

LIBRARY OF THE UNIVERSITY OF TORONTO

*Carolina*

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

LARCON

STUDIOS

DE BEL

MODIGI CIVIC

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

*Carolina*

*Carolina*

VI

*Carolina*

*Carolina*

*Carolina*

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY  
KM19  
.M3  
V.6

*Carolina*



FONDO  
LEAL LEAL



1080035283



*Carlos Martínez*

LECCIONES DE DERECHO CIVIL

ESTUDIOS

SOBRE EL

# CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL,

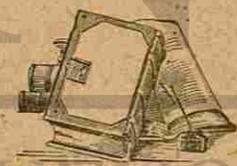
Promulgado en 1870, con anotaciones relativas á las reformas introducidas por el Código de 1884

POR

MANUEL MATEOS ALARCÓN

Abogado de los Tribunales de la República,  
Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Federal, socio de número de la Academia  
Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, y socio correspondiente  
de la Real de Madrid.

ABELARDO A. LEAL



Capilla Alfonsina  
Biblioteca Universitaria

TOMO VI.

DE LAS SUCESIONES Y TESTAMENTOS.



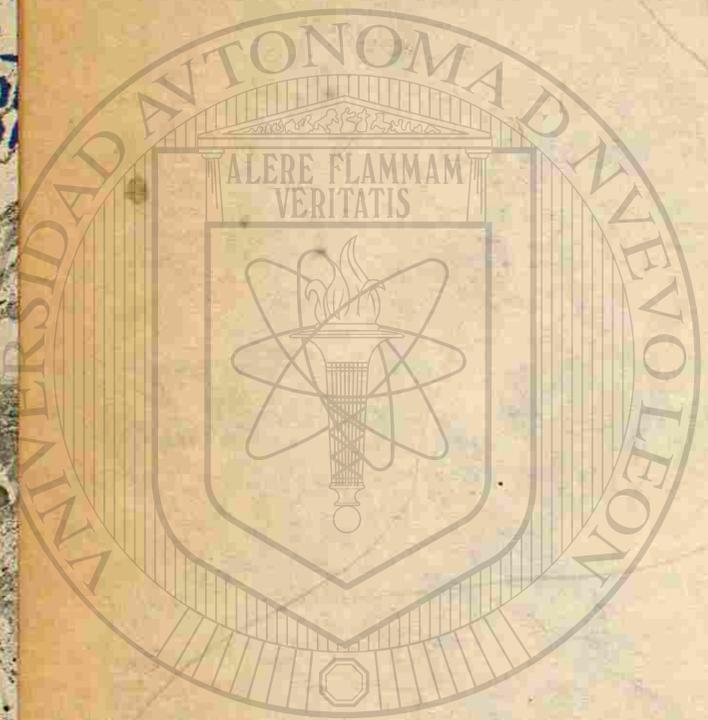
74373

MEXICO

TIP. Y LIT. "LA EUROPEA," DE J. AGUILAR VERA Y COMP. (S. EN C.)  
Calle de Santa Isabel Núm. 9.

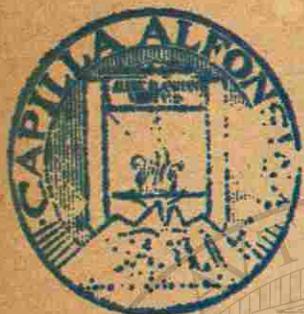
1900

FO  
ABELARDO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



KM 19

FONDO  
ABELARDO A. LEAL LEAL

La propiedad literaria pertenece al autor.—Queda hecho el depósito  
que previene la ley.

---

---

## LECCIONES DE DERECHO CIVIL.

### LECCIÓN PRIMERA. DE LAS SUCESIONES.

#### PRINCIPIOS GENERALES.

En los tomos segundo y siguientes de esta obra, nos hemos ocupado, en el orden establecido por el Código Civil, del estudio de los modos de adquirir por título singular. Natural es que, sirviéndonos de norma el mismo orden, consagremos este volumen al estudio del único modo de adquirir por título universal, las sucesiones.

La palabra *sucesión* tiene dos acepciones, pues significa la transmisión de los bienes de una persona que muere á sus herederos, ó bien designa el conjunto de los derechos activos y pasivos cuya transmisión se opera por la muerte de la persona á quien pertenecen, el patrimonio dejado por el difunto.<sup>1</sup>

En la primera acepción indica el acto de la transmisión de los bienes, y en la segunda designa el objeto transmiti-

---

<sup>1</sup> Leyes 24 y 208, lib. 50, tít. 16 D.

do. Tomada en esta última acepción es sinónima de *herencia*, como se deduce de la definición que da el artículo 3,364 del Código Civil diciendo que, herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte.<sup>1</sup>

La sucesión, ó lo que es lo mismo, la herencia, se defiere por la voluntad del hombre ó por disposición de la ley, de donde proviene la distinción de ella en testamentaria y legítima (art. 3,365).<sup>2</sup>

Se llama sucesión ó herencia testamentaria á aquella que se defiere por voluntad del hombre, expresada en su testamento.

Se llama sucesión ó herencia legítima á aquella que se defiere por determinación de la ley.

Fácilmente se comprenderá que esta distinción no es absoluta, de manera que determine los dos únicos modos de deferir ó transmitir la herencia, la voluntad del hombre y la determinación de la ley; porque muy bien puede acontecer que el testador disponga solamente de parte de sus bienes en favor de determinada persona, y que nada establezca acerca de la otra parte, respecto de la cual llame la ley á suceder á la misma persona ó á otra.

Este es el motivo por el cual declara el artículo 3,366 del Código Civil, á nuestro juicio, sin necesidad, que puede también deferirse la herencia de una misma persona en una parte por voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley.<sup>3</sup>

Decimos que esta declaración es, á nuestro juicio, innecesaria, porque si el testador no dispone de todos sus bienes á favor de determinada persona, la ley ordena quién debe suceder en el resto, por el interés público, que no puede permitir que queden abandonados para que se apodere

1 Art. 3,227, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,228, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,229, Cód. Civ. de 1884.

de ellos el primer ocupante, por las riñas y contiendas á que daría lugar su ocupación alterando el orden social.

Sin embargo, la declaración á que aludimos no merece un severo reproche, porque ha tenido por objeto recordar la diferencia que existe entre nuestro derecho y el Romano, que no permitía que una persona muriera en parte testada y en otra intestada.

Antiguamente se disputaba entre los jurisconsultos si la herencia representaba la persona del difunto ó la del heredero presuntivo, y Voët hizo una distinción, fundado en algunos preceptos del derecho Romano, que fué generalmente aceptada.

Según ese autor, la herencia aun no aceptada representa á la persona del difunto en todo lo que es derecho, pero en lo que es hecho y requiere el ministerio y la intervención real de la persona de un propietario representa á la persona del heredero á quien se ha deferido.<sup>1</sup>

No es aceptable entre nosotros esta sutil distinción, porque, á diferencia del derecho Romano que estimaba la herencia representando á la persona del difunto mientras no era aceptada por el heredero instituido, el Código Civil establece en el artículo 3,372 el principio en virtud del cual la propiedad y la posesión legal de los bienes, y los derechos y las obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos, en los términos que establece el mismo ordenamiento.<sup>2</sup>

Es decir, que, según el sistema adoptado por el Código Civil, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios se adquieren por el heredero de pleno derecho, sin ningún acto de su voluntad, y aun contra ella, en el acto mismo en

1 Lib. II, tít. 14, § 2.

2 Art. 3,235, Cód. Civ. de 1884.

que la sucesión se abre, esto es, en el momento de la muerte del autor de la herencia.

Esto no quiere decir que la adquisición de la herencia que se opera de esta manera sea irrevocable, porque el heredero no se hace definitivamente propietario de los bienes hereditarios, sino cuando los acepta de una manera expresa y terminante, ó implícitamente, ejecutando algún acto que haga conocer su voluntad, como si dispone de alguno de esos bienes ó de sus productos.

En otros términos, la determinación de la ley á que nos referimos, no priva al heredero del derecho de deliberar si le conviene ó no la aceptación de la herencia y de renunciarla si la estima perjudicial á sus intereses.

Del principio sancionado por el artículo 3,372 del Código Civil, según el cual la propiedad y la posesión de los bienes y los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos, se infiere necesariamente esta consecuencia, luego los herederos representan al autor de la herencia.

Esta conclusión, que es perfectamente lógica y jurídica, ha merecido la sanción de la ley, que expresamente declara que el heredero representa á la persona del autor de la herencia (art. 3,367, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero como puede acontecer que éste distribuya parte de sus bienes en legados sin disponer del resto ó que los distribuya todos en legados, ha sido preciso determinar qué persona lo representa, á fin de que no se susciten dificultades de trascendentales consecuencias.

A esta necesidad ocurren los artículos 3,368 y 3,369 del Código Civil, que establecen las dos reglas siguientes:<sup>2</sup>

1.<sup>a</sup> Si el testador distribuye parte de sus bienes en lega-

<sup>1</sup> Art. 3,230, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,231 y 3,232, Cód. Civ. de 1884.

dos, sin disponer del resto, es representante del difunto el heredero legítimo:

2.<sup>a</sup> Si el testador distribuye toda la herencia en legados, los legatarios son considerados como herederos, y bajo este carácter son representantes del testador.

Resumiendo lo expuesto, resulta que, según el Código Civil, representa al testador, el heredero testamentario, el legítimo, y á falta de ellos, cuando aquél distribuye toda la herencia en legados, los legatarios, á quienes la ley estima en tal caso como herederos.

Se infiere también de lo expuesto, que se abre la sucesión, de cualquiera especie que sea, testamentaria ó legítima, tan sólo por la muerte del autor de la herencia, y por lo mismo, que es preciso probar el fallecimiento de éste y el día y la hora en que tal suceso se verifica.

Esta prueba es necesaria para determinar los derechos hereditarios de las diversas personas que son llamadas á la sucesión de los bienes dejados por el testador. Por ejemplo: si éste tiene hermanos y dos sobrinos, Francisco y Antonio, uno de los cuales tiene hijos, y mueren aquél y éste en el mismo día, los hijos tendrán derecho á los bienes en concurrencia con Francisco y sus tíos, si Antonio fallece después; porque, como veremos en su oportunidad, el derecho de representación sólo tiene lugar en favor de los hijos de los hermanos en concurrencia con los hermanos del difunto (art. 3,854, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La prueba indicada se obtiene por medio de la presentación de la acta de defunción expedida por el Juez del Estado civil, supuesto que, según el artículo 51 del Código, las constancias de los actos del Estado civil, hacen fe, estando extendidas conforme á las reglas que el mismo ordenamien-

<sup>1</sup> Art. 3,585, Cód. Civ. de 1884.

to establece, y que los artículos 1,730 y 1,752 del Código de Procedimientos exigen la presentación de dicho documento para que se pueda iniciar el juicio de testamentaria y el de intestado.<sup>1</sup>

Sin embargo, hay muchos casos en los cuales no es posible obtener la prueba de la hora cierta en que fallecen cada una de las personas llamadas á heredar las unas á las otras, y para evitar contiendas y dificultades se han establecido diversas reglas desde el derecho Romano, previendo los casos de incendio, naufragio y otros, en los cuales perecen diversas personas.

Pero nuestro Código se ha separado de las tradiciones del derecho Romano y de los principios sancionados por nuestra antigua legislación y por los códigos modernos, declarando en el artículo 3,370, que si el autor de la herencia y sus herederos y legatarios perecieron en el mismo desastre ó en el mismo día, sin que se pueda averiguar quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo y no habrá lugar entre ellos á la transmisión de la herencia ó legado.<sup>2</sup>

La Exposición de motivos se expresa en los términos siguientes, explicando los fundamentos sobre que reposa dicho precepto: “El artículo 3,370 trata de una cuestión sumamente grave y que se ha resuelto de distintos modos en los códigos, estableciendo reglas tomadas del sexo y de la edad, para calcular quién ha muerto primero cuando varios sucumben en un día ó en un accidente siniestro, la comisión ha creído que esas reglas, si bien pueden considerarse fundadas en las probabilidades que resultan de la mayor fuerza de la persona y de la resistencia que relativamente pue-

<sup>1</sup> Art. 46, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 3, pág. 55, tomo I.

<sup>2</sup> Art. 3,233, Cód. Civ. de 1884.

de oponerse en una desgracia, pueden abrir ancha puerta á la cavilosidad, y ser, por lo mismo, fecundo elemento de cuestiones trascendentales. Por lo mismo le ha parecido menos expuesto disponer que en tal caso no haya transmisión de derechos, dejando siempre á salvo la prueba; porque si bien el caso es remoto, puede tal vez presentarse algún dato que acredite la prioridad de la muerte de una manera que sea bastante en derecho.”

Creemos preferible el principio á que nos referimos á las reglas que establecen las demás legislaciones modernas, seguidas, si no en todo, al menos en parte por la antigua patria; porque precave y evita cuestiones y abusos trascendentales, y que se cometan injusticias por los tribunales, con apoyo de presunciones, que no porque se fundan en los hechos que comunmente acontecen, tienen la fuerza de la evidencia.

Pero tal principio no hace más que establecer una presunción de aquellas que en el tecnicismo del derecho se llaman *juris tantum*, esto es, que se les tiene como verdad, mientras no se demuestre otra cosa, y por tanto, que admiten prueba en contrario.

Esta tesis se halla confirmada por el artículo 3,371 del Código Civil que declara, que la prueba de que una persona ha fallecido antes que otra, corresponde al que tenga que justificar el hecho.<sup>1</sup>

Esta misma regla se halla reproducida, aunque en distintos términos, en el artículo 356 del Código de Procedimientos Civiles, concebido con las palabras siguientes: “También está obligado á probar el que niega, cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene á su favor el coligante.”

<sup>1</sup> Art. 3,234, Cód. Civ. de 1884.

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.<sup>1</sup>

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<sup>a</sup> 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-

<sup>1</sup> Art. 3,237, Cód. Civ. de 1881.

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.<sup>1</sup>

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<sup>a</sup> 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-

<sup>1</sup> 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.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> Ley 4, tít. 19, lib. X, N. R.

mento es un acto personal que no puede desempeñarse por otro.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

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-

<sup>1</sup> Art. 3,238, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> 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.”<sup>1</sup>

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.).<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Tomo IV, pág. 155.

<sup>2</sup> Arts. 3,240 y 3,241, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> 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.<sup>1</sup>

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,

<sup>1</sup> 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.<sup>1</sup>

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.”<sup>2</sup>

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.

<sup>1</sup> Art. 3,242, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo IV, pág. 158.

Algunos autores han pretendido encontrar vestigios de esta forma irregular de testamento en la ley 9, tít. 5.º, lib. 3.º del Fuero Real, cuyo epígrafe es: "Que marido y mujer pueden hacer hermandad." Pero esta ley sólo dispone que el marido y la mujer, pasado el año y no teniendo hijos, ú otros herederos, puedan hacer hermandad de bienes; pero no los autoriza para hacer testamento mutuo en un acto otorgado de mancomún.

Por lo mismo, podemos establecer que la introducción del testamento mutuo ha sido obra de una práctica corrompida, y el origen de graves y complicadas cuestiones relativas á las solemnidades que deben concurrir en su otorgamiento, y acerca de su revocabilidad.

En efecto: ¿cómo podría hacerse la revocación? ¿Era preciso que los dos otorgantes estuvieran de acuerdo, ó el uno podía revocar sus disposiciones sin contar para nada con la voluntad del otro?

Si se aceptaba la primera solución se infringía el principio, según el cual la revocabilidad es uno de los caracteres esenciales del testamento.

Si se adoptaba la segunda solución, como los testamentos mutuos se hacían bajo la promesa de heredarse los otorgantes el uno al otro, resultaba que uno de ellos podía defraudar las esperanzas del otro, revocando secretamente sus disposiciones.

Era de todo punto necesario prohibir una forma de testamentos que no sólo era incompatible con la buena fe y con la naturaleza característica de ellos, sino que daba origen también á laboriosas é interminables controversias.

Tal es el motivo por el cual proscribió el Código Civil el testamento mutuo ó de hermandad, introducido tan sólo por una práctica viciosa, y declaró en el artículo 3,383, que

no pueden testar en un mismo acto dos ó más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero.<sup>1</sup>

Pero hay que fijarse bien para la aplicación de este precepto, en que sólo prohíbe que dos ó más personas hagan su testamento en un mismo acto, y por tanto, que no impide que dispongan de sus bienes en provecho la una de la otra ó en favor de un tercero por actos separados.

Tal vez se diga que esta deducción que hacemos de letra del precepto mencionado permite que se eluda la prohibición contenida en él. Pero este argumento queda contestado teniendo presente que, como dicen Laurent y otros autores, la ley no impide que dos personas testen la una en provecho de la otra; lo que prohíbe es que tales disposiciones estén unidas por un lazo común, porque á consecuencia de esta reunión en un mismo acto de dos voluntades que se encuentran en dependencia recíproca, no se sabe si la revocación de la una producirá la de la otra. Por el contrario, cuando las dos disposiciones, aunque mutuas, se han hecho por actos separados, tiene cada una existencia propia é independiente, forman dos testamentos distintos que están regidos por el derecho común. En consecuencia, uno de los testadores puede revocar sin el consentimiento del otro, sin que se pueda inferir que el otro testamento quedará revocado.<sup>2</sup>

Nuestro Código supone que los testadores otorgan sus testamentos en favor de determinadas personas, impulsados por una causa que los obliga á instituirlos sus herederos, ó lo que es lo mismo, que tienen algún motivo que los determine á hacer la institución y sin la cual se hubieran abstenido de hacerla.

<sup>1</sup> Art. 3,446, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 146; Aubry Rau, tomo VII, § 667; Demolombe, tomo XXI, núm. 267; Huc, tomo VI, núm. 267; etc.

Pues bien, refiriéndose á ella, declara el artículo 3,380 del Código Civil, que la expresión de una falsa causa se debe considerar como no escrita: á no ser que resulte del mismo contenido del testamento que el testador no habría hecho aquella disposición conociendo la falsedad.<sup>1</sup>

Es decir que, según este precepto, la expresión de una causa falsa produce dos efectos, pues se tiene por no escrita, porque no se puede suponer, como dice la Exposición de motivos, que en un acto tan solemne se haya querido burlar el testador del heredero, ó produce la nulidad de la institución, si por el mismo testamento se viene en conocimiento que el testador no habría hecho tal disposición si hubiera conocido la falsedad de la causa alegada.

Tal sería, por ejemplo, el caso en que el testador hiciera segundo testamento fundado en el hecho de haber muerto el heredero instituído en el primero, si después aparece que éste vivía y que aquél había incurrido en un error suponiéndolo muerto.

La expresión de una causa contraria á derecho, dice el artículo 3,381 del Código, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita, porque la cláusula que la contiene indica que el testador sufría una perturbación mental cuando la consignó, ó que estaba dominado por un sentimiento de perversión moral que la ley no puede proteger ni respetar.<sup>2</sup>

Este precepto tiene además por fundamento otra consideración, la cual expondremos en el capítulo siguiente, al ocuparnos del estudio de las condiciones que pueden ponerse en el testamento.

Según los principios del derecho Romano, podían instituirse los herederos bajo condición, pero no desde cierto tiempo ó por tiempo determinado, y la adición de un día

<sup>1</sup> Art. 3,243, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,244, Cód. Civ. de 1884.

cierto se tenía por no puesta y al heredero se le tenía por instituído puramente.

*“Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur: sed vitio tempore sublato, manet institutio.”*<sup>1</sup>

Este principio era consecuencia necesaria del fundamental en derecho Romano que prohibía que un individuo muriese en parte testado y en otra intestado, porque si no se tuviera por no puesta la adición del término, resultaría que entretanto expiraba éste, la herencia debería pasar á los herederos legítimos, con violación de aquel principio.

Además, resultaría que el heredero instituído no sucedería al difunto sino más bien al heredero legítimo que le había precedido, lo cual importaría la infracción del principio que suponía al heredero como continuación de la persona del testador, y la del que establecía que, por la adición, se consideraba que le había sucedido desde el momento en que se verificó la muerte.

El mismo principio se estableció por la ley 15, tít. 3.º, Partida V; pero esta ley fué derogada por la 1.ª, tít. 19 del Ordenamiento de Alcalá, reproducida por la 1.ª, tít. 18, libro X de la Nov. Recop., sin duda porque no hay una repugnancia lógica en ser instituído un heredero hasta cierto tiempo ó para después de cierto tiempo, y por la misma razón por la cual puede hacerse esa designación respecto de los legados.

El mismo principio fué restablecido por el artículo 3,382 del Código Civil que declara, que la designación de día ó de tiempo en que deba comenzar ó cesar la institución de heredero, se tendrá por no escrita.<sup>2</sup>

Se funda este precepto, en la consideración de que la designación de día ó de tiempo en que deba comenzar la ins-

<sup>1</sup> Ley 34, lib. 38, tít. 5, D.

<sup>2</sup> Art. 3,245, Cód. Civ. de 1884.

titución, dejaría sin dueño los bienes durante cierto período; y en que la del día en que termina, equivaldría á una substitución fideicomisaria, prohibida á causa de los inconvenientes que en su oportunidad indicaremos.<sup>1</sup>

El Código Civil establece dos reglas, una relativa á la interpretación del testamento, contenida en el artículo 3,384, que declara que en caso de duda sobre la inteligencia de una disposición testamentaria, se debe observar lo que parezca más conforme á la intención del testador, según el tenor del testamento y á la prueba auxiliar que á este respecto pueda rendirse.<sup>2</sup>

La otra regla está contenida en el artículo 3,385, según la cual si el testamento abierto, sea público ó privado, se pierde por un evento desconocido del testador, ó por haber sido ocultado por otra persona, pueden los interesados exigir su cumplimiento si demuestran debidamente el hecho de la pérdida ú ocultación, y lo contenido en él mismo testamento.<sup>3</sup>

La primera regla se funda en la equidad que no permite que el arbitrio y el capricho se substituyan en lugar de la voluntad del testador, que sólo puede ser conocida por el contexto del mismo testamento, y las pruebas que acerca de ella puedan rendirse.

Esta regla es por sí sola insuficiente para la interpretación de los testamentos, pero no es la única que sanciona el Código, pues, como después veremos, establece algunas otras que se hallan dispersas entre los diversos preceptos relativos á legados, etc.

Además, es un principio sancionado por la jurisprudencia de todos los tiempos, que las reglas establecidas para la

<sup>1</sup> Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Art. 3,247, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,248, Cód. Civ. de 1884.

interpretación de las leyes y de los contratos, sirven también para la de las cláusulas obscuras de las disposiciones testamentarias.<sup>1</sup>

La segunda regla, que se funda también en la equidad, no tiene, á nuestro juicio, una aplicación tan amplia como parece desprenderse de la generalidad de sus términos, respecto de los testamentos públicos abiertos.

En efecto, el extravío de un testamento de esta especie no puede autorizar la aplicación de la regla á que aludimos, porque quedan los registros del notario ante quien se otorgó, y puede pedirse y obtenerse la expedición de un nuevo testimonio, del testamento en ellos protocolado, que produce los mismos efectos jurídicos que el perdido ú ocultado.

Creemos, por lo mismo, que la regla mencionada sólo puede tener aplicación cuando la pérdida ú ocultación del testamento público coincide con la pérdida, destrucción, etc., del protocolo en el cual consta el original.

Si se entendiera esa regla de otra manera, sería enteramente inútil la existencia de los protocolos y la protección de las leyes para su conservación y su inviolabilidad, porque quedaría expuesta la voluntad de los testadores á ser burlada fácilmente, y se prestarían ocasiones para la comisión de fraudes y de abusos reprobables.

<sup>1</sup> Rolland de Villargues, Dictionaire, V. "Interpretation des testaments." Ex-criche, Diccionario, V. "Interpretación de los testamentos."

## II

DE LAS CONDICIONES QUE PUEDEN PONERSE  
EN LOS TESTAMENTOS.

El testamento es un acto jurídico susceptible de estar sujeto á alguna de las modalidades á que suelen estar subordinados los contratos, en virtud de que el derecho de dominio confiere al testador la más amplia facultad para disponer libremente de sus bienes, y por tanto, para imponer y determinar las condiciones bajo las cuales los trasmite á los herederos que instituye.

Tal es el motivo por el cual declara el artículo 3,386 del Código Civil, que el testador es libre para disponer de sus bienes bajo ciertas condiciones, y la necesidad que ha habido de que dicho ordenamiento establezca ciertas reglas especiales relativas á ellas.<sup>1</sup>

Vamos á hacer el estudio de ellas, no sin advertir previamente que los principios fundamentales relativos á las condiciones se hallan establecidos en el tít. II, lib. III del Código Civil, que se ocupa de las diversas modalidades de las obligaciones, y que tales principios son también aplicables á los testamentos, salvo las excepciones que resultan de la naturaleza de éstos.

Esta tesis se halla especialmente sancionada por el artículo 3,392 del Código, según el cual, respecto de las con-

<sup>1</sup> Art. 3,249, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

"El testador es libre para establecer condiciones al disponer de su bienes."

La reforma se hizo sólo en cuanto á la redacción á efecto de hacer más claro el precepto.

diciones puestas en los testamentos, deben regir las disposiciones contenidas en los artículos 1,445 á 1,464, que se refieren á las obligaciones condicionales, en todo lo que no esté especialmente determinado en el libro IV que trata de las sucesiones.<sup>1</sup>

Hay que advertir también que las instituciones de herederos ó legatarios bajo condición, se diferencian esencialmente por su naturaleza de las obligaciones condicionales; porque si aquéllos mueren antes de que se verifique la condición, caducan la institución ó el legado, y por lo mismo no se transmiten los derechos del instituido ó del legatario á sus herederos como en las obligaciones condicionales que pasan á los del contratante.

La razón de la diferencia proviene de la naturaleza de la institución diversa de la de los contratos, porque, según los principios fundamentales que rigen á éstos, todo contratante contrata para sí y para sus herederos, mientras que el testador no lega sus bienes al instituido y al legatario y sus herederos, porque sus actos de liberalidad están determinados por motivos de afecto ó de reconocimiento, enteramente personales y sin tener en cuenta las personas de aquéllos.<sup>2</sup>

Al hacer el estudio de las obligaciones condicionales definimos la condición, diciendo que es todo acontecimiento futuro é incierto de que se hace depender alguna obligación.<sup>3</sup>

Aplicando esta definición á las sucesiones, podemos decir que la condición es todo acontecimiento futuro é incierto de que se hace depender alguna institución de heredero ó legatario.

De esta definición se infiere, que para que exista legal-

<sup>1</sup> Art. 3,255, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 534.

<sup>3</sup> Tomo III, pág. 78.

mente la condición y produzca los efectos jurídicos que le atribuyen las leyes, debe reunir las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Que la institución dependa del verificativo de un acontecimiento futuro, pues si éste ya se verificó ó existe actualmente no puede haber condición, porque sólo son inciertos los acontecimientos futuros; y los actuales son ciertos aun cuando sean ignorados por el testador.<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Que dependa de un acontecimiento que pueda verificarse ó no; pues si debe verificarse necesariamente deja de ser condición, porque no suspende la institución, sino que difiere el derecho del heredero ó del legatario instituído á la herencia ó al legado, lo cual equivale á la concesión de un plazo.<sup>2</sup>

Por tal motivo declara el artículo 3,394 del Código Civil, que la disposición á término señalado por un día fijo ó por un acontecimiento que sucederá necesariamente, no es condicional.<sup>3</sup>

En sentido inverso, pero fundado en el mismo principio, declara el artículo 3,393 del mismo Código, que la disposición á término señalado por un acontecimiento que puede no suceder, se reputa hecha bajo la condición de que se verifique aquel acontecimiento.<sup>4</sup>

A nuestro juicio, es innecesaria la declaración contenida en este precepto, porque bastan las indicaciones del sentido común para comprender que la disposición testamentaria, dependiente de un acontecimiento incierto, que puede ó no verificarse, es condicional y que de ninguna manera puede alterarse su naturaleza por el señalamiento de un

1 Vinnio, Instituta, lib. III, tit. 16, §6.

2 Ley 9, §1, tit. 2, lib. 46.

3 Art. 3,257, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,256, Cód. Civ. de 1884.

término, que no tiene otro objeto que determinar un plazo dentro del cual debe verificarse el acontecimiento y producir el resultado de que, aun cuando éste se verifique después, deje sin efecto alguno la disposición.

Al hacer el estudio de las obligaciones distinguimos y explicamos las diversas especies en que se dividen las condiciones, y entre ellas enumeramos las imposibles, cuyo efecto jurídico es la nulidad de la obligación que de ellas depende, porque los que contratan de ese modo indican de una manera clara y significativa, que tratan de divertirse, no hablan con seriedad, ni tienen intención de obligarse; y porque la ley no puede autorizar aquellos contratos que tienen por objeto la violación de sus preceptos, ó que ofenden á la moral y á las buenas costumbres (art. 1,470).<sup>1</sup>

Distinto es el efecto que producen las condiciones imposibles en las instituciones de herederos y legatarios, pues el artículo 3,388 del Código Civil declara, que la condición física ó legalmente imposible, sea de hacer ó de no hacer, se tiene por no puesta.<sup>2</sup>

Muchas son las teorías que se han inventado para explicar la razón de la diferencia de los principios establecidos, desde los tiempos del Derecho Romano, acerca de los efectos jurídicos de las condiciones imposibles en los contratos y en los testamentos, siendo las principales las que en compendio expresamos á continuación:

I. La supresión de las condiciones ilícitas que afectan á la institución de heredero es un favor contrario á todos los principios conocidos, proveniente de la repugnancia de los romanos á morir intestados.<sup>3</sup>

II. El contratante toma parte en la celebración del con-

1 Art. 1,354, Cód. Civ. de 1884. Tomo III, pág. 86.

2 Art. 3,251, Cód. Civ. de 1884.

3 Accarias, *Precis du Droit Romain*, tomo I, núm. 325.

trato y acepta la condición, en tanto que el heredero instituido, que no ha concurrido al otorgamiento del testamento no ha aceptado ni ratificado la condición, y por lo mismo, no es justo que sufra las consecuencias de ella, la nulidad de que debe estar afectado el acto.

III. Se explica también la diferencia de los efectos jurídicos de las condiciones imposibles en los contratos y en los testamentos por la teoría general, según la que, el heredero y el legatario instituidos bajo una condición de hacer, se aprovechan de la herencia ó del legado, cuando no tienen nada que imputarse en cuanto á la falta de cumplimiento de la condición.

