

la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Los derechos de habitación no se pueden arrendar ni traspasar á otro por ninguna clase de título. Si el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado á los reparos ordinarios y de conservación y al pago de las contribuciones, lo mismo que el usufructuario. Si sólo percibiera parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que queden al propietario aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá el que habite la casa lo que rente. Los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo, y, además, por abuso grave de la cosa y de la habitación. *

ARTÍCULO III

De los modos de adquirir dominio por derecho civil.

1010. Los modos de adquirir dominio por derecho civil son ó *universales ó particulares*. En cuanto á la transmisión de toda la herencia por derecho positivo civil, no hay sino un modo, que es la sucesión hereditaria. Los modos particulares de transmitir el dominio por el mismo derecho son dos: la prescripción y los contratos.

CAPÍTULO X

DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA

ARTÍCULO PRIMERO

Origen, definición y división del testamento.

1011. Para mí es indudable que la facultad de testar no es de derecho natural *propriamente tal*, sino que, en cuanto á la *sustancia*, es de derecho de

gentes, y en cuanto á las *solemnidades* es de derecho civil. La razón es, porque por derecho natural las cosas eran comunes, y la división de la propiedad se hizo por derecho de gentes, como dice la opinión comunísima de los doctores, teólogos, canonistas y juristas, siguiendo á Santo Tomás.

Por derecho natural, la cosa común se hacía propia por la *ocupación*, y esta propiedad duraría mientras se ocupase y poseyese, y nada más: es así que con la muerte se acaban la *posesión* y la *ocupación*, luego el derecho que hoy tienen los propietarios de disponer de sus cosas en vida *para después que han muerto* (esto es, para cuando ya *no pueden poseer*), no proviene del derecho natural, sino del de gentes.

El poder hacer testamento es muy conforme á la equidad natural, por muchos motivos, como lo es la división de la propiedad, y como lo son todas las cosas que son de derecho de gentes; porque este derecho se define: *Quod naturalis ratio inter omnes homines (cultos) constituit*. El derecho de testar es antiquísimo, y se pierde en la oscuridad de los tiempos.

Scavini dice que la facultad de testar es de derecho natural; pero las tres razones que alega no tienen ningún valor, y quedan contestadas satisfactoriamente. Me admira que el erudito Scavini afirme que es de creer muy probablemente que cuando Abraham se lamentaba de que su esclavo Eliezer sería su heredero, por no tener hijos, esto era una prueba de que el derecho de testar no proviene de las *leyes civiles*; porque, *dice*, no es de creer que *éstas* existiesen sobre esta *materia* en aquellos tiempos: «Nullis tunc, saltem *valde probabiliter* (Abraham), *regebatur legibus positivis*.» (Tract. VI, disp. 2.^a, cap. 7, *quæ*. 2.^o) No solamente no es muy probable, sino que es del todo improbable lo que afirma Scavini; porque Abraham pensaba *adoptar* por hijo á Eliezer para poderle instituir su heredero,

como dicen Calmet, Cornelio à Lápi-de, Tirino, Scio y otros comentadores sobre ese pasaje del Génesis (capítulo 15, v. 2); de donde se sigue *evidentemente* que la sucesión hereditaria *regebatur legibus positivis*, puesto que estaban admitidas: 1.^o, la esclavitud; 2.^o, la adopción; 3.^o, la potestad de dejar la herencia ó de que heredase *ab intestato* un esclavo adoptado, con preferencia á los hermanos y demás parientes consanguíneos no descendientes del difunto. Estas tres cosas son indudablemente disposiciones del derecho civil positivo; porque ni la esclavitud, ni la adopción, ni los derechos del adoptado para suceder con esa preferencia al padre adoptante, son de derecho natural. No sólo existían en aquel tiempo esas leyes civiles, sino que existían innumerables ciudades, gobernadas con mucha cultura, donde florecían las ciencias y las artes: Babilonia, Pentápolis, Gerara, Heliópolis, Menfis, Egipto, etc. De esta última se dice: *Et eruditus est Moyses omni sapientia ægyptiorum*. (Act., cap. 7, v. 22.)

