

gún el artículo 3,449 del Código, que el heredero sea capaz al tiempo que se cumpla la condición, esto es, se necesita que sea capaz al tiempo del fallecimiento del testador y del cumplimiento de la condición.¹

Sobre este punto se han dividido los autores, sosteniendo unos la teoría adoptada por el artículo 3,449, y otros, que sólo es necesaria la capacidad del heredero instituido bajo condición al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Los primeros sostienen su teoría, diciendo que no basta que el heredero sea capaz al tiempo de verificarse la condición cuando este hecho se realiza después de la muerte del testador; porque aunque condicional la institución, por ella adquiere el heredero cierto derecho cuando aquél muere, imperfecto, es verdad, pero que le faculta para ejercitar los actos lícitos necesarios para la conservación de su derecho, el cual se fija por el verificativo de la condición.

Los segundos sostienen que sólo es necesaria la capacidad del heredero cuando muere el autor de la herencia; porque éste dispone de sus bienes para el momento de su muerte, y como al verificarse este hecho los bienes pasan al heredero, es necesario que tenga entonces la capacidad requerida por la ley. Y aunque la condición suspende los efectos de la institución, tal hecho no impide que se transmita la propiedad de los bienes hereditarios por la muerte del testador que es quien dispone de ellos.

A esta teoría se ha objetado el efecto jurídico que la ley atribuye á la condición, retrotrayéndola á la fecha de la muerte del testador; pero tal objeción queda resuelta teniendo presente que si la condición no se verifica no ha existido la institución, y si se realiza, habrá existido desde la apertura de la sucesión, esto es, desde la muerte del autor

¹ Art. 3,312, Cód. Civ. de 1884.

de la herencia: de donde se infiere que el heredero debe ser capaz de heredar en ese momento.

La teoría aceptada por nuestro Código está literalmente tomada del artículo 1,778 del Portugués, cuyo comentarista, Díaz Ferreira, nos hace conocer con las palabras siguientes, sin dejar duda alguna, que la mente del precepto citado es que el heredero tenga capacidad al tiempo de la muerte del testador y del verificativo de la condición: «Aunque la persona incapaz de adquirir por testamento, dice, no pueden adquirir por sucesión legítima, según el artículo 1,978, sin embargo, en la sucesión *ab-intestato* no hay las mismas dificultades para apreciar la capacidad del heredero, porque sólo hay que atender á *un tiempo*, que es el de la apertura de la sucesión.»

«Pero en las sucesiones testamentarias hay que atender no sólo al tiempo de la muerte del testador, sino también al del cumplimiento de la condición cuando la institución fuere condicional. Por derecho romano, era necesario que el heredero fuera capaz también al tiempo del otorgamiento del testamento por la famosa regla catoniana: *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*»¹

El heredero voluntario que muere antes que el testador ó antes de que se cumpla la condición, así como el incapaz de heredar y el que renuncia la sucesión, no transmiten ningún derecho á sus herederos, sino que la herencia pertenece á los herederos legítimos del testador, á no ser que éste haya dispuesto otra cosa ó que deba tener lugar el derecho de acrecer (arts. 3,450 y 3,451, Cód. Civ.).²

La razón es obvia y fácilmente comprensible, la institución de heredero voluntario se funda en el afecto que el testador le profesa, y por lo mismo, si muere antes que es-

¹ Tomo IV, pág. 172.

² Arts. 3,313 y 3,314, Cód. Civ. de 1884.

te, la institución no tiene razón de ser, y no puede producir ningún efecto. En otros términos: la institución se ha hecho por consideraciones esencialmente personales al heredero y no á los herederos de éste, aunque indirectamente les beneficie ó aproveche.¹

Además, el heredero no puede transmitirles ningún derecho á los bienes que forman la herencia, porque durante la vida del testador él mismo carece de ese derecho, supuesto que el testamento es esencialmente revocable y aquél puede revocar la institución hasta el último momento de su existencia.

También se funda el principio á que nos referimos en la consideración de que para heredar es una condición indispensable tener personalidad, esto es, vivir y ser viable en el momento en que fallece el testador.

Pero hay que tener siempre presente que, como de una manera expresa y terminante lo declara la ley, este principio sólo tiene aplicación respecto de los herederos voluntarios, pero no de aquellos que son designados con el nombre de forzosos cuyos herederos les suceden en sus respectivos derechos hereditarios en virtud del llamado de representación, en el cual nos ocuparemos en su oportunidad.

Las dos primeras razones militan respecto del heredero instituido bajo condición, pues mientras ésta no se verifica no tiene adquirido ningún derecho á la herencia, y por lo mismo, no puede transmitirlo á sus herederos, á diferencia de lo que se halla establecido respecto de las obligaciones condicionales. Siendo la razón de la diferencia, que el testador hace la institución por consideraciones puramente personales hacia el heredero y no por sus herederos por los cuales no tiene el mismo afecto; mientras que en los contratos estipulan los interesados para sí y sus herederos.

¹ Thiry, tomo II, núm. 485; Laurent, tomo XIV, núm. 278.

En cuanto al heredero incapaz y al que renuncia, se comprende muy fácilmente por qué motivo no transmiten ningún derecho á sus herederos á los bienes hereditarios; pues el uno por su incapacidad y el otro por su repulsa, hacen ineficaz su institución, no adquieren ningún derecho sobre la herencia, no forma parte de su patrimonio, y por lo mismo no pueden transmitir lo que no tienen á sus herederos.