La supresión de las condiciones imposibles, teniéndolas por no puestas en los testamentos, es una consecuencia necesaria de esta teoría, supuesto que la ley dispensa al heredero ó al legatario de cumplirlas.

IV. Por último, según otra teoría, la razón de la diferencia á que aludimos se explica, estimando el precepto á que nos referimos como interpretativo de la voluntad del testador.

En efecto: según esa teoría, se supone que si éste hubiera tenido que optar entre la liberalidad y la condición, habría preferido aquélla; ó lo que es lo mismo, en la liberalidad ve el legislador la parte esencial de la disposición testamentaria, y en la condición la parte puramente accesorio, y considera que la prescripción de ésta que ha estimado conveniente ordenar, no debe influir de ninguna manera sobre aquella disposición.<sup>1</sup>

Los autores deducen de esta teoría la siguiente consecuencia: luego es nula la disposición testamentaria; si el testador manifiesta su voluntad de subordinar su liberalidad al cumplimiento de la condición, demostrando que en su men-

<sup>1</sup> Bertauld, Quest. Pract. núm. 307; Demolombe, tomo XVIII, núm. 205.

te, la condición formaba la parte principal y la liberalidad la accesorio.<sup>1</sup>

Esta teoría, estimada como preferible á las demás, tiene sus contradictores, y entre ellos se ha distinguido Laurent, quien en la introducción á su proyecto de reformas al Código Civil Belga admite que, por regla general, deben caer con la condición que las vicia las liberalidades hechas bajo condiciones imposibles ó ilícitas. Sin embargo, conserva el sistema que combate para las fundaciones de utilidad pública; y apoya esta excepción, diciendo, que es una pena que la ley inflige al testador, y que nada hay más legítimo que ella.<sup>2</sup>

No hemos hecho el análisis y la crítica de las teorías expuestas, por estimarlo ajeno á la naturaleza de estos estudios, pero creemos con Laurent, que el principio á que se refieren aquéllas, importa una excepción de los principios generales que no tiene una razón de ser plausible y que la justifique.

Conviene advertir, para la mejor inteligencia del artículo 3,338 del Código Civil, que motiva las anteriores observaciones, que la palabra *condición* que en él se emplea tiene una acepción muy amplia; porque designa no sólo la condición propiamente dicha, el acontecimiento futuro é incierto al cual pueden estar subordinadas la transmisión de la herencia ó del legado, sino también las cargas impuestas al heredero ó al legatario.

En nuestro apoyo debemos citar el artículo 2,762 del Código Civil, que emplea la palabra *condición* en el mismo sentido, como sinónima de cargas, cuando declara que la donación es revocable á instancias del donador, cuando haya

<sup>1</sup> Demolombe, loco cit.

<sup>2</sup> Bartin, *Theorie des Conditions*, pág. 272; Véase Laurent, *Avant Propos*, tomo III, núms. 5 y 9.

dejado de cumplir el donatario alguna de las *condiciones* con que la hizo; y la opinión de los comentaristas del Código Francés, que en el artículo 900, de donde está tomado el 3,388 del nuestro, tiene la misma redacción.<sup>1</sup>

Hay también que advertir que, para determinar si una condición es obligatoria ó se debe tener por no escrita, esto es, para determinar si es ó no imposible, es preciso tener presente la ley en vigor en el momento de la muerte del testador, que es cuando se producen los efectos jurídicos de su última voluntad.<sup>2</sup>

En consecuencia, aplicando este principio, podemos establecer que la condición que conforme á la ley no es imposible al tiempo de la muerte del testador, no perderá este carácter por el hecho de promulgarse una ley nueva que le atribuya el de imposible: y al contrario, que si una condición imposible perdiere este carácter á la muerte del testador, será perfectamente válida.

Así lo declara de una manera expresa el artículo 3,389 del Código Civil, que dice, que será válida la condición que era imposible al tiempo de otorgarse el testamento, si dejare de serlo al de la muerte del testador.<sup>3</sup>

Esta observación nos conduce á otra no menos importante. Bajo el nombre de imposibles se comprenden no sólo las que lo son por la naturaleza, sino también las que lo son moralmente, como las contrarias á las leyes de orden público, á la moral y á las buenas costumbres; y tal es el motivo por el cual declara el artículo 3,388 del Código que la con-

1 Art. 2,644, Cód. Civ. de 1884. Demante, tomo IV, núm. 16 bis I; Aubry y Rau, tomo VII, §692; Demolombe, tomo XVIII, núm. 218; Laurent, tomo XI, número 435; Fuzier Herman, Code civil, art. 900, núm. 2; etc., etc.

2 Baudry Lacantinerie y Collin, Des Testaments, tomo I, núm. 117; Aubry y Rau, tomo VII, pág. 290; Durantón, tomo VIII, núm. 15; Demolombe, tomo XVIII, núm. 230; Fuzier Herman, Loco cit. núm. 156.

3 Art. 3,252, Cód. Civ. de 1884.

dicción física ó *legalmente* imposible de hacer ó no hacer se tiene por no puesta, y el artículo 3,402 señala expresamente una condición de esta especie.<sup>1</sup>

El artículo 3,402 citado, ordena que la condición impuesta al heredero ó legatario de tomar ó de dejar de tomar estado, se tenga por no puesta; y la Exposición de motivos expresa la razón en que se funda tal precepto, diciendo que cierra la puerta á graves abusos que el capricho, los odios de familia y aun la generosidad mal entendida pueden producir exigiendo que el heredero ó legatario contraiga ó deje de contraer matrimonio; lo cual, además, sería verdaderamente inmoral.

No creemos que sea del todo satisfactoria la explicación que precede, y por lo mismo, procuraremos dar la que á nuestro juicio funda y motiva al precepto citado.

La condición de no contraer matrimonio se ha considerado ilícita, porque la sociedad está interesada en que éste, que es el origen de la familia, se celebre, pues por él se impiden las uniones ilícitas y los hijos ilegítimos. Además, importa la coacción de la libertad de los individuos, lo cual es absolutamente contrario á los principios que sancionan nuestras instituciones políticas.

Por razones semejantes se ha considerado ilícita la condición de contraer matrimonio, muy especialmente si se designa la persona con la cual deba unirse el heredero ó el legatario, porque se coarta la libertad de éste y se le obliga á casarse, no por afecto y estimación á la persona designada, sino por interés, lo que produce, por regla general, la desgracia de uno ó de ambos consortes y la de sus hijos.

Sin embargo, el artículo 3,402 no contiene una regla de tal manera absoluta que no admita excepción de ninguna especie. Por el contrario, el artículo 3,403 del Código de-

1 Art. 3,265, Cód. Civ. de 1884.

clara que puede válidamente dejarse á alguno el usufructo, el uso, la habitación ó una pensión ó prestación periódica por el tiempo que permanezca soltero ó viudo; y tal excepción se funda en la consideración de que el legado que se deja en este caso puede servir para la manutención de la persona.<sup>1</sup>

En otros términos: en el caso indicado no existe la razón que motivó el artículo 3,402, porque no importa la prohibición de contraer matrimonio, sino que el testador ha tenido por objeto favorecer al legatario mientras carece de elementos suficientes para satisfacer todas las necesidades de la vida, los cuales adquiere por la celebración del matrimonio, ó demuestra que los tiene, pues no de otra manera lo hubiera contraído.

De la misma especie es la condición de no dar ó de no hacer, respecto de la cual declara el artículo 3,399 del Código Civil, que se debe tener por no puesta en el testamento; pues importa una restricción odiosa de la libertad que la ley no puede amparar ni proteger.<sup>2</sup>

Finalmente: existe otra condición ilícita, á la cual, sin embargo, le atribuye la ley un efecto distinto que á las anteriores. El artículo 3,390 del Código Civil se refiere á ella, declarando que es nula la institución hecha bajo la condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona.<sup>3</sup>

La Exposición de motivos funda este precepto diciendo, que evita ciertos actos inmorales que pueden causar trastornos en las familias; porque el deseo de poseer una herencia pingüe, puede inducir á alguno á cometer injusticias con sus propios herederos y aun ejecutar actos realmente reprobados.

<sup>1</sup> Arts. 2,365 y 2,366, Cód. Civ. de 1884; Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Art. 3,262, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,253, Cód. Civ. de 1884.

A primera vista aparece que ha habido inconsecuencia en el legislador al declarar en el artículo 3,390 la nulidad de la institución hecha bajo la condición indicada, siendo así que ordena que se tengan por no puestas las demás condiciones á que nos hemos referido antes.

Pero basta un ligero examen para destruir ese cargo, y para convencerse que los autores del Código siguieron en este caso un sistema jurídico y lógico, sancionado por la doctrina y la jurisprudencia.

Al expender las teorías que se han expuesto para explicar la razón de la diferencia de los efectos jurídicos atribuidos á las condiciones imposibles en los testamentos y los contratos, dijimos que la más aceptada de esas teorías es la que estima el precepto que ordena que tales condiciones se tengan por no puestas en los testamentos como interpretativo de la voluntad del testador, pues si éste hubiera tenido que optar entre la condición y la liberalidad habría preferido ésta.

También dijimos que de esta teoría se deriva la consecuencia, según la cual, es nula la disposición testamentaria, si el testador manifiesta su voluntad de subordinar la liberalidad al cumplimiento de la condición que estima como principal.

Pues bien: la aplicación de esta teoría y de su necesaria consecuencia se encuentra sancionada en el artículo 3,390 del Código, que estima que la voluntad del testador está subordinada al cumplimiento de la condición y que consideró ésta como principal y aquélla como accesoria; y por lo mismo, ese precepto le atribuyó á la condición, por las razones expuestas, los mismos efectos jurídicos que tendría en un contrato, la nulidad, la ineficacia del acto jurídico en que fué puesta.

Veamos ahora cuáles son los efectos jurídicos de las demás condiciones puestas en los testamentos.

La falta de cumplimiento de alguna condición impuesta al heredero ó al legatario, no les perjudica siempre que hayan empleado los medios necesarios para llenar aquélla, según lo declara expresamente el artículo 3,387 del Código Civil, reproduciendo el precepto contenido en el artículo 1,452, relativo á las obligaciones condicionales.<sup>1</sup>

No hacen otra cosa ambos preceptos más que reproducir los principios del Derecho Romano, sancionados también por las leyes 4.<sup>a</sup> y 22, tít. 9.<sup>o</sup>, Partida 3.<sup>a</sup>, los cuales prevenían el caso de que no fuera posible el cumplimiento de la condición por causas independientes y no imputables al deudor condicional; porque parece injusto y contrario á la equidad que por ellas se le prive de su derecho.<sup>2</sup>

Esos principios tienen aplicación en los casos siguientes:

I. Cuando la persona que tiene un interés en que la disposición condicional no surta sus efectos, impide el cumplimiento de la condición.

El artículo 3,396 del Código Civil sanciona expresamente este caso, declarando que, si la condición es puramente potestativa y de dar ó hacer alguna cosa, y el que ha sido gravado con ella ofrece cumplirla, pero aquel en cuyo favor se estableció, rehusa aceptar la cosa ó el hecho, la condición se tiene por cumplida.<sup>3</sup>

Ya hemos expresado cuál es el fundamento filosófico de este precepto, que es la reproducción del contenido en el artículo 1,452 del Código Civil, que por otra parte justifica la Exposición de motivos diciendo, que si se imputara en tal caso la falta de cumplimiento de la condición al obligado, se autorizaría un abuso realmente imperdonable.<sup>4</sup>

II. Cuando el cumplimiento de una condición que tiene

1 Arts. 3,250 y 1,336, Cód. Civ. de 1884.

2 Leyes 16, lib. 50, tít. 17, y 23, lib. 28, tít. 7 D.

3 Art. 3,259, Cód. Civ. de 1884.

4 Tomo III, pág. 90.

por objeto un hecho que, además de la acción del instituído, exige el concurso de tercera persona, se hace imposible por el hecho ó por la voluntad de esta persona:

III. Cuando deja de cumplirse la condición por un acontecimiento fortuito, no imputable al heredero ó al legatario, instituído.

La ley 14, tit. 4.<sup>o</sup>, Partida 6.<sup>a</sup>, que hemos citado, pone un ejemplo perfectamente claro, diciendo que, “si se instituye un heredero bajo condición, que non la cumple por alguna ocasion que acaece, de guisa que non finque por el de la cumplir, valdrá el establecimiento del heredero, ó lo manda;” y luego agrega que, “esto sería, como si el testador dijera que instituye su heredero á fulano, si libertare á tal siervo, porque si el heredero tuviere voluntad de cumplir lo que el testador mando e non finco por el, mas por alguna ocasion que acaecio en la persona del siervo, muriendose, o perdiendose en otra manera, sin culpa del que le debia otorgar la libertad, subsistira la institucion.”

Se tiene por cumplida la condición potestativa aun cuando el heredero ó legatario hayan prestado la cosa ó el hecho antes de que se otorgara el testamento; á no ser que pueda reiterarse la prestación; en cuyo caso no será ésta obligatoria sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera, pero entonces corresponde al que debe pagar el legado, la prueba de que aquél tenía conocimiento de esa prestación (arts. 3,397 y 3,398, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

El mismo principio se halla establecido por el art. 1,446 del Código Civil, y al hacer su estudio manifestamos que este precepto estima como obligación condicional aquella que depende de un hecho pasado, pero desconocido de los interesados; pues aun cuando la condición prepóstera, como se le llama en el tecnicismo del derecho, no es propiamente

1 Arts. 3,260 y 3,261, Cód. Civ. de 1884.

te una condición ni produce los efectos de tal, la ignorancia de los contratantes produce resultados idénticos, según los comentaristas del derecho Romano y de nuestra antigua legislación, porque suspende la existencia de la obligación hasta que adquieren la certeza de haberse verificado ó no el acontecimiento del cual la hacen depender.<sup>1</sup>

Así, pues, el principio indicado no es más que la aplicación del contenido en el artículo 1,446 á las disposiciones testamentarias, y se explica por las mismas razones que éste.

En consecuencia: podemos establecer, que aun cuando no se puede decir hablando propiamente que es condicional la institución cuando se hace bajo condición potestiva ya cumplida por el heredero ó legatario, sin embargo, la ley le atribuye el efecto de tal, porque la ignorancia del testador produce resultados idénticos.

Sin embargo, no se tiene por cumplida la condición, ó lo que es lo mismo, el heredero ó legatario tienen que reiterar la prestación de la cosa ó del hecho, si es posible, si el testador tuvo conocimiento de ella al otorgar el testamento; porque en tal caso se presume que tal fué su voluntad, pues no de otra manera habría impuesto esa condición, sabiendo que ya se había cumplido por el interesado.

Pero no se presume el conocimiento de ese hecho por el testador, sino que debe probarse de una manera fehaciente por el que debe pagar el legado; lo cual es conforme con los principios generales del derecho sobre la prueba, que establecen que el que afirma debe probar (art. 354, Código de Proced. de 1884).<sup>2</sup>

En idénticas consideraciones se funda la excepción que á la regla general sobre el cumplimiento de las obligaciones casuales ó mixtas establece el Código Civil.

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 80.

<sup>2</sup> Arts. 572, Cód. de Proced. de 1872, y 514 del de 1880.

El artículo 3,400 de éste dice, que cuando la condición fuere casual ó mixta, bastará que se realice en cualquier tiempo vivo ó muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa: y como excepción á esta regla, declara el artículo 3,401, que si la condición se había cumplido al hacerse el testamento, ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida, si ya no puede existir ó cumplirse de nuevo.<sup>1</sup>

En el caso previsto en el segundo de los preceptos citados se tiene por cumplida la condición, porque no depende de la voluntad del heredero ó legatario, y no se puede verificar el acontecimiento de que depende más que una vez.

La condición que sólo suspende por cierto tiempo la ejecución del testamento, no impide que el heredero ó legatario adquieran derecho á la herencia ó legado y lo transmitan á sus herederos; porque entonces no hay la incertidumbre acerca de si se verificará ó no el acontecimiento del cual depende, ó lo que es lo mismo, es seguro que éste se ha de verificar, y por tanto el heredero ó legatario adquieren derecho á la herencia ó legado, el cual forma parte de su patrimonio y es transmisible á sus herederos (art. 3,391, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Muchas veces no señala el testador tiempo dentro del cual se deba verificar la condición; y esta circunstancia suscita dificultades acerca de la entrega de la cosa, á la que no tiene derecho el heredero ó legatario condicionales, supuesto que, pendiente la condición, nada se les debe, según los principios elementales del derecho.

Para obviar esas dificultades y precaver cuestiones, declara el art. 3,395 del Código, que cuando el testador no hubiere señalado plazo para el cumplimiento de las condiciones, la cosa permanezca en poder del albacea, y hecha

<sup>1</sup> Arts. 3,263 y 3,264, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,254, Cód. Civ. de 1884.

la partición, se observe lo dispuesto en los arts. 4,047, 4,048 y 4,049. Es decir, que se debe asegurar competentemente el derecho del heredero ó legatario para el caso de que se verifique la condición; y que la partición hecha se tiene como provisional hasta que se sabe que aquélla ha faltado ó no puede verificarse, pero sólo en cuanto á la parte en que consiste el derecho pendiente, y en cuanto á las garantías con que se haya asegurado.<sup>1</sup>

La carga de hacer alguna cosa se entiende como condición resolutoria, porque se presume, con razón, que la voluntad del testador ha sido hacer la institución de heredero ó legatario en cambio de la prestación exigida á éstos, y por tanto, que si no hacen tal prestación, no pueden exigir la herencia ó el legado (art. 3,405, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Dado el carácter de una condición resolutoria á la carga impuesta por el testador, hay necesidad de subordinarla á los efectos jurídicos que la ley atribuye á las instituciones condicionales; y este es el motivo por el cual declara el art. 3,406 del Código, que si no se hubiere señalado tiempo para el cumplimiento de la carga, ni ésta por su propia naturaleza lo tuviere, se debe observar la regla contenida en el art. 3,395, al cual acabamos de referirnos.<sup>3</sup>

Al hacer el estudio de las obligaciones condicionales dijimos, que cumplida la condición se convierte la obligación en pura y simple y produce sus efectos como si aquélla no

<sup>1</sup> Art. 3,258, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

“Cuando el testador no hubiere señalado plazo para el cumplimiento de la condición, la cosa legada permanecerá en poder del albacea, y al hacerse la partición se asegurará competentemente el derecho del legatario para el caso de cumplirse la condición, observándose además las disposiciones establecidas para hacer la partición cuando uno de los herederos es condicional.”

La reforma consistió en la supresión de la referencia á otros preceptos del Código Civil, que fueron trasladados al de Procedimientos, por estimarse propios de éste y no de aquél.

<sup>2</sup> Art. 3,268, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,269, Cód. Civ. de 1884.

hubiera existido desde el principio, esto es, que el cumplimiento de la condición se retrotrae á la fecha en que se celebró el contrato.<sup>1</sup>

Este mismo principio rige respecto de las instituciones condicionales, pues el art. 3,404 del Código Civil declara, expresamente, que la condición que se ha cumplido existiendo la persona á quien se impuso, se retrotrae al tiempo de la muerte del testador; y desde entonces deben abonarse los frutos de la herencia ó legado, á menos que el testador haya dispuesto otra cosa.<sup>2</sup>

Este precepto se funda en idénticas consideraciones que aquel que otorga el mismo efecto al cumplimiento de las obligaciones condicionales, y por lo mismo, es enteramente inútil repetir las aquí. Baste sólo advertir que, á diferencia de esas obligaciones, el cumplimiento de la condición impuesta al heredero ó legatario, se debe cumplir durante la vida de éstos, y que si fallecen antes de que se verifique el acontecimiento incierto que la constituye, no transmiten ningún derecho á la herencia ó al legado á sus herederos.

La razón de la diferencia se explica teniendo en cuenta la diversa índole de las obligaciones y de la institución de heredero ó legatario, que necesariamente conducen á diversos efectos jurídicos. Las obligaciones son el producto del consentimiento recíproco de los contratantes, quienes contratan para sí y para sus herederos, y este es el motivo por el cual les transmiten á éstos los derechos que adquieren en virtud de los contratos, aunque sean eventuales; pero la institución es un acto jurídico, que sólo subsiste por la voluntad del testador; y constituye una liberalidad hecha sólo en consideración á la persona del favorecido, y por tanto no transmisible á sus herederos, sino cuan-

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 98.

<sup>2</sup> Art. 3,267, Cód. Civ. de 1884.

do, cumplida la condición, le pertenece ya la herencia ó el legado forma parte de su patrimonio.

Cumplida la condición y retrotrayéndose á la fecha de la muerte del testador, es decir, teniéndose como existente la institución desde esa fecha, es natural que le pertenezcan al instituido la herencia ó legado con todos sus frutos. Sin embargo, este efecto está subordinado á la voluntad del testador, que es la suprema ley de los testamentos, y se produce solamente cuando aquél no dispone otra cosa.

Si el día en que debe comenzar el legado fuere seguro, sea que se sepa ó no cuando ha de llegar, el que ha de entregar la cosa legada, tiene respecto de ella los derechos y las obligaciones de un usufructuario, ó lo que es lo mismo, hace suyos todos los frutos y utilidades que es susceptible de producir la cosa, según su naturaleza, y está obligado á guardarla y conservarla para entregársela al heredero ó legatario, tan luego como llegue el día incierto, en el mismo estado en que la recibió (art. 3,408, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Creemos que este principio tiene por fundamento la voluntad presunta del testador, y que debe observarse mientras no conste otra cosa en contrario, y que se ha establecido, ya como una recompensa otorgada al que tiene obligación de entregar la cosa legada por la guarda y conservación de ella, ya para evitar conflictos y cuestiones sobre la entrega y la cuantía de los frutos entre él y el legatario.

Pero si en el caso á que nos referimos, el legado consiste en prestación periódica, el que debe pagarlo hace suyo lo correspondiente al intermedio; y cumple con hacer la prestación, comenzando el día señalado, según lo determina el art. 3,409 del Código.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,271, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,272, Cód. Civ. de 1884

La razón es clara, pues si en el caso propuesto el que debe pagar el legado tiene los mismos derechos y obligaciones que un usufructuario, debe hacer suyas las prestaciones ordenadas por el testador hasta que llega el día determinado, porque la naturaleza de ellas no cambia los efectos jurídicos de la designación de ese día ni los derechos que le atribuyen al obligado á hacer el pago.

El Código Civil establece otras tres reglas relativas á los efectos jurídicos del cumplimiento de la condición, que estimamos innecesarias, porque contienen la reproducción de los principios elementales que rigen la misma materia respecto de las obligaciones aplicables á las testamentarias, según el art. 3,392.<sup>1</sup>

Tales reglas, que por su claridad no necesitan de explicación, son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Si el legado fuere de prestación periódica, que debe concluir en un día que es inseguro si llegará ó no, llegado el día, el legatario habrá hecho suyas todas las prestaciones que corresponden hasta aquel día (art. 3,407, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es obvia, porque siendo en este caso la condición resolutoria, el verificativo de ella pone fin al derecho del legatario para percibir la prestación, pero no le priva de las ya percibidas: ó lo que es lo mismo, tal condición no produce efecto retroactivo como la suspensiva, sino que surte el que le atribuye la ley desde el día en que se verifica. ®

2.<sup>a</sup> Cuando el legado debe concluir en un día que es seguro que ha de llegar, se debe entregar la cosa ó cantidad legada al legatario, quien se ha de considerar como usufructuario de ella (art. 3,410, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

3.<sup>a</sup> Si el legado consistiere en prestación periódica, el le-

<sup>1</sup> Art. 3,255, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,270, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,273, Cód. Civ. de 1884.

gatario hace suyas todas las cantidades vencidas hasta el día señalado (art. 3,411, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Estas dos últimas reglas nos sugieren las dos observaciones siguientes:

1.<sup>a</sup> Que la circunstancia de que el legado deba de concluir en un día que es seguro que ha de llegar, no le quita á aquél su naturaleza de condicional, si es incierto cuando ha de llegar ese día, por ejemplo, el de la muerte del legatario ó de tercera persona designada por el testador; pues aun cuando es seguro que uno y otra han de morir, porque la muerte es una ley ineludible de la naturaleza, sin embargo, se ignora y es incierto el día en que debe verificarse tal acontecimiento.

2.<sup>a</sup> Que la ley atribuye al legatario en tal caso la calidad, y por consiguiente, los derechos y obligaciones del usufructuario, entre ellas, la de guardar y conservar la cosa para restituirla al heredero ó herederos llegado que sea el día.

En otros términos: el legado en el caso á que nos referimos es el del usufructo de la cosa ó cantidad designada por el testador, sujeto á condición resolutoria.

3.<sup>a</sup> Que la última regla, á nuestro juicio innecesaria, es la reproducción de la primera y se funda en las mismas razones que ella.

<sup>1</sup> Art. 3,274, Cód. Civ. de 1884.

### III

#### DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y HEREDAR.<sup>1</sup>

Todas las legislaciones, desde la Romana, exigen como un requisito esencial para la validez de la institución de herederos la capacidad en éstos para heredar y la del testador para testar.

Fácilmente se comprende la razón de esta justa exigencia de la ley, pues todo acto de liberalidad reposa en la voluntad del que la otorga, y ésta no es perfecta si el espíritu no está sano ó se halla bajo la influencia de una presión moral, que priva al otorgante del ejercicio pleno de su libertad.

Esta es la razón por la cual declara el art. 3,412 del Código Civil que la ley sólo reconoce capacidad para testar á las personas que tienen:

1.<sup>o</sup> Perfecto conocimiento del acto.

2.<sup>o</sup> Perfecta libertad al ejecutarlo: esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.<sup>2</sup>

Pero como estos requisitos concurren generalmente en el hombre, de aquí el principio establecido por todos los autores, según el cual la capacidad para testar y heredar es la regla, y la incapacidad la excepción, que impone al que la alega la obligación de probar su existencia.

Refiriéndose la Exposición de motivos á la capacidad de testar, dice que sirven de base á ésta dos principios: per-

<sup>1</sup> En este capítulo está refundida la conferencia expresamente escrita para los alumnos de la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara en Junio de 1898.

<sup>2</sup> Art. 3,275, Cód. Civ. de 1884.

gatario hace suyas todas las cantidades vencidas hasta el día señalado (art. 3,411, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Estas dos últimas reglas nos sugieren las dos observaciones siguientes:

1.<sup>a</sup> Que la circunstancia de que el legado deba de concluir en un día que es seguro que ha de llegar, no le quita á aquél su naturaleza de condicional, si es incierto cuando ha de llegar ese día, por ejemplo, el de la muerte del legatario ó de tercera persona designada por el testador; pues aun cuando es seguro que uno y otra han de morir, porque la muerte es una ley ineludible de la naturaleza, sin embargo, se ignora y es incierto el día en que debe verificarse tal acontecimiento.

2.<sup>a</sup> Que la ley atribuye al legatario en tal caso la calidad, y por consiguiente, los derechos y obligaciones del usufructuario, entre ellas, la de guardar y conservar la cosa para restituirla al heredero ó herederos llegado que sea el día.

En otros términos: el legado en el caso á que nos referimos es el del usufructo de la cosa ó cantidad designada por el testador, sujeto á condición resolutoria.

3.<sup>a</sup> Que la última regla, á nuestro juicio innecesaria, es la reproducción de la primera y se funda en las mismas razones que ella.

<sup>1</sup> Art. 3,274, Cód. Civ. de 1884.

### III

#### DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y HEREDAR.<sup>1</sup>

Todas las legislaciones, desde la Romana, exigen como un requisito esencial para la validez de la institución de herederos la capacidad en éstos para heredar y la del testador para testar.

Fácilmente se comprende la razón de esta justa exigencia de la ley, pues todo acto de liberalidad reposa en la voluntad del que la otorga, y ésta no es perfecta si el espíritu no está sano ó se halla bajo la influencia de una presión moral, que priva al otorgante del ejercicio pleno de su libertad.

Esta es la razón por la cual declara el art. 3,412 del Código Civil que la ley sólo reconoce capacidad para testar á las personas que tienen:

1.<sup>o</sup> Perfecto conocimiento del acto.

2.<sup>o</sup> Perfecta libertad al ejecutarlo: esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.<sup>2</sup>

Pero como estos requisitos concurren generalmente en el hombre, de aquí el principio establecido por todos los autores, según el cual la capacidad para testar y heredar es la regla, y la incapacidad la excepción, que impone al que la alega la obligación de probar su existencia.

Refiriéndose la Exposición de motivos á la capacidad de testar, dice que sirven de base á ésta dos principios: per-

<sup>1</sup> En este capítulo está refundida la conferencia expresamente escrita para los alumnos de la Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara en Junio de 1898.

<sup>2</sup> Art. 3,275, Cód. Civ. de 1884.

fecto conocimiento del acto y perfecta libertad para ejecutarlo. Y luego agrega: «En efecto: sin esas dos condiciones no puede ser válido un testamento, como no puede serlo un contrato; porque á entrambos falta lo que puede llamarse su naturaleza esencial.»

Los autores distinguen también dos especies de incapacidades, la que llaman *absoluta*, y la que designan con el nombre de *relativa*.

Es absoluta cuando existe respecto de todos, por ejemplo, el individuo que se halla afectado de demencia tiene incapacidad absoluta para testar.

Es relativa la incapacidad cuando existe sólo respecto de determinadas personas, como por ejemplo, el padre tiene incapacidad para instituir su heredero al hijo adulterino, teniendo hijos legítimos.

Hay que advertir que toda incapacidad relativa á disponer de los bienes por testamento, produce la incapacidad correlativa de heredar. Así, por ejemplo, la incapacidad del padre para instituir su heredero al hijo adulterino en el caso propuesto, produce en éste la incapacidad correlativa de heredar á su padre.

Pero como muy bien advierten los autores, las incapacidades de disponer de los bienes por testamento y de heredar no son necesariamente recíprocas; pues la persona incapaz para heredar á un individuo puede muy bien ser capaz para instituirlo su heredero. Por tanto, de que el padre que tiene hijos legítimos no pueda instituir su heredero al adulterino, no se infiere que éste no pueda instituir á su padre.<sup>1</sup>

Por falta de perfecto conocimiento del acto, la ley considera incapaces de testar:

<sup>1</sup> Baudry Lacantinerie y Collin, Des Donations et des testaments, tomo I, número 237; Thiry, Cours de Droit Civil, tomo II, núm. 296.