Habían pasado cerca de quinientos años después del diluvio cuando sucedió este hecho de Abraham; y es indudable que el derecho civil había dado ya leyes ó se habían fijado costumbres sobre la transmisión de la herencia. Noé y sus hijos transmitieron también á sus descendientes las costumbres antediluvianas. Por último, no pudiendo existir una sociedad sin leyes, ¿cómo puede creerse que nación alguna omitiese legislar sobre un ramo tan importante? Véase á Bursati, en su obra *Consiliorum*, consil. 226, donde trata eruditísimamente esta materia; á Antonio Gómez, sobre la ley 3.^a de Toro, núm. 16; á Covarrubias, lib. 3, *variar. resol.*, capítulo 6, núm. 7; á Alciato, in *E. Nihil aliud*, núm. 14 *De verb. oblig.*; á Gutiérrez, sup. núm. 79; á Ceballos, *Speculum pract.*, en la q. 512; á Fossario, Escriche, etc.

1012. P. ¿Qué es testamento?

R. Si se atiende á la etimología de la palabra, se deriva de *mentis testatio*, último testimonio de nuestra *voluntad*. Así es que cuando las palabras del testador son ambiguas, se ha de procurar descubrir su voluntad para cumplirla: *Semper vestigia testatorum sequimur*, dicen los juristas.

La definición esencial del testamento es: «Declaración *legal* que uno hace de su *última* voluntad, disponiendo de sus bienes para después de su muerte.» (Ley 1.^a, tít. 1, Partida 6.^a) «Ultima hominis voluntas de eo quod post mortem de rebus suis fieri vult.»

Se dice *legal*, porque el derecho civil declara nulo el testamento que carece de las formalidades legales esenciales.

Se dice *última* voluntad, porque el testamento último es el que vale. Se dice *para después de su muerte*, porque el testamento no surte sus efectos hasta después de la muerte del testador.

El derecho civil español se apartó aquí del derecho romano en dos cosas importantes:

1.^a El derecho romano declaraba nulo el testamento en el que no se hacía institución de heredero; *cum institutione hæredis*, añadían en la definición del testamento; pero el derecho español no exige esa formalidad. Así es que los herederos *ab intestato* deben cumplir las mandas y legados del testamento del difunto, aunque en él no se hubiese hecho institución de heredero; y se debe cumplir el codicilo aunque no se haya hecho testamento. (Ley 2.^a, tít. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilación, y ley 1.^a, tít. 12, Part. 6.^a) * Hoy no existe el codicilo. *

2.^a Por el derecho romano no podía uno morir parte testado, parte intestado; pero por el derecho español puede: y si el difunto dispuso de parte de sus bienes, se dan éstos á los

herederos testamentarios, y los bienes de que no dispuso pasan á los herederos legítimos, como si el testador los hubiera nombrado. (Ley 1.^a, tít. 18 de la Novísima Recopilación.) * (Véase Código civil, art. 764.) *

1013. * El testamento, según el Código civil, se divide en común y especial ó privilegiado. El testamento común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado. Testamentos especiales son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Se llama testamento ológrafo cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688 del Código vigente. Es abierto ó nuncupativo el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. El testamento es cerrado cuando el testador, sin resolver su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto. Será solemne cuando reúne las formalidades marcadas por la ley.

El testamento ológrafo, mejor dicho autógrafo, sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgarlo en su propio idioma.

Una vez otorgado deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar donde éste hubiese fallecido dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento: sin este requisito no será válido. La persona en

cuyo poder se haya depositado el testamento, deberá presentarlo al juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador; y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación; pero podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea ó en cualquier otro concepto.

Presentado el documento y acreditado el fallecimiento del testador, el juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, ó si dudan los examinados, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras. Para la práctica de las diligencias expresadas serán citados con la brevedad posible el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los ascendientes legítimos del testador; y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residiesen dentro del partido, ó se ignorare su existencia, ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al ministerio fiscal. Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

Si el juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice con las diligencias practicadas en los registros del notario correspondiente, por el cual se darán á los interesados las copias ó testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. Cualquiera que sea la resolución del

juez, se llevará á efecto, no obstante oposición, quedando á salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

Se han explicado detalladamente todas las condiciones que exige el Código civil para el otorgamiento del testamento ológrafo, por considerar esta institución como una fórmula nueva de testar en el derecho patrio, introducida en nuestra legislación de la extranjera, la cual forma parece no aceptable á muchos juristas españoles, porque da origen á frecuentes falsificaciones, y es peligrosísimo en un país en donde tantas personas no saben escribir. (Véase Abella, en la anotación del art. 688, el criterio que emite sobre esta nueva institución, de importación extranjera en España.) *

ARTÍCULO II

De las cosas necesarias para la validez del testamento, y quiénes pueden testar.