Pero no es este el único efecto que produce la incapacidad, sino que la ley le atribuye además los siguientes, que se refieren á la persona del incapaz y á las personas á quienes aprovecha la incapacidad, y los que se refieren á los terceros que con él hubieren contratado sobre alguno ó algunos de los bienes hereditarios.

Tales reglas son las siguientes:

1^a Si el incapaz, para suceder hubiere entrado en la posesión de los bienes, debe restituirlos con todas sus acciones y con todos los frutos y rentas que hubiere percibido (art. 3,452, Cód. Civ.).¹

Según esta regla, el heredero incapaz es considerado como poseedor de mala fe, pues no de otra manera se le obligaría á restituir los bienes hereditarios con todas sus acciones y con los frutos y rentas que hubiere percibido.

Esta regla se funda en un principio de la más estricta justicia, pues el incapaz nunca puede ignorar la existencia de la causa, que conforme á la ley le priva del derecho á la herencia, y si no obstante este conocimiento entra en posesión de los bienes que la forman, es evidente que obra de mala fe y que debe sufrir las consecuencias de ella.

En esta consideración se fundan los autores para sostener que el heredero incapaz está obligado no sólo á hacer la restitución indicada, sino también á pagar intereses al tipo legal por las cantidades que en numerario hubiere recibido; por

¹ Art. 3,315, Cód. Civ. de 1884.

que la mala fe obliga á reparar los daños y perjuicios que de ella resultan, entre los cuales se cuenta el que proviene del hecho de haber impedido que el verdadero heredero empleara convenientemente esas cantidades.¹

Los autores sostienen también, como una consecuencia necesaria de la regla que motiva estas observaciones, que los créditos que el incapaz tenía á cargo del difunto y que se habían extinguido por la confusión al abrirse la sucesión reviven, cuando á virtud de una sentencia se declara la existencia de la incapacidad que le priva de todo derecho á los bienes hereditarios; pues de otra manera se le impondría una pena con la pérdida de sus créditos, que no está establecida por la ley, y enriquecería á sus expensas al heredero verdadero, lo cual es injusto.²

3^a La incapacidad no produce el efecto de privar al incapaz de lo que hubiere de percibir, sino después de declarada en juicio, á petición de algún interesado, y sin que pueda promoverla el juez de oficio (art. 3,457, Cód. Civ.)³

Es decir, que, según la regla, la incapacidad no se produce de pleno derecho, sino que es preciso que se reconozca su existencia mediante una sentencia dictada por el juez competente, en juicio contradictorio seguido por alguno de los herederos á quien interese la declaración.

A primera vista se percibe la justicia de esta regla, porque la incapacidad importa una pena, la privación del derecho de heredar, y supone la conducta inmoral y dolosa del heredero, y por lo mismo, no puede producirse de pleno

1 Laurent, tomo IX, núm. 24; Arnz, tomo II, núm. 1,289; Merlin, Repertoire, v. Indignité, núm. 15; Duranton, tomo IV, núm. 23; Aubry y Rau, tomo IV, pág. 290; etc., etc.

2 Thiry, tomo II, núm. 42; Arnz, tomo II, núm. 1,290; Chabot, tomo I, pág. 91, núm. 3; Toullier, tomo IV, núm. 116; Duranton, tomo IV, núm. 124; Demolombe, tomo XIII, núm. 302 bis; Demante, tomo III, núm. 38 bis III; Marcadé, tomo III, pág. 56; Aubry y Rau, tomo III, pág. 291.

3 Art. 3,320, Cód. Civ. de 1884.

derecho; porque las penas no pueden imponerse sin audiencia del interesado y sin una declaración judicial de que éste ha incurrido en ellas y sin la previa demostración del dolo, esto es, de la comisión del delito ó del hecho inmoral que la ley castiga con la incapacidad de heredar.

Además, sería altamente perturbador del orden, de la tranquilidad y de la honra de las familias permitir que otras personas distintas de los coherederos ó de los llamados por la ley á la herencia en lugar del incapaz pudieran promover la declaración de la incapacidad; y este es el motivo por el cual prohíbe la ley que la promueva el juez de oficio ó la intente alguna persona distinta de las mencionadas.

4^a Los deudores hereditarios que fueron demandados, y que en ningún caso pueden tener el carácter de herederos, no puedan oponer al que está en posesión del derecho de heredero ó legatario, la excepción de incapacidad (art. 3,455 Cód. Civ.)¹

Esta regla es una consecuencia lógica y necesaria de la anterior y se funda en las mismas razones; pues la incapacidad no se produce de pleno derecho, ni aun se puede promover de oficio por el juez, sino á petición de algún interesado por ser llamado por la ley á la herencia en lugar del presunto incapaz; y por tanto, es incuestionable que no pueden rehusar el pago los deudores de sus adeudos, á pretexto de la incapacidad del heredero, alegando ésta por vía de excepción, porque ningún interés legítimo les asiste para ello.

5^a El incapaz no tiene el usufructo ni la administración de los bienes que corresponden á sus descendientes en los casos señalados en los artículos 3,427, 3,486 y 3,634 (artículo 3,454, Cód. Civ.)²

1 Art. 3,318, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,317, Cód. Civ. de 1884.