, o por otras causas que invaliden aquella declaración; de modo que si antes de estar declarada en forma la incapacidad era realmente incapaz, y no podría, por tanto, prestar consentimiento en el acto, éste es nulo para los efectos del derecho». Por tanto, si sobre una persona no obra una declaración de incapacidad, su testamento es válido, y no hay necesidad de demostrar que obró en un intervalo lúcido, y es solamente anulable mediante la prueba de la demencia.

Respecto al contenido de la palabra *demencia*, no están conformes los autores. Es claro que el Código civil no la emplea en un sentido técnico, sino para indicar toda anormalidad en general; y así dice Castán que la embriaguez, el sonambulismo, la epilepsia, el arrebato, el estado del que está próximo a expirar pueden implicar falta de capacidad (*Derecho español común y foral*).

*Testamento del sordomudo*.—Los sordomudos pueden tener en Navarra incapacidad absoluta para otorgar testamento en determinados casos. En el Derecho romano no podían testar los que no supiesen o no pudiesen escribir a causa de tener ese defecto desde el nacimiento: «... decretamos que si cualquiera padece estas dos enfermedades, es decir, que no puede oír ni hablar, y las tuviese por naturaleza, no podrá otorgar testamento...; pero si el varón o la hembra padeciese estos defectos, a causa de haber contraído una enfermedad que le hiciese perder la voz y el oído, y es persona ilustrada, podrá hacer lo prohibido anteriormente, siempre que lo escriba de su puño y letra...»

Hoy no es posible mantener ese criterio; se ha llegado en la educación de los sordomudos a tal grado, que, aunque lo sean de nacimiento, tienen conocimiento exacto de la naturaleza, y, por

consiguiente, sabiendo leer y escribir, caen fuera de las condiciones señaladas para que exista la incapacidad. Si Justiniano exigió el saber leer y escribir, todo sordomudo que lo sepa puede otorgar válidamente un testamento.

*Testamento del pródigo.*—En Derecho romano carecían de la facultad de testar; pero se consideraba como válido el otorgado antes de que se le hubiera privado de la administración de sus bienes; si lo hacía, se le consideraba nulo.

En Navarra, donde sus leyes no hacen mención del caso, debe aplicarse la doctrina romana de naturaleza restrictiva, aun en oposición a la doctrina sustentada por el Código civil, en su artículo 221, en el que establece que la declaración de dicha prodigalidad deberá hacerse en juicio contradictorio, y que la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado.

Barrachina, en su obra *Derecho foral español*, sostiene esta hipótesis, puesto que, al hablar de esta incapacidad, la declara subsistente en Cataluña (testamento nulo de pleno derecho) por la aplicación del Derecho romano, y más adelante se expresa del siguiente modo: «En Navarra, puesto que allí rige el Derecho romano como supletorio, son aplicables las disposiciones de éste, que hemos señalado, al tratar de la legislación de Cataluña, menos en aquello que nos hemos referido anteriormente.» (Se trata del Fuero General y del Amejoramiento.)

Una manera de evitar los litigios que pudieran sobrevénir de la disparidad de criterios entre el Código y el Derecho romano podría ser la de que, al solicitar la declaración de prodigalidad, se pida que se incluya, entre las prohibiciones que ha de contener la sentencia, la de otorgar testamento, ya que no la puede el Juez decretar de oficio (Echaide).

Las leyes romanas exigían que la incapacidad había de existir en el momento de otorgar el testamento y en el momento de la muerte del testador. Hoy día es inaplicable esta disposición, pues responde a una estructura jurídica muy diferente a la nuestra. Es más aceptable el criterio del Código civil, también supletorio del Derecho navarro, en su artículo 666: «... para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento».

Existen, además de las indicadas, otras causas de incapaci-

dad en Navarra: la de los incestuosos, a no ser que recaiga la herencia entre los parientes próximos; tampoco pueden testar los condenados a muerte civil o natural, el usurario manifiesto, excepto en el caso de restituir o dar fianza de restituir las usuras; los hijos de familia, excepto de su peculio castrense y cuasi castrense. Asimismo quedan exceptuados los que han incurrido en excomunión, si pertenecen a los llamados vitandos y son a los que no es permitido dar de comer, beber, saludar ni resaludar, rogar por ellos como ministro público, ni sepultarles en sagrado (Antonio Gómez: *Comentarios a la ley tercera de Toro*, cit. por Alonso). El sordo puede testar por escrito, según el mismo Antonio Gómez, «porque ninguno lo es tanto que, hablándole en alta voz, no comprenda lo que se le dice».

Este es, en resumen, el estado en Navarra de la llamada «testamentifacción activa».

JOSÉ M.<sup>a</sup> MARTINICORENA,

Abogado.

#### BIBLIOGRAFIA

La escasez de obras referentes al Derecho navarro es bien patente, y muchas de ellas han quedado anticuadas. Entre otras he consultado las siguientes:

ALONSO: *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes de Navarra*.

ECHAIDE: *Apuntes sobre la aplicación del Código civil en Navarra*.

ARVIZU: *El Derecho foral de Navarra y su carácter consuetudinario*.

MORALES: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general*, etc.

BARRACHINA: *Derecho foral español*.

CASTÁN: *Derecho civil español foral y de la zona del Protectorado de España en Marruecos*.

VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*.

SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*.

DÍAZ: *Instituciones de Derecho romano*.

AIZPÚN y ARVIZU: *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*.

Aparte de esto, los diferentes cuerpos legales, tales como el Fuero General de Navarra y su Amejoramiento, la Novísima Recopilación, el *Corpus iuris civilis*, etc., etc.