roso. ¿Quiere decir esto que la mujer puede hacerlos sin estar autorizada para ello? Nó, porque la autorización no es una forma instrumentaria, sino un requisito en razón de la incapacidad de la mujer, y esta incapacidad es general, y se establece para todos los actos jurídicos, á menos que la ley haga excepción, y no la hay para las donaciones disfrazadas ni para los donativos manuales.

¿Qué cosa es la autorización, y en qué formas se concede? El código remite al título "Del Matrimonio," y ahí es donde se encuentra el lugar de esta materia. El art. 905 contiene una aplicación de este principio; exige la asistencia ó el consentimiento especial del marido; la asistencia es la autorización tácita, el consentimiento es la autorización expresa. Esta debe darse por escrito. ¿Se necesita un escrito auténtico en razón de la solemnidad del acto? Nosotros hemos hemos examinado la cuestión en el título "Del Matrimonio (t. 3º, núm. 119).

Queda por saber lo que la mujer puede donar. La solución de la cuestión depende de los diversos regímenes bajo los cuales puede la mujer casarse. Aplazamos esta cuestión para el título "Del Contrato de Matrimonio."

§ IV.—De las demas incapacidades.

154. Los quebrados son desposeídos de la administración de sus bienes desde el día en que se declara judicialmente la quiebra (código de comercio, art. 442): desde tal dia no pueden ya hacer una donación. Sí pueden testar; el testador no causa ningún perjuicio á los acreedores, supuesto que están pagados antes que los legatarios. En cuanto á las donaciones hechas antes de la apertura de la herencia, remitimos al código de comercio (artículos 444 y 447).

155. El decreto de 18 de Febrero de 1809 dice que las religiosas hospitalarias no pueden, por medio de actos entre vivos, ni renunciar á sus bienes en provecho de su familia, ni disponer de ellos, sea en provecho de la congregación, sea en provecho de quien quiera que sea (artículo 10). Si pudieran disponer, lo harían regularmente en provecho del convento; y como la ley ya no reconoce votos perpetuos, se verían despojadas de sus bienes en el caso en que volvieran al muudo. Este motivo no se aplica al testamento; las hospitalarias quedan á este respecto bajo el imperio del derecho común (art. 9).

156. Hay incapacidades consagradas por el código civil, que han sido abolidas por leyes posteriores. La muerte civil ya no existe, ni en Francia, ni en Bélgica. Pasa lo mismo con la interdicción legal, según nuestro nuevo código penal.

La incapacidad que pesaba sobre los extranjeros, en lo concerniente á la facultad de dar y recibir por testamento, ha sido abrogada igualmente en Francia y en Bélgica. Véase el título "De las Sucesiones."

SECCION II.—De las personas incapaces para recibir.

§ I. De los que no existen.

Núm. 1. De los hijos no concebidos.

157. El art. 909 dice: "Para ser capaz de recibir entre vivos, basta estar concebido en el momento de la donación. Para ser capaz de recibir por testamento, basta estar concebido en la época del fallecimiento del testador. Basta estar concebido, dice la ley, porque al hijo concebido se le tiene por nacido, cuando se trata de sus intereses. Así es que el principio formulado implícitamente por el art. 906, es que es preciso existir para ser capaz de recibir. Tan evidente es que la nada no puede recibir una liberalidad, que no valdría la pena decirlo en una ley si no fuera por

las consecuencias que de ello resultan; más adelante verémos cómo lo que es tan evidente para los legistas casi es una herejía para las gentes de Iglesia. Respecto á los hijos no concebidos, nunca ha habido dudas. Hay, no obstante, algunas excepciones: las donaciones de bienes futuros hechas por contrato de matrimonio á los cónyuges, se presumen hechas en provecho de los hijos y descendientes por nacer del matrimonio (art. 1082): las substituciones fedeicomisarias permitidas por el código están hechas en provecho de los hijos nacidos y por nacer de los instituidos (arts. 1082 y siguientes). Notemos que, en estos dos casos, la liberalidad no está hecha directamente en provecho de los hijos por nacer; jurídicamente no se comprende que la nada sea gratificada. La institución contractual y la substitución fideicomisaria se hacen, ante todo, en provecho de los cónyuges ó de los instituidos, es decir, en provecho de personas existentes. (1)

158. Según los términos del art. 906, se necesita estar concebido en el momento de la *donación* para ser capaz de recibir. ¿Qué debe entenderse por esto? ¿Es el momento en que la escritura de donación se celebra ante el notario? ¿ó es el momento de la aceptación? La cuestión es muy debatida. A nosotros nos parece que el texto del código la resuelve. El momento de la *donación* es aquel en que ésta se verifica. Otra cosa es el momento de la aceptación. Supuesto que las dos épocas difieren, fuerza es atenerse á la que el código exige. Tanto más, cuanto que el texto se halla en armonía con los principios. ¿Qué cosa es una donación hecha á un hijo no concebido? Una promesa. Y ¿es concebible que se haga una promesa á la nada? Se objeta que el legado es válido, por más que el legatario no esté concebido al otorgarse el testamento, y que basta que lo esté en la época del fallecimiento del testador; ¿si se puede *legar* á

1 Coin-Delisle, pág. 96, núm. 1 del art. 906.

un hijo no concebido, por qué no se ha de poder *donar* á un hijo no concebido? A esto contestamos que es mucha la diferencia. El testamento no es más que un simple proyecto, no es una promesa; el proyecto del testador no se refiere al momento en que testa, sino á la época de su muerte. Esto decide la cuestión. En vano se dice que la oferta del donador se perpetúa hasta el momento de la aceptación, puesto que subsiste en tanto que no se revoca; para que la oferta pueda perpetuarse, preciso es que exista, porque no puede declararse que se despoja uno actualmente en provecho de la nada.