1.º Al varón menor de catorce años y á la mujer menor de doce;

2.º Al que habitual ó accidentalmente se encuentre en estado de enajenación mental, mientras dure el impedimento (art. 3,413, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los menores de edad, como hemos visto al hacer el estudio de las obligaciones, no pueden contratar y por consiguiente ejecutar acto alguno de liberalidad; sin embargo, pueden disponer de sus bienes cuando han llegado á la edad en que conforme á la ley pueden contraer matrimonio, según la fracción 1.ª del art. 3,413 del Código Civil.<sup>2</sup>

La razón que funda y motiva esta excepción es, que el menor, á causa de la inexperiencia propia de su edad, es accesible á todas las seducciones para que se le permita despojarse irrevocablemente de sus bienes; mientras que la idea de la muerte que acompaña á la facción del testamento aleja el móvil de las pasiones, y por otra parte, es un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador, que sólo tiene ejecución después de la muerte de éste.

Estas consideraciones han servido á la legislación Romana, á la nuestra antigua y á todas las legislaciones modernas, para sancionar el mismo principio y permitir que los menores de edad, varones y mujeres, que han llegado á aquella en que pueden contraer matrimonio conforme á la ley, tengan capacidad para disponer de sus bienes por testamento.

La incapacidad proveniente del estado de enajenación mental del testador, es física ó de hecho más bien que de derecho, y ha merecido la sanción de la ley; porque si es necesaria, si es una condición esencial de todo contrato, de todo acto civil la concurrencia de una voluntad libre y de-

<sup>1</sup> Art. 3,276, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo III, pág. 23.

liberada, con mayor motivo se debe exigir en el otorgamiento de los testamentos, en virtud de que por medio de ellos despoja el testador á sus herederos del patrimonio que debería corresponderles, según la ley, sin que reciban nada en cambio.

Sin embargo, el Código Civil establece en los artículos 3,414 y 3,415 las dos excepciones siguientes á la regla que acabamos de explicar, y que más bien que excepciones se deben estimar como otras tantas aclaraciones que el legislador ha creído conveniente hacer para evitar contiendas y disputas, á pretexto de la incapacidad del testador por enajenación mental.

Tales excepciones son:

1.<sup>a</sup> El testamento hecho antes de la enajenación mental, es válido (art. 3,414, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> También lo es el hecho por un demente en un intervalo lúcido, con tal que se observen las reglas que vamos á indicar (art. 3,415, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Fácilmente se comprende la razón sobre la cual reposan estas excepciones; porque en los casos á que ellas se refieren no existe la enajenación mental, y por tanto, tampoco existe la incapacidad del testador.

Sin embargo, en el caso de la segunda excepción no reconoce la ley la validez del testamento, sino en tanto que se llenan ciertos requisitos encaminados á probar que el testador, que se hallaba en estado de demencia, se encuentra en el momento de otorgar su última voluntad en un período lúcido, y por consiguiente, en pleno ejercicio de sus facultades mentales.

Los artículos 3,416 y 3,417 ordenan que siempre que un demente pretenda hacer testamento, su tutor, y en defecto de

1 Art. 3,277, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,278, Cód. Civ. de 1884.

éste, la familia, debe presentar solicitud por escrito al Juez, que acompañado de dos facultativos, se ha de trasladar á la casa del paciente, quienes lo examinarán haciéndole, así como aquel funcionario, cuantas preguntas creyeren conducentes para cerciorarse de su estado mental.<sup>1</sup>

Se debe levantar una acta formal del reconocimiento, haciendo constar el resultado; y si éste fuere favorable, se debe proceder desde luego á la formación del testamento, cuyas cláusulas deben constar precisamente por escrito y con las demás solemnidades que establezca la ley para esa clase de instrumentos. Y terminado el acto, deben firmar el testamento, además de los testigos, el juez y los facultativos, haciéndose constar al pie de aquél, razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio. Sin el requisito indicado y su constancia, es nulo el testamento (arts. 3,418 á 3,420, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Por falta de libertad del testador al otorgar el testamento, la ley considera incapaces de testar á los que al ejecutarlo, obran bajo la influencia de amenazas contra su vida, su libertad, su honra ó sus bienes, ó contra la vida, libertad, honra y bienes de su cónyuge ó parientes en cualquier grado (art. 3,421, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

La razón es, porque el testamento debe ser la manifestación de una voluntad perfectamente libre, independiente y pura; y esta es la causa por la cual, en todos los tiempos y en todos los países se ha sancionado el mismo principio, y lo han sostenido la doctrina y la jurisprudencia.

Troplong dice: «Hay una perturbación mayor aún que el odio; es la violencia ejercida en el ánimo del testador: la violencia es el vicio más profundo que puede infectar una dis-

1 Arts. 3,279 y 3,280, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,281 á 3,283, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,284, Cód. Civ. de 1884.

posición, supuesto que atenta á esta voluntad libre que debe ser su base; y cita en su apoyo las siguientes palabras de Mantica:<sup>1</sup>

“NAM VOLUNTAS ANIMUS MOTUS, NULLO COGENTE IMPERIO; ET SI COGITUR, VIM PATITUR ET IN SUO ARBITRIO NON EST.”

El Código Civil no establece regla alguna para estimar la violencia causada por amenazas que, como después veremos, produce la nulidad del testamento; por lo cual creemos que son aplicables á éste las mismas reglas que establecimos respecto de la violencia é intimidación que intervienen en los contratos, porque son generales y se refieren á todos aquellos actos jurídicos en que es indispensable el consentimiento libre, espontáneo y deliberado de las personas que intervienen en ellos.

En consecuencia, remitimos á nuestros lectores á las explicaciones que hicimos al estudiar las reglas relativas al consentimiento de los interesados en los contratos.<sup>2</sup>

La ley da tal importancia á la libertad del testador en el acto de otorgar el testamento, que no sólo le niega todo valor y eficacia en derecho á aquel en el cual no concurre tal requisito, sino que no permite que, á ejemplo de los contratos, quede ratificado por su silencio, por el hecho de no revocarlo, sino que es preciso que lo revalide mediante el otorgamiento de una escritura con las mismas solemnidades que exige la ley para otorgar un testamento.

En efecto, el artículo 3,432 del Código Civil declara que, el testador que ha sido víctima de una violencia, podrá luego que cese ésta y disfrute de libertad completa, revalidar su testamento con las solemnidades que si lo otorgara de nuevo; y que de lo contrario será nula la revalidación.<sup>3</sup>

1 Des Donations et Testaments, tomo II, núm. 480.

2 Tomo III, pág. 41 y siguientes.

3 Art. 3,285, Cód. Civ. de 1884.

A propósito de la capacidad de testar establece el Código dos reglas, de las cuales, una tiene por objeto reconocer aquélla para disponer libremente de sus bienes por testamento, y determinar la forma en que debe hacerlo; y la otra establece un principio invariable para juzgar de la capacidad de los testadores.

La primera regla está contenida en el artículo 3,423 del Código Civil, que declara, que los extranjeros que testen en el Distrito Federal y en la Baja California, pueden escoger la ley de su patria ó la mexicana respecto de la solemnidad interna del acto; y en cuanto á las solemnidades externas, deben sujetarse á los preceptos del mismo Código.<sup>1</sup>

Este precepto reconoce implícitamente el derecho y la capacidad de los extranjeros para disponer de sus bienes por testamento, y los deja para sujetarse en cuanto á la sustancia á la ley de su país ó á la mexicana; pero les impone el ineludible deber de sujetarse á ésta en cuanto á la forma, por el interés público y á fin de evitar abusos y precaver litigios sobre la validez del acto.

Fácil explicación tiene el precepto á que nos referimos, pues la facultad de disponer de los bienes por testamento y los límites dentro de los cuales está circunscrita, forma parte de lo que los jurisconsultos llaman estatuto personal, que está regida exclusivamente por la ley de la nacionalidad del testador, que le sigue allí, donde quiera que vaya, porque es inherente á él y sólo puede perderlo con la nacionalidad.

Pero la forma, sí puede y debe estar regida por las leyes de nuestro país, ya porque se han expedido con el objeto de prestar mayor suma de garantías y de seguridad para la validez y eficacia del acto, ya porque no es posible que los funcionarios encargados del otorgamiento conozcan las

1 Art. 3,286, Cód. Civ. de 1884.

respectivas leyes de las naciones extranjeras, ni es de ninguna manera conveniente su observancia en nuestra patria, entre otros motivos, porque no son siempre conformes con nuestras instituciones, y porque ella importaría un atentado á su soberanía.

La segunda regla se halla consignada en el artículo 4,324 del Código Civil que declara, que para juzgar de la capacidad del testador, se debe atender al estado en que se halla al otorgar el testamento.<sup>1</sup>

La justicia de esta regla se percibe por su sola enunciación, pues en el acto de otorgarse el testamento es cuando se hace la manifestación de la voluntad del testador, cuando éste ejercita la facultad que le confiere el derecho de propiedad y le reconoce la ley, y que conserva su fuerza mientras que no sea revocada.

Unos ejemplos harán más fácilmente comprensible esta regla.

Un individuo menor de catorce años otorga su testamento, y muere cuando se halla ya en la mayor edad. Su testamento es nulo, porque carecía de capacidad para testar en la fecha en que lo otorgó.

Una persona que se halla en el pleno ejercicio de sus facultades intelectuales, y que es mayor de edad, otorga su testamento, y después pierde la razón y en ese estado fallece. Su testamento es válido, porque lo otorgó cuando tenía capacidad legal para disponer libremente de sus bienes.

Al principio de esta lección dijimos que la capacidad para testar y heredar es la regla general, y que la incapacidad es la excepción. Pues bien, este principio tiene sanción expresa en un precepto del Código Civil.<sup>2</sup>

1 Art. 3,287, Cód. Civ. de 1884.

2 Página 43.

En efecto, el artículo 3,425 declara, que todos los habitantes del Distrito Federal y de la California, de cualquiera edad y sexo que sean, tienen capacidad para heredar; y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero que con relación á ciertas personas y á determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

1.<sup>a</sup> Falta de personalidad:

2.<sup>a</sup> Delito:

3.<sup>a</sup> Presunción de influencia contraria á la libertad del testador ó á la verdad ó integridad del testamento:

4.<sup>a</sup> Falta de reciprocidad internacional:

5.<sup>a</sup> Utilidad pública:

6.<sup>a</sup> Renuncia ó remoción de algún cargo conferido en testamento.<sup>1</sup>

Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, ó que aun cuando lo estén no sean viables conforme al artículo 327 del Código Civil, ó nacieren después de trescientos días contados desde la muerte de aquél (art. 3,426, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Según este principio, para suceder ó heredar es preciso existir, y por tanto, el que no existe no hereda, porque, como dice Pothier, suceder es adquirir la propiedad de los bienes dejados por el difunto, y la nada no es susceptible de tener propiedad alguna.<sup>3</sup>

Refiriéndose á este mismo principio, dice Laurent, que se ha establecido porque los bienes del difunto se transmiten al heredero en el momento de la muerte, y si éste no existe, si no está concebido, no se puede verificar ninguna transmisión de propiedad en su provecho.

1 Art. 3,288, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,289, Cód. Civ. de 1884.

3 Des Succetions, tomo VIII, pág. 7.

Desde los tiempos de la legislación Romana se ha igualado siempre el momento de la concepción al del nacimiento, pues como hemos dicho antes, por una ficción se tiene por nacido al individuo que es procreado, siempre que se trata de su provecho y utilidad; y tal ficción se halla sancionada por el artículo 12 del Código Civil que declara, que la capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento, pero que desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el mismo Código.<sup>1</sup>

Pero esta ficción cesa si el individuo concebido no nace viable, esto es, con las siguientes condiciones que determina el artículo 327 del Código:

- 1.<sup>a</sup> Que se haya desprendido enteramente del seno materno:
- 2.<sup>a</sup> Que nazca con figura humana:
- 3.<sup>a</sup> Que viva veinticuatro horas:
- 4.<sup>a</sup> Que dentro de ese período se presente al Registro Civil.<sup>2</sup>

Cesa también esa ficción cuando el nacimiento se opera después de trescientos días contados desde la muerte del autor de la herencia, porque no pudiendo durar el embarazo más de trescientos, según las leyes de la naturaleza, es evidente que el individuo que nace después de ese período, á contar desde la muerte del testador, no estaba concebido cuando este suceso se verificó.

Cuando el individuo concebido no nace viable, cesa la ficción á que nos referimos, porque siendo imposible su existencia, es incapaz de adquirir ningún derecho, y se tiene como si no hubiera nacido.

El artículo 3,427 del Código Civil establece una excep-

1 Art. 11, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 303, Cód. Civ. de 1884.

ción al principio que sanciona el precepto cuyo examen hemos venido haciendo, pues declara, que no obstante lo dispuesto por éste, será válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al tiempo de la muerte del testador; pero que no valdrá la que se haga en favor de descendiente de ulteriores grados.<sup>1</sup>

Esta excepción, que no tiene precedentes en nuestra legislación, fué tomada del artículo 1,777 del Código Portugués, la cual se explica fácilmente por el sistema adoptado por aquél, pues según el artículo 1,741, no producen efecto alguno las disposiciones hechas en favor de personas inciertas, que por algún motivo no pueden hacerse ciertas, de donde se infiere que pueden instituirse personas inciertas que pueden tornarse ciertas, como los hijos por venir de determinados individuos.

Pero entre nosotros no se puede invocar un precedente semejante, porque no está sancionado por nuestra legislación, y no podemos justificar esta excepción sino copiando los conceptos expendidos por Díaz Ferreira al ocuparse del artículo 1,777 del Código Portugués.

«La mayor parte de nuestros jurisconsultos, dice, fundándose en la legislación Romana, sustentaban que, para que alguno pudiera recibir por testamento, era indispensable que, por lo menos, estuviera concebido al tiempo de la muerte del testador. Este principio del derecho Romano pasó al artículo 906 del Código Civil francés, y sus respectivos comentadores le dieron como fundamento que no podía efectuarse cualquier trasmisión entre personas, que no coexistieran simultáneamente, en un solo instante.»

«Otros, reconociendo que ésta era una disposición del de-

1 Art. 3,290, Cód. Civ. de 1884.

recho antiguo, decían, que llamando la Novela 118 á la sucesión los nietos y demás descendientes, sin distinción entre nacidos y por nacer, permitía instituir á los que aun no han nacido, pero que se espera que nazcan, adoptando así poco más ó menos la jurisprudencia hoy reconocida por el artículo 1,777.»

Por razón de delito son incapaces de adquirir por testamento ó intestado:

1.º El condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de ella:

2.º El que haya hecho contra la persona referida acusación de delito que merezca pena capital ó prisión, aun cuando aquélla sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge ó su hermano; á no ser que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, ó hermanos ó cónyuge:

3.º El cónyuge que sobreviva y haya sido declarado adúltero en juicio, durante la vida del otro, ó que estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio, si se tratare de la sucesión del cónyuge difunto:

4.º La mujer condenada por adulterio en vida de su marido, si se tratare de la sucesión de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio:

5.º El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos:

6.º El que hubiere cometido contra el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio:

7.º El que usare de violencia con el difunto para que haga, deje de hacer, ó revoque su testamento:

8.º El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales

y espurios y de los descendientes de éstos, si no ha reconocido á aquéllos:

9.º Los declarados incestuosos siempre que se trate de la sucesión del uno respecto del otro:

10.º El que conforme al Código Penal fuere culpable de suposición, supresión ó sustitución de infante, siempre que se trate de la herencia que debía corresponder á éste ó á las personas á quienes se haya perjudicado ó intentado perjudicar con esos actos:

11.º El cómplice del cónyuge adúltero siempre que se trate de la sucesión de éste, si ha recaído sentencia judicial antes de la muerte del autor de la herencia.<sup>1</sup>

Antes de hacer brevemente el estudio de las causas de incapacidad que hemos enumerado, debemos advertir:

1.º Que la incapacidad es una pena, y como tal, de estricta aplicación, y por tanto, que no puede extenderse á otros casos distintos de los expresamente designados por la ley ni aun por razón de analogía ó de identidad de razones:

2.º Entre los casos que hemos indicado, siguiendo la enumeración hecha por la ley, se encuentran dos que se refieren á hechos que no constituyen delitos, según nuestra legislación penal vigente; y por tanto, se les ha enumerado malamente entre las causas que producen incapacidad que proviene de delito.

Tales son la falta de reconocimiento de los padres á los hijos naturales y espurios y el incesto. El primero de esos hechos se explica perfectamente, porque sin el reconocimiento de los hijos ilegítimos por los padres no hay parentesco, y por tanto, tampoco hay derecho á heredar; y en cuanto

<sup>1</sup> Art. 3,291, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales ó espurios, y de los descendientes de éstos, si no han reconocido ó designado á aquéllos.»

La reforma tuvo por objeto poner en armonía este precepto con el sistema del Código, según el cual no se reconocen, sino se designan á los hijos espurios.

al incesto, la ley lo ha estimado solamente como circunstancia calificativa del delito de violación y no como un delito especial como se clasificaba por nuestra antigua legislación (Art. 799, Cód. Pen.).

En consecuencia, fuera del caso del delito de violación cometido por un ascendiente, ó descendiente ó por un hermano, no puede existir la causa de incapacidad á que nos referimos; y en tal caso sería injusta respecto de la víctima del delito, porque la privaría del derecho legítimo de heredar á quien le causó una afrenta y un mal imposible de reparar.

A nuestro juicio, esa causa que es una transacción hecha con los principios establecidos por nuestras antiguas leyes, no debe existir, excepto en el caso indicado, y sólo respecto del autor del delito de violación, porque fuera de él, ni aun siquiera se permite investigar la existencia del incesto, por respeto á la moral pública que sufriría más con el descubrimiento y publicidad de ese hecho altamente inmoral.

La falta de reconocimiento de los hijos naturales y espurios por sus padres, nos parece enteramente inútil como causa de incapacidad; porque si se trata de la sucesión *ab-intestato* no pueden pretender los padres la herencia, porque es imposible para ellos probar su parentesco por la presentación de la acta respectiva del Registro Civil; y si se trata de la sucesión testamentaria, no se puede tomar en consideración la incapacidad proveniente de la causa mencionada, sino investigando la filiación ilegítima del testador, lo cual está absolutamente prohibido por la ley.

Además, puede ser ocasionada á que por ella se cometan injusticias, como sucedería en el caso en que los padres no presentan á los hijos naturales y espurios al juez del estado civil, haciendo el reconocimiento de ellos en toda forma, y sin embargo, siempre los han tenido á su lado y los han educado, dándoles un establecimiento y su nombre en la sociedad.

Viniendo á las demás causas de incapacidad que hemos enumerado, diremos respecto de la primera, que se funda en la consideración de que sería inmoral que el homicida sucediera á su víctima, y que, según los términos empleados por la ley para expresarla, es indispensable la concurrencia simultánea de dos requisitos para que exista y pueda ser tomada en consideración: 1º que el heredero haya sido condenado, esto es, que haya sido juzgado y sentenciado, imponiéndosele una pena; y 2º que ésta se le haya impuesto por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesión se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de ella.

En consecuencia, no habrá incapacidad en todos aquellos casos en que no puede haber condenación; por ejemplo, en el caso de legítima defensa, que hace inculpable el homicidio.

Por idéntico motivo no hay incapacidad en el caso de que el homicida haya cometido el delito en estado de enajenación mental, ó concurriendo cualquiera otra de las circunstancias que son excluyentes de la responsabilidad penal.<sup>1</sup>

Es también consecuencia del mismo principio, que no hay incapacidad cuando el homicida muere sin ser condenado, y por tanto, que sus herederos adquieren derecho á la herencia del occiso, ó cuando se extingue la acción penal por prescripción ó por amnistía, circunstancias que impiden la condenación del culpable.<sup>2</sup>

1 Chabot, Des Succesions, art. 727, núm. 4; Toullier, tomo IV, núm. 106; Duranton, tomo VI, núms. 90 á 92; Demolombe, tomo XIII, núm. 229; Aubry y Rau, tomo VI, §593, nota 66; Laurent, tomo IX, núm. 4; Thiry, tomo II, núm. 30; Leseyller, tomo I, núm. 117.

2 Laurent, tomo IX, núm. 5; Aubry y Rau, tomo VI, §593, notas 4 y 12; Thiry, tomo II, núm. 30; Huc. Commentaires au Code Civil, tomo V, núm. 43; Leseyller, tomo I, núm. 121; Demolombe, tomo XIII, núm. 235; Duranton, tomo VI, núm. 97; Favard de Laglade Repertoire, V, Indignité; Toullier, tomo IV, núm. 108; Chabot, art. 727, núm. 8; etc., etc.

De los mismos términos empleados por la ley para determinar la causa de incapacidad, á que nos referimos, se infiere claramente que ésta sólo existe cuando el heredero mata voluntariamente al autor de la herencia, y por tanto, que no está afectado de ella cuando el homicidio es accidental ó de culpa, porque en uno y en otro caso falta la intención deliberada de perpetrarlo, y sólo es el efecto de una desgracia ó de una imprudencia, que excluyen la voluntad deliberada de perpetrarlo.<sup>1</sup>

La segunda causa de incapacidad se funda en la consideración de que el ascendiente, descendiente, cónyuge ó hermano del autor de la herencia rompe los vínculos de afecto y gratitud que lo unen con éste, acusándolo de un delito que merece la pena capital ó la de prisión, cuando por razón de ellos lo exonera la ley de toda responsabilidad penal si guarda silencio y no denuncia al culpable.

Además, es inmoral que esas personas gocen de los bienes de aquel á quien tan grave mal causan haciéndole perder ó poniéndolo en peligro de perder la vida, ó la honra, ó la libertad, y aun sería peligroso permitirles que sucedieran al acusado, porque esa facultad se podría convertir en un medio para heredarlo prematuramente, ó para arrancarle una parte de su fortuna.

La fracción segunda del artículo 3,428 del Código que establece esta causa de incapacidad emplea la palabra *acusación* que no es apropiada para expresar la mente del legislador, sobre todo, desde la vigencia del actual Código de Procedimientos Penales, cuyo artículo 52 sólo reconoce y autoriza para incoar los procesos, dos medios: el de oficio

<sup>1</sup> Laurent, tomo IX, núm. 4; Chabot, loco citato, núm. 4; Poujol, art. 727, número 3; Demolombe, tomo XIII, núm. 230; Aubry y Rau, tomo VI, §593, nota 1; Thiry, tomo II, núm. 311; Huc, tomo V, núm. 43; Leseyller, tomo I, núm. 117; Marcadé, tomo III, núm. 61; Toullier, tomo IV, núm. 106; Delvincourt, tomo II, página 26, nota 1; Durantón, tomo VI, núm. 94; etc., etc.

y el de querrela necesaria, que sólo se requiere en aquellos casos en que se trata de los delitos de calumnia, difamación, adulterio y otros que antiguamente se designaban con el nombre de delitos privados.

La mente del legislador es que exista la causa de incapacidad á que nos referimos, siempre que de cualquiera manera, por denuncia, revelación, querrela, constituyéndose ó no parte civil el heredero, presta motivo para la incoación de un proceso contra el autor de la herencia por delito que merezca pena capital ó prisión.

De los mismos términos en que está redactada la fracción del artículo 3,428 del Código, á la cual nos referimos, se infiere:

I. Que la causa de incapacidad indicada existe solamente cuando el delito imputado al autor de la herencia se castigue con la pena capital ó de prisión, pero no cuando la ley le imponga la de arresto mayor ó menor, la de multa ó cualquiera otra pena:

II. Que tal causa de incapacidad sólo existe respecto de los herederos, descendientes, ascendientes, cónyuge ó hermanos del autor de la herencia; y por tanto, que cualquier otro heredero colateral ó extraño no incurre en la incapacidad si denuncia, revela ó se querrela de delito perpetrado por aquél que se castigue por la ley con las penas de prisión ó de muerte.

Pero la causa de incapacidad á que nos referimos no es absoluta, pues admite excepción cuando el heredero se ve obligado á acusar, denunciar, revelar ó á querrellarse del delito perpetrado por el autor de la herencia para salvar su propia vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, cónyuge ó hermanos; porque no se le puede exigir que lleve su gratitud y abnegación hasta el sacrificio de la propia existencia ó el de la de los seres para él más queridos.

Para concluir estas observaciones, debemos advertir que, á nuestro juicio, la primera de las consecuencias que hemos establecido, y que es perfectamente lógica, nos demuestra que el precepto del cual se deriva no es igualmente justo; porque si bien es cierto que es menor el mal que se causa al autor de la herencia por la imputación de un delito que merece una pena menor que la de prisión, también lo es que la conducta del heredero denunciante del delito demuestra que es indigno del afecto y de la liberalidad de aquél.

A nuestro juicio, el precepto sería perfectamente justo si declarara la existencia de la incapacidad del heredero por la acusación de cualquier delito, aunque sea fundada, contra el actor de la herencia, si éste es su ascendiente, descendiente, su cónyuge ó hermano.

La segunda es igualmente lógica y justa, porque todo ciudadano tiene el indispensable deber de prestar auxilio para la averiguación de los delitos y persecución de los culpables, menos los cónyuges, ascendientes, descendientes ó parientes colaterales de ellos, según lo declara expresamente el artículo 13 del Código Penal.

Por tal motivo, declara el artículo 3,429 del Código Civil, que en el caso de acusación, si el difunto no fuere descendiente, ascendiente ni cónyuge del acusador, es necesario que la acusación sea declarada calumniosa para que exista la incapacidad.<sup>1</sup>

Este precepto nos sugiere las dos observaciones siguientes:

I. Que á nuestro juicio, es incompleta la enumeración que hace de las personas que incurrn en la pena de incapacidad para heredar al establecer la necesidad de que la

<sup>1</sup> Art. 3,292, Cód. Civ. de 1884.

acusación sea declarada calumniosa, porque no incluye á los hermanos enumerados en la fracción II del artículo 3,428 d e Código Civil, juntamente con los ascendientes, descendientes y el cónyuge del autor de la herencia como incapaces para heredar por haber acusado á éste de delito que merezca pena de muerte ó de prisión.

Si los hermanos del autor de la herencia no están obligados por la ley penal á denunciarlo y no incurrn por su silencio en delito alguno, es claro que si lo denuncian cometen una gravísima falta contraria á los vínculos de afecto que deben existir entre los miembros de una misma familia, y que nunca ni por ningún motivo debe ser excusada.

A nuestro juicio, la justicia y la equidad exigen que el hermano que acusa al hermano de delito que merezca pena capital ó prisión, cuando la ley no lo castiga por la ocultación de ese delito, es un infame que ejerce una venganza ú obra movido por alguna otra pasión inmoral, y que, por lo tanto, debe ser incapaz para heredar al presunto delincuente, resulte ó no calumniosa la acusación.

II. Para que exista la incapacidad es necesario que la acusación sea declarada calumniosa, esto es, que una sentencia dictada por el juez ó tribunal competente, declare al absolver al acusado, ó bien á instancia de éste, por acusación formulada contra su acusador, que es culpable del delito de calumnia judicial.

De donde se infiere, que siempre que existe una causa que impide la condenación del acusador, deja de existir la causa de incapacidad á que nos referimos; por ejemplo, si deja pasar el tiempo en que prescribe la acción penal sin acusar al calumniador.

Las causas tercera, cuarta y undécima de incapacidad, se refieren á un mismo hecho: al adulterio del cónyuge, que lo inhabilitan, lomismoque cuando da causa para el divor-

cio, para heredar á la víctima de su impudencia, á sus hijos legítimos y á su cómplice.

Fácil es comprender la razón en que se funda la primera de las causas indicadas; porque es perfectamente inmoral é injusto que el cónyuge adúltero, el que ha dado causa al divorcio, herede á aquel á quien ha afrentado durante su vida, causándole deshonor y lastimándole en el más caro de sus afectos.

En cuanto á la tercera causa, encontramos que la razón que la justifica es más perceptible. ¿Cómo permitir que el cómplice en el adulterio, el que tan grave mal produjo en la familia, pueda heredar á su amante?

¿No sería otorgarle un premio á su inmoral conducta, estableciendo un ejemplo corruptor y de trascendentales consecuencias?

Pero para que proceda la condenación en todos los casos indicados, es absolutamente precisa una condición: que haya sido condenado por el delito de adulterio el cónyuge que sobrevive, y por consiguiente, su cómplice, y que se haya declarado el divorcio por adulterio ó por otro motivo, y hubiere dado causa al divorcio, siempre que la condenación ó la declaración se hayan hecho en vida de aquél á quien se trata de heredar.

La razón es obvia, porque si el cónyuge ofendido no intenta el divorcio, ó no formula su querrela contra el culpable, ó si se desiste de la acusación ó del juicio intentado, se extingue la acción civil ó penal, de manera que ya no le es lícito volver á intentarla, ni la transmite á sus herederos.

El silencio del cónyuge ofendido hace suponer que ignora la ofensa que le inferen el culpable y su cómplice, ó que la perdona; y en uno ó en otro caso, ni la sociedad ni los individuos de la familia de aquél pueden castigar ó pretender el castigo de los culpables.

Además, si todo hombre se presume inocente, mientras no se pruebe lo contrario, según el principio sancionado por el artículo 8º del Código Penal, no se puede tener como adúltero el cónyuge que se dice culpable, ni á su cómplice, sin que haya una declaración judicial, fundada en las pruebas fehacientes de esa culpabilidad.

Tal es el motivo por el cual declara el artículo 3,430 del Código Civil, reproduciendo el principio sancionado por los artículos 262 y siguientes, que cuando la parte agraviada perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido por intestado, si el perdón consta por declaración auténtica ó por hechos indudables.<sup>1</sup>

Antes de pasar al estudio de otras causas de incapacidad, tenemos que hacer dos observaciones acerca de aquellas, que son el objeto de las explicaciones que preceden:

I. Que no todas las causas de divorcio constituyen delitos, y por tanto, que no hace el Código Civil una clasificación apropiada enumerando entre las causas de incapacidad provenientes de delito, el divorcio motivado por el cónyuge supérstite:

II. Que usa de la palabra *cómplice* de una manera impropia, para designar, no al que con actos anteriores, posteriores ó simultáneos favorece al culpable para la comisión del delito ó para aprovecharse de él, sino al amante, al que es objeto de su pasión inmoral, al que comete en su compañía el adulterio, al coautor de ese delito.

