

Además, es una natural consecuencia del precepto contenido en el artículo 3,370 del Código Civil, pues si éste crea una presunción en virtud de la cual se tienen por muertos al mismo tiempo al autor de la herencia y á sus herederos y legatarios que perecieron en el mismo desastre y en el mismo día, sin que se pueda averiguar quiénes murieron antes, es claro que el que afirma que una de esas personas sobrevivió á las demás ó á alguna de ellas, niega implícitamente que hayan muerto todas al mismo tiempo contra aquella presunción, y por lo mismo, debe soportar la carga de la prueba del hecho contrario.

Establecidos estos precedentes, vamos á hacer el estudio de las reglas relativas á la sucesión por testamento y las solemnidades y forma de éstos, y al de la sucesión legítima.

LECCIÓN SEGUNDA.

DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

I

DE LOS TESTAMENTOS EN GENERAL.

Se llama testamento, dice el artículo 3,374 del Código Civil, el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos.¹

Los autores hacen derivar la palabra testamento, fundados en varios preceptos del derecho Romano, de las latinas *testatio mentis*, pues como dice Ulpiano en la ley 1^a lib. IV, título 10 del Digesto, *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.*

El testamento no es un contrato, porque para su existencia no es necesario el concurso de dos voluntades, la de una persona que promete y la de otra que acepta, pues el testador es libre hasta el último momento para revocar su disposición, y el instituído goza de la libertad más completa para renunciar la herencia después de la muerte del testador.

Por tal motivo se dice que el testamento es un acto ju-

¹ Art. 3,237, Cód. Civ. de 1881.

rídico que contiene la manifestación de la voluntad del testador, y tal acto es, por su naturaleza, esencialmente revocable y sólo se confirma por la muerte del testador.

Esta circunstancia, que es característica del testamento, y se halla sancionada por los artículos 3,665 y 3,666 del Código Civil, que declaran que el testamento es un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador y que es nula la renuncia de la facultad de revocarlo, completan la definición que motiva estas observaciones en los términos que emplean comunmente algunos códigos modernos y muchos de los jurisconsultos.¹

También se dice por algunos de esos códigos y por los autores, al definir el testamento, que es un *acto solemne* para indicar que está sujeto á ciertas formalidades prescritas por la ley; pero la definición que da el artículo 3,374 no comprende esta circunstancia, porque su adición parece innecesaria, toda vez que, como veremos después, el Código Civil prescribe reglas especiales que determinan las formalidades cuya omisión hace nulo é ineficaz el acto.

Se dice en la definición que el precepto mencionado da del testamento, que es el acto por el cual una persona dispone de parte ó de todos sus bienes para después de su muerte, porque el testador no enajena sus bienes, no se desprende de ellos por tal acto, que no es más que un proyecto, que sólo debe tener eficacia y ejercitarse cuando acontezca su muerte; y tal es el motivo por el cual el testamento comprende por regla general, no los bienes que aquél poseía cuando lo otorgó, sino los que forman su patrimonio al tiempo de su muerte.

Por último, se dice también que el testador dispone de todos sus bienes ó de parte de ellos, porque, á diferencia

¹ Arts. 3,228 y 3,229, Cód. Civ. de 1884.

del Derecho Romano que no permitía que una persona muriera en parte testada y en otra intestada, nuestra legislación actual permite, como dijimos antes, que se defiera la herencia de una misma persona en una parte por voluntad de ésta y en otra por disposición de la ley, que viene á substituirse en el lugar de ella por el interés público.

Según las leyes del título 19, libro X de la Nov. Rec., se podía otorgar á otro la facultad de hacer el testamento, y aquel á quien se le cometía se llamaba *comisario*, y el instrumento en que se le otorgaba, *poder para testar*. Pero el comisario no podía instituir heredero, á no ser que se lo designara expresamente el que otorgaba el poder, ni hacer mejoras ni desheredar á ninguno de los descendientes de aquél.

Las facultades del comisario estaban limitadas de tal manera, que no podía hacer más que aquello para lo que se le autorizaba expresamente, y hasta tal grado que, si sólo se le facultaba para hacer el testamento, no podía más que pagar las deudas del mandante, aplicar el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y entregar el resto á los herederos legítimos.¹

Aunque en realidad la institución de herederos se hacía por el testador al designar en el poder para testar á la persona que debía ser instituída por el comisario, lo cierto es que el nombramiento de éste con facultades más ó menos extensas se prestaba á la comisión de abusos y era contraria á la naturaleza del testamento, que es un acto esencialmente personal que no puede ser practicado por otro.

Por este motivo, nuestro Código adoptó el sistema más filosófico y racional, que estima al testamento como un acto personalísimo, y declaró en el artículo 3,375, que el testa

¹ Ley 4, tít. 19, lib. X, N. R.

mento es un acto personal que no puede desempeñarse por otro.¹

La Exposición de motivos funda este precepto en las siguientes razones, que creemos oportuno transcribir literalmente: “¿Qué necesidad hay, en efecto, del comisario, supuesto que el testador debe de hacer por sí mismo la institución del heredero, y que tiene libertad para encargar los legados á su albacea ó á cualquiera otra persona? El poder, por lo mismo, es innecesario, y puede, además, ser perjudicial, pues se presta á abusos de no poca gravedad.”

Como una consecuencia absolutamente lógica y necesaria del principio á que aludimos, declara el artículo 3,376 del Código, que no puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designación de las cantidades que á ellos correspondan, cuando son instituídos nominalmente.²

La razón es, que si se pudiera otorgar tal facultad, se constituiría, con distintas palabras, un mandatario, con violación de la ley; y porque los albaceas no pueden tener más facultades que las que ésta les otorga ó las que les confieren los testadores, pero dentro de los límites prescritos por aquélla, que, como hemos visto, prohíbe que el testamento se haga por medio de un procurador.

