

también los herederos *necesarios* obtuvieron el *beneficio de separación de bienes*, á fin de que la libertad que alcanzaban no lo fuera á costa de verse reducidos á la miseria. Los *voluntarios* eran los herederos instituidos libremente por el testador y que habían de aceptar la herencia, para que la transmisión se verificase.

La libertad que los testadores llegaron á tener para disponer de sus bienes fué la causa de ciertas disposiciones protectoras de los herederos, como las leyes *Furia testamentaria*, *Voconia* y *Falcidia*, que respectivamente prohibieron que los legados absorbieran toda la herencia, que legatario alguno tuviera porción mayor que un heredero y ordenaron la reserva de la cuarta parte de los bienes á los herederos.

La necesidad que los romanos sintieron de que no faltara heredero que continuara el culto, dió origen á las sustituciones ó segundas instituciones de heredero, para el caso de que las primeras no pudieran tener lugar, y, según los casos, la sustitución fué *vulgar*, cuando se hacía por sí no aceptaba el instituido; *pupilar*, cuando respondía á la previsión de que el descendiente impúbere muriese sin llegar á la pubertad y sin poder, por tanto, hacer testamento; y *cuasi pupilar ó ejemplar*, cuando dicha previsión estaba fundada en que no recobrarla la razón el instituido demente. El deseo de salvar impedimentos legales y poder dejar la herencia á quien la ley hacía incapaz para recibirla, sirvió de base á las instituciones de heredero, con encargo de entregar los bienes á un tercero, cuyos encargos de confianza ó *fideicomisos*, adquirieron más tarde el desarrollo que requería el cumplimiento de secretas obligaciones de conciencia. Para evitar que el instituido con el encargo de transmitir los bienes, ó heredero *fiduciario*, repudiara la herencia con perjuicio de quien en definitiva había de recibirla, ó heredero *fideicomisario*, el senador Trebeliano concedió al último todas las acciones que correspondiesen al heredero, y el Pegasiano impuso al fiduciario la obligación de adir la herencia, haciendo suya la cuarta parte.

Conocidas también de los romanos las sucesiones á título singular, los *legados* como la principal de ellas, se distinguieron en los primeros momentos única y exclusivamente de la herencia, porque no suponían transmisión de la personalidad. El antiguo Derecho estableció cuatro especies de los mismos: *per vindicationem*, cuando se transfería la cosa legada directamente, sin imponer obligación alguna al heredero; *per damnationem*, que obligaba al heredero á dar ó hacer alguna cosa; *sinendi modo*, cuando el heredero tenía solamente la obligación pasiva de dejar que el legatario hiciera ó tomara algo, y *per præceptionem*, por el que la cosa legada lo era de un modo preferente. Con el desarrollo del Derecho romano desaparecieron tales especies y los legados pudieron hacerse en cualquier forma.

Basta pasar la vista por este rápido estudio de la sucesión testada en

Roma, para convencerse de que el carácter *subsidiario* con que apareció en aquellas primitivas formas de testar, que más que de la voluntad del testador, recibían su fuerza de la voluntad del pueblo como verdaderas leyes, se transformó en un firme y amplio reconocimiento de la facultad de testar, que dió á la sucesión así deferida la preponderancia y primacía sobre la legítima.