En cuanto á la segunda causa, no la encontramos igualmente justificada, por más que se diga que los bienes de los hijos legítimos provienen de la herencia del cónyuge ofendido y que existe la misma razón para que se declare la incapacidad, que cuando se trata de los bienes de éste;

1. Art. 3,293, Cód. Civ. de 1884.

pues desde el momento en que se abre la sucesión los bienes cambian de propietario, y los hijos son, en buen derecho, muy dueños de disponer libremente de ellos, y sin restricción alguna.

Por otra parte, por más que la madre sea culpable hacia su marido, no parece justo ni equitativo que el delito, que ya ha sido castigado por el tribunal competente con la pena respectiva y con la pérdida de todo su poder y de sus derechos sobre las personas y bienes de sus hijos, se castigue además con otra pena, con la relajación de la piedad filial, que obliga á los hijos á abandonar á la madre sin tener derecho para aliviar su miseria, si á ella le ha precipitado su falta.

Finalmente: creemos que esta causa de incapacidad se halla en abierta pugna con los preceptos del mismo Código Civil que imponen á los hijos la obligación de dar alimentos á los padres, pues impide á aquéllos por testamento dejar á la madre culpable una pensión alimenticia, ó instituir la su heredera.

El artículo 3,428 del Código, señala como quinta causa de incapacidad proveniente de delito la exposición de los hijos hecha por el padre ó por la madre; porque es perfectamente inmoral que éstos, autores de uno de los delitos más repugnantes, que consiste en el abandono del hijo, exponiéndole á los mayores peligros, cuando por su tierna edad merece más solícitos cuidados, y sólo por evitarse las molestias y los gastos que demanden ellos, tengan derecho de heredarlos.

En idénticas consideraciones se funda la décima causa de incapacidad, proveniente de la supresión, sustitución ó suposición de infante, pues no parece justo ni moral que herede á éste ó á las personas que haya perjudicado ó intentado perjudicar el autor de esos delitos, sobre todo, si se

atiende á que la herencia se convertiría en una especie de premio ó recompensa de ellos.

Por una consideración semejante señala el Código Civil como sexta causa de incapacidad el delito cometido contra la honra del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres; pero como lo declara expresamente aquél, para que exista tal causa de incapacidad, es preciso la declaración judicial reconociendo la existencia de ese delito, ó lo que es lo mismo, que el culpable haya sido condenado por él.

El Código Civil señala como séptima causa de incapacidad la violencia ejercida con el difunto para que haga, deje de hacer, ó revoque su testamento, porque la violencia es el vicio más profundo que puede afectar á una disposición, supuesto que, como dice Troplong, importa un atentado á esta voluntad libre que debe ser la base de ella; y además, constituye el delito previsto y penado por los artículos 450 y siguientes del Código Penal.<sup>1</sup>

Pero todas las causas de incapacidad que hemos enumerado cesan cuando la parte agraviada perdona al ofensor, por declaración auténtica ó por hechos indudables, pues en tal caso recobra éste el derecho de suceder al ofendido por intestado, según lo declara el artículo 3,430 del Código Civil.<sup>2</sup>

En cuanto á la capacidad para suceder por testamento, sólo se recobra según el artículo 3,431 del mismo Código, si después de conocido el agravio el ofendido instituye heredero al ofensor ó revalida su institución anterior con las mismas solemnidades que se exigen para testar; porque el perdón del ofendido á que equivale el testamento en que instituye heredero á su ofensor borra la causa de incapacidad.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Obra citada, tomo II, núm. 480.

<sup>2</sup> Art. 3,293, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,294, Cód. Civ. de 1884.

Por presunción de influjo contrario á la libertad del autor de la herencia, son incapaces de adquirir por testamento del menor, según el artículo 3,432 del Código, los tutores y curadores, á no ser que sean instituídos antes de ser nombrados para el cargo ó después de la mayor edad de aquél y estando aprobadas ya las cuentas de la tutela.<sup>1</sup>

Esta causa de incapacidad se funda en el temor de que el tutor ó el curador abusen de su influencia para arrancar del menor disposiciones testamentarias en su favor, peligro que existe aún después de que éste llegue á la mayor edad mientras no se le entreguen sus bienes y se le rindan las cuentas de administración; pues la natural impaciencia de entrar en posesión de su fortuna puede convertirse en un medio poderoso para arrancarle liberalidades que cubrirían los abusos cometidos en una mala administración.

Esta incapacidad subsiste, según lo expresa terminantemente el precepto citado, mientras que el tutoreado llega á la mayor edad y son aprobadas las cuentas de la tutela, porque entonces cesa la presunción y el peligro que la motivan; ya no existen en aquél el estado de dependencia á que estaba sujeto respecto de su tutor, y éste carece ya del ascendiente y del influjo que tenía sobre él.

Pothier explica la razón que motiva la extinción de esta causa de incapacidad, diciendo que, cuando se ha producido la cuenta, el menor está plenamente instruído de todos sus derechos, queda acreedor de una suma líquida contra el tutor, que puede exigir de él como de cualquier otro deudor; deja de estar en su dependencia, y por lo mismo debe cesar la incapacidad: de otra manera habría que decir que todos los acreedores están bajo la dependencia de sus deudores.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,295, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Des Donations entre vifs, núm. 38.

En cuanto al curador, se ha establecido la causa de incapacidad á que nos referimos, ya porque algunas veces sustituye al tutor en la administración, ya porque por la ley es el vigilante de los actos del tutor; y si éste incurre en alguna responsabilidad y aquél no la hace efectiva, participa de ella. En una palabra, el menor se halla también en un estado de dependencia respecto de él, y existe además el peligro de que abuse de su influencia para eximirse de ella.

El precepto aludido establece también otra excepción á la incapacidad á que nos referimos, y que tiene lugar cuando el menor otorga el testamento antes de que sea nombrado el tutor ó el curador, pues entonces no existe la causa que da origen á la incapacidad.

Pero hay que advertir, que ésta no comprende á los ascendientes y hermanos del menor, salvo el caso de violencia con éste, para que deje de hacer ó revoque su testamento (art. 3,433, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Esta excepción de la regla que declara la incapacidad, se funda en la consideración de que, los vínculos estrechísimos de parentesco que unen al menor con el ascendiente ó hermano que ejerce la tutela, que le da derecho para heredarlo en caso de intestado, alejan y destruyen por completo la presunción en que aquella regla se funda.

La institución puede explicarse entonces por un motivo justo y honesto, y en tal caso no puede subsistir la presunción creada por la ley, fundándose en la posibilidad de una influencia perniciosa y deshonestas.

Por la misma presunción son también incapaces de heredar por testamento, según el artículo 3,434 del Código Civil, el médico y el ministro de cualquier culto que asistan al testador en la última enfermedad.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,296, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,297, Cód. Civ. de 1884.

El ascendiente que tienen los médicos y los confesores en el ánimo de los enfermos, hacen presumir que la institución no fué dictada por el afecto hacia ellos, sino arrancada por sugestión ó por fraude.

En efecto, la ciencia del médico y la religión de que es representante el sacerdote, les da á uno y otro armas poderosas sobre el ánimo del paciente que espera de ellos su salud temporal y espiritual; y tal influencia es tanto más temible cuanto que, como dice Ricard, la debilidad de aquellos sobre quienes la ejercen se halla ordinariamente reducida á su última extremidad y todo lo esperan de sus auxilios.

Esta causa de incapacidad, como hemos indicado, se funda en la presunción de captación creada por la ley, y como todas las presunciones que sirven de fundamento á ésta para determinar la nulidad de un acto, no admite prueba en contrario. En consecuencia, debemos concluir, que al médico y al ministro del culto contra quienes se solicite la nulidad de la institución no se les puede admitir pruebas que tengan por objeto demostrar que no han ejercido influencia alguna en el ánimo del testador para que los instituyera herederos.

Esta conclusión es perfectamente jurídica, y tiene fundamento en el artículo 761 del Código de Procedimientos de 1872, reproducido por los artículos 705 del de 1880 y 540 del de 1884, que declara expresamente que no se admite prueba contra la presunción legal, cuando el efecto de ella es anular un acto ó negar una acción.

Para que la capacidad indicada exista, es indispensable, según se infiere del precepto que la crea, que concurren las circunstancias siguientes:

I. Que el médico ó el ministro del culto hayan asistido al testador, es decir, que el primero le haya prestado una

serie regular y continua de cuidados ó de prescripciones, y que el segundo se haya encargado de su dirección espiritual.

De donde se infiere que no adolecen de esta incapacidad el médico ó el ministro del culto que se hayan limitado á hacer una ó varias visitas al testador como una manifestación de amistad, ó que le hayan prestado alguno que otro servicio aislado de su profesión ó de su ministerio.

Sin embargo, esta consecuencia, que se deriva de una manera perfectamente lógica de los términos del artículo 3,434 del Código Civil, no es verdadera respecto del ministro del culto, pues el artículo 8.º de la ley Orgánica de las adiciones y reformas constitucionales promulgadas en 14 de Diciembre de 1874, declara expresamente que es nula la institución de herederos y legatarios que se haga en favor de los ministros de los cultos, de sus parientes dentro del cuarto grado civil, y de las personas que habiten con dichos ministros cuando éstos hayan prestado cualquiera clase de auxilios espirituales á los testadores durante la enfermedad de que hubieren fallecido ó hayan sido directores de los mismos.

En consecuencia, debemos establecer que, según el artículo 8.º de la ley Orgánica citada, cuyos preceptos deben prevalecer sobre los del Código Civil, son incapaces de heredar por testamento y para percibir legados, los ministros de cualquier culto que hubieren prestado cualquiera clase de auxilios, aunque no importen la dirección espiritual al testador, durante la enfermedad de que hubiere fallecido.

II. Que la liberalidad se haya hecho en el testamento otorgado durante la última enfermedad del testador, esto es, de aquella que le priva de la existencia.

De la necesidad de la concurrencia de esta circunstancia se infieren las siguientes consecuencias:

1.ª Que la incapacidad no existe si se otorga el testamento antes de que comenzara la enfermedad de que falleció el

testador, porque entonces cesa la causa que da origen á la presunción contraria á la libertad de éste para testar.<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Que tampoco existe la incapacidad si el testador fallece por una causa extraña á su enfermedad, por ejemplo, un incendio ó cualquiera otro siniestro.<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> Que no existe la incapacidad si el testador recobra la salud, porque no siendo la enfermedad mortal, supone la ley que ni el médico ni el sacerdote han podido ejercer sobre aquél la influencia que teme.<sup>3</sup>

Pero el artículo 3,434 del Código que motiva las observaciones que preceden, señala una excepción á la regla que establece, declarando que no tiene aplicación cuando el médico ó el sacerdote que asisten al testador en su última enfermedad, fueren también sus herederos legítimos, «porque en ellos, como dice la Exposición de motivos, cesa la razón de la ley, supuesto el derecho que ésta concede á esas personas en la sucesión.»

En otros términos, en el caso de la excepción propuesta, no existe la presunción de la captación en la cual se funda la incapacidad á que se refiere el artículo 3,434 del Código, supuesto que la liberalidad del testador puede explicarse de una manera natural por el afecto inspirado por el parentesco; y siempre que una disposición se puede explicar por un motivo justo y honesto, no se debe presumir un motivo interesado y deshonesto.

Y aun cuando no pudiera explicarse así, no podría existir tal presunción, porque la ley obliga al testador, bajo el sistema de la herencia forzosa, á instituir á sus herederos legítimos aun contra su misma voluntad; y hasta tal punto es indeclinable para él este deber, que la simple preterición

<sup>1</sup> Laurent, tomo XI, número 342; Demolombe, tomo XVIII, número 544 y siguientes.

<sup>2</sup> Huc, tomo VI, número 103.

<sup>3</sup> Laurent, tom. XI, núm. 342; Huc. loco citato.

de uno de aquéllos bastaría para que el testamento fuera inoficioso.

Pero la ley no ha querido que la incapacidad á que se refieren las explicaciones que precede, queden sin sanción alguna que evite y precava la infracción del precepto que la establece, sino que el artículo 3,435 del Código Civil, declara en los términos más claros y precisos, que el notario que á sabiendas autorice un testamento en que se instituyan herederos al médico ó al ministro de cualquier culto que asistan al testador en su última enfermedad, debe ser privado de oficio; y que el juez á quien se presentare el testamento ha de imponer esa pena de oficio, procediendo de plano, bajo la de suspensión por seis meses, si no lo hiciera así; y por último, que ni sobre la privación ni sobre la suspensión se admitirá recurso alguno en el efecto suspensivo, sino sólo en el devolutivo.<sup>1</sup>

En otros términos: el artículo 3,435 á que nos referimos, tiende á evitar los abusos que los médicos y los ministros de los diversos cultos, pueden cometer por su posición y su influencia sobre la voluntad de los testadores, quitándoles hasta la posibilidad de que se haga constar aquella, arrancada por la captación, en los testamentos; y al efecto impone una pena severa al escribano que á sabiendas otorga un testamento infringiendo el artículo 3,434 del Código Civil, y al juez que no haga efectiva esa pena luego que tenga conocimiento de la infracción, imponiéndola de plano, esto es, sin forma de juicio y aunque no haya instancia de parte interesada ó del Ministerio Público.<sup>2</sup>

Y quiere que en todo caso se hagan efectivas esas penas y en el acto, á cuyo efecto declara que la determinación judicial que las imponga puede ser recurrida por vía de ape-

<sup>1</sup> Art. 3,298, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,297, Cód. Civ. de 1884.

lación, pero que este recurso sólo procede en el efecto devolutivo, pero no en el suspensivo; es decir, que no obstante la apelación, deben hacerse efectivas las penas.

Por presunción de influjo contrario á la verdad ó integridad del testamento, dice el artículo 3,436 del Código Civil, son incapaces de suceder el notario y los testigos que fueren instituídos en aquel en cuyo otorgamiento y autorización hayan intervenido; porque pueden obscurecer, ocultar y aun contrariar enteramente la verdad, falsificando así la voluntad del testador.<sup>1</sup>

La intervención del notario y de los testigos en el otorgamiento de la última voluntad del testador, los pone en aptitud de sustituir ésta por una falsa que redunde en su propio provecho; y como es preciso evitar á toda costa este peligro, y como por otra parte no sería posible llegar á tan laudable fin creando solamente una presunción *juris* que admitiera prueba en contrario, porque sería incidir en el peligro que se trata de evitar, fué preciso crear la presunción *juris et de jure*, que no admite prueba en su contra, según la cual se tiene como una verdad incontestable que el notario y los testigos han ejercido influjo contrario á la verdad ó integridad del testamento en que han intervenido, y la institución hecha á su favor es ineficaz y no produce ningún efecto en derecho.

El artículo 3,437 del Código Civil declara, que, por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por testamento ó por intestado á los habitantes del Distrito ó de la California, los extranjeros que según las leyes de sus países no pueden testar ó dejar por intestado sus bienes á favor de los mexicanos.<sup>2</sup>

La Exposición de motivos da por fundamento de este

<sup>1</sup> Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Art. 3,300, Cód. Civ. de 1884.

precepto la siguiente razón: “El artículo 3,437 exige respecto de los extranjeros la debida reciprocidad; pues no sería justo que tuvieran más derechos que á los mexicanos conceden las leyes de su patria.

La falta de reciprocidad internacional se funda en un principio que ya no aceptan los autores modernos, por ser contrario á los principios que proclaman los adelantos del derecho internacional; no tiene entre nosotros ningún precedente histórico ni jurídico, y por lo mismo, no tiene ninguna explicación que lo justifique.

En efecto, la falta de reciprocidad internacional como causa de incapacidad para heredar, fué tomada de los artículos 726 y 912 del Código Francés, que deben su origen al derecho llamado *d'aubaine*, que consistía en el que tenía el rey de apoderarse de los bienes de los extranjeros que morían; pues no siendo éstos ciudadanos, carecían de la facultad de transmitir sus bienes por sucesión, y por lo mismo, sus herederos no podían sucederles; pero este sistema produjo resultados antieconómicos, pues como decía la iniciativa que produjo la ley de 14 de Julio de 1819 que derogó dichos preceptos, el resultado que se tenía era de tal manera módico, que no podía tomarse en consideración. “El extranjero no se atreve á adquirir bienes de que no puede disponer á su muerte y que no recogerán sus parientes. Si se destruye el obstáculo, adquirirá, y en sus adquisiciones, los capitales que emplee, aumentando la masa y el valor de los nuestros, nos serán mil veces más ventajosos que los vanos provechos de la desherencia y el principio estéril y dañoso, en esta ocasión de la reciprocidad.”

Estas consideraciones motivaron la derogación del derecho *d'aubaine* llamado, con justicia, insensato por Montesquieu, sancionado por los artículos 726 y 912 del Código Francés, copiados en 3,437 del nuestro, que, como hemos dicho an-

tes, no tiene ningún antecedente histórico entre nosotros, y es contrario á la facultad de que debe gozar todo ciudadano de disponer libremente de sus bienes, y á los principios que dominan en la ciencia del derecho internacional moderno, que rechazan el sistema que se apoya en el principio de la reciprocidad, que legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, sustituyendo á la razón del derecho la de la utilidad.<sup>1</sup>

Pero la causa de incapacidad á que nos referimos, no sólo es contraria á los principios del derecho internacional moderno, sino que pugna abiertamente con el artículo 33 de la Constitución Federal que declaró que los extranjeros tienen derecho á todas las garantías otorgadas á los mexicanos, las cuales no sólo comprenden los derechos civiles, sino que son más valiosas que ellos, supuesto que versan sobre la libertad de conciencia, de trabajo, la igualdad ante la ley, etc., etc.;

<sup>1</sup> Refiriéndose Fiore al principio de la reciprocidad, se expresa en los términos siguientes (Derecho Internacional privado, tomo I, edición mexicana de 1894).

“Menos racional es todavía el sistema de reciprocidad sostenido por algunos jurisconsultos y adoptado por algunas legislaciones, como por ejemplo la francesa. Consiste aquél en admitir el favor de una extensión extraterritorial para ciertas leyes, cuando el Estado extranjero concede el mismo beneficio á nuestras leyes en su territorio. Este sistema estaba adoptado en Italia, y ha sido defendido por Roco, uno de los más ilustres jurisconsultos italianos de nuestros tiempos que han escrito acerca de la materia que tratamos. Sin querer nosotros quitar nada del mérito real del docto napolitano, desechamos el sistema que ha sostenido, como poco conforme con los principios de la razón y del derecho. El sistema de la reciprocidad tiende á legítimas represalias jurídicas, á admitir que no solamente el ejercicio de los derechos civiles, sino también el de los naturales puede ser negado á los extranjeros cuando el Estado á que pertenecen niega el ejercicio de los mismos derechos á los nacionales. No desconocemos que en los tiempos en que Roco escribía su libro, el sistema de la reciprocidad era casi una necesidad social. Cuando las represalias y las retorciones estaban consideradas como principios legítimos del derecho público, la reciprocidad tenía su razón de ser en el derecho privado; pero si esto excusa á Roco, que muestra por otro lado el atrevimiento de sus ideales liberales, no legitima sus principios. Basta, efectivamente, con leer algunas de las conclusiones del mismo Roco, para convencerse de la falsedad del sistema. “Si bien nuestras leyes, dice, deben ser indulgentes con los extranjeros no debe creerse que cuando el Estado á que pertenecen nos niega el ejercicio de alguna de las facultades que la naturaleza misma nos concede, no esté permitido practicar lo propio en el reino por represalias. ¿Cómo admitir que los extranjeros pueden heredar en nuestro territorio y disponer de los bienes, si no se nos conce-

y es contraria al artículo 36 de la ley de Extranjería que declara que los extranjeros gozan en la República de los derechos civiles que competen á los mexicanos y de las garantías otorgadas en la sección I del libro I de la Constitución.

Estas razones, que estimamos incontrastables, demuestran que la causa de incapacidad aludida no tiene explicación alguna posible entre nosotros y es anticonstitucional. Tal es el motivo, sin duda, por el cual no tenemos noticia de que alguna vez halla tenido aplicación práctica el precepto que la sanciona.

Por causa de utilidad pública, son incapaces de adquirir bienes raíces, sea por herencia, sea por legado, los ayuntamientos y corporaciones religiosas ó de beneficencia pública de cualquiera clase que sean (art. 3,438, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

de igual facultad en su nación? Este principio legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, sustituyendo á la razón del derecho la de la utilidad.”

“Nosotros, por el contrario, no solamente pensamos que no se puede negar á los extranjeros el ejercicio de los derechos naturales, sino que añadimos que no depende de la voluntad del legislador concederles ó negarles el ejercicio de los derechos que se llaman generalmente civiles. En efecto, no hay duda que el individuo puede ejercer por todas partes sus derechos naturales, exigiendo que se respeten en nombre de la ley natural, que es superior á todas las leyes y que ordena el respeto á la libertad del hombre. En cuanto á los derechos que se llaman comunmente civiles, no pueden todos ser considerados como una concesión de la ley civil. Es verdad que el legislador regula todos los actos jurídicos del hombre, pero éstos no pueden por esto ser considerados todos como una concesión de la ley. Muchos de ellos tienen su razón de ser en derechos anteriores. La ley consigna estos derechos; los reconoce, los determina, regula su ejercicio, los garantiza; pero pasando de la ley escrita á la ley no escrita, que determina la forma y aplicación, no pierden su carácter ni su naturaleza primitiva. No podemos, por lo tanto, admitir que cada soberano posea un poder discrecional, absoluto é ilimitado sobre los extranjeros, y que dependa de su capricho negarles ó concederles derechos civiles. Sostenemos, por el contrario, que ningún soberano puede arbitrariamente privar á los extranjeros de los referidos derechos. Puede haber duda acerca de la ley que debe regularizarlos, pero no respecto de su ejercicio.”

<sup>1</sup> Art. 3,301, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes, á fin de ponerlo en perfecta armonía con el artículo 27 de la Constitución Federal:

“Por causa de utilidad pública son incapaces de adquirir bienes raíces, sea por herencia, sea por legado, las personas morales á quienes prohíbe esta especie de propiedad la Constitución Política de la República.”

Este precepto no es más que la reproducción del contenido en el artículo 27 de la Constitución Federal, que de claró, que ninguna corporación civil ó eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación ú objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad, ó administrar por sí bienes raíces, con la excepción de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio ú objeto de la institución.

Esta misma prohibición se halla contenida en los artículos 14 y 15 de la ley de 14 de Diciembre de 1874, orgánica de las adiciones y reformas constitucionales de 25 de Septiembre de 1873, que declaran: I, que ninguna institución religiosa puede adquirir bienes raíces ni capitales impuestos sobre ellos, con excepción de los templos destinados inmediata y directamente al servicio público del culto, con las dependencias anexas á ellos que sean estrictamente necesarios para ese servicio: II, que las asociaciones religiosas tienen el derecho de recibir limosnas ó donativos que nunca podrán consistir en bienes raíces, reconocimiento sobre ellos, ni en obligaciones ó promesas de cumplimiento futuro, sea á título de institución testamentaria, donación, legado ó cualquiera otra clase de obligación de aquella especie, pues todas serán nulas é ineficaces.

Todos los preceptos citados deben su origen al artículo 25 de la ley de 25 de Junio de 1856, que sancionó la misma prohibición, por una medida política y económica, que tiene por objeto la utilidad pública.

Prescindiendo de los móviles que en política hayan podido dar origen á esa prohibición, que es fuera de propósito examinar aquí, es indudable que tal prohibición es de notoria utilidad, como lo demuestra el preámbulo de la ley de 25 de Junio de 1856, concebido en los términos siguientes: «Considerando que uno de los mayores obstáculos pa-

ra la prosperidad y engrandecimiento de la nación es la falta de movimiento ó libre circulación de una gran parte de la propiedad raíz, base fundamental de la riqueza pública . . . .»

Es decir, que la prohibición á que nos referimos tiene por objeto impedir el estancamiento de la propiedad raíz, que la sustrae de la libre circulación del comercio, mal que se produce necesariamente cuando los bienes inmuebles pertenecen á alguna corporación civil ó religiosa. Tal es el motivo por el cual se dice que la incapacidad á que se refiere el artículo 3,438 del Código Civil, tiene por causa la utilidad pública.

Con motivo de esta incapacidad, y refiriéndose á los casos en que es lícito dejar legados á los establecimientos públicos, esto es, cuando ellos no tienen por objeto bienes raíces, establece el Código Civil varias reglas que vamos á enumerar siguiendo el orden adoptado por éste, no obstante que, á nuestro juicio, no se hallan consignadas en su lugar, supuesto que los preceptos cuyo estudio hemos venido haciendo, se refieren á la capacidad para testar y para heredar: y que tales reglas se refieren á objetos que no tienen conexión con aquéllas, exceptuando la primera.

Tales reglas son las siguientes:

1.<sup>a</sup> El legado que se deje á un establecimiento público, imponiéndole algún gravamen, ó bajo alguna condición, sólo será válido si el Gobierno lo aprueba; porque el gravamen ó la condición pudieran ser contrarios á los intereses de aquél ó á los del público; y en uno y en otro caso resultaría un daño y no un beneficio, lo cual se debe evitar (art. 3,439).<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> El testador es libre para designar persona que administre los capitales impuestos que deje á las corporaciones y establecimientos públicos; por la misma razón por la cual

<sup>1</sup> Art. 3,302, Cód. Civ. de 1884.

todo testador tiene la más amplia facultad para determinar las condiciones bajo las cuales trasmite sus bienes á los herederos que instituye, en virtud del derecho de dominio que tiene sobre ellos (art. 3,441, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

3.<sup>a</sup> Las cantidades que en numerario se dejen á las corporaciones y establecimientos públicos, serán impuestos inmediatamente: y de ellas darán los administradores noticia pormenorizada al Gobierno (art. 3,440, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

La razón es, porque imponiendo los capitales bajo segura hipoteca, se acumulan las rentas de las corporaciones ó establecimientos beneficiados, conservando íntegro el capital.

A propósito de las reglas relativas á la capacidad para heredar, el Código Civil establece las tres siguientes, que rigen los casos en que son instituídos los pobres en general, siguiendo los principios sancionados por la ley 20, tít. 3.<sup>o</sup>, Partida III.

Creemos que tales reglas se hallan fuera de su lugar, y que estarían mejor colocadas entre las que se refieren á los legados; pero prescindiendo de esta consideración, la sanción de tales reglas nos autorizan para establecer que los pobres, sin designación especial de ellos de manera que puedan determinarse, tienen capacidad legal para heredar.

Las reglas á que aludimos son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La disposición hecha á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, aprovecha sólo á los del domicilio del testador en la época de la muerte, si no consta claramente haber sido otra su voluntad (art. 3,442, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

2.<sup>a</sup> La calificación de pobres y la distribución, se harán por la persona que haya designado el testador; en su fal-

1 Art. 3,303, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,304, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,305, Cód. Civ. de 1884.

ta por el albacea, y en falta de éste por el Juez (art. 3,443, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

3.<sup>a</sup> Si es el juez quien hace la calificación y distribución, debe aplicar los fondos á los hospitales ó casas de beneficencia ó educación dependientes del Gobierno (art. 3,444, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

4.<sup>a</sup> La disposición universal ó de una parte alícuota de los bienes que el testador haga en favor de su alma, sin determinar la obra piadosa ó benéfica que quiere que se ejecute, se entenderá hecha en favor de los establecimientos de beneficencia pública (art. 3,445, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Estas reglas no hacen más que interpretar la voluntad del testador, de modo que se cumplan sus sentimientos de piedad y reciban auxilio los más necesitados, dándose preferencia á los de su domicilio; pues como dice Gutiérrez Fernández comentando la ley de Partida antes citada, «parece que quiso significar los de su pueblo, los del lugar donde tenía su domicilio, que habían de inspirarle mayor compasión y de los que podía esperar que honrasen más su memoria: pues el otorgamiento del testamento pudo ser accidental y no supone afición al pueblo en que se hizo; ni un interés particular por sus pobres.»<sup>4</sup>

Es digno de observar que cuando la ley faculta al Juez para calificar y distribuir, no le otorga realmente una amplia facultad de elección, sino que se la limita imponiéndole el deber de hacer la distribución entre los establecimientos de beneficencia ó de educación dependientes del Gobierno, aunque siempre interpretando la voluntad del testador en el sentido más benéfico, que es preferir los que se hallen

1 Art. 3,306, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,307, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,308, Cód. Civ. de 1884.

4 Tomo III, página 282.

asilados en los establecimientos de beneficencia, que por tal circunstancia están imposibilitados de implorar el auxilio de sus semejantes.

Finalmente, por renuncia ó remoción del cargo, son incapaces de heredar por testamento los que nombrados en él tutores, curadores ó albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, ó por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio; pues como dice García Goyena, el que voluntariamente falta á la confianza del testador, no es acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atención al mismo cargo con que se le gravó y honró; y en el caso de ser removidos por sospechosos, son más culpables que en el de excusarse de su encargo (art. 3,446, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero la regla que acabamos de establecer sufre excepción respecto de su primera parte, esto es, con referencia á los albaceas, tutores y curadores que renuncian sus cargos cuando son herederos forzosos, pues en tal caso no se reputan incapaces para heredar la porción que les corresponde por su legítima; y lo mismo debe decirse respecto de aquellos que, desechada por el Juez la excusa que alegaren, hayan servido sus respectivos cargos (art. 3,447, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es perfectamente perceptible, pues en los casos exceptuados cesa el motivo por el cual declaró la ley la incapacidad. En efecto: en el primer caso, el heredero no es instituído en consideración al cargo de albacea, tutor ó curador de que le inviste el testador, sino que percibe su legítima independientemente de la voluntad de éste á quien le impone forzosamente el deber de instituirlo su heredero de determinada porción de sus bienes; y en el segundo caso,

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 70; Art. 3,309, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,310, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la supresión de las siguientes palabras: «á los herederos forzosos en su porción legítima,» para ponerlo en armonía con la institución que sanciona la libre testamentificación.

por el desempeño del cargo impuesto por aquél, el heredero llena la condición implícita bajo la cual fué instituído, y por lo mismo, es acreedor á recibir la recompensa.