Refiriéndose Díaz Ferreira, comentarista del Código Portugués, al principio que motivan las observaciones que preceden, se expresa en los términos siguientes: “El testador puede dar al albacea las atribuciones que quisiere, pero dentro de las prescripciones legales aquí expuestas.”

“Por eso es nula también la disposición testamentaria, en que el testador manda aplicar el producto de su heren-

¹ Art. 3,238, Cód. Civ. de 1884.

² Art. 3,239, Cód. Civ. de 1884.

cia á misas ú otras obras de caridad á elección de un tercero, que es lo mismo que dejar pendiente del arbitrio de un tercero la designación de heredero ó legatario, pues tales serían las personas que hubieren de ser beneficiadas por las obras de caridad, que no fueren designadas por el testador.”¹

Sin embargo, puede el testador cometer á un tercero la distribución de las cantidades que deje á clases determinadas, como parientes pobres, huérfanos, etc., y la elección de las personas á quienes aquéllas deban de aplicarse, así como la elección de objetos ó establecimientos públicos ó de beneficencia á los que deja sus bienes, y la distribución de las cantidades que á cada uno corresponda (arts. 3,377 y 3,378, Cód. Civ.).²

La razón es, según la Exposición de motivos, porque no se trata de hacer una verdadera institución, supuesto que el testador la ha hecho, sino solamente de escoger individuos de una clase determinada; y porque esas disposiciones de beneficencia no pueden fácilmente especificar personas ni cantidades, cuya designación tal vez sucesiva, depende de circunstancias independientes de la voluntad del testador, aunque sean, en general, con su intención.

García Goyena, comentando el artículo 558 del Proyecto de Código Español, que otorga la misma facultad, dice que la excepción que ella importa está tomada de la Ley 3, título 1.º, Partida 3.ª, y que no se opone al precepto que prohíbe dejar al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución de herederos ni la designación de las cantidades que á ellos correspondan; porque la facultad de hacer la partición es cosa más subalterna y muy diferente de la subsistencia de la institución de heredero.³

¹ Tomo IV, pág. 155.

² Arts. 3,240 y 3,241, Cód. Civ. de 1884.

³ Tomo II, pág. 15.

Lo expuesto demuestra claramente que la facultad á que nos referimos es una excepción de la regla general que prohíbe dejar al arbitrio de tercero la subsistencia de la institución de herederos ó legatarios y la designación de las cantidades que á ellos correspondan, porque no existen en los casos á que se refiere las razones que sirvieron de fundamento á esa regla.

El artículo 3,379 establece otra regla que debe estimarse como complementaria ó explicativa de la mencionada facultad, declarando que la disposición vaga en favor de parientes del testador, se debe entender hecha en favor de los más próximos, según el orden de la sucesión legítima.¹

La Exposición de motivos dice, que el fundamento de dicho precepto es el mismo en que se apoya la sucesión legítima; porque cuando un testador nombra herederos á sus parientes, sin designar personas, natural es presumir que ha querido beneficiar á los más próximos, que son los que le están unidos por vínculos más estrechos.

Este precepto tiene por objeto evitar las contiendas y dificultades á que pudiera dar origen la institución vaga del testador en favor de sus parientes, sin designar cuáles, y la ley se ha substituído en su lugar haciendo la designación, fundada en la voluntad presunta de él, que sirve también de base á la sucesión legítima.

De los términos con que está concebido dicho precepto ha surgido la cuestión acerca de si en el caso á que se refiere hay lugar al derecho de representación, de manera que, si el testador deja hermano é hijos de hermanos ya muertos, suceden los sobrinos juntamente con los tíos, en virtud del derecho de representación.

Creemos que esta cuestión es muy fácil de resolverse,

¹ Art. 3,242, Cód. Civ. de 1884.

porque, si conforme al artículo 3,379 deben entenderse instituídos los herederos más próximos, según el orden de la sucesión legítima; si las reglas que gobiernan á ésta establecen el derecho de representación, que es el que corresponde á los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar; y si gozan del derecho de representación los hijos de los hermanos, ya lo sean éstos de padre y madre, ya por una sola línea, cuando concurren con otros hermanos del difunto; es fuera de toda duda que en el caso á que se refiere el precepto mencionado, los sobrinos son llamados á heredar con los hermanos, y la herencia se debe dividir entre éstos por cabezas y entre aquéllos por estirpes, ó lo que es lo mismo, se deben hacer tantas porciones cuantos son los hermanos vivos y los muertos.¹

En apoyo de nuestra opinión invocamos la autoridad de Ferreira, quien comentando el artículo 1,742 del Código Portugués, del cual está tomado el 3,379 del nuestro, asienta la misma conclusión; y luego agrega:

“Verdad es que algunos combaten esta doctrina fundados en que está solamente autorizada en las sucesiones legítimas, y por lo mismo, es inadmisibile en las testamentarias. Pero en caso de duda se presume que el legislador quiso lo que es más conforme á la ley; y la fuente del artículo transcrito deja la convicción de que en este caso hay lugar al derecho de representación.”²

El testamento mutuo, llamado también de hermandad, era permitido antes de la vigencia del Código Civil, no obstante que carecía de un origen conocido en la historia y de que no tenía un motivo razonable en la ciencia.

¹ Art. 3,242, Cód. Civ. de 1884.

² Tomo IV, pág. 158.