Al mismo tiempo la sucesión legítima, ya con el carácter supletorio de sucesión *abintestato*, fué modificando el orden de los llamamientos establecidos por el antiguo Derecho, que se redujeron á precepto escrito por la ley de las XII Tablas, y que en su lugar quedan expuestos por razón de la prioridad que en aquel tiempo tenía esta especie de sucesión *mortis causa*. El tercer llamamiento, ó sea la sucesión de los gentiles, hubo de caer en desuso, modificada la organización primera de aquella sociedad según lo fué y después de la evolución realizada por la familia romana. En cuanto al tiempo que tal ocurrió se sabe solamente que en vida de Cicerón aun sucedían los *gentiles* y Gayo afirma que, en su época ya no sucedían en ningún caso. La obra del Pretor, por otra parte, se aplicó á la necesidad de modificar los llamamientos á la herencia del primitivo Derecho, que ofrecían graves inconvenientes, fundados exclusivamente en la consideración de la familia civil, y fué concediendo la *bonorum possessio* de los bienes por razón de los lazos de la familia natural. En el número de los herederos *suyos* incluyó á los emancipados y á los dados en adopción, caso de ser segregados de la familia adoptiva en vida de su padre natural, y después del orden de los agnados estableció el de los cognados, sin atender más que al parentesco natural y á la proximidad de grados en las tres líneas descendente, ascendente y colateral, llamando á todos cuantos tenían dicha condición y no estaban incluidos en los anteriores llamamientos hasta el séptimo grado (1).

Ya emprendido este camino, las Constituciones imperiales no le abandonaron. Una constitución de Valentiniano, Teodorico y Arcadio, llamó entre los herederos suyos á los descendientes de las hijas, en representación de su madre premuerta, y también por el Derecho imperial vinieron por primera vez á suceder el *padre ú otros ascendientes*, según su grado, en los bienes que los descendientes hubieran adquirido por la línea materna y después de los hermanos y hermanas. Así se preparó la reforma de Justiniano, quien comenzó por legislar sobre algunos puntos y acabó por consagrar los vínculos de la sangre en sustitución de los que ligaban á la familia civil en una labor legislativa radical y completa, que constituye el contenido de las Novelas 118 y 127. En ellas se establecen tres órdenes de llamamientos. De los descendientes, que suceden

(1) En realidad hasta el sexto, y en el séptimo á los hijos de primos ó primas segundas.

*in capita*, ó sea por cabezas ó individuos los más inmediatos, y los sucesivos grados *in stirpes* ó en representación del heredero premuerto. El de los ascendientes, que si son llamados solos suceden *in lineas*, ó sea dividiendo la herencia por mitad entre los que pertenecen á la línea paterna ó materna, y dentro de éstas suceden los de más próximo grado por cabezas, y si son llamados con los hermanos ó hermanas de doble vínculo del difunto, entonces suceden por cabezas y los hijos de los hermanos pueden venir en representación de éstos. Por último, el de los colaterales, colocando en primer lugar los hermanos de vínculo sencillo, y sus hijos *in stirpes* y después los demás de igual grado, sin distinciones de clase alguna.

Figuraron, pues, desde Justiniano, entre los herederos *suyos*, los descendientes por línea de hembra, y éstas sucedieron en concurrencia con los varones. La viuda pobre y sin dote tomaba la cuarta parte de la herencia (*quarta uxoria*), si el marido no había dejado más de tres descendientes; una porción viril, ó igual á cada uno, si habían quedado más de tres. y si los hijos lo eran de ambos, á la viuda se le reservaba igual porción en usufructo. También el cónyuge supérstite heredaba á falta de colaterales. Asimismo, el adoptado no perdía, por haberlo sido, los derechos de sucesión en su familia natural; á los hijos naturales, si en concurrencia con los legítimos y su madre no se les reconocía más que alimentos, podían reclamar el sexto de la herencia en los demás casos; los hijos adulterinos sucedían á la madre y para los demás *espúreos* no había sucesión.

13. LOS CELTAS.—Tres notas distintivas de los Derechos de propiedad y familia entre los celtas indican el carácter que había de tener el Derecho de sucesión *mortis causa*; son éstas: la copropiedad familiar, la distinción de los bienes de la familia en propios y adquiridos, y la emancipación del hijo por el matrimonio, al menos en la época que del Derecho de este pueblo se tienen noticias ciertas. De aquí se deduce que la sucesión legítima precedió en los celtas á la testamentaria, como en los demás pueblos, y que más adelante, si se conoció el testamento, debido á que los bienes adquiridos de la familia tendieron á individualizarse, mientras los propios conservaron su condición de familiares, tuvo siempre carácter parcial ó secundario, ya que era capital la consideración de los descendientes como herederos necesarios, que acredita la frase de Sinmaco: *Gimnuntur, non escribuntur hæredes* (1).