Enumeradas y analizadas las diversas causas de incapacidad para heredar establecidas por la ley, que son otras tantas excepciones, pues como hemos dicho antes, la capacidad es la regla general y la incapacidad la excepción; veamos en qué tiempo es preciso que exista aquélla y cuáles son los efectos que produce ésta.

El artículo 3,448 del Código Civil declara que, para que el heredero pueda suceder basta que sea capaz al tiempo de la muerte del autor de la herencia, á diferencia de la ley 22, título 3º, Partida VI, que sólo establecía esta regla respecto de los herederos legítimos y exigía la capacidad de los que no lo eran en la época del otorgamiento de los testamentos, la de la muerte de los testadores y aquella en que se entra en la posesión de la herencia.<sup>1</sup>

El sistema adoptado por el Código es sin duda más filosófico y justo, porque siendo la sucesión un modo de adquirir el dominio, y no trasmitiéndose éste á los herederos sino por la muerte del autor de la herencia, según lo declara expresamente el artículo 3,372 de aquel ordenamiento; es evidente que el simple hecho de que se otorgue el testamento no produce ningún efecto en favor del heredero, y por tanto, que es injusto exigirle que sea capaz de heredar cuando no hereda.<sup>2</sup>

Si este efecto se produce solamente por la muerte del autor de la herencia, justo y lógico es que sólo se exija al heredero que tenga la capacidad requerida por la ley en la fecha en que se verifica aquel acontecimiento.

Si la institución es condicional, se necesita además, se-

<sup>1</sup> Art. 3,311, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,325, Cód. Civ. de 1884.

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.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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.*»<sup>1</sup>

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.).<sup>2</sup>

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-

<sup>1</sup> Tomo IV, pág. 172.

<sup>2</sup> 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.<sup>1</sup>

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.

<sup>1</sup> 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 repùlsa, 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<sup>a</sup> 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.).<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup>

3<sup>a</sup> 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.)<sup>3</sup>

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; Durantón, 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; Durantón, 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<sup>a</sup> 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.)<sup>1</sup>

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<sup>a</sup> 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.)<sup>2</sup>

1 Art. 3,318, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,317, Cód. Civ. de 1884.

La razón es clara, porque si conservara el usufructo sobre los bienes que forman la herencia para la cual es incapaz, se anularían los efectos de ésta, supuesto que conservaría el goce pleno de ellos.

Los casos á que se refiere la prohibición contenida en la regla anterior, son los siguientes:

I. Cuando se instituyere herederos á los hijos que tuviere ó pudiere tener el incapaz:

II. Cuando por la incapacidad del heredero sean llamados sus herederos á la herencia:

III. Cuando el padre deje la parte libre de sus bienes á su hijo, que resulta incapaz, con la carga de transferirlos al hijo ó hijos que tenga ó que tuviere.

6ª La incapacidad no priva de los alimentos que por la ley corresponden, sino en los casos de las fracciones I, II, III, VI, VII, VIII y XI del artículo 3,428 (art. 3,456, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Creemos que esta regla, que se funda en una consideración de equidad y de justicia, porque es contrario á las exigencias de ellas que se obligue á las personas gravemente ofendidas por el incapaz, que ha atentado contra su vida, su honra y su libertad, tengan el deber de alimentarlo, estaría mejor redactada, y por consiguiente, sería más fácilmente comprensible si declarara que fuera de los casos comprendidos en las fracciones IV, V, IX y X del artículo 3,428 del Código, la incapacidad produce el efecto de privar al incapaz del derecho de percibir los alimentos que por la ley le corresponden.

En otros términos: la regla sería más clara expresando en la forma siguiente el principio que sanciona: "La incapacidad produce el efecto de privar al incapaz del derecho de percibir los alimentos que por la ley le corresponden,

<sup>1</sup> Art. 3,319, Cód. Civ. de 1884.

menos en los casos previstos por las fracciones IV, V, IX y X del artículo 3,428."

Como es de verse por la lectura de los preceptos contenidos en esas fracciones, los casos de excepción son aquellos en que se produciría la relajación de la piedad filial, si se obligara á los hijos á abandonar á los padres, sin tener derecho para aliviar su miseria.

La acción para obtener la declaración de incapacidad del instituido para heredar al difunto no es perpetua, de manera que se pueda ejercitar en cualquier tiempo, sino que debe intentarse desde el momento en que se abre la sucesión, porque no se puede excluir de ella al incapaz antes de que haya herencia; pero tal ejercicio está limitado por la ley al período de cinco años, contados desde aquel en que esté en posesión de la herencia ó legado (art. 3,458, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

En otros términos: la acción prescribe á los cinco años, contados de la manera indicada, y por lo mismo, si el incapaz entra en la posesión de los bienes, hay que ejercitar la acción de petición de la herencia fundada en la causa de incapacidad en que aquél hubiere incurrido.

El límite que la ley señala al ejercicio de la acción para obtener la declaración de caducidad, se funda en las mismas consideraciones que la prescripción en general; el interés público que no permite que permanezca incierto el dominio indefinidamente.

Si los herederos del incapaz son ó no también incapaces para heredar al autor de la herencia, es cuestión en que nos ocuparemos al tratar del derecho de representación.

7ª El que herede en el lugar del excluido, tiene las mismas cargas y condiciones que legalmente se habían puesto á aquél; porque de otra manera se contrariaría la voluntad

<sup>1</sup> Art. 3,321, Cód. Civ. de 1884.

del testador que quiso que su heredero percibiera la herencia mediante el cumplimiento de ciertas cargas y condiciones (art. 3,453, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Pero esto se entiende, como antes hemos indicado, respecto de los herederos voluntarios, únicos á quienes permite la ley que se les grave con cargas y se les impongan condiciones.

Respecto de los terceros que contratan con el incapaz sobre alguno ó algunos de los bienes hereditarios, el artículo 3,459 del Código Civil, establece solamente la regla que á continuación expresamos.<sup>2</sup>

Si el que entró en posesión de la herencia y la perdió después por incapacidad, hubiere enajenado ó gravado el todo ó parte de los bienes, antes de ser citado en juicio de interdicción, y aquel con quien contrató hubiere tenido buena fe, el contrato subsistirá.

Esta regla se funda en una consideración perfectamente justa, porque hasta el momento en que se pronuncia la sentencia que reconoce y declara la existencia de la causa de incapacidad, el incapaz tiene la cualidad de heredero, era propietario de los bienes hereditarios, y por consiguiente, tenía la facultad más amplia de disponer de ellos. Además, como la incapacidad es una pena, no puede trascender hasta los terceros contratantes de buena fe, sin cometerse una notoria injusticia.

Sin embargo, la ley no quiere que se haya pronunciado la sentencia declarando la incapacidad del heredero para que se suspenda la buena fe del tercero que contrata con él, sino que declara, aunque no en términos muy claros, que tal efecto se produce por el solo hecho de iniciarse el juicio respectivo.

<sup>1</sup> Art. 3,316, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,322, Cód. Civ. de 1884.

Tal vez parezca que hay injusticia en tal declaración, porque la iniciación del juicio no tiene la misma publicidad que la sentencia, y por lo mismo, no se puede imputar al tercero contratante una ignorancia culpable de tal hecho; pero si la ley no estuviera concebida en los términos indicados, se daría lugar á que el heredero incapaz burlara los derechos de los herederos legítimos, para lo cual le bastaría enajenar los bienes hereditarios durante el curso del juicio.

Por otra parte, el tercero debe investigar la condición del heredero con quien contrata, y si no lo hace debe imputarse á sí mismo las consecuencias en virtud de la regla que dice: «*Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditioni ejus.*»

Hay que lamentar que la regla á que aludimos esté redactada en términos tan deplorables, que impiden que á primera vista se comprenda que lo que quiere decir es, que cuando alguna persona contrata de buena fe con el heredero incapaz sobre los bienes hereditarios, antes de que se promueva el juicio sobre incapacidad, que, como hemos dicho antes, se inicia deduciendo la acción de petición de herencia, subsiste el contrato no obstante la incapacidad del heredero que le obliga á restituir los bienes hereditarios.

Pero no es este el único defecto de que adolece la regla indicada, porque emplea una palabra impropia entre sus términos, llamando *juicio de interdicción* al que tiene por objeto que se declare la incapacidad del heredero instituído para heredar los bienes del testador, como si se tratara del juicio que tiene por objeto declarar la menor edad ó la demencia de alguno, siendo así que son cosas absolutamente distintas este juicio y el que tiene por objeto la petición de la herencia, fundado en que el heredero ha incurrido en una de las causas que conforme á la ley lo hacen incapaz, ó más bien dicho, indigno de heredar.

Así, pues, las palabras *juicio de interdicción* son impropias é inadecuadas y se han empleado en lugar de estas otras, *juicio respectivo*, ó bien, *juicio de petición de la herencia*.

Pero si el contrato celebrado por el heredero incapaz con un tercero de buena fe en las condiciones indicadas subsiste, esto no quiere decir que queden burlados los derechos de los herederos legítimos, pues expresamente declara el artículo 3,459 del Código, que sanciona la regla que motiva las anteriores observaciones, que en tal caso el heredero incapaz está obligado á indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios. Es decir, que está obligado á pagar con sus bienes propios la disminución que hayan sufrido los bienes hereditarios, con motivo del contrato que celebró con el tercero de buena fe.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,322, Cód. Civ. de 1884.

## LECCION TERCERA.

### DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

#### I.

##### DE LA LEGÍTIMA Y DE LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS.

En la primera lección de este tratado dimos la definición de la herencia, diciendo con el artículo 3,364 del Código Civil, que es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.<sup>1</sup>

Pues bien, de esta definición podemos deducir la de heredero y, en consecuencia, establecer que es aquél que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

La calidad de heredero, como dice muy bien Escriche, no puede tener otro origen que la voluntad del hombre ó la disposición de la ley; de donde proviene la distinción general de herederos que hacen los autores en *testamentarios y legítimos ó ab-intestato*.<sup>2</sup>

Los herederos testamentarios se subdividen en *forzosos ó necesarios*, y *voluntarios y extraños*.

<sup>1</sup> Art. 3,227, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Vº Heredero.

Así, pues, las palabras *juicio de interdicción* son impropias é inadecuadas y se han empleado en lugar de estas otras, *juicio respectivo*, ó bien, *juicio de petición de la herencia*.

Pero si el contrato celebrado por el heredero incapaz con un tercero de buena fe en las condiciones indicadas subsiste, esto no quiere decir que queden burlados los derechos de los herederos legítimos, pues expresamente declara el artículo 3,459 del Código, que sanciona la regla que motiva las anteriores observaciones, que en tal caso el heredero incapaz está obligado á indemnizar al legítimo de todos los daños y perjuicios. Es decir, que está obligado á pagar con sus bienes propios la disminución que hayan sufrido los bienes hereditarios, con motivo del contrato que celebró con el tercero de buena fe.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,322, Cód. Civ. de 1884.

## LECCION TERCERA.

### DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

#### I.

##### DE LA LEGÍTIMA Y DE LOS TESTAMENTOS INOFICIOSOS.

En la primera lección de este tratado dimos la definición de la herencia, diciendo con el artículo 3,364 del Código Civil, que es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.<sup>1</sup>

Pues bien, de esta definición podemos deducir la de heredero y, en consecuencia, establecer que es aquél que sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

La calidad de heredero, como dice muy bien Escriche, no puede tener otro origen que la voluntad del hombre ó la disposición de la ley; de donde proviene la distinción general de herederos que hacen los autores en *testamentarios y legítimos ó ab-intestato*.<sup>2</sup>

Los herederos testamentarios se subdividen en *forzosos ó necesarios*, y *voluntarios y extraños*.

<sup>1</sup> Art. 3,227, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Vº Heredero.

Son herederos forzosos aquellos que no pueden ser excluidos de la herencia por el testador sin causa legal, ó lo que es lo mismo, aquellos á quienes el testador tiene obligación indeclinable, impuesta por la ley, de instituirlos sus sucesores en determinada porción de sus bienes. Tales son los ascendientes y descendientes del testador, sin limitación de grados.

A esa porción de bienes se llama *legítima*, porque está determinada por la ley.

Las definiciones que preceden, están reproducidas en los artículos 3,460 y 3,461 del Código Civil; pues el primero dice, que legítima es la porción de bienes destinada á los herederos en línea recta, ascendientes ó descendientes, que por esta razón se llaman forzosos; y el segundo, que el testador no puede privar á sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados en la ley.<sup>1</sup>

En los primeros tiempos del derecho Romano no se conocía la legítima, que fué introducida posteriormente y limitada por Justiniano en la Novela 118 al tercio de los bienes del testador, siendo cuatro ó menos los hijos, y á la mitad cuando eran cinco ó más.

La legislación española también permitió la libre testamentifacción, pero las leyes de las Partidas, que siguieron el sistema adoptado por Justiniano, establecieron la legítima forzosa, que amplió á los cuatro quintos de los bienes del testador la ley 1<sup>a</sup>, tít. 5<sup>o</sup>, lib. IV del Fuero Juzgo, reproducida por la ley 9<sup>a</sup>, tít. 5<sup>o</sup>, lib. III del Fuero Real, que fué aclarada por la ley 28 de Toro, que es la 8<sup>a</sup>, tít. 20, lib. X de la Recopilación.

El Código Civil ha seguido el mismo sistema; pues en el artículo 3,463 declara, que la legítima consiste en las cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo deja des-

<sup>1</sup> Véase el Apéndice núm. 1.

endientes legítimos ó legitimados. Pero difiere de nuestra antigua legislación en cuanto se refiere á los hijos naturales y á los espurios, pues el mismo precepto declara que la legítima de los primeros consiste en dos tercios, y en la mitad la de los espurios.<sup>1</sup>

Se llaman herederos voluntarios ó extraños á aquellos á quienes nombra libremente el testador, ó lo que es lo mismo, á aquellos individuos á quienes éste instituye sin estar obligado á ello.

Antes de seguir adelante conviene advertir, que la institución de la legítima ha sido victoriosamente combatida como antieconómica y contraria al derecho de propiedad, que, como absoluto, debe comprender también la facultad de disponer libremente de los bienes por testamento; y se ha dicho también que es atentatoria á la autoridad paterna y un obstáculo para el desarrollo de la cultura y de la industria en grande escala á causa de la división de las propiedades que la legítima hace necesaria periódicamente.

Como sería fuera de propósito y extraño al carácter de estos estudios, la crítica de la institución de la legítima, nos limitamos á manifestar que la experiencia ha demostrado, en el período de diez y seis años que lleva de sancionada entre nosotros la libre testamentifacción por el Código Civil de 1884, la bondad de ella, y que está muy lejos de ser el origen de los males que le atribuyen los defensores obsecados de la legítima.

Esta, según el artículo 3,462 del Código Civil, no admite gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie, por la misma razón, por la cual el testador no puede privar á sus herederos de ella, pues equivale á privarlos de ella, imponerles gravámenes que disminuyeran su importe

<sup>1</sup> El art. 3,463 del Cód. de 1870 fué suprimido en el de 1884, por ser contrario á la libertad de testar.

ó subordinarla á las contingencias y eventualidades de una condición que podría no verificarse. Los herederos son, bajo el sistema de la legítima y forzosa, acreedores de ella, y nunca ha tenido el deudor derecho para imponer condiciones para efectuar el pago.<sup>1</sup>

Adoptada por el Código Civil de 1870 la institución de la legítima, y habiendo declarado que la de los descendientes consiste en las cuatro quintas partes de los bienes, si el testador sólo deja descendientes legítimos ó legitimados; en dos tercios, si sólo deja hijos naturales, y en la mitad si sólo deja hijos espurios, surgió la necesidad de establecer las reglas siguientes, que determinan la manera de repartir la legítima, cuando concurren simultáneamente hijos de las especies indicadas.

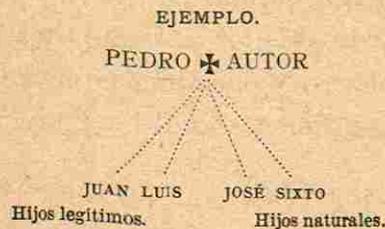
1ª Si el testador tuviere hijos legítimos ó legitimados é hijos naturales, se considerará como legítima de todos ellos las cuatro quintas partes de los bienes; pero al distribuirse éstas entre los mencionados hijos, se deducirá de la porción divisible que corresponda á los naturales, un tercio que acrecerá á la divisible entre los legítimos y no al quinto del que el padre puede disponer. (art. 3,463, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

1 El art. 3,462 fué suprimido en el de 1864, por ser contrario á la libertad de testar.

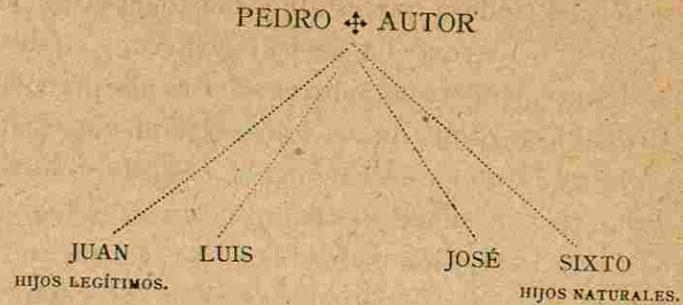
2 Ley 4, tít. I, lib. 5 D., y art. 3,596, Cód. Civ. de 1884.

Reformado este precepto en los términos siguientes para ponerlo en armonía con la libertad de testar:

«Cuando concurren descendientes legítimos ó legitimados con naturales reconocidos, la división se hará deduciendo de la porción que correspondería á los naturales si se hiciera por partes iguales, un tercio que acrecerá á la divisible entre los legítimos.



EJEMPLO.



Pedro, al morir, deja un capital de	\$ 15,000.00
La parte disponible del padre será	\$ 3,000.00
Los 12,000 pesos restantes se distribuirán ficticiamente entre los cuatro hijos, y tocará á cada uno 3,000; pero rebajando 1,000 de la porción de cada uno de los naturales recibirán entrambos . . .	\$ 4,000.00
Agregando los 2,000 que se dedujeron de la porción de los naturales, á los 6,000 divisibles entre los legítimos, recibirá cada uno de éstos 4,000 y entrambos . . .	\$ 8,000.00
Igual . . . . .	\$ 15,000.00    \$ 15,000.00

Pedro, al morir, deja un capital de . . . . . \$ 12,000.00  
y cuatro hijos: dos legítimos ó legitimados, Juan y Luis  
y dos naturales, José y Sixto.

La distribución se hará ficticiamente entre los cuatro hijos y tocará á cada uno \$ 3,000; pero rebajando los \$ 1,000 de la porción de cada uno de los naturales, recibirán entrambos . . . . . \$ 4,000.00

Agregando los \$ 2,000 que se dedujeron de la porción de los naturales á los \$ 6,000 divisibles entre los legítimos, recibirán cada uno de éstos \$ 4,000, y entrambos . . . . . \$ 8,000.00

Igual . . . . . \$ 12,000.00    \$ 12,000.00

Este precepto y los que siguen, fueron eliminados del título correspondiente á

Este ejemplo, que hemos copiado literalmente del artículo 3,463 del Código que establece la regla á que aludimos, demuestra que en ella se ha hecho una aplicación práctica del precepto contenido en el artículo precedente, según el cual la legítima de los hijos naturales consiste en los dos tercios. En otros términos, ha querido cohonestar los derechos de tales hijos en concurrencia con los legítimos, de manera que la división de los bienes se acerque en cuanto sea posible á la regla contenida en dicho precepto.

Refiriéndose la Exposición de motivos á la regla aludida, se expresa en los términos siguientes: «Cuando concurren las dos primeras clases (hijos legítimos y naturales), parece á primera vista que lo más natural es señalar una parte fija á los hijos naturales; mas por pequeña que sea, siempre tendrá el inconveniente de ser alguna vez mayor que la cuota de los legítimos, cuando éstos son más en número que los naturales. Supongamos que á éstos se asignara la décima parte de los cuatro quintos. Si éstos importan treinta y hay nueve hijos legítimos y uno natural, tocarán á éste tres y tres también á cada uno de los legítimos, lo cual es injusto. Pero si supone que los últimos son diez, su parte será de dos sesenta, esto es, menos que la del hijo natural: la injusticia es más palpable si se aumenta el número de los hijos legítimos ó la cuota que deba corresponder á los naturales.»

«Ahora bien; en el sistema adoptado nunca puede llegar el caso; porque dividiéndose los bienes entre todos los hijos, la deducción que debe hacerse después á la cuota de los naturales, aumenta siempre en una tercia parte el haber

la legítima forzosa, trasladados al que trata de la sucesión legítima, porque en ésta se presume que el autor de la herencia habría sujetado su disposición testamentaria á las reglas que establece el Código fundado en la presunción de mayor afecto que todos los hombres tienen generalmente por los hijos legítimos que por los habidos fuera de matrimonio.

de los legítimos. En el ejemplo puesto, el hijo natural tendría dos y los nueve legítimos se repartirían el tercio deducido.»

Del pasaje de la Exposición de motivos que hemos transcrito, se deduce claramente que la intención del legislador ha sido establecer una palpable diferencia entre los hijos legítimos y los naturales, concediéndoles á éstos menores derechos cuando concurren como herederos; y ha procedido así en odio á las uniones ilegítimas, y para que los hombres se abstengan de ellas por amor á sus hijos y por el mal que les causan, ó para que legitimen esas uniones mediante la celebración de matrimonios bajo el amparo de la ley.

2<sup>a</sup> Concurriendo hijos legítimos con espurios, la legítima de los cuatro quintos pertenece exclusivamente á los primeros; y los segundos sólo tienen derecho á alimentos, que se sacarán del quinto libre del autor de la herencia, y en ningún caso pueden exceder de la cuota que correspondería á los espurios si fueran naturales (art. 3,465, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Esta regla se funda en las mismas consideraciones que la anterior, y ha tenido por objeto establecer la conveniente distinción entre los hijos legítimos y los espurios, en odio á las uniones ilegítimas y para evitarlas en cuanto fuere posible, y porque tales hijos son el fruto de una conducta perfectamente inmoral.

3<sup>a</sup> Concurriendo hijos naturales con espurios, consiste la legítima de todos en dos tercios de los bienes; pero al practicarse la división, se deducirá de la parte que corresponde á los espurios una mitad, que acrecerá á la porción

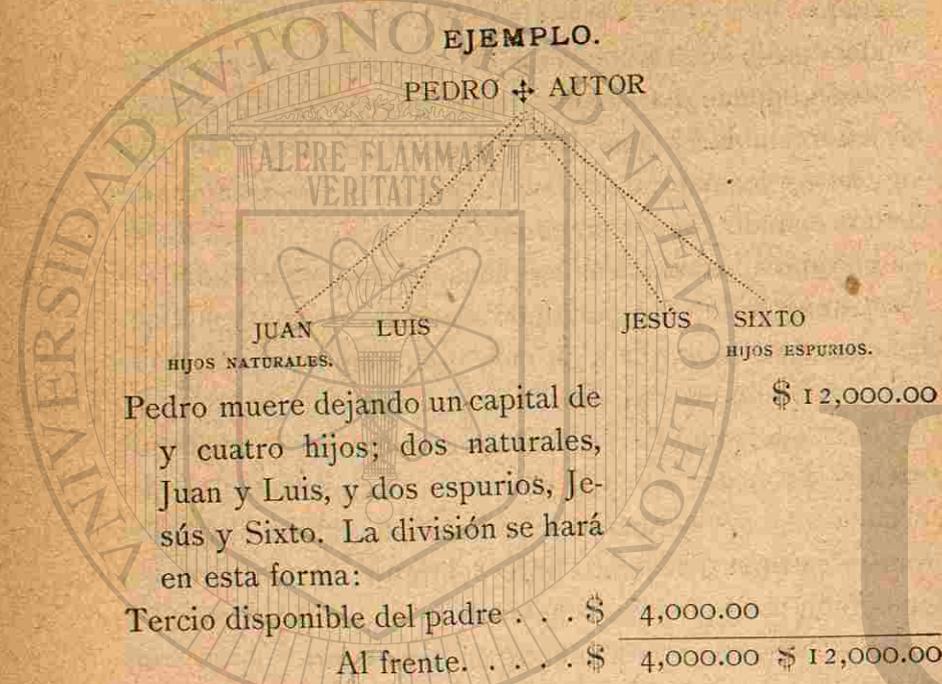
1 Reformado por el art. 3,597 del Código de 1884, en los términos siguientes: «Concurriendo descendientes legítimos con espurios, éstos sólo tendrán derecho á alimentos que en ningún caso podrán exceder de la cuota que les correspondería si fueran naturales.»

Ley I, tit. 8. Partida VI.

divisible entre los naturales, y no al tercio de libre disposición (art. 3,466, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

EJEMPLO.

PEDRO + AUTOR



Pedro muere dejando un capital de y cuatro hijos; dos naturales, Juan y Luis, y dos espurios, Jesús y Sixto. La división se hará en esta forma:

\$ 12,000.00

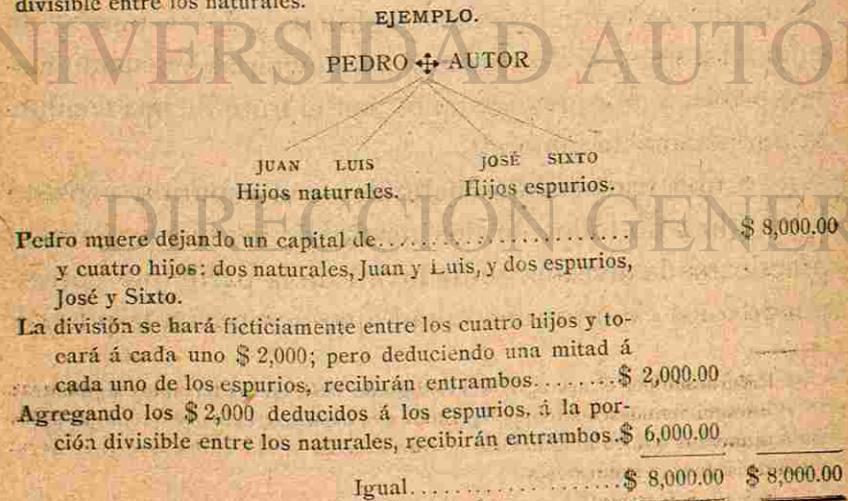
Tercio disponible del padre . . .	\$ 4,000.00	
Al frente. . . . .	\$ 4,000.00	\$ 12,000.00

1 Art. 3,598, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Concurriendo descendientes legítimos con espurios, la división se hará deduciendo de la parte que corresponde á éstos una mitad que acrecerá á la porción divisible entre los naturales.»

EJEMPLO.

PEDRO + AUTOR



Pedro muere dejando un capital de \$ 8,000.00 y cuatro hijos: dos naturales, Juan y Luis, y dos espurios, José y Sixto.

La división se hará ficticiamente entre los cuatro hijos y tocará á cada uno \$ 2,000; pero deduciendo una mitad á cada uno de los espurios, recibirán entrambos. . . . . \$ 2,000.00

Agregando los \$ 2,000 deducidos á los espurios, á la porción divisible entre los naturales, recibirán entrambos. \$ 6,000.00

Igual. . . . .	\$ 8,000.00	\$ 8,000.00
----------------	-------------	-------------

Del frente. . . . .	\$ 4,000.00	\$ 12,000.00
División ficticia de los dos tercios restantes entre los cuatro hijos, quedará para cada uno 2,000; pero rebajando á cada uno de los espurios la mitad, recibirán entrambos. . . . .	\$ 2,000.00	
Agregando los 2,000 deducidos á los espurios, á la porción divisible entre los naturales, recibirán entrambos. . . . .	\$ 6,000.00	
Igual. . . . .	\$ 12,000.00	\$ 12,000.00

4ª La legítima de los descendientes de segundo ó ulterior grado, es la que debería corresponder á la persona á quien representen; siendo de advertir que los descendientes de los hijos naturales y espurios no gozan del derecho de representación, sino cuando son legítimos ó legitimados (arts. 3,467 y 3,864, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Esta regla demanda algunas explicaciones que reservamos para el estudio de la sucesión legítima, en la parte que se refiere al derecho de representación y á la sucesión de los descendientes, limitándonos por ahora á decir que el derecho de representación es el que corresponde á los parientes de una persona, para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar (art. 3,852 Cód. Civ.)<sup>2</sup>

1 Arts. 3,594 y 3,595, Cód. Civ. de 1884. Reformados en los términos siguientes:

«Art. 3,594. Si quedaren hijos y descendientes, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes.»

«Art. 3,595. Los descendientes de los hijos naturales y espurios no gozan el derecho de representación sino cuando son legítimos ó legitimados.»

2 Art. 3,583, Cód. Civ. de 1884.

Cuando el autor de la herencia no tiene hijos al tiempo de su muerte, le suceden sus padres cuya legítima consiste según el artículo 3,468 del Código Civil, en dos tercios de la herencia; pero si sólo tuviere ascendientes de otros grados, la legítima de éstos consiste en la mitad de los bienes, según el artículo 3,469 del mismo ordenamiento.<sup>1</sup>

Fácil es comprender que en la designación de la legítima de los ascendientes, el legislador ha tenido en cuenta, ya el afecto del autor de la herencia, que es menor para sus ascendientes que para sus hijos, ya que aquéllos necesitan menos, por regla general, de los auxilios del testador.

Esas consideraciones se expresan en la Exposición de motivos en las siguientes palabras: «El principio de la Comisión fué dar parte en la herencia á todos los individuos que forman la familia, teniendo en consideración no sólo los sentimientos naturales del hombre, sino sus deberes sociales, la cualidad de los vínculos domésticos, la edad de las personas, el respeto debido al matrimonio y el interés público.»

El Código Civil prevé los casos de concurrencia de alguno de los descendientes con los ascendientes, y establece las reglas á que se refiere la Exposición de motivos en los siguientes conceptos: «Respecto de los ascendientes, se procuró combinar su interés con el de los hijos, atendiendo, ya á la clase á que éstos pertenezcan, ya al grado en que aquéllos se encuentren. Así cuando hay hijos legítimos, los ascendientes, de cualquier grado que sean, sólo tendrán los alimentos; porque la ley debe otorgar á aquéllos la mayor protección, y porque no es probable que éstos se consideren perjudicados, tratándose de individuos de su propia familia, con quienes acaso han vivido y á quienes por lo común profesan el amor más tierno. Mas cuando concurren con hijos

<sup>1</sup> Suprimido el art. 3,469 del Cód. de 1870 en el de 1884.

naturales ó espurios, cesan en gran parte esas consideraciones porque la unión no es tan íntima: por lo mismo se ha distinguido la concurrencia de los padres de la de los otros ascendientes, estableciendo reglas equitativas, y que no lastiman los derechos de la sangre y combinan los intereses.»