1014. P. ¿Cuántas cosas son necesarias para la validez del testamento?

R. Cinco: 1.^a, que el testador sea capaz de testar; 2.^a, que los testigos sean idóneos, y concorra el número de ellos que la ley exige; 3.^a, que todos los testigos oigan y vean al testador, para evitar fraudes, y esto áun cuando sea en tiempo de peste; 4.^a, que oigan distintamente el contenido del testamento nuncupativo, y vean el otorgamiento del cerrado, para que, interrogados después, puedan responder contestes en un todo; 5.^a, que mientras se lee, otorga y publica el testamento, estén presentes todos los testigos, sin faltar ninguno, *en un mismo tiempo, sin intermisión.* (Ley 3.^a, tít. 1.^o, Part. 6.^a; y ley 1.^a, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación.)

* Para que el extranjero pueda testar en su lengua, se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por

el testador que traduzcan su disposición al castellano: el testamento se deberá escribir en las dos lenguas. (Código civil, art. 684.) *

1015. * Pueden testar todos aquellos á quien la ley no lo prohíba expresamente. Están incapacitados para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo, y los que habitual ó accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio.

El Código vigente determina que el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido, y el demente que pretenda hacerlo en un intervalo lúcido, lo puede otorgar, para lo cual designará el notario dos facultativos que previamente le reconozcan; y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos, además de los testigos. *

ARTICULO III

Quiénes pueden ser testigos de un testamento.

1016. * No pueden ser testigos en los testamentos: 1.^o Las mujeres, excepción hecha en caso de epidemia. 2.^o Los varones menores de edad, con la misma excepción. 3.^o Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley. 4.^o Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos. 5.^o Los que no entienden el idioma del testador. 6.^o Los que no estén en su sano juicio. 7.^o Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén cumpliendo pena de interdicción civil. 8.^o Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro de cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del notario autorizante.

En el testamento abierto tampoco

podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad. No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario. Para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento. (Código civil, art. 681.) *

ARTÍCULO IV

Del número de testigos necesario para el testamento solemne.

1017. * El testamento abierto deberá ser otorgado ante notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno á lo menos sepa y pueda escribir. El testador que sea enteramente sordo deberá leer por sí el testamento, y si no sabe ó no puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del notario; cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento dos veces, una por el notario y otra por uno de los testigos ó persona que el testador designe. Todas las diligencias se han de practicar en un solo acto. Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario.

En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención del notario ante tres testigos mayores de dieciséis años, varones ó mujeres. En los casos anteriores se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, será válido, aunque los testigos no sepan escribir. El testamento otorgado con arreglo á las

disposiciones anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz, si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al tribunal competente para que se eleve á escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Los testamentos otorgados sin la autorización del notario serán ineficaces, si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil. Sobre el modo de elevar estos testamentos á escritura pública, véanse los artículos 1943 á 1955 de la ley de Enjuiciamiento civil, teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las disposiciones de dichos artículos no son aplicables á las distintas clases de testamentos que en Aragón y Cataluña establece su derecho foral. (Véase á Abella en la anotación del art. 704 del Código civil.) *

1018. * El testamento cerrado podrá ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe. Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones. *

1019. * Si lo escribiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas sus hojas y al pie del testamento. Cuando el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes: 1.º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de

suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta. 2.º El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, ó lo cerrará y sellará en el acto ante el notario que haya de autorizarlo y cinco testigos idóneos, de los cuales tres al menos han de poder firmar. 3.º En la presencia del notario y los testigos manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito, firmado y rubricado por él al final y en todas sus hojas, ó si por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona. 4.º Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas del conocimiento del testador, ó de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. 5.º Extendida y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar y la autorizará el notario con su signo y firma: si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales ú otra persona designada por aquél. 6.º También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento. *

1020. * No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgarlo, observándose lo siguiente: 1.º El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año. 2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del notario y de los cinco testigos, que aquel pliego

contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él. 3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso. *

1021. * Autorizado el testamento cerrado, el notario lo entregará al testador después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento. El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo. En este último caso, dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta del otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota. El notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador. Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia. (Código civil, art. 706 y siguientes.)

El que desee adquirir conocimientos detallados del testamento militar, marítimo y del hecho en país extranjero puede consultar el art. 716 y siguientes hasta el 736 del Código civil. *

ARTÍCULO V

De diversas clases de herederos, y de sus respectivos derechos.

1022. P. ¿Qué es heredero?

R. El que por disposición testamentaria ó legal sucede en los dere-