159. Cuando se trata de un legado, basta, dice el artículo 906, estar concebido en la época del fallecimiento del testador. ¿Qué debe resolverse si el legado es condicional? La cuestión es dudosa. Si la ley exige la concepción al fallecimiento del testador, es porque el derecho del legatario se abre en esa época; y cuando el legado es condicional, no se abre sino cuando se cumple la condición; y ¿no debe inferirse de esto que basta estar concebido en dicho momento? No obstante, la opinión contraria es la que generalmente se sigue, y hay que admitirla por una razón histórica. El art. 906 no ha hecho más que generalizar la disposición de la ordenanza de 1735, que prohibe instituir al hijo no concebido (art. 49). D'Aguesseau explica el motivo por el cual la ordenanza se ha separado de la doctrina que la jurisprudencia había consagrado. La primera de las capacidades, dice él, y el fundamento de todas las demás, es la existencia. Objetábase que en los legados condicionales la condición cumplida tiene un efecto retroactivo, de donde se sigue que al heredero instituido se le tiene por capaz desde el tiempo de la muerte del testador. D'Aguesseau contesta que la ficción es impotente en el caso de que se trata, porque ¿acaso puede fingirse que un hijo no conce-

bido lo esté? La ordenanza sólo se aplicaba á la institución de heredero; y limitada de esta suerte, la disposición se explica: es preciso que al fallecimiento del testador, la herencia repose en alguno, porque no puede pertenecer á la nada. Pero este motivo no se aplica á los legados particulares; el heredero *ab intestato* ó testamentario tiene el derecho de ocupación; por lo que habría podido mantenerse el principio de que la capacidad no debe existir sino cuando el derecho se abre. ¿Permite el código distinguir entre la institución de heredero y los legados particulares? Nó, supuesto que no hace más que repreducir el art. 49 de la ordenanza, generalizándolo. (1)

160. El art. 906 añade: "No obstante, la donación ó el testamento no tendrán efecto sino en tanto que el hijo sea viable." Se subentiende que el hijo debe nacer con vida. El art. 906 no hace más que aplicar á las disposiciones testamentarias lo que el art. 725 dice de la sucesión *ab intestato*. Luego tiene que aplicarse en esto lo que dijimos en el título "De las Sucesiones" (t. VIII, núms. 535—548).

Núm. 2. De las asociauiones que no gozan de la personificación civil.

I. El derecho.

161. Existen establecimientos y corporaciones á los que la ley les da el derecho de recibir á título gratuito con las condiciones que ella determina (art. 910). La doctrina les da el nombre de personas civiles para marcar que disfrutan, dentro de ciertos límites, de los derechos que los hombres tienen en la sociedad civil. En cuanto á las comunidades que no están reconocidas por la ley á título

1 D'Aguesseau, carta del 23 de Noviembre de 1737 al Parlamento de Provenza (obras, t. 9°, pág. 457). Troplong, t. 2°, núm. 607 (t. 1° de la edición belga, pág. 209). Aubry y Rau, t. 5°, pág. 430, nota 2 del pfo. 649.

de personas, son por este hecho incapaces de ejercitar ningún derecho. Ellas no tienen una existencia ficticia sino en virtud de la ley; luego cuando la ley no les ha dado dicha existencia, se les debe asimilar á los hijos no concebidos, esto es, á un sér que no existe; y ¿puede tratarse de un derecho ejercitado por la nada? Pothier expresa la misma idea al decir que "las comunidades, cuerpos, cofradías, etc., que no están autorizadas en el Reino, no tienen ningún estado civil, y, en consecuencia, son incapaces de toda disposición testamentaria," (1) es decir, que no pueden recibir á título gratuito.

162. Es, pues, de suma importancia, saber cuáles son los seres ficticios á quienes la ley otorga ciertos derechos, y principalmente el de recibir á título gratuito. En otro pasaje de esta obra ya lo dijimos; aplazamos para el título "De las Donaciones y Testamentos" la cuestión de saber si las asociaciones religiosas formadas en virtud de la libertad de asociación, tienen capacidad para recibir (tomo 1°, núms. 288-298). A decir verdad, no hay cuestión para los que conocen los principios más elementales del derecho; pero como con tanta frecuencia se agita ante los tribunales, es de todo punto preciso que nosotros la tratemos. Vamos á empezar por exponer sumariamente la legislación francesa que por mucho tiempo ha sido la nuestra, y que todavía se invoca en este debate, interpretándola falsamente como se hace con nuestra constitución.

Un decreto de 2 de Noviembre de 1789 declaró que todos los bienes eclesiásticos estaban á la disposición de la nación, quedando á cargo de ésta proveer á los gastos del culto y al sostenimiento de sus ministros. Esto equivalía á quitar á las corporaciones religiosas lo que se llama la personificación; la Iglesia y sus establecimientos cesaban

1 Pothier, *Tratado de las donacio taméntarias*, cap. 3°, sec. 2ª, art. 1°