Las reglas cuya explicación hace el pasaje transcrito de la Exposición de motivos son las siguientes:

1<sup>a</sup> Concurriendo ascendientes de cualquier grado con hijos legítimos, las cuatro quintas partes pertenecerán exclusivamente á los hijos, y los ascendientes sólo tendrán derecho á alimentos, que se sacarán del cuerpo de la herencia; pero sin que en ningún caso puedan exceder de la porción de uno de los hijos (art. 3,470, Cód. Civ).<sup>1</sup>

2<sup>a</sup> Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos naturales, consistirá la legítima de unos y otros en dos tercios de la herencia, que se dividirá por partes iguales entre los descendientes y ascendientes, considerando á los últimos como á una sola persona (art. 3,471, Cód. Civ).<sup>2</sup>

#### EJEMPLO.



<sup>1</sup> Art. 3,600, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Concurriendo hijos legítimos con ascendientes, éstos sólo tendrán derecho á alimentos, que en ningún caso podrán exceder de la porción de uno de los hijos.»

<sup>2</sup> Art. 3,601, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Concurriendo hijos naturales con ascendientes de primer grado, la división

Antonio, autor de la herencia, muere dejando vivos á sus padres Luis y María, y dos hijos naturales, Pedro y Ana, y un caudal de . . . . . \$

18,000.00

Que se dividirá en esta forma:

Tercio disponible del autor de la herencia . . . . . \$	6,000.00	
Porción de Pedro . . . . . \$	4,000.00	
Idem de Ana . . . . . \$	4,000.00	
Idem de los padres Luis y María, que se dividirán entre sí por partes iguales, llevando cada uno 2,000 . . . . . \$	4,000.00	
Igual . . . . . \$	18,000.00	\$ 18,000.00

3ª Concurriendo ascendientes de segundo ó ulterior gra-

se hará por partes iguales, considerando á los ascendientes, cuando fueren varios, como una sola persona. »

EJEMPLO.

LUIS Padres MARÍA

ANTONIO + AUTOR

PEDRO Hijos naturales ANA

Antonio, autor de la herencia, muere dejando vivos á sus padres, Luis y María, y dos hijos naturales, Pedro y Ana, y un caudal líquido de . . . . . \$

12,000.00

Que se dividirá en esta forma:

Porción de Pedro . . . . . \$	4,000.00	
Porción de Ana . . . . . \$	4,000.00	
Porción de los padres Luis y María, que dividirán entre sí por partes iguales, llevando cada uno \$2,000 . . . . . \$	4,000.00	
Igual . . . . . \$	12,000.00	\$ 12,000.00

do con hijos naturales, consistirá la legítima de los hijos en dos tercios de la herencia; y los ascendientes sólo tendrán derecho á alimentos, que se deducirán del tercio, de libre disposición (art. 3,472, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

4ª Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos espurios, serán legítima de unos y otros dos tercios de la herencia; pero al practicar la división, se deducirá de la porción divisible entre los hijos una mitad, que acrecerá á la porción divisible entre los ascendientes y no al tercio de libre disposición (art. 3,473, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

EJEMPLO.

LUIS PADRES MARÍA

ANTONIO + AUTOR

PEDRO HIJOS ESPURIOS MARTA

1 Art. 2,602, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

« Concurriendo hijos naturales con ascendientes de segundo ó ulterior grado, éstos sólo tendrán derecho á alimentos que no podrán exceder en ningún caso de la parte que corresponda á cada hijo. »

2 Art. 3,603, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

« Concurriendo ascendientes del primer grado con hijos espurios, la división se hará deduciendo de la porción divisible entre los hijos, una mitad que acrecerá á la porción divisible entre los ascendientes, quienes serán considerados como una sola persona. »

EJEMPLO.

LUIS Padres MARÍA

ANTONIO + AUTOR

PEDRO Hijos espurios MARTA

Antonio, autor de la herencia, muere dejando vivos á sus padres Luis y María, y un capital de . . \$ 18,000.00

Se hará la división de este modo:

Tercio disponible del autor de la herencia . . . . . \$ 6,000.00

Porción de cada uno de sus hijos, deducida una mitad, lo que produce para ambos . . . . . \$ 4,000.00

Agregada la parte deducida 4,000 á los 4,000 divisibles entre los padres, tendrá cada uno de éstos 4,000, y entrambos . . . . \$ 8,000.00

---

Igual . . . . \$ 18,000.00 \$ 18,000.00

5ª Concurriendo ascendientes de segundo ó ulterior grado con hijos espurios, será la legítima de todos la mitad de la herencia, la cual se dividirá por partes iguales entre los ascendientes y los hijos, considerándose aquéllos como una sola persona (art. 3,474, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

6ª Concurriendo ascendientes de cualquier grado con hijos legítimos y naturales, se debe observar lo dispuesto

Antonio, autor de la herencia, muere dejando vivos á sus padres Luis y María, y dos hijos espurios, Pedro y Marta, y un caudal líquido de . . . . . \$12,000.00

Que se dividirá en esta forma:

Porción de cada uno de los hijos (\$4,000) deducida una mitad (\$2,000), lo que produce para entrambos . . . . \$ 4,000.00

Agregados los \$4,000 deducidos á los \$4,000 divisibles entre los padres, tendrán cada uno de éstos \$4,000, y entrambos \$8,000 . . . . . \$ 8,000.00

---

Igual . . . . . \$ 12,000.00 \$ 12,000.00

1 Art. 3,604, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:  
 «Concurriendo hijos espurios con ascendientes de segundo ó ulterior grado, la división se hará por partes iguales, considerándose los ascendientes como una sola persona.»

en el artículo 3,464 del Código, y los ascendientes sólo tendrán derecho á alimentos, que se sacarán del cuerpo de la herencia (art. 3,475, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

En otros términos: la legítima en el caso á que se refiere la regla anterior, consiste en cuatro quintas partes de los bienes; pero al distribirse entre los hijos se debe deducir de la porción que corresponde á los naturales un tercio que debe acrecer á la de los legítimos; y los ascendientes sólo tienen derecho á alimentos.

7ª Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos naturales y espurios, la legítima de unos y otros será de dos tercios de la herencia; pero al practicar la división, se deducirá de la parte correspondiente á los espurios, una mitad que acrecerá á la porción divisible entre los ascendientes y los hijos naturales (art. 3,476, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

EJEMPLO.



Juan, al morir deja vivos á sus padres Pedro y Marta y cuatro hijos, dos naturales, José y Luis,

1 Art. 3,605, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:  
 «Concurriendo hijos legítimos y naturales con ascendientes de cualquier grado, se observará lo dispuesto en el art. 3,596, y los ascendientes sólo tendrán derecho á alimentos conforme al art. 3,600.»

2 Art. 3,606, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:  
 «Concurriendo ascendientes de primer grado con hijos naturales y espurios,

y dos espurios, Sixto y Mauro, y un capital divisible de . . . \$ 30,000.00

Se procederá á la repartición en esta forma:

Tercio disponible del autor de la herencia . . . . .	\$ 10,000.00	
Porción ficticia de cada uno de los descendientes 4,000.		
Deducida la mitad de cada uno de los espurios, quedarán estos con . . . . .	\$ 4,000.00	
Agregando los 4,000 deducidos á los 12,000 divisibles entre los ascendientes y naturales, resultan 16,000 distribuidos en esta forma:		
Porción de ambos descendientes \$	10,666.66	
Porción de ambos ascendientes . \$	5,333.34	
Igual . . . . .	\$ 30,000.00	\$ 30,000.00

8ª Concurriendo ascendientes de ulteriores grados con hijos naturales y espurios, la legítima y su partición serán las que establece el artículo 3,466, y los ascendientes sólo la división se hará deduciendo de la parte correspondiente á los espurios una mitad que acrecerá á la porción divisible entre los ascendientes y los hijos naturales.

EJEMPLO.



Juan al morir deja vivos á sus padres Pedro y Marta, y

tendrán derecho á alimentos, que se sacarán del tercio libre (art. 3,477, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En otros términos: los ascendientes no son herederos, sino acreedores de alimentos, y los descendientes heredan dos tercios de los bienes hereditarios, que se deben dividir aplicando á los naturales la mitad de ellos más la mitad que se debe deducir de la otra parte destinada á los espurios. O lo que es lo mismo, los naturales heredan las tres cuartas partes de los dos tercios de los bienes hereditarios, y los espurios la cuarta parte restante.

Antes de seguir adelante, debemos hacer las siguientes observaciones, que nos sugiere el estudio de las reglas precedentes:

I. Que el importe de las legítimas se ha designado, como en todas las legislaciones que las sancionan, según el arbitrio del legislador que, inspirándose en su propia conciencia y en las consideraciones que antes hemos expuesto, ha hecho las designaciones contenidas en las reglas que anteceden: pues no existe alguna fijada por el derecho natural,

cuatro hijos; dos naturales, José y León, y dos espurios, Sixto y Mauro, y un caudal líquido de . . . . .	\$ 20,000.00	
Que se dividirá en esta forma:		
Porción ficticia de cada uno de los descendientes y de ambos ascendientes: \$4,000.		
Deducida la mitad á cada uno de los espurios, quedarán éstos con \$2,000 cada uno, recibiendo entrambos . . . \$	4,000.00	
Agregando los \$4,000 deducidos á los \$12,000 divisibles entre los ascendientes é hijos naturales, resultan \$16,000 distribuidos en esta forma:		
Porción de ambos descendientes . . . . .	\$ 10,666.66	
Porción de ambos ascendientes . . . . .	5,333.34	
Igual . . . . .	\$ 20,000.00	\$ 20,000.00

<sup>1</sup> Art. 3,607. Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes: «Concurriendo hijos naturales y espurios con ascendientes de ulteriores grados, la división se hará conforme al art. 3,598, y los ascendientes sólo tendrán derecho á alimentos en los términos del art. 3,602.»

base sobre la cual reposa la institución de la legítima, según sus defensores y partidarios:

II. Que la primera regla adolece del defecto de una redacción obscura y viciosa, que conduce á la sanción de un principio que no se halla en armonía con ella misma. En efecto: si la legítima de los hijos legítimos consiste en los cuatro quintos de los bienes, es fuera de toda duda que no se pueden sacar del cuerpo de la herencia, sino del quinto de libre disposición del testador los alimentos á que tienen derecho los ascendientes, y por lo mismo, que por vicio de redacción se asentó el principio que criticamos, contra la mente del legislador que no es otro, sino la de que los ascendientes tengan el carácter de acreedores de alimentos, los cuales deben ser pagados del quinto.

Que así se debe entender la regla á que nos referimos, sancionada por el artículo 3,470 del Código Civil, nos lo demuestra el principio contenido en el 3,462, según el cual, la legítima no admite gravamen, y tal carácter tiene la obligación de ministrar alimentos.<sup>1</sup>

Además, nuestra opinión encuentra apoyo en el artículo 3,472 del Código, que declara, que los ascendientes de segundo ó ulterior grado en concurrencia con los hijos naturales tienen solamente derecho á alimentos, que se deben deducir del tercio de libre disposición del testador; y tal precepto prevé un caso semejante á aquel en que se ocupa la regla que criticamos.<sup>2</sup>

III. Del mismo defecto que la regla á que nos referimos adolece la sexta, y por lo mismo, le es aplicable cuanto hemos dicho respecto de ella.

IV. Todas las reglas relativas á los hijos naturales y es-

1 En el Código de 1884 fué suprimido el art. 3,470, así como el 3,462, por referirse á la legítima forzosa.

2 Art. 3,607, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1, pág. 109.

purios comprenden solamente á los que hubieren sido legalmente reconocidos; pues en tanto tienen derecho de heredar, en cuanto á que pertenecen á la familia del testador y tienen la posesión del estado civil de hijos, cualidades y posesión que adquieren solamente por el reconocimiento de aquél, hecho en la forma legal (art. 3,478, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero no es necesario que el reconocimiento sea previo á la facción del testamento; pues, según el artículo 369 del Código Civil, también puede llenarse ese requisito esencial en el mismo testamento.<sup>2</sup>

V. Que los ascendientes, aun cuando sean ilegítimos, tienen los derechos que les conceden los preceptos del Código á que hemos hecho referencia, siempre que hayan reconocido á los descendientes de cuya sucesión se trate; pues si tales derechos se fundan en los vínculos de familia, es fuera de toda duda que éstos no existen cuando los descendientes no son reconocidos por los ascendientes, quienes, por tal motivo, se encuentran fuera de la familia de aquéllos, y unos y otros son personas enteramente extrañas entre sí (art. 3,479, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Sin embargo, si el reconocimiento se verifica después que el descendiente ha heredado ó adquirido derecho á una herencia, ni el que reconoce, ni sus descendientes tiene derecho alguno á la herencia del reconocido; y sólo pueden pedir alimentos que se les deben conceder conforme á la ley (art. 3,480, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

La razón es, porque si se permite á los padres que han desconocido constantemente al hijo que lo reconozcan para que se apoderen de su fortuna, se prestaría amplia protec-

1 El art. 3,478 fué suprimido en el Código de 1884.

2 Art. 342, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,616, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3617, Cód. Civ. de 1884.

ción á una conducta inmoral é infame que ha sido inspirada por un sórdido interés y no por el arrepentimiento y el deseo de reparar una falta, dando un nombre, una familia al hijo.

Pero tanto los hijos naturales como los espurios, pueden dispensar en sus disposiciones testamentarias la falta de reconocimiento y dejar á sus ascendientes lo que por derecho les correspondería si no la hubieran cometido; porque la falta de reconocimiento es una ofensa para los hijos, quienes, por lo mismo, son los únicos que pueden perdonarla (art. 3,481 Cód. Civ.).<sup>1</sup>

A este respecto debemos advertir que es preciso evitar toda confusión de la regla á que nos referimos, con el precepto que señala como causa de incapacidad para heredar á los hijos naturales ó espurios la falta de reconocimiento de ellos por sus padres, pues existe entre una y otro notable diferencia.

En efecto: la incapacidad se refiere á la falta absoluta de reconocimiento de los hijos por los padres, que los hace inhábiles para heredar ni aun la más pequeña porción de los bienes de aquéllos, y la regla que motiva esta observación se refiere al reconocimiento extemporáneo que hace sospechosa la conducta de los padres y presumir que lo hicieron movidos, no por el deseo de reparar una falta, sino por un sórdido interés, conducta que la ley castiga reduciendo su legítima al derecho de pedir alimentos.

Establecida la institución de la legítima por el Derecho Romano y nuestra antigua legislación, surgió la necesidad de sancionarla debidamente y de crear los medios jurídicos para hacerla eficaz. De aquí provino que en aquel derecho se creara la acción conocida con el nombre de *Querrela de inoficioso testamento*, cuyo ejercicio tenía lugar cuando el heredero legítimo era excluído por completo de la porción he-

<sup>1</sup> El art. 3,481 del Código de 1870, fué suprimido en el de 1831.

reditaria que con arreglo á la ley le correspondía; y se le dió tal nombre porque se juzgaba hecho el testamento, valiéndose de las palabras de Paulo, contra los oficios de Piedad.<sup>1</sup>

Cuando se dejaba al heredero una parte de su legítima, por cualquiera título que fuera, entonces se le concedía acción para obtener lo que le faltaba de aquélla, que era designada con los nombres de *completoria ó supletoria*.

Así, pues, en el Derecho Romano se distinguían la desheredación, que tenía lugar cuando el testador desheredaba al heredero legítimo, expresando alguna de las causas reconocidas por la ley como bastantes para facultar á aquél para desheredar; y la preterición, que tenía lugar cuando el testador omitía á alguno de sus herederos, privándolo así de su legítima, pero sin expresión de causa alguna que autorizara su conducta.

En nuestra antigua legislación se introdujo también la querrela de inoficioso testamento; pero solamente se podía ejercer cuando se alegaba una falsa causa para la desheredación y no se probaba por el heredero instituído, y por lo mismo, no procedía en los casos siguientes:

1.º En el caso de desheredación hecha sin las condiciones prescriptas por la ley, pues en tal caso era nula la institución de heredero.<sup>2</sup>

2.º Si el testador instituía á su heredero legítimo en una porción menor de la que señalaba la ley, pues entonces tenía acción para pedir su complemento.<sup>3</sup>

También en el Código Civil se distingue la preterición de la desheredación y se otorga la acción de inoficioso testamento; pero ésta se ha sustituído en el lugar de la que antiguamente se llamaba *completoria ó supletoria*.

<sup>1</sup> Ley 1.ª, Tít. 8, Partida VI.

<sup>2</sup> Ley 1.ª, Tít. 8, Partida VI.

<sup>3</sup> Ley 5.ª, Tít. 8, Partida VI.

En efecto: el artículo 3,482 del Código Civil declara que es inoficioso el testamento que disminuye la legítima en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos 3,463 á 3,477, salvo lo dispuesto en el artículo 3,497; y en el 3,483 declara también que el derecho del heredero forzoso en el caso de que el testamento sea inoficioso, es sólo el de pedir el complemento de su legítima.<sup>1</sup>

En cuanto á la preterición, declara el artículo 3,484 del Código Civil, que la de alguno ó de todos los herederos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento ó que nazcan después, aun muerto el testador, anula la institución de heredero; pero que valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.<sup>2</sup>

Resulta, en consecuencia, que la preterición de uno ó todos los herederos forzosos anula la institución, y por tanto que los herederos preteridos están armados por la ley con la acción de nulidad para pretender que se declare nulo el testamento en la parte que les perjudica, porque les priva de la porción hereditaria que aquélla les otorga.

Pero el ejercicio de tal acción produce solamente el efecto de anular la institución de herederos, pues en cuanto á los legados y mejoras subsiste, siempre que no excedan de la porción de que puede disponer libremente el testador. La razón es perfectamente perceptible, pues en tanto es nula la institución en cuanto perjudica el derecho del heredero, y como las mejoras y legados sólo pueden sacarse de la parte de libre disposición del testador, es claro que mientras éste no salga de los límites marcados por la ley á esa parte, obra en ejercicio de un pleno derecho y su voluntad es inatacable.

En cuanto á la acción de inoficioso testamento, sólo pro-

<sup>1</sup> Los artículos 3,482 y 3,483 del Código Civil de 1870, fueron suprimidos en el de 1884, por ser contrarios á la libertad de testar.

<sup>2</sup> El artículo 3,484 fué suprimido en el Código de 1884.

cede, según el sistema adoptado por el Código Civil, cuando el testador disminuye la legítima de alguno de los herederos forzosos.

Resumiendo lo expuesto, podemos establecer que, según el sistema del Código, la preterición produce la acción de nulidad, y la disminución de la legítima da origen á la acción de inoficioso testamento.

Volviendo á la preterición, hay que advertir que no procede la acción de nulidad cuando los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador; pues en tal caso la institución surte efecto, porque á causa de la muerte de ellos anterior á la del testador, no ha podido inferir éste agravio alguno á los derechos incontrovertibles que sobre sus bienes les otorga la ley (art. 3,485, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En otros términos: los herederos no tienen derecho á la legítima sino hasta el fallecimiento del testador, y por lo mismo, si mueren antes que éste, la preterición de ellos en el testamento no les causa ningún agravio y ya no hay motivo alguno legal y justo que autorice ó exija la declaración de nulidad del testamento.

Como la nulidad de la institución por preterición ó el ejercicio de la acción de inoficioso testamento, tienen por consecuencia la necesidad de determinar la legítima para repartir las porciones que señala la ley entre los herederos y reducir las mandas y legados en cuanto fueren inoficiosos, el Código Civil ha establecido varias reglas encaminadas á tal fin, las cuales vamos á examinar, y son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Para fijar la legítima se ha de atender al valor de los bienes que hayan quedado á la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento (art. 3,487, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> El artículo 3,485 fué suprimido en el Código de 1884.

<sup>2</sup> El art 3,487 fué suprimido en el Código de 1884.

La razón es, porque mientras vive el testador no hay herencia, supuesto que ésta es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos los derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, y porque la propiedad de los bienes y los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos (arts. 3,364 y 3,372, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Además, se exige la deducción de las deudas y cargas, porque éstas son también unas verdaderas deudas, y unas y otras disminuyen el patrimonio del testador; y tal es el motivo por el cual dice la ley 8<sup>a</sup>, tít. 33, Partida VII, que herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto deducidas las deudas y las cosas ajenas que en ellos se encontraren.

Se exceptúan las cargas impuestas por el testador, porque constituyen otros tantos legados, y por lo mismo, deben imputarse al caudal líquido que deja y no estimarse como deudas á cuyo pago haya estado obligado, y que deban disminuir su patrimonio.

2<sup>a</sup> Al valor líquido de los bienes hereditarios se ha de agregar el de las donaciones entre vivos, con arreglo á lo dispuesto en el capítulo 3<sup>o</sup>, tít. 15, libro III (art. 3,488, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

El que tiene herederos forzosos, como dice García Goyena, tampoco puede menguar su legítima por liberalidades entre vivos, pues de otro modo vendría aquélla á ser ilusoria. Además, el testador no puede disponer sino de determinada porción de sus bienes, y por lo mismo, está obligado á conservar á favor de sus herederos forzosos la cantidad que la ley les señala como haber hereditario, y todo acto entre vivos que disminuye ese haber es inoficioso.

1 Arts. 3,227 y 3,235, Cód. Civ. de 1881.

2 El art. 3,488 fué suprimido en el Código de 1884.

Sin embargo, el hecho de tomar en consideración las donaciones entre vivos hechas por el testador, no importa por sí mismo la revocación de ellas; pues como hemos dicho antes, en tanto tiene ésta lugar, en cuanto causan perjuicio á las legítimas de los herederos, y por tanto, si ese perjuicio no iguala al valor total de las donaciones, se deben reducir en lo que sea necesario para que se integren las legítimas.<sup>1</sup>

3<sup>a</sup> Forma también parte de la masa hereditaria la legítima del heredero forzoso que muere antes que el testador, la del incapaz de heredar y la del que renuncia á la sucesión, y en consecuencia, son divisibles en los términos que antes hemos indicado, porque las legítimas renunciadas no pueden ser aplicadas, esto es, no hay herederos con derecho á reclamarla; y por lo mismo, forman parte del caudal hereditario (art. 3,486).<sup>2</sup>

En consecuencia, podemos establecer que para estimar el importe de la legítima hay que sumar el valor líquido de los bienes que quedan al tiempo de la muerte del testador, incluso las legítimas de los herederos muertos antes que éste, de los incapaces de heredar y de los que renuncian la sucesión, y el de las donaciones intervivos, si exceden de la parte disponible.

4<sup>a</sup> Fijada la legítima en los términos indicados, se deben reducir los legados en el orden establecido en el capítulo 7<sup>o</sup>, título II del libro IV del Código, según lo declara el artículo 3,489.<sup>3</sup>

Esta regla y aquellas á las cuales hace referencia, sólo son supletorias de la voluntad del testador cuando no ordena en su testamento qué legados deben ser preferidos en el pago, y por consiguiente, cuáles deben ser reducidos, si

1 Tomo V, pág. 161.

2 El art. 3,486 fué suprimido en el Código de 1884.

3 El art. 3,489 fué suprimido en el Código de 1884.

el importe de todos no puede ser pagado con la parte de libre disposición que le señala la ley; pues respecto de ella le reconoce ésta la más amplia facultad para determinar lo que mejor le parezca, ó como vulgarmente se dice, su voluntad es la suprema ley á la cual tienen que someterse los herederos y el executor de ella.

Por este motivo declara el artículo 3,490 del Código Civil que, si el testador designó para la reducción algún legado, no se reducirán los demás, sino cuando no baste el importe del que haya sido señalado; y el artículo 3,491 declara á su vez que, si el testador dió la preferencia en el pago á algún legado, éste no sufrirá reducción sino cuando el importe de los demás no haya alcanzado para cubrir la legítima.<sup>1</sup>

5.<sup>a</sup> Si la disposición consiste en un usufructo ó en una renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior á la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposición ó abandonar la parte disponible (art. 3,492, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Es muy difícil hacer la estimación de esta clase de derechos, porque siendo vitalicios es incierta su duración; y para evitar las dificultades de la estimación, otorga la regla que precede á los herederos forzosos el derecho de optar entre el cumplimiento de la voluntad del testador ó el abandono de la parte disponible al legatario en plena propiedad.

En este caso ninguno de los interesados tiene de qué quejarse, porque el legatario recibe todo aquello de que puede disponer libremente el testador; y los herederos forzosos se constituyen jueces en su propia causa para decidir aquello que más conviene á sus intereses, cumpliendo la voluntad del testador, si creen que no es inoficiosa, ó

<sup>1</sup> Los arts. 3,490 y 3,491 fueron suprimidos en el Código de 1884.

<sup>2</sup> El art. 3,492 fué suprimido en el Código de 1884.

cediendo en pleno dominio la parte disponible al legatario.

Es cierto que la solución contenida en la regla á que nos referimos desnaturaliza la disposición hecha á favor del legatario, obligándole á aceptar una especie de bienes distinta de la legada, esto es, del usufructo ó de la renta vitalicia, y en este sentido esa regla importa la derogación del derecho común, según el cual, el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque fuere de igual ó de mayor valor que la debida; pero ella ha sido necesaria para conciliar equitativamente intereses contrarios é igualmente respetables (art. 1,629, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La regla á que nos referimos está tomada textualmente del artículo 917 del Código Francés, cuya inteligencia ha dado lugar á tres distintas teorías, pues según unos autores, el heredero forzoso sólo tiene el derecho de opción cuando el valor venal del usufructo ó de la renta vitalicia excede de la parte disponible; y otros otorgan al heredero tal derecho en todo caso.<sup>2</sup>

Pero una y otra teoría son inadmisibles, porque la primera supone la necesidad de la estimación que dicho artículo ha querido evitar; y la segunda prescribe una condición esencial para la existencia de ese derecho, que el usufructo ó la renta vitalicia sean superiores á la parte disponible.

Según la tercera teoría, que es la más aceptada, cuando el testador ha legado un usufructo ó una renta vitalicia cuyos productos exceden de la porción disponible y absorben en parte los de la legítima, tienen los herederos forzosos la facultad de elección, esto es, ó respetar la voluntad del tes-

<sup>1</sup> Art. 1,515, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XII, núm. 152; Duranton, tomo VIII, núm. 347; Proudhon, Usufruit, tomo I, núm. 344; y otros.

tador, ó abandonar al legatario el total de la porción disponible.<sup>1</sup>

Esta teoría se funda en la sancionada por el antiguo derecho, según el cual, el testador no podía disponer en usufructo de una parte mayor de los bienes que aquélla de que podía disponer en plena propiedad, y en las palabras de Tronchet, que explicando ante el Cuerpo legislativo Francés el verdadero sentido del artículo 917 del Código de Napoleón, se expresó en los términos siguientes:

«Este artículo tiene por objeto prevenir una dificultad que se ha presentado frecuentemente; puede suceder que un testador reserve á sus hijos la totalidad de sus bienes, y les imponga la carga de una renta vitalicia ó de un usufructo que redujera sus productos en más de las tres cuartas partes; se ha preguntado si los herederos forzosos podrían quejarse; algunos han pensado que estaban recompensados con la disminución del goce por la propiedad de la porción disponible; pero se ha decidido conforme á la opinión de Ricard, que el testador había hecho lo que no podía; y se reducía ordinariamente el usufructo ó la renta al producto de la porción disponible. Pero el artículo contiene una regla muy sencilla que previene esta especie de cuestiones.»

Hemos hecho la transcripción que precede, porque ella contiene la interpretación auténtica del artículo 917 del Código Francés, del cual está tomada textualmente la regla que motiva las observaciones que preceden, y por lo mismo, tiene una exacta aplicación á ella.

La teoría á que se refiere la transcripción aludida es, á nuestro juicio, la más aceptable, porque importando la regla mencionada una derogación del derecho común, es de

<sup>1</sup> Coin Delisle, sobre el art. 917, núm. 8; Marcadé, tomo III, núm. 577 y sig.; Demolombe, tomo XIX, núm. 444; Colmet de Santerre, tomo IV, núm. 55 bis II; Thiry, tomo II, núm. 344; Baudry Lacantinerie y Colin, tomo I, núm. 778.

estricta interpretación y no puede aplicarse sino al caso expresamente determinado en ella.

6.<sup>o</sup> Cuando en el caso de la regla quinta hubiere otros legados y los herederos entregaren la parte disponible, si el testador no hubiere dispuesto que la renta vitalicia ó el usufructo sean preferentes á los legados, la parte disponible se distribuirá entre todos los legatarios á juicio del juez, si aquéllos no se convinieren (art. 3,493, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla se funda en la equidad, que no permite que se dé preferencia á unos legatarios con perjuicio de los demás, cuando no lo ha mandado así el testador, cuya voluntad debe ser respetada; y establece dos medios para dejar satisfechos los intereses de todos: 1.<sup>o</sup> El convenio celebrado entre todos los legatarios; 2.<sup>o</sup> La repartición de la parte disponible á prorrata entre éstos en las proporciones que determine el juez.

El primero de los medios indicados es sin duda alguna el mejor, porque los interesados mismos son los que deciden aquello que más conviene á sus intereses, y por lo mismo, no pueden quejarse. El segundo medio es conveniente, porque pone fin á las diferencias que surgen entre los legatarios, pero adolece del grave defecto de dejar enteramente al arbitrio del juez la repartición entre ellos de la porción disponible, supuesto que no le señala base alguna para para hacerla.

Sin embargo, creemos que ese mal se evita si el juez toma como base para distribuir la parte disponible la interpretación de la regla mencionada, en el sentido de que la distribución debe ser proporcional á la cantidad que importe cada uno de los legados. Obrando así, se impide que el capricho, y no la equidad y la justicia, sea la norma del juez.

<sup>1</sup> El art. 3,493 fué suprimido en el Código de 1884.

Al hacer el estudio de las reglas que establece el Código para la reducción de las donaciones por inoficiosas, enumeraremos entre ellas aquella, según la cual, cuando la donación consiste en un inmueble que no puede ser dividido, y el importe de la reducción excede de la mitad del valor, el donatario debe recibir el resto en dinero, y si no excede de esa mitad, debe pagar el resto; y si el donatario tiene á la vez la cualidad de heredero, puede retener en todo caso el inmueble donado, pagando lo que el valor de éste exceda de su legítima (arts. 2,777 á 2,779, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Ahora bien: esta regla tiene aplicación respecto de la reducción de los legados, sancionada por el artículo 3,494 del Código Civil en los términos siguientes:

7<sup>a</sup> Si el heredero ó legatario á quien compete el derecho concedido en los artículos 2,778 y 2,779 no usare de él, podrá ejercitarlo el otro interesado, si tuviere algún derecho real sobre la cosa donada, y si ninguno de ellos lo ejercita, se venderá el inmueble en pública subasta (art. 3,494).<sup>2</sup>

Esta regla tiene por objeto, como la contenida en los artículos 2,778 y 2,779 del Código, conciliar los intereses de los herederos y legatarios, á fin de que no sufran perjuicio, concediendo, como es natural, el derecho de preferencia á aquel de los interesados que tenga derecho á la mayor parte de ellos, pero pagando al otro en dinero efectivo lo que sobrare, hecha la reducción.

Pero ese derecho de preferencia cesa cuando el heredero ó legatario á quien se lo concede la ley, no hace uso de él; pues no siendo posible ni legal que sus intereses permanezcan en la indivisión, pasa su ejercicio al otro interesado para poner término á ella, pero á condición de que tenga algún derecho real en la cosa legada. Y con el mismo fin se

1 Tomo V, pág. 169; arts. 2,658 y 2,657, Cód. Civ. de 1884.

2 El art. 3,494, fué suprimido en el Código de 1884.

debe vender ésta en pública almoneda si ninguno de los interesados ejercita el mencionado derecho.

Así, pues, la regla á que aludimos tiene por objeto poner término á la indivisión que resulta cuando el legado es inoficioso por no ser posible la reducción de él, á causa de que el inmueble donado no es de cómoda ó fácil división, y evitar los inconvenientes y contiendas que pueden surgir de aquélla.

Hay que tener presente, para evitar todo género de dudas, que la regla contenida en el artículo 3,494 del Código Civil, usa de una palabra inadecuada, pues se refiere á la cosa donada, siendo así que es aplicable á los legados, porque, según el sistema adoptado por el Código, las donaciones sólo pueden tener lugar entre vivos y la ley no reconoce las llamadas antiguamente *mortis causa*; y las que se hacen para después de la muerte están sujetas á las reglas de los legados.<sup>1</sup>

8<sup>a</sup> Si el valor de las donaciones testamentarias no alcanzare á completar la legítima, se aplicarán á su pago las hechas entre vivos en los términos que establecen los artículos 2,770 á 2,784, cuyas disposiciones se observarán también en la reducción de los legados (art. 3,495, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Según esta regla, la reducción de las liberalidades del testador, cuando afectan ó disminuyen la legítima, se debe hacer en el orden siguiente: 1<sup>o</sup> Los legados: 2<sup>o</sup> Las donaciones entre vivos en cuanto falte para completar aquélla en los términos que hemos explicado al hacer el estudio del contrato de donación.<sup>3</sup>

La misma regla declara que los preceptos que el Código establece para la reducción de las donaciones son perfecta-

1 Tomo V, pág. 122.

2 El art. 3,495 fué suprimido en el Código de 1884.

3 Tomo V, págs. 160 y siguientes.

mente aplicables á la de los legados; y tal declaración nos conduce á esta consecuencia: luego la regla contenida en el artículo 3,489, que ordena se reduzcan los legados en el orden establecido en el capítulo 7º tít. 2º libro IV del mismo Código hace una referencia tan innecesaria como inexacta, porque las reglas para la reducción de los legados inoficiosos se hallan á continuación de la expresada y no en el capítulo citado, y en consecuencia es enteramente inútil y debería ser suprimida.

En comprobación de este aserto basta examinar el capítulo 7º que trata de los legados, para convencerse de que no existe entre sus preceptos uno sólo que establezca regla alguna para la reducción de los legados inoficiosos.

Para concluir este capítulo, debemos remitir á nuestros lectores al capítulo IV, lección décimaoctava del tratado de contratos, que se ocupa de la revocación y reducción de las donaciones, en el que hemos estudiado una por una las reglas que respecto de ésta establece el Código Civil, supuesto que, como sabemos, son también aplicables á la reducción de los legados inoficiosos.

Debemos advertir también, que bajo el sistema de la herencia forzosa es nula toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura, y que los que la hicieron pueden reclamarla cuando mueran los que la deban; pero con la obligación de traer á colación lo que en tal caso hubieren recibido (art. 3,496, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Prescindiendo de que la declaración de nulidad en tal caso tiene por objeto conservar íntegra la legítima y evitar gravísimos abusos, valiéndonos de las palabras de la Exposición de motivos, de que pudieran ser víctimas alguna vez los padres y siempre los jóvenes inexpertos ó viciosos; hay que tener presente que ella es la reproducción del principio

<sup>1</sup> El art. 3,496 fué suprimido en el Código de 1884.

contenido en el artículo 3,302, según el cual es nula la transacción que verse sobre la sucesión futura; porque es inmoral y contraria al orden público, por el peligro que hay de que se atente contra la vida del autor de la herencia.<sup>1</sup>

Pero como lo indica claramente el artículo 3,496 del Código, sólo es nula la renuncia ó la transacción sobre la legítima futura, pero no sobre la ya adquirida, porque respecto de ésta no existe la inmoralidad que la ley ha querido castigar, ni existen los peligros y ocasiones de fraude que ha intentado precaver.

<sup>1</sup> Art. 3,162, Cód. Civ. de 1881.

## II.

## DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

Cualquiera que sea la persona que usa de la facultad que le reconoce la ley de hacer testamento, dispone generalmente de sus bienes á favor de uno ó más individuos determinados ó de algún objeto de beneficencia.

El testador puede disponer de sus bienes á título *universal* ó á título *singular*. Si dispone de sus bienes á título universal, las personas por él designadas para sucederle, se llaman *herederos*; y si á título singular, *legatarios*.

El acto por el cual designa el testador á la persona ó personas que le deben suceder en sus bienes, se llama *institución de heredero*; ó como dice la ley 1<sup>a</sup>, tít. 3<sup>o</sup>, Partida VI. "Hæredens instituere, tanto quiere decir en romance, como establecer un ome a otro por su heredero, de manera que finque señor despues de su muerte de lo suyo, o de alguna partida dello, en lugar de aquel quel establecio."

Según el derecho Romano, la institución de heredero era un requisito de tal manera esencial para la validez del testamento, que, si faltaba, era por eso mismo hecho nulo, y por lo mismo se decía que era la cabeza, el fundamento y raíz de todo testamento.

La legislación de las Partidas siguió el mismo sistema, y por consiguiente, entre nosotros fué necesaria la institución de heredero para la validez de los testamentos, hasta la ley 1<sup>a</sup>, tít. 18, lib. X de la Novísima Recopilación que adoptó

el sistema contrario, ordenando que el testamento valga en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, aunque él *no haya hecho heredero alguno*; y que en tal caso herede aquél que según derecho y costumbre de la tierra había de heredar si el testador no hiciere testamento.

El Código Civil adoptó el mismo sistema, declarando en el artículo 3,499, que el testamento otorgado legalmente es válido, aunque no contenga ninguna institución de heredero, y aunque el nombrado no acepte la herencia ó sea incapaz de heredar; y en el artículo 3,500 ordena que en los tres casos á que se refiere el precepto anterior, se cumplan las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme á la ley.<sup>1</sup>

Antes de seguir ocupándonos en la materia que es objeto de este capítulo, debemos advertir que el Código Civil declara en el artículo 3,498, que el individuo que no tiene herederos forzosos puede disponer libremente de sus bienes en favor de cualquiera persona que tenga capacidad legal para adquirirlos, reproduciendo el principio subentendido en el artículo 3,461, que prohíbe al testador privar á sus herederos de su legítima, sino en los casos expresamente designados en la ley.<sup>2</sup>

En efecto, si el testador no puede privar á sus herederos de la legítima, se sobreentiende que cuando no tiene herederos goza de la más completa libertad para disponer de sus bienes en favor de la persona que mejor le parezca, á condición de que ésta tenga capacidad para heredar, y por consiguiente, que puede instituir á su cónyuge en el total de sus bienes ó en una parte de ellos.

Esta observación no importa un reproche, y antes bien, creemos que la declaración contenida en el artículo 3,498

1 Arts. 3,335 y 3,336, Cód. Civ. de 1884.

2 El art. 3,461, fué suprimido en el Código de 1884.

es, si no necesaria, al menos conveniente para evitar dudas y discusiones.

Sin embargo, la institución de heredero y la distribución del caudal en legados, hechos por una persona que no tiene hijos ni descendientes legítimos ó legitimados, ó naturales ó espurios reconocidos, caducan por la superveniencia de sus herederos, y sólo quedan útiles en la parte de que el testador puede disponer libremente (art. 3,512, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

El fundamento de esta excepción es el mismo en que se apoya el principio que autoriza la revocación de las donaciones por superveniencia de hijos; porque no puede creerse que el hombre quiera beneficiar á un extraño con perjuicio de sus hijos, y porque no debe la sociedad consentir ese beneficio cuando se interesa el derecho de familia, cuyo bienestar tiene la obligación de procurar.

En otros términos: la ley presume que, si el testador hubiera sentido el amor paternal, su infinita ternura no habría dispuesto de los bienes legados con perjuicio de sus hijos y en provecho de personas extrañas.

Comentando Díaz Ferreira el artículo 1,814 del Código Portugués, de donde está tomada la excepción á que nos referimos, se expresa en términos idénticos, que no podemos menos de transcribir literalmente: "El legislador decreta la revocación del testamento por la superveniencia de hijos legítimos, partiendo de la presunción de que el padre á nadie puede tener más afecto que á su propio hijo, y de que si ya tuviera el hijo legítimo cuando hizo el testamento, no otorgaría éste para favorecer á otro. . . ."

"La misma presunción existe con relación á los legitimados. La legitimación hace presumir ese efecto, y no puede perderse de vista el hecho de que muchas veces es el

<sup>1</sup> El art. 3,512 fué suprimido en el Código de 1884.

deseo de legitimar á los hijos el que obliga á los padres á contraer matrimonio, sometiéndose á todas las dificultades y sacrificios que pueda traer éste consigo."<sup>1</sup>

Pero la caducidad de la institución y de los legados se extiende solamente hasta allí hasta donde sufre perjuicio la legítima, y por consiguiente, subsiste en cuanto no exceden de la parte de que puede disponer libremente el testador.

Desde luego se comprende que la caducidad á que nos referimos, no es más que una nueva forma de la regla contenida en el artículo 3,461, según el cual, el testador no puede privar á sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados en la ley; pues si dispone libremente de sus bienes en atención á que no tiene herederos forzosos, y después de otorgado el testamento tiene hijos legítimos, legitimados, naturales ó espurios reconocidos, como no puede privar á éstos de la legítima que les señala la ley, es consiguiente que por disposición de ella caduque y quede sin efecto tal testamento, en la parte que excede de la porción de que puede disponer libremente el testador.<sup>2</sup>

Por la misma razón y para que siempre se observe el orden que para la legítima ha establecido la ley, declara el artículo 3,513 del Código Civil que, si después de instituído heredero un hijo espurio sobreviene uno natural, ó si instituído éste ó aquél sobreviene uno legítimo, la herencia debe dividirse conforme á los artículos 3,463, 3,465 y 3,466, esto es, observando las reglas que estos preceptos establecen para las legítimas en el caso de concurrencia de las clases indicadas.<sup>3</sup>

Pero estas reglas, esto es, las dos que motivan las observa-

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 193.

<sup>2</sup> Art. 3,461, suprimido.

<sup>3</sup> Arts. 3,464 á 3,466, suprimidos.

ciones que preceden, sólo son aplicables cuando, otorgado el testamento, fallece el testador sin haberlo revocado, pues si éste hace la revocación, quedan sin ningún efecto.

Lo mismo acontece cuando los hijos supervenientes fallecen antes que el testador, pues en tal caso vale la disposición testamentaria, según lo declara expresamente el artículo 3,544 del Código Civil; porque entonces cesan la causa y las consideraciones en que se funda la caducidad declarada por la ley, ya no hay hijos, no hay legítima, y por lo mismo el testador puede disponer libremente de sus bienes.<sup>1</sup>

Debemos advertir además, que el artículo 3,497 del Código Civil, contiene también otra declaración importante, estableciendo que, aunque haya herederos forzosos, el testador es libre para dejar ó no á su cónyuge la parte á que por intestado tenga derecho, en los términos y condiciones que expresan los artículos 3,884 y 3,885; si además le dejare la parte de libre disposición, ésta no se considerará entre los bienes propios del cónyuge, para los efectos de los artículos citados.<sup>2</sup>

Reservando el estudio de esta última parte del precepto contenido en el artículo 3,497 para cuando nos ocupemos en el de los artículos 3,884 y 3,885 á que se refiere, llamamos la atención de nuestros lectores, acerca de que, según el sistema adoptado por el Código Civil, el cónyuge no es heredero forzoso, pero que puede serlo voluntario, aun cuando haya ascendientes ó descendientes.

Los codificadores aceptaron este sistema, teniendo en consideración, que si bien es cierto que el cónyuge tiene por afecto, por la vida común, prolongada por muchos

<sup>1</sup> Art. 3,365, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> El art. 3,497 fué suprimido. Arts. 3,627 y 3,628, Cód. Civ. de 1884. El primero de estos preceptos fué reformado por la supresión de estas palabras *ó ascendientes*.

años, por la participación de las penurias y por otras causas, títulos que lo hacen acreedor á que se le declare por la ley heredero forzoso; muchas veces no reina entre los consortes la armonía debida y que hay mujeres y maridos que faltan á la fe jurada, infaman el nombre del consorte y roban á la familia los bienes y la felicidad. Por tal motivo dejaron á la conciencia del testador la decisión acerca de si su consorte debe heredarlo ó no, ya porque no tenga reproche que hacerle, ya porque, aun teniéndolo, lo perdona.

Siguiendo los principios sancionados por las leyes del título 3.<sup>o</sup>, Partida VI, que á su vez siguieron las tradiciones del derecho Romano, el Código Civil establece las siguientes reglas acerca de los requisitos y condiciones necesarias para la validez de la institución de herederos:

1.<sup>a</sup> El heredero debe ser instituído designándolo por su nombre y apellido; y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido, deben señalarse otros nombres y circunstancias que distingan al que quiera nombrar (art. 3,507, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Aunque se haya omitido el nombre del heredero, si el testador lo designare de modo que no pueda dudarse quien sea, valdrá la institución (art. 3,508, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> El error en el nombre, apellido ó cualidades del heredero, no vicia la institución, si de otro modo se supiere ciertamente cuál es la persona nombrada (art. 3,509, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

4.<sup>a</sup> Si entre varios individuos del mismo nombre y circunstancias no pudiere saberse á quién quiso designar el testador, ninguno será heredero (art. 3,510, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,343, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,344, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,345, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,346, Cód. Civ. de 1884.

5<sup>a</sup>. Cuando fueren nombrados herederos el alma, los pobres ó algún establecimiento público, se debe observar lo dispuesto en los artículos 3,377, 3,378, y 3,438 á 3,445 (art. 3,511, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Las cuatro primeras reglas se pueden condensar en el siguiente principio: la institución de heredero debe hacerse en términos claros y precisos de manera que no haya duda acerca de cuál haya sido la voluntad del testador; pues si la hubiere es nula y de ningún valor la institución, por cuanto á que, siendo vaga ú obscura, los jueces se ponen en el gravísimo peligro de sustituir su propia voluntad en lugar de la de aquél, otorgando la herencia á quien no quiso dejarla.

Desde luego se comprende que la nulidad de la institución que no está hecha en términos claros y precisos, de manera que no dejen duda acerca de la persona á quien designa el testador, es una consecuencia necesaria de ese vicio, y de la culpa de aquél; y que da lugar á la sucesión legítima á la que son llamados aquellos individuos que, por los vínculos de parentesco que los unen con el testador, se presume que gozan de la predilección de su afecto.

En consecuencia, basta designar al heredero de manera que se le pueda distinguir y que no se confunda con otro para que la institución sea válida y eficaz.

En cuanto á la última regla, nos atrevemos á sostener

<sup>1</sup> Arts. 3,347, 3,240, 3,241 y 3,301 á 3,308, Cód. Civ. de 1884.

El artículo 3,438 del Código de 1870, correspondiente al 3,301 del de 1884, fué reformado en los términos siguientes:

"Por causa de utilidad pública son incapaces de adquirir bienes raíces, sea por herencia, sea por legado, las personas morales á quienes prohíbe esta especie de propiedad la Constitución política de la República."

Esta reforma se hizo, porque no siendo general la prohibición del artículo 27 de la Constitución, supuesto que permite á las corporaciones poseer los edificios destinados inmediata y directamente al objeto de su instituto, era preciso que aquel precepto estuviera en armonía con éste.

que es una inútil é innecesaria referencia á los preceptos que cita, porque con ella ó sin ella, son de inexcusable observancia. La regla á que aludimos no establece en realidad un nuevo principio, sino que hace una recordación de las reglas consignadas en los preceptos que cita.

La institución de heredero puede hacerse, bien asignando al nombrado una cosa cierta ó una cantidad determinada, bien una parte alícuota de la herencia (art. 3,502, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla, que está tomada del artículo 1,736 del Código Portugués, ha dado motivo á una laboriosa controversia, porque á juicio de algunos, se confunden en ella á los herederos y legatarios de manera que no se les puede distinguir.

No entraremos en esa discusión incompatible con la naturaleza de estas lecciones, pero sí debemos observar:

I. Que según el sistema adoptado por el Código, puede el testador, que no tiene herederos forzosos, disponer libremente de todos sus bienes y distribuirlos total ó parcialmente en legados.

II. Que según ese mismo sistema, la institución de heredero no es necesaria para la validez del testamento.

Pues bien, la regla á que nos referimos no es más que la consecuencia necesaria de los dos principios enunciados, sobre los cuales reposa el sistema del Código Civil acerca de la institución de heredero.

En efecto, si el testador tiene herederos forzosos, no puede dejar de instituirlos en la porción que les asigna la ley; pero si no los tiene, puede dejar sus bienes á quien mejor le parezca, á condición de que al hacer la institución asigne á los nombrados una cosa cierta, una cantidad determinada ó una parte alícuota de la herencia, á fin de quitar du-

<sup>1</sup> Art. 3,338, Cód. Civ. de 1884.

das y dificultades y precaver las contiendas consiguientes, que surgirían si no se llenara ese requisito.

Así, pues, la regla enunciada tiene aplicación en el caso de que no haya herederos forzosos, cuya legítima no puede ser disminuída.

El artículo 3,504 del Código declara, que aunque el testador nombre algunos herederos individual y otros colectivamente, como si dijera: instituyo por mis herederos á Pedro y á Pablo y á los hijos de Francisco, los colectivamente nombrados deben ser considerados como si lo fueren individualmente, á no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador.<sup>1</sup>

En distintos términos sanciona la misma regla el artículo 3,506, declarando que si el testador llama á la sucesión á cierta persona y sus hijos se entenderán instituídos simultánea y no sucesivamente.<sup>2</sup>

Antiguamente se dudaba, y por tal motivo se dividían las opiniones de los jurisconsultos acerca de si, cuando en una misma disposición testamentaria se instituía á unas personas individual y á otras colectivamente, la herencia debía dividirse en tantas partes como fueran los primeros más una igual para los segundos, cualquiera que fuera el número de ellos.

El Código ha venido á resolver la dificultad, y por tanto, la controversia consiguiente, estableciendo la primera regla, según la cual, los herederos instituídos individualmente y los designados colectivamente heredan por partes iguales.

Así, por ejemplo, en el caso de la regla mencionada y bajo el supuesto de que los hijos de Francisco sean tres y el caudal hereditario llegue á veinte mil pesos, heredarían

1 Art. 3,340, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,342, Cód. Civ. de 1884.

cuatro mil cada uno de éstos, y otro tanto cada uno de los otros dos herederos, Pedro y Pablo; ó lo que es lo mismo, el caudal debería dividirse en cinco partes iguales, siendo una para cada uno de los nombrados.

La segunda regla tiene el mismo objeto que la primera, pues se dudaba antes acerca de si cuando el testador instituía á determinada persona y sus hijos, debía dividirse la herencia en dos partes, una para aquélla y otra para éstos; y ha venido á resolver la cuestión adoptando el mismo principio que rige en la primera regla, declarando que la institución en la forma indicada no es sucesiva, sino simultánea.

Así, pues, los artículos 3,504 y 3,506 del Código, rigen dos hipótesis estableciendo la misma regla para ambas:

I. Cuando son nombrados ciertos herederos, unos individual y otros colectivamente:

II. Cuando son nombrados cierta persona y sus hijos.

La regla sancionada por los preceptos mencionados sólo tiene aplicación cuando no se conoce de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador, pues ésta es la suprema ley en los testamentos, siempre que no se trata de los herederos forzosos cuya legítima no puede ser disminuída.

En otros términos: la regla á que aludimos es interpretativa de la voluntad del testador, que tiene por objeto alejar las dudas y las cuestiones que pudieran surgir por estar expresada en términos generales, y por lo mismo, no puede tener aplicación cuando de una manera clara y terminante expresa aquél cómo quiere que se divida la herencia entre los herederos instituídos.

En apoyo de nuestra afirmación debemos citar la parte final del artículo 3,504, que establece la regla primera y dice: "á no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador."

Pero si el testador instituye á sus hermanos en general, y los tiene hermanos y medios hermanos, la herencia no debe dividirse entre ellos por partes iguales, sino que los primeros deben recibir una doble porción de la que percibían los segundos.

Este principio se haya establecido por el artículo 3,505 del Código Civil que declara: que si el testador instituye á sus hermanos, y los tiene sólo de padre, sólo de madre y de padre y madre, se debe dividir la herencia como en el caso de intestado; y el artículo 3,877 declara á su vez, refiriéndose á la sucesión legítima de los colaterales, que si concurren hermanos enteros con medios hermanos, aquéllos deben heredar doble porción que éstos.<sup>1</sup>

Estas reglas, que son supletorias de la voluntad del testador, se han establecido con el fin de prevenir contiendas, y se fundan en dos presunciones: esto es, en la del mayor afecto que ordinariamente se profesan á los hermanos de doble vínculo que á los medios hermanos, y en la de que el testador que no ha hecho una declaración en contrario, quiso respetar lo dispuesto en la ley en cuanto á la porción hereditaria de los hermanos, cuando concurren de doble vínculo y medios hermanos.

El artículo 3,501 del Código establece una regla, reproduciendo los principios sancionados por el derecho Romano y nuestra antigua legislación, que es interpretativa de la voluntad del testador y que tiene aplicación cuando éste la expresa en términos generales que pueden dar lugar á dudas. Según esa regla, los herederos instituidos sin designación de la parte que á cada uno corresponda, heredarán por partes iguales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,341 y 3,620, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,337, Cód. Civ. de 1884; Int. § 6, tit. 14, lib. II; leyes 12, tit. 5, lib. XVIII. D. y 17, tit. 3, Part. VII;

Esta regla se funda, como dice Vinnio, en la voluntad evidente del testador, pues si hubiera querido que los instituidos heredaran porciones desiguales, les habría designado á cada uno la parte de la herencia que debería percibir.<sup>1</sup>

Finalmente: el artículo 3,503 del Código declara, que el heredero no responde de las deudas, de los legados, ni de las demás cargas hereditarias y testamentarias, sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda. Esto es, la aceptación de la herencia no confunde con ésta su propio patrimonio de manera que quede obligado á satisfacer con él los legados, las deudas y las demás cargas hereditarias, si los bienes que heredan son insuficientes para ellas.<sup>2</sup>

Esta regla, colocada á nuestro juicio, fuera de su lugar, no es más que la reproducción del principio sancionado por el artículo 3,967 del Código Civil que declara, que toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario, aunque no se exprese.<sup>3</sup>

No siendo propio de este lugar el estudio del principio mencionado, remitimos á nuestros lectores al capítulo relativo á la aceptación de la herencia.

<sup>1</sup> Int. § 6, tit. 14, lib. II, núm. 1.

<sup>2</sup> Art. 3,332, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,700, Cód. Civ. de 1884.

## III.

## DE LAS MEJORAS.

Se llama *mejora* la mayor porción que los padres y demás ascendientes dejan á alguno de sus hijos ó descendientes además de su legítima, tomándola de su parte de libre disposición.

Esta definición se deduce claramente del precepto contenido en el artículo 3,516 del Código Civil que, sin expresar qué cosa es mejora, la explica diciendo que la ley, salvo lo dispuesto en el artículo 3,497 no consiente más alteración en las legítimas asignadas en el capítulo 4<sup>o</sup> á los herederos forzosos, que la que resulta de la aplicación total de su parte de libre disposición; y que el testador que hace esta aplicación á favor de herederos forzosos, se dice que mejora.<sup>1</sup>

El Código Civil hace tal explicación después de haber declarado en el artículo 3,545, que es nula toda disposición del testador que tenga por objeto disminuir la legítima de sus herederos forzosos en provecho de algunos de ellos, reproduciendo así el principio sancionado por los artículos 3,461 y 3,462 que declaran, que el testador no puede privar á sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados en la ley, y que la legítima no admite gravamen ni condición, ni sustitución de ninguna especie.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,516, Suprimido.

<sup>2</sup> Los artículos 3,516 y siguientes del Código de 1870, relativos á las mejoras, fueron suprimidos en el de 1884, como contrarios á la libre testamentación sancionada por él.

Creemos que los preceptos contenidos en los artículos 3,545 y 3,546 del Código Civil no han tenido otro objeto que explicar los principios consignados en los artículos 3,461 y 3,462, haciendo comprender que el testador sólo puede alterar las legítimas de sus herederos forzosos por vía de mejora, aplicando á uno ó varios de ellos la porción de que puede disponer libremente; pero tal explicación nos parece innecesaria, porque la ley prohíbe tan sólo que se disminuya ó grave de cualquiera manera que sea la legítima, pero no que se aumente con toda ó parte de la porción de los bienes de que puede disponer con toda libertad el testador.<sup>1</sup>

No es nuestro ánimo seguir paso á paso la historia de la institución de la mejora, porque no es de ningún interés actual su estudio ni se compadece con el carácter de estas lecciones; pero sí debemos advertir que, según el sistema adoptado por nuestra antigua legislación, los padres podrían mejorar á uno de los hijos en el tercio de los bienes hereditarios más el quinto que formaba la parte de libre disposición.<sup>2</sup>

Pero tal facultad era ruinosa é injusta, porque establecía odiosas distinciones entre los hijos. Sala propone un ejemplo que hace resaltar la injusticia de dicha facultad. "Supongamos, dice, que muere un padre dejando cuatro hijos, y mejorando á uno en tercio y quinto, y que su caudal son quince mil pesos. Se aplicarán al mejorado por el quinto tres mil, de los doce mil restantes por el tercio cuatro mil, y los ocho mil que quedan se dividirán en cuatro partes para los cuatro herederos, de los que cada uno percibirá dos mil, resultando al mejorado la suma de nueve mil pe-

<sup>1</sup> Art. 3,366 y 3,367, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Ley 1<sup>a</sup>, tít. 5, lib. IV, del Fuero Juzgo.

sos, es decir, más del cuádruplo que á sus coherederos, casi los dos tercios del caudal."<sup>1</sup>

Esta injusta facultad fué restringida por la ley 10, tít. 5º, lib. III del Fuero Real y por la 24 del Estilo, que prohibieron que un mismo hijo ó nieto pudiera recibir á la vez ambas mejoras, esto es, la del tercio y la del quinto; pero siempre dejaron al testador derecho de mejorar á uno ó varios de sus descendientes en el tercio, sin perjuicio de legar á otra persona el quinto de libre disposición.

El Código Civil se ha separado por completo de este sistema, que, no obstante las modificaciones introducidas por las leyes mencionadas, conducía á una notoria injusticia, no permitiendo al testador que mejore á uno ó varios de sus herederos, sino tomando el importe de la mejora de la parte de libre disposición que le concede la ley.

En otros términos: el sistema de la legítima es de tal manera rigurosa, que no puede aumentar ó disminuir el patrimonio de cada uno de los herederos forzosos, ni aun á pretexto de mejora; y si alguna quisiere hacer en beneficio de uno ó más de ellos, solamente puede tomarla del quinto ó del tercio de libre disposición que le otorga la ley, según que se trate de la legítima de los descendientes ó de los ascendientes.

Sin embargo, creemos que, suprimida la facultad de mejorar en el tercio y prohibida la acumulación en una misma persona de las mejoras del tercio y del quinto, es enteramente inútil que el Código Civil dicte reglas sobre dicha facultad, que no es otra cosa que el ejercicio de derecho de propiedad que el testador tiene sobre la parte de libre disposición de sus bienes, que le permite dejar ésta á quien mejor le parezca.

Además, creemos que las reglas que establece el Cód-

<sup>1</sup> Ilustración del Derecho Real de España, tomo I, pág. 209, nota 2ª.

go sobre las mejoras no son otra cosa que la reproducción de los principios contenidos en otros preceptos legales, y es, á nuestro juicio, muy fácil demostrar la verdad de esta aseveración examinando tales reglas, que son las siguientes:

I. A nadie puede cometer el testador la facultad de mejorar, ni la de señalar la cosa ó cantidad en que haga consistir la mejora (art. 3,523, Cód. Civ.).

Esta regla no es más que la reproducción de la contenida en los artículos 3,375 y 3,376 del Código, según los cuales el testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por otro, y 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 corresponda, cuando son instituídos nominalmente; y se funda en las mismas consideraciones que ellos, las cuales hemos expuesto ya.<sup>1</sup>

Tiene la regla aludida los fundamentos expresados, porque la mejora es un acto testamentario, contiene la expresión de la última voluntad del testador, y por lo mismo, es personalísimo y no puede estar subordinado á una voluntad extraña.

II. Ninguna donación por contrato entre vivos sea simple ó por causa onerosa, en favor de herederos forzosos, se reputa mejora si el donante no ha declarado formalmente su voluntad de mejorar (art. 3,517, Cód. Civ.).

Esta regla está copiada literalmente de la primera parte del artículo 657 del Proyecto de Código Civil Español, que es explicado por García Goyena en los términos siguientes: "La legítima es una deuda natural; así, lo dado por el padre deudor debe considerarse como una anticipación ó pago á cuenta de aquélla; en esto nadie se perjudica; en reputarla mejora se perjudica á los otros hijos: contra la jus-

<sup>1</sup> Arts. 3,238 y 3,239, Cód. Civ. de 1884. Véase la página 14.

ticia y naturalidad de estas consideraciones sólo puede prevalecer la voluntad expresa del donador.<sup>1</sup>

Hemos hecho la transcripción que precede para explicar la regla en que nos ocupamos, cuya inutilidad se demuestra teniendo presente que, según el sistema riguroso de la legítima forzosa, todas las donaciones que hace en vida el testador á sus herederos, se traen á colación después de la muerte de éste, según el artículo 4,017 del Código Civil, y por lo mismo que es una repetición del principio general contenido en este precepto, pues si no consta la voluntad expresa del testador de que la donación se estime como mejora, es claro que debe traerse á colación.

III. La promesa de mejorar hecha en escritura pública, y aceptada por aquel á quien se hace, equivale á mejora (art. 3,518, Cód. Civ.).

Según los principios sancionados por nuestra antigua legislación, toda mejora hecha en favor de alguno de los hijos ó descendientes en virtud de un contrato, era esencialmente revocable, lo mismo que todas las disposiciones testamentarias, exceptuando los casos siguientes:

1.º Cuando el mejorante hubiere entregado al mejorado las cosas en que consista la mejora:

2.º Cuando ante escribano se le hubiera hecho entrega de la escritura en que estuviere constituida la mejora:

3.º Cuando ésta se hubiere constituido en virtud de contrato oneroso con un tercero.<sup>2</sup>

El Código Civil se ha separado de estos principios, objetos de laboriosas controversias entre los jurisconsultos, y estableció el consignado en la regla á que aludimos, que es una mala transacción con el pasado, y que en realidad nada resuelve acerca de la revocabilidad de las mejoras.

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 105.

<sup>2</sup> Leyes. 17 de Toro y 1.ª, tit. VI, lib. X, de la N. R.

En efecto: tomada en su sentido literal, esa regla no es más que la reproducción del principio que declara, que los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos; y su interpretación nos conduce á concluir que, si un individuo se obligó á mejorar á otro en escritura pública aceptada por éste, y aquél no cumple su promesa, sus herederos están obligados á pagar de la parte de libre disposición que la ley otorga al testador el importe de la mejora. Pero ni del espíritu ni de la letra de la regla mencionada puede inferirse nada acerca de la revocabilidad de la mejora hecha en la forma que indica.

Por nuestra parte nos atrevemos á sostener, fundados en la jurisprudencia antigua, que el mejorante no puede revocar la mejora hecha en la forma que indica la regla mencionada, por medio de su testamento, porque éste es un acto unilateral y no bastante eficaz para destruir la fuerza de un contrato bilateral. En otros términos: el mejorante no puede revocar en su testamento la mejora que ha otorgado mediante un contrato solemne, porque sería dejar al arbitrio de uno solo de los contrayentes el cumplimiento de la obligación contra el precepto prohibitivo de la ley.

IV. Si la promesa fuere de no mejorar, y se hiciere en escritura pública, será nula toda mejora hecha en contravención á ella (art. 3,519, Cód. Civ.).

Como la anterior, esta regla se funda en los principios, según los cuales los contratos legalmente celebrados deben ser puntualmente cumplidos, y su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de uno solo de los contratantes, y además, contiene la sanción debida; la nulidad de la mejora hecha contraviniendo lo convenido en el contrato respectivo.

V. El aumento que el testador hace á la legítima de alguno de los herederos forzosos, se reputará mejora aun cuan

do en el testamento no se le diere ese nombre (art. 3,520, Cód. Civ.).

Esta regla, que no es más que la reproducción del principio sancionado por la ley 10, tít. IV, lib. X. de la Novísima Recopilación ha tenido por objeto, como ésta, señalar un límite justo á las dádivas del testador para evitar la desigualdad de las legítimas de los herederos; pues estimando como mejora el aumento que haga á la legítima de uno de ellos, se impide que tal aumento exceda de la porción de que aquél puede disponer libremente.

VI. La mejora puede ser señalada por el que la hace, en cosa cierta; y es válida si el precio de la cosa no excede de la parte libre (art. 3,521, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla no hace más que reproducir el precepto sancionado por la ley 3<sup>a</sup>, tít. VI, libro X de la Novísima Recopilación, que algunos jurisconsultos han estimado como contraria á la igualdad que debe existir en las legítimas, porque autoriza al testador para hacer, por la designación de la cosa en que debe consistir la mejora, una nueva mejora con perjuicio de los demás herederos.

No entraremos al estudio de la cuestión, ajena al carácter de estas lecciones, pero sí diremos que la regla mencionada ha dado origen á otras controversias, sobre algunas de las cuales no han podido ponerse de acuerdo los jurisconsultos.

La ley de donde está tomada la regla á que nos referimos, que ha dado lugar á tales controversias, vino á fijar dos puntos que antes no estaban decididos:

I. Que es válida la designación de cosa cierta de parte de la fortuna del testador, siempre que aquélla ó ésta no exceda de la parte de libre disposición de éste:

<sup>1</sup> Art. 3,521. Suprimido.

II. Que la mejora se ha de computar según el valor que tengan los bienes hereditarios al tiempo de la muerte del testador.

Remitimos á nuestros lectores al estudio que sobre la ley mencionada han hecho Gutiérrez Fernández y los autores por él citados acerca de su inteligencia y aplicación, para que se conozcan las distinciones y controversias provocadas por ellos y las dudas y dificultades á que dieron origen.

Por nuestra parte, juzgamos que la regla á que nos referimos sanciona un principio justo, bajo el sistema de la legítima forzosa, porque el testador, que es dueño de los bienes de que dispone en su testamento, debe tener facultad de designar en cuáles de ellos debe consistir el quinto de que puede disponer libremente, y dejar éste por vía de mejora á uno de sus herederos.

VII. Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa cierta, se debe pagar con los mismos bienes hereditarios; observándose en lo que pueda tener lugar los artículos 4,071 y 4,072 del Código Civil (art. 3,522, Cód. Civ.).

En esta regla, como en la anterior, no ha hecho el Código Civil más que seguir las tradiciones de nuestra antigua legislación, reproduciendo un principio sancionado por la ley 4<sup>a</sup>, tít. VI, lib. X de la Novísima Recopilación.

Esta ley puso término á la controversia suscitada acerca de si la mejora debía de pagarse con parte de los bienes hereditarios ó entregar su estimación, resolviendo que la mejora debía ser satisfecha en la primera forma, porque cuando se lega una parte de los bienes, no es su estimación sino las mismas cosas las que parecen legadas.

Pero la regla mencionada, así como la ley á que debe su origen, sufre excepción cuando los bienes del testador son de tal naturaleza, que no admiten cómoda división, pues entonces pueden adjudicarse á uno de los herederos, con el

deber de abonar á los otros, entre ellos el mejorado, el exceso en dinero, como lo dispone el art. 4,073 del Código.<sup>1</sup>

Los preceptos á que la misma regla se refiere establecen á su vez reglas para el pago de sus cuotas á los herederos, declarando que todo heredero ó legatario de cantidad, tiene derecho de pedir que se le apliquen en pago bienes de la herencia por el precio de su valúo; y que en tal caso la elección será del que debe pagar la herencia ó legado, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

De estos preceptos nos ocuparemos en su oportunidad, al hacer el estudio relativo á la partición de los bienes hereditarios.

<sup>1</sup> El art. 4,073 del Código Civil de 1870, fué trasladado bajo el núm. 1,903 del de Procedimientos de 1884.

## LECCION CUARTA.

### DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

#### DE LOS LEGADOS.

Legado es, según la Instituta, una especie de donación dejada por el difunto, y según la ley 116, lib. 30 del Digesto, es una disminución de la herencia en provecho de alguno á quien el testador quiere favorecer.

Maynz estima incompletas estas definiciones, pero encuentra en ellas los dos elementos constitutivos de los legados, la liberalidad en favor del legatario y la carga impuesta á la persona gravada con el legado.<sup>1</sup>

Reuniendo, pues, esos dos elementos podemos decir, que el legado es una liberalidad del testador en provecho de alguno, impuesta como carga al heredero ó herederos instituidos.

La palabra *legado* tiene dos acepciones, pues significa, ya el acto ó disposición en que el testador hace una liberalidad en provecho de alguno, ya la cosa en que consiste ésta.

Tomada en esta acepción la palabra legado, dice Viso que éste es una porción de bienes que el testador separa de la masa hereditaria para que se entreguen después de su muerte á la persona que directa ó indirectamente designa, ó para que se invierta en los objetos que hubiere señalado.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Droit Romain, Tomo III § 416.

<sup>2</sup> Tomo II, pág. 444.

deber de abonar á los otros, entre ellos el mejorado, el exceso en dinero, como lo dispone el art. 4,073 del Código.<sup>1</sup>

Los preceptos á que la misma regla se refiere establecen á su vez reglas para el pago de sus cuotas á los herederos, declarando que todo heredero ó legatario de cantidad, tiene derecho de pedir que se le apliquen en pago bienes de la herencia por el precio de su valúo; y que en tal caso la elección será del que debe pagar la herencia ó legado, á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa.

De estos preceptos nos ocuparemos en su oportunidad, al hacer el estudio relativo á la partición de los bienes hereditarios.

<sup>1</sup> El art. 4,073 del Código Civil de 1870, fué trasladado bajo el núm. 1,903 del de Procedimientos de 1884.

## LECCION CUARTA.

### DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

#### DE LOS LEGADOS.

Legado es, según la Instituta, una especie de donación dejada por el difunto, y según la ley 116, lib. 30 del Digesto, es una disminución de la herencia en provecho de alguno á quien el testador quiere favorecer.

Maynz estima incompletas estas definiciones, pero encuentra en ellas los dos elementos constitutivos de los legados, la liberalidad en favor del legatario y la carga impuesta á la persona gravada con el legado.<sup>1</sup>

Reuniendo, pues, esos dos elementos podemos decir, que el legado es una liberalidad del testador en provecho de alguno, impuesta como carga al heredero ó herederos instituidos.

La palabra *legado* tiene dos acepciones, pues significa, ya el acto ó disposición en que el testador hace una liberalidad en provecho de alguno, ya la cosa en que consiste ésta.

Tomada en esta acepción la palabra legado, dice Viso que éste es una porción de bienes que el testador separa de la masa hereditaria para que se entreguen después de su muerte á la persona que directa ó indirectamente designa, ó para que se invierta en los objetos que hubiere señalado.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Droit Romain, Tomo III § 416.

<sup>2</sup> Tomo II, pág. 444.

Aunque en el fondo comprende esta definición los mismos elementos que la que dimos antes, sin embargo, la creemos menos clara y apropiada.

Antes de ocuparnos en la división de los legados, creemos conveniente exponer la forma en que pueden hacerse y las reglas sobre la capacidad de las personas para legar y recibir legados.

Antiguamente se podían dejar los legados en testamento ó en codicilo, que era una disposición menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar algo de su testamento; pero según el sistema adoptado por el Código Civil, que en ninguno de sus preceptos emplea la palabra codicilo, no está autorizado el uso de esta especie de instrumentos, y por lo mismo, nos atrevemos á afirmar que los legados, como todo acto de última voluntad, solamente pueden dejarse ó hacerse constar en testamento otorgado con las solemnidades que la ley establece.

De lo expuesto se infiere que la constitución de un legado no es más que la institución de heredero en parte de los bienes hereditarios, y por tanto, que sólo pueden legar las personas que pueden hacer testamento, y que son incapaces de adquirir legados los que lo son de heredar (art. 3,527, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En consecuencia, respecto de la capacidad de los legatarios son de observancia necesaria las reglas que el Código Civil establece en los artículos 3,426 á 3,449, cuyo estudio hemos hecho ya, y al que remitimos á nuestros lectores (art. 3,528, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Por la misma razón la institución de los legatarios está regida por las mismas reglas que la de los herederos, y por tanto debe hacerse con la mayor claridad, de manera que

<sup>1</sup> Art. 3,348, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,289 á 3,312 y 3,349, Cód. Civ. de 1884. Pág. 22 y siguientes.

no dé lugar á dudas y que pueda saberse qué persona ó personas son las designadas como legatarios; pues de otro modo es nulo el legado.

Pero si consta de una manera indudable la persona, aunque el testador padezca algún error en el nombre y apellido, no se anula el legado. Este principio sancionado por las leyes 9 y 28, tít. IX, Partida VI, está reproducido por el artículo 3,608 del Código Civil que declara, que el error acerca del nombre de la persona ó acerca de la cosa legada, no anula el legado, si puede demostrarse cuál fué la intención del testador.<sup>1</sup>

A nuestro juicio, este precepto reproduce de una manera innecesaria el contenido en el artículo 3,509 del Código, pues si la constitución de un legado no es en realidad otra cosa que la institución de heredero en una parte de los bienes del testador, es claro que está sujeta á las reglas generales que, sobre la institución de heredero establece aquel ordenamiento, y por tanto, que es inútil é innecesario que las reproduzca al ocuparse en los legados.<sup>2</sup>

Por la razón expresada, esto es, porque la constitución de un legado no es más que la institución de heredero en parte de los bienes hereditarios, declara también el artículo 3,529 del Código que rigen respecto de los legatarios los artículos 3,450, 3,451 y 3,452, y el 3,537 ordena que se observe también respecto de los legatarios lo dispuesto con relación á los herederos en los artículos 3,504, 3,505 y 3,506, cuya explicación hemos hecho ya.<sup>3</sup>

En consecuencia, se infiere:

I. Que no trasmite ningún derecho á sus herederos el legatario que muere antes que el testador, ó antes de que se

<sup>1</sup> Art. 3,426, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,345, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Arts. 3,313, 3,314, 3,315, 3,358, 3,340, 3,341 y 3,342, Cód. Civ. de 1884.

cumpla la condición, el incapaz de heredar y el que renuncia la sucesión:

II. Que en los casos indicados, el legado 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, en cuyo estudio nos ocuparemos después:

III. Que el legatario que, siendo incapaz de heredar al testador, hubiere entrado en posesión de los bienes legados, debe restituirlos con todas sus acciones y con todos los frutos y rentas que hubiere percibido:

IV. Que si el testador nombra á unos legatarios individual y á otros colectivamente, éstos son considerados como si fueran nombrados individualmente, á no ser que se conozca de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador:

V. Que si el testador deja un legado á sus hermanos y los tiene sólo de padre, sólo de madre y de padre y madre, se debe dividir como en el caso de intestado:

VI. Que si el testador deja un legado á cierta persona y sus hijos, se debe entender que es para todos simultánea y no sucesivamente.

La facultad que el testador tiene de disponer de sus bienes ejecutando actos de liberalidad en provecho de una ó varias personas, está restringido dentro de los límites del respeto debido á la legítima forzosa, y por lo mismo, el testador que tiene herederos forzosos, sólo puede distribuir en legados la parte que, conforme á la ley, no está comprendida en la legítima; ó lo que es lo mismo, sólo puede distribuir en legados la parte de que puede disponer libremente (art. 3,524, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En consecuencia, el legado que excede de la parte de li-

<sup>1</sup> El art. 3,524 del Código de 1870, fué suprimido en el de 1884 por ser contrario á la libertad de testar.

bre disposición, debe reducirse y aun suprimirse como inoficioso; y el testador que no tiene herederos forzosos, puede distribuir en legados una parte de sus bienes ó todos ellos (arts. 3,525 y 3,526, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Es también consecuencia de lo expuesto, que se observen, respecto de los legados, los preceptos contenidos en los artículos 3,512 á 3,514, y en los casos á que se refieren, sólo valen los legados hasta donde alcanzare la parte de libre disposición (art. 3,601, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Por lo mismo se infiere:

1<sup>o</sup> Que el nombramiento de legatarios y la distribución del caudal en legados, hechos por una persona que no tiene hijos ni descendientes legítimos ó legitimados, ó naturales ó espurios reconocidos, caducan por superveniencia de herederos, y sólo quedan útiles en la parte de que el testador puede disponer libremente:

2<sup>o</sup> Que si después de distribuída la herencia en legados entre hijos espurios, sobreviene uno natural, ó si nombrados legatarios varios hijos naturales ó espurios, sobreviene uno legítimo, la herencia se debe dividir en los términos que previenen los artículos 3,464 á 3,466.<sup>3</sup>

3<sup>o</sup> Que si los hijos supervenientes fallecieron antes que el testador, valdrá el legado.

Por la razón antes expresada, el testador puede legar todas las cosas que estime conveniente, siempre que no se hallen fuera del comercio de los hombres, porque si tienen esa cualidad el legado es nulo, según lo declara el artículo 3,540 del Código Civil; pues como dijimos al hacer el estu-

<sup>1</sup> Los artículos 3,525 y 3,526 del Código de 1870, fueron también suprimidos en el de 1884 por sancionar principios contrarios á la libertad de testar.

<sup>2</sup> El artículo 3,601 fué suprimido por la misma razón que los anteriores.

<sup>3</sup> Los artículos 3,464 á 3,466 fueron suprimidos por la misma razón que los anteriores.

dio del objeto de los contratos, tales cosas no son susceptibles de apropiación privada.<sup>1</sup>

Los legados, que también se han designado por nuestra antigua legislación con el nombre de *mandas*, se dividen en las diversas especies siguientes, que toman su origen de la diferente naturaleza de las cosas sobre que recaen, ó de los diversos modos bajo los cuales pueden dejarse.

I. Legados de cosa ó de hecho, pues éstos pueden consistir en la prestación de una cosa ó en la de un hecho ó un servicio, como lo declara expresamente el artículo 3,530 del Código Civil.<sup>2</sup>

Esta distinción conduce necesariamente á concluir, que el testador puede legar, con la limitación antes indicada, todas las cosas que le plazcan ó la prestación de un hecho ó un servicio lícito, que no sea contrario á la ley ó á las buenas costumbres.

II. Legados forzosos y voluntarios.

Se llaman forzosos á los legados que por disposición de la ley se deben dejar por todo testador para ciertos y determinados objetos. En la actualidad no existe en el Distrito Federal más que una manda forzosa de un peso que, en favor de las bibliotecas públicas, crió el artículo 76 de la ley de 18 de Agosto de 1843.

Suponemos que en los diversos Estados de la República existen disposiciones legislativas especiales que establecen legados forzosos en favor de objetos de utilidad pública.

Se llaman voluntarios á aquellos legados que, como su nombre lo indica, dependen única y exclusivamente de la voluntad del testador. A esta clase pertenecen los legados cuyas definiciones vamos á dar.

III. Legado de *cosa propia*, es aquel que tiene por objeto

<sup>1</sup> Art. 3,661, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,351, Cód. Civ. de 1884.

las cosas propias del testador. El Código Civil establece las siguientes reglas acerca del legado de cosa propia, cuya explicación haremos brevemente:

1.<sup>a</sup> Cuando el legado es de cosa específica, y determinada, propia del testador, el legatario adquiere la propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros, á no ser que el testador haya dispuesto otra cosa (art. 3,603, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla no es más que la reproducción del precepto contenido en el artículo 3,372 del Código que declara, que la propiedad y posesión legal de los bienes, y los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos, y se funda en la necesidad que hay de precisar el momento en que se abre el derecho del legatario.

En efecto: en el momento en que se abre la sucesión, y por consiguiente el legado, el derecho que de él se deriva forma parte del patrimonio del legatario, quien puede enajenarlo, y constituye la garantía de sus acreedores, que pueden embargarlo; y si muere, aunque sea unos cuantos minutos después que el testador, ó lo que es lo mismo, de la apertura de la sucesión, lo transmite á sus herederos, aunque no lo haya aceptado ni haya tenido conocimiento de él.

2.<sup>a</sup> La cosa legada, en el caso de la regla anterior, corre desde el mismo instante á riesgo del legatario; y en cuanto á su pérdida, aumento ó deterioros posteriores, se debe observar lo dispuesto en los artículos 1,546 y 1,547 (art. 3,604, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta regla, así como la parte de la anterior, que declara que el legatario hace suyos los frutos pendientes y futuros, son una consecuencia inmediata y necesaria del dominio,

<sup>1</sup> Art. 3,421, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,422, 1,430 y 1,431, Cód. Civ. de 1884.

pues si éste se trasmite á aquél por la muerte del testador, es claro que hace suya la cosa legada en el estado en que se encuentra cuando este hecho se verifica, y por lo mismo, con los frutos que tuviere pendientes. Y por la misma razón le pertenecen todos los aumentos y reporta los deterioros y la pérdida de la cosa legada, supuesto que las cosas fructifican y se pierden para sus dueños.

Estos mismos principios están sancionados por los artículos 1,546 y 1,547 á que se refiere la regla que motiva estas observaciones, que, como dijimos al hacer su estudio, se fundan en las consideraciones enteramente justas de que la cosa debe perecer para su dueño, y que los derechos del acreedor de cosa cierta y determinada se extinguen cuando ésta perece, á causa de la imposibilidad en que se encuentra el deudor de ejecutar la obligación, porque no se le puede estrechar á que entregue una cosa que no existe, ni pretender que la sustituya con una equivalente ó con el pago de daños y perjuicios si no le es imputable la pérdida ó destrucción de la cosa por su culpa ó mora.

3<sup>a</sup>. Es nulo el legado que el testador hace de cosa propia, individualmente determinada, que al tiempo de su muerte no se halle en su herencia (art. 3,538, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

4<sup>a</sup>. Si la cosa mencionada en la regla que precede, existe en la herencia, pero no en la cantidad ó número designados, tendrá el legatario lo que hubiere (art. 3,539, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Estas reglas se fundan en la presunción de que la voluntad del testador era darle al legatario cierta y determinada cosa y no su valor ú otra equivalente. Además, si el testador vendió ó enajenó por cualquier otro título la cosa legada, la hizo salir de su patrimonio y no pudo transmitirla por

<sup>1</sup> Art. 3,359, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,360, Cód. Civ. de 1884.

su muerte al legatario, que sólo podía adquirir su propiedad formando parte de los bienes de aquél.

5<sup>a</sup>. Cuando se lega una cosa con todo lo que comprende, no se entienden legados los documentos justificantes de propiedad ni los créditos activos, á no ser que se hayan mencionado especificadamente (art. 3,586, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La Exposición de motivos justifica esta regla en los términos siguientes: «Cuando se lega una cosa con todo lo que comprende, queda la duda si en la disposición se contienen los documentos relativos á la propiedad y los créditos. Pueden ser tan generales los términos, que haya motivo para sostener la inclusión; pero siempre es más seguro y ofrece menos inconvenientes prevenir, como se hace en el artículo citado, que sea necesaria en el caso la mención especial de esos documentos: el testador obrará según le convenga.»

Según el pasaje transcrito de la Exposición de motivos, la regla á que nos referimos tiene por objeto prevenir cuestiones en el caso á que ésta se refiere; pero la verdad es que no expresa la razón que tuvieron los Codificadores para adoptarla. A nuestro juicio, la regla indicada es interpretativa de la voluntad presunta del testador, que si hubiera querido legar la propiedad de las cosas cuyos títulos se guardan en la cosa legada, ó los documentos justificativos de créditos á su favor, habría declarado su voluntad de una manera expresa y terminante. Si, pues, no lo hizo, es de presumirse que no quiso legar la propiedad y los créditos amparados por tales títulos y documentos, y que aun ignoraba ó había olvidado que se encontraban en la cosa legada.

Los términos de la regla aludida demuestran que se refiere á los títulos de propiedad de una cosa distinta de la legada; pues siendo los relativos á ésta, no tendría aplica-

<sup>1</sup> Art. 3,405, Cód. Civ. de 1884.

ción alguna, supuesto que se le deberían entregar al legatario para acreditar el origen y procedencia de su dominio.

6ª El legado de menaje de una casa no comprende el numerario, los semovientes, los libros, las esculturas, las pinturas ni las alhajas de uso personal, si no se designan expresamente (art. 3,587, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Refiriéndose la Exposición de motivos á este precepto dice: «Lo mismo debe decirse del legado de menaje de casa. Como esta palabra es tan vaga y puede recibir del uso tan varias interpretaciones, el artículo 3,587 dispone: que en el caso no se comprendan los objetos que menciona, si no se habla de ellos expresamente. Así se evitarán cuestiones que además de ser de difícil solución, sirven y mucho para agriar los ánimos, no siempre bien dispuestos, de los interesados de una herencia.»

Esta regla, como la anterior, es interpretativa de la voluntad del testador, y ambas están tomadas de los artículos 378, 1,461 y 1,832 del Código Portugués, acerca de los cuales se expresa su comentarista Díaz Ferreira en los términos siguientes, que transcribimos literalmente, porque contiene explicaciones claras y precisas, que estimamos muy importantes.

«Para mejor inteligencia de la materia explica el Código el valor de algunas frases y expresiones frecuentemente empleadas en los contratos y en los testamentos, que son los capítulos más importantes y más vastos del derecho civil.»

«En la hipótesis del artículo 1,461, tienen las palabras *muebles é inmuebles* la misma amplitud y alcance, que los términos *mobiliarios é inmobiliarios*, pues la donación de todos los bienes muebles é inmuebles comprende también los derechos y acciones, porque esta fórmula revela de parte

1 Art. 3,406, Cód. Civ. de 1884

del donador la intención de donar todo lo que posee, aunque no se haga la donación á la misma persona de los muebles y de los inmuebles, y que por el contrario que se donen los muebles á uno y los inmuebles á otro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1,460 con respecto á la donación de la totalidad de los bienes sin reserva del usufructo, ó sin dejar al donador con medios de subsistencia.»

«Pero si el donador dona solamente los inmuebles, se debe interpretar la significación de estas palabras por lo dispuesto en los artículos 377 y 378, y no por lo dispuesto en el artículo 1,461, que sólo es aplicable á la hipótesis especial y restringida de la donación de todos los bienes muebles y de todos los inmuebles.»

La palabra *mobiliario* tiene significación más amplia que la palabra *mueble* y mucho más amplia que las expresiones *muebles de tal casa ó predio*.»

«El legado de los bienes *mobiliarios* comprende todos los muebles, no sólo corporales sino también los incorporeales, esto es, los derechos y acciones.»

«El legado de los muebles comprende, además de los muebles propiamente dichos, el dinero contante, las joyas, los libros, en una palabra todos los objetos materiales, susceptibles de transportarse de uno á otro lugar, por sí ó por una fuerza extraña.»

«El legado de los *muebles de tal casa ó predio* apenas comprende los muebles destinados al uso y ornamento de la casa, como lechos, espejos, relojes, mesas y otros objetos de esta naturaleza, ó como decía el proyecto primitivo en el artículo correspondiente (397) lo que se llama *muebles ó trastes* con exclusión de dinero, libros, medallas, instrumentos de artes y oficios, animales, armas, géneros de consumo, estatuas, ropa, etc.»

«El legado de *una casa con todo lo que se halla dentro de*

ella comprende todos los objetos existentes en la casa incluyendo dinero, artículo 1,832, con exclusión apenas de los créditos activos, aunque en ella se hallen los respectivos títulos. Pero estos mismos términos empleados en la enajenación en vida comprenden también los créditos activos, cuyos títulos existieren en la casa, porque la disposición del artículo 1,832, como excepcional, no puede aplicarse, vista del artículo 12, sino á los legados.»

«En el legado de la vivienda con todo lo que estuviere de muros adentro se comprenden todos los bienes mobiliarios encontrados de muros adentro con la única limitación establecida en el artículo 1,832; en la venta, donación ó legado de *toda la casa que el trasmitente hubo de Paulo*, sin complemento alguno modificativo, se comprenden, según el uso vulgar, y según el sistema del Código, todos los bienes, tanto muebles, como inmuebles, semovientes, derechos y acciones.»

«El legado de *todos los muebles y objetos* que el testador tiene en su casa, comprende no sólo las cosas de uso doméstico, sino también los títulos de la deuda pública y los títulos de juros del tesoro, á pesar de lo juzgado en contrario; como el legado de los papeles de crédito particular comprende los billetes de los bancos.»<sup>1</sup>

IV. El legado de *cosa ajena*, que es aquel que recae so-

<sup>1</sup> Tomo I, segunda edición, pág. 268 y 269.

Para mayor claridad insertamos en seguida los artículos del Código Portugués á que se refiere el comentario anterior.

«Art. 377. Cuando en la ley civil ó en los actos y contratos se use de la expresión *bienes ó cosas inmobiliarias*, sin otra clasificación, se comprenderá en ella, tanto los que sean inmuebles por naturaleza ó mediante la acción del hombre.»

«§ único. De la misma manera, la expresión *bienes ó cosas mobiliarias*, comprenderá los muebles que lo sean por la naturaleza como los que deben su nombre á disposición de la ley; y por las palabras *muebles, cosas ó bienes muebles*, se entenderán únicamente los objetos materiales que por su naturaleza sean muebles.»

«Art. 378. Siempre que en los actos y contratos se use de la expresión *mue-*

bre bienes que no pertenecen al testador sino á un tercero.

Acerca de este legado establece también el Código las reglas siguientes, adoptando el sistema sancionado por el derecho Romano, según el cual el legado de cosa ajena era nulo, si el testador ignoraba esta circunstancia, porque era dudoso que lo hubiera dejado si la hubiera conocido; pero era válido si sabía que la cosa legada era ajena, y sólo importaba para el heredero la obligación de comprarla y entregarla al legatario, ó pagarle su valor, si el propietario rehusaba venderla ó pretendía un precio exorbitante.

El mismo sistema fué adoptado por la ley 10, título IX, Partida VI, y por el Código Civil en los artículos 3,570, 3,576 y 3,578, que contienen las siguientes declaraciones:

1.<sup>a</sup> Es nulo el legado de cosa que al otorgarse el testamento pertenezca al mismo legatario (art. 3,570, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> El legado de cosa ajena, si el testador sabía que lo era, es válido, y el heredero está obligado á adquirirla para entregarla al legatario ó dar á éste su precio (art. 3,576, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> Si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, es nulo el legado (art. 3,578, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

A primera vista parece que el segundo de los preceptos citados sanciona un principio inmoral y subversivo, porque autoriza el derecho de disponer de cosas que se hallan fuera del patrimonio del testador; pero un ligero examen de