La sucesión legítima obedecía á los principios de que los *bienes propios no suben* en cuanto á la sucesión de los ascendientes, y en la de los colaterales, al *paterna paternis, materna maternis*. La herencia se distri-

(1) *Epist.*, t. XV. Véase Laferrière: *Histoire du Droit civil*, t. III, pág. 201, y Gabba: *Veritable origine du Droit de sucesión*, pág. 24.

buía por partes iguales entre los hijos, como natural consecuencia de la emancipación que éstos lograban al casarse. La institución de la primogenitura aquí no aparece, pues si alguna vez se relajaba la igualdad de particiones, no era en favor del primogénito, sino del más joven, quizá porque, como afirma el Sr. Azcárate: «ya no respondía la distribución de la herencia al mantenimiento de la perpetuidad de la familia, sino que se consideraba bajo un punto de vista económico ó de conveniencia, y se prefería el más joven porque era el que estaba asociado por regla general al padre en el momento de la muerte de éste» (1).

14. LOS GERMANOS.—El Derecho primitivo de los germanos está influido por una organización familiar, adecuada á su espíritu guerrero, que es causa del predominio de los varones y de la agrupación de la familia bajo la fuerte autoridad de quien pueda ser su jefe, y por la existencia de una propiedad colectiva otorgada á la tribu, de la cual se hacían repartos temporales entre las familias, y una propiedad familiar representada por la casa y el terreno anejo. El Derecho de sucesión gira sobre esos dos ejes. Tal propiedad colectiva, que no se podía vender sin el consentimiento de los miembros de la tribu, y más tarde sin el de la familia, en la tribu permanece administrada por sus jefes, y los mismos bienes propios de la familia, los heredados, como la casa y sus anejos, que constituyen una verdadera propiedad privada, exclusiva, tampoco puede el padre transmitirlos sin consentimiento de los hijos, que son, por tanto, los llamados necesariamente á recibirlos por herencia á la muerte de aquél. Esto nos revela que entre los germanos se cumple la ley constante de la primordial aparición de la sucesión legítima y el desconocimiento de la testada en este tiempo. Tácito dice sobre esto: *Hæredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum* (2), cuyas palabras traslucen algo más, y es que por ley eran llamados á heredar los hijos varones. pues ese es el significado probable de la palabra *liberi* en el citado texto.

Así lo sostienen Summer Maine, Laveleye y Ahrens (3), quizá fundados en la misión guerrera de la familia, y llegan á afirmar que su propiedad ni aun á la muerte del padre se dividía y continuaban los hijos viviendo juntos, bajo la autoridad del primogénito, que recibía la herencia. Documentos posteriores al tiempo de la invasión hablan de la antigua costumbre de la exclusión de las hembras á la sucesión legítima y confirman que ésta, como la única conocida en dichos tiempos, en la transmisión de los bienes propios ó heredados de la familia, se apoyaba en el

(1) Ob. cit., t. I, pág. 142.

(2) Germania, 20.

(3) En sus respectivas obras, *El Derecho antiguo, La propriété et ses formes primitives* y la *Enciclopedia jurídica*.

principio de masculinidad y en la institución de la primogenitura, al reconocer como herederos á los hijos, y permiten colegir que en la sucesión de los colaterales fué siempre preferido el parentesco por línea de varón. «Si no existen hijos—dice Tácito—recibe la herencia el pariente más próximo, hermano ó tío» (1). Los bienes no suben, porque, dada la concepción familiar reinante, la sucesión de los ascendientes no procedía. La distinción, que ya en ese período comienza á dibujarse en los bienes de la familia, entre bienes propios ó heredados y bienes adquiridos, prepara la transformación del primitivo Derecho germano sobre sucesiones.

15. LOS ESLAVOS.—Seguramente no hay pueblo en la Historia que haya conservado al través de los siglos las formas de la propiedad colectiva, como el eslavo, vinculada en la tribu ó el común (*mir*) y en la familia ó asociación de las mismas (*zadruga*). Á pesar de la oposición hecha por algún escritor moderno, siempre se ha considerado, y ahora mismo la mayoría de los tratadistas afirman, que esa organización colectiva de la propiedad, que llega hasta nuestros días, entre los eslavos, fué en ellos tradicional, y supone en la época presente un reflejo de la que debió de caracterizar su Derecho cuando se establecieron en Europa (2). Desconocida la propiedad individual y sin que los jefes de las agrupaciones eslavas tuvieran más facultades con respecto á los bienes de las mismas que las correspondientes á un administrador, no se puede decir que existiera verdadera sucesión hereditaria, sobre todo en lo que hace relación á los bienes inmuebles. Así sostiene Lehr, que, por efecto del arraigo que en dichos pueblos ha tenido semejante organización, las leyes dictadas con posterioridad sobre la sucesión *mortis causa*, llevadas del espíritu de individualización de la propiedad, han sido letra muerta para las cuatro quintas partes de los eslavos. En Polonia, Bohemia, parte de la Corintia y de la Carniola, se acentúa durante la Edad Media distinto sentido; pero esta transformación se opera bajo la autoridad del Derecho romano y carece de interés para el estudio de los elementos autóctonos del Derecho eslavo.

### ART. III

#### EL DERECHO DE SUCESIÓN «MORTIS CAUSA» EN LOS TIEMPOS MEDIOEVALES

16. ÉPOCA BÁRBARA.—Cuando los germanos realizan la invasión, su Derecho ha sufrido notables modificaciones, producto, más que de una natural evolución de sus propios elementos, de la asimilación de las

(1) Lugar antes citado.

(2) Véase á Laveleye, ob. cit., y Lehr, *Derecho civil ruso*, págs. 217 y sigs.

ideas jurídicas de la civilización romana, con que se pusieron en contacto, aunque sin perder su noción de los vínculos familiares.

La necesidad de mantener en la familia los bienes que constituían propiamente su patrimonio ó alodiales, aparte alguna otra razón ya expuesta, sirve de base al general reconocimiento del principio de la *masculinidad* en las leyes germanas de esta época en cuanto á dichos bienes, con excepción de la visigoda, y mantenido con más ó menos rigor, según que no admitiesen á la herencia en ningún caso á las hijas, como la ley sálica (1), ó que fuesen llamadas después que los agnados de cuarto ó quinto grado, como en la ley de los thuringios, ó más inmediatamente, á falta de hijos varones, como en la leyes de los ripuarios (2), borgoñones (3), sajones (4), longobardos (5), etc.

La sucesión de los ascendientes, que sólo entre las leyes primitivas de los longobardos aparece, y el principio de la representación, no son propios del Derecho germano y se abren paso en él amparados por la legislación romana. En la sucesión de los colaterales, se ha dudado si influía también el principio de la masculinidad con la preferencia de los agnados sobre los cognados y aunque, como dice el Sr. Azcárate, algún motivo hay para afirmarlo; la ley de los *thuringios* citada, que llama á los agnados hasta el quinto grado antes que á las hijas, «es indudable que no es característico de esta época, este principio, el cual, así como el que se expresa en la conocida frase: *paterna paternis, materna maternis*, corresponde á la siguiente. En la sucesión de los colaterales no se atiende al orden romano de la proximidad de grado, sino al de la *parentela*, es decir, que no se mide la distancia del causante al heredero por las generaciones de ambas ramas hasta encontrar el tronco común, sino por la procedencia de un tronco más cercano» (6).

Ya la distinción entre los bienes alodiales ó patrimoniales sujetos á las reglas antes dichas y los adquiridos, que se distribuían con igualdad entre los hijos sin distinción de sexos, presta base á la transformación del Derecho sucesorio de los germanos y favorece cierta individualización de la propiedad, necesaria á la sucesión testada. Por otra parte, el deseo de eludir el rigorismo de algunas disposiciones de la sucesión legítima, incompatibles con los afectos familiares y las nuevas ideas que sugiere el ejemplo, para ellos manifiesto, de la legislación romana, favorece la introducción del testamento en los pueblos bárbaros, por el cual

(1) Lex Salica, LIX.

(2) Lex Ripuaria, LVI, 4.

(3) Lex Burgundiorum, XIV.

(4) Lex Saxorum, VII.

(5) Lex Longabardorum, I, 1.

(6) Ob. cit., t. I, pág. 216.

puede el testador dejar los bienes al nieto cuyo padre hubiera muerto, é instituir á las hijas, con derogación de *una costumbre antigua, pero impía, que niega á las hermanas el derecho de repartir con los hermanos la tierra paterna*, según consta en una célebre fórmula de Marculfo (1).

De todos modos, la sucesión testada, en lucha con los rigurosos preceptos de las antiguas leyes, penetra lentamente en ellas y por medio de los pactos sucesorios. Aparece en primer término la *affatomia*, transmisión de los bienes hecha en vida y en favor de personas no comprendidas en la sucesión legítima, especie de donación irrevocable, que recuerda el testamento romano *per æs et libram* y que sólo á falta de herederos legítimos ó con su consentimiento podía hacerse al principio, casi exclusivamente en favor de las Iglesias. Á estos actos de liberalidad, denominados *pro anima iudicandi*, sucedieron otros con fines distintos al de favorecer el culto hasta que fué consagrado el testamento.

Á pesar del influjo que el Derecho romano ejerció en esta transformación, la sucesión testada entre los germanos ofrece notables diferencias con la de aquél. Admite la posibilidad de hacer disposiciones testamentarias parciales y morir parte testado y parte intestado; la facultad de estar sufre limitaciones mucho más extensas que en las Constituciones imperiales y se trata de evitar que extrañas sugerencias ó aberraciones mentales presidiesen la redacción del testamento, exigiendo que se hiciese cuando estuviera sano el testador.

17. EL CRISTIANISMO.—Las máximas del Cristianismo hubieron de influir de un modo decisivo, desde su propagación dentro de la Edad Antigua, en las sociedades que las conocieron. El Derecho romano recibió en las Constituciones de los Emperadores cristianos sus inspiraciones espiritualistas, lo mismo que el Derecho de la Iglesia tomó de aquél su concepción orgánica. De todas suertes, sus máximas espirituales dejan profunda huella, no cuando se dirigen á una organización de tiempo constituida, que contribuyen á hacer desaparecer, pero sí cuando mediante el nuevo apoyo que buscan en el sistema del Derecho romano, entran como elemento valioso de consolidación de nuevas y nacientes organizaciones. He aquí por qué para nuestro estudio es este el lugar propio de dedicar un apartado al influjo cristiano en el Derecho de sucesión *mortis causa*.

La predicación cristiana, al recomendar el disfrute común de las cosas y considerar que en realidad sólo el usufructo de las mismas debe correspondernos, había de llevar un sentido restrictivo al derecho de transmitir los bienes por causa de muerte. Así dice San Crisóstomo: «Causa risa leer en los testamentos, *dejo á este la propiedad, á aquel el usu-*

(1) II, 12.

*fructo*, cuando sólo tenemos éste» (1). Pero, por otra parte, dentro de la organización de su tiempo, había de atender al mayor resultado de sus exhortaciones, procurando el respeto de los sagrados deberes de familia, y sin su menoscabo, el cumplimiento de las cosas de conciencia. Por eso vemos reconocido el principio de la herencia y la consideración de los vínculos de la sangre, en textos, como aquel de San Pablo: «pues no deben los hijos atesorar para los padres, sino los padres para los hijos» (2). Ningún medio mejor que el testamento se ofrece para cumplir con los dictados de la conciencia, y he aquí la razón de que la Iglesia desde los primeros momentos de su existencia, una vez recomendado que no se desatendieran las obligaciones de la paternidad, patrocinó la generalización de los testamentos, basada en la autoridad del Derecho romano.

Las Constituciones de los Emperadores cristianos, reservaron la ejecución de los legados piadosos que se hacían en los testamentos á los Obispos. Y de ese modo comienzan á tener una intervención en el cumplimiento de las últimas voluntades, que adquiere grandísima importancia en la época bárbara, aun en oposición á la doctrina de los Concilios (3). Esta es una nueva causa del patrocinio de los testamentos por la Iglesia, que trata de introducirlos en los nuevos Estados bárbaros, ya en defensa de sus intereses generales, en favor de los cuales el Concilio IV de Orleans mandaba á los herederos legítimos que respetaran las mandas *pro remedio animæ, pro animæ salute*, y el de Reims excomulgaba al que no las entregara, ya protegiendo los intereses de los clérigos, que más apegados al Derecho romano que al nuevo, solían formalizar disposiciones de última voluntad, con arreglo á preceptos desconocidos y, por tanto, faltos de fuerza legal entre los pueblos germanos.

18. LA SUCESIÓN «MORTIS CAUSA», SEGÚN EL DERECHO ISLAMÍTICO.—El Derecho de sucesión *mortis causa* presenta en la legislación musulmana caracteres típicos, constituyendo un originalísimo conjunto orgánico de disposiciones, que pudiéramos calificar de excepcionales y de una grande y reconocida importancia. Y la complejidad de este organismo jurídico es tal, que ha dado origen á una rama especial de la jurisprudencia islamítica, denominada *Ciencia de las particiones ó sucesión hereditaria (el-feraid)*. Procuraremos exponer con la claridad posible —aunque es difícil de suyo—este brevísimo resumen, concretándonos, para evitar confusiones, á la doctrina de la *Escuela Malequi*, por ser ésta la recibida y aceptada por los musulmanes españoles (4).

(1) *Contra la avaricia*, lib. I.

(2) II *Cor.*, cap. 9.º, vers. 10.

(3) El Concilio de Cartago prohibió á los obispos que tomaran á su cargo la ejecución de disposiciones testamentarias.

(4) Por lo que hace tanto á las fuentes de Derecho, como á las de conocimiento en

La libre disposición de los bienes, cuando el propietario goza de plena capacidad física é intelectual, no tiene traba legal de ningún género, mientras una enfermedad no ponga en peligro la vida de aquél: en este caso, no puede disponer por título gratuito más que de la tercera parte de sus bienes. Este es también el límite que el Derecho asigna á la mujer casada, aunque se encuentre en perfecto estado de salud, para no hacer ilusoria la cuota legitimaria de su marido superstite (1).

Si á esta fundamental doctrina se une la existencia de un orden de suceder de inflexible aplicación en todos los casos, que el testador no puede en manera alguna modificar, y en el cual se combinan armónicamente el tradicional interés colectivo del grupo familiar, característico del antiguo Derecho preislámico y el nuevo principio aportado por el Profeta reformador, de la afeción presunta que toda persona debe sentir por todos aquellos que con él están unidos por los vínculos de la sangre y del parentesco, nos podemos formar una idea de la naturaleza especialísima del testamento musulmán.

Propiamente hablando, no podemos decir que existan las dos clases de sucesión testamentaria y legítima, porque ésta se aplica siempre y la voluntad del testador no puede destruirla ni modificarla.

El testamento es simplemente un acto por el cual una persona dispone por título gratuito, para después de su muerte, de la tercera parte de sus bienes, ó nombra un tutor (*wasi*) (2). Las Escuelas Malequí y Xafeí no admiten el legado universal: el testador no puede disponer más que de la tercera parte de sus bienes, aun cuando no deje heredero alguno, ni legi-

---

esta materia, nos referimos á lo consignado en el t. V, vol. 1.º, págs. 185 y sigs. de esta obra al trazar el cuadro del *Derecho de familia* en la legislación islámica. El que desee más detalles acerca de estos extremos—fuentes del Derecho y fuentes del conocimiento del Derecho musulmán—puede consultar la interesante *Historia de la Literatura jurídica española* (2.ª edic. t. I, vol. 1.º), del Catedrático de esta asignatura en la Universidad Central, D. Rafael de Ureña, de tan notoria competencia en esta materia.

(1) Este raciocinio no convence, pues en el mismo caso se encuentra la mujer respecto de su marido, y á éste no se le impone semejante limitación.

Bueno es hacer constar aquí, que en el Derecho islámico, la mujer casada, cuando es mayor y ha sido reconocida su aptitud para administrar sus bienes, puede disponer libremente de ellos, parecer en juicio y contratar y cuasi-contratar sin necesidad del permiso de su marido. La única limitación de esta plenísima capacidad—que hoy constituye un ideal en nuestra civilización—, es la contenida en el texto, circunscrita, como hemos visto, á las enajenaciones á título gratuito (donaciones).

Acerca de la influencia de aquellas doctrinas del Derecho islámico en el medioeval de los Estados hispano-cristianos, véase Ureña, *Hist. de la Lit. jur. española*, t. I, vol. 1.º, páginas 348 y siguiente.

(2) De esta palabra, *el-wasi*—tutor testamentario y representante de la personalidad del testador—se ha formado la española *albacea*; pero *el-wasi* no es el *ejecutor testamentario* de nuestro Derecho, sino más bien éste una degeneración de la institución islámica.

timario (*fard*), ni universal ó agnado (*âseb*), y haya que deferir la herencia al *Tesoro público ó del Estado* (*Beit el-maal*). En la Escuela Hanefí cuando el testador no deja ningún heredero *âseb*, ni más legitimario *fard*, que su cónyuge, puede legar á éste ó á un tercero la universalidad de los bienes: en este caso, el legatario universal se agnata digámoslo así, se convierte en heredero *âseb*.

Esta distinción de herederos legitimarios y universales, cuya concurrencia integra el complejo organismo de la sucesión islámica, requiere una especial explicación; pero antes es preciso que determinemos todo lo que se refiere al testamento.

El testador ha de ser libre y dotado de discernimiento. El testamento del impúber no es nulo, pero sí anulable, cuando, hecha la consiguiente comprobación, se observan obscuridades ó contradicciones, signo evidente de que el testador no gozaba aún de la plenitud de su discernimiento.

El *legatario*—así podemos designar á la persona favorecida por el testador con parte ó con la totalidad del tercio de sus bienes—ha de ser no sólo capaz de poseer, sino de recibir, bajo esa forma especial, los bienes *legados*, y esto excluye por completo á todo heredero *fard* ó *âseb*, á no ser que esta *mejora*—que así podríamos denominar esa liberalidad cuando beneficia á un heredero del causante—fuera ratificada y consentida por los demás.

Para comprender bien todo este organismo, hay que tener presente que si durante su vida una persona es propietaria de sus bienes, y si, por tanto, su liberalidad por actos *inter vivos*, está plenamente consagrada por la ley—salvo la limitación relativa á la mujer casada—, no sucede lo propio cuando se trata de disposiciones testamentarias, porque no surtiendo éstas efecto hasta la muerte del testador, desde ese mismo momento, la propiedad de las dos terceras partes de los bienes se ha transmitido en pleno derecho á los herederos, y la porción correspondiente á cada uno de éstos ha sido previamente determinada por prescripción divina.

Prescindiendo de un detallado desenvolvimiento de esta interesante materia, consignaremos tan sólo el principio de la revocabilidad del testamento y la simplicidad de sus formas. En efecto, el testamento se puede hacer verbalmente ó por escrito, siempre que concurren al acto dos testigos. Más aún, cuando el testamento es escrito, no es indispensable que los testigos conozcan la voluntad del testador, y basta que éste les presente el testamento plegado, manifestándoles que en él se encierran sus últimas disposiciones y que ellos deben asegurar la ejecución de las mismas.

Determinemos ahora el orden de sucesión.

El derecho de sucesión, dice el kadí de Guadix, Aben Asem (1), está

---

(1) La *Thofat*, pág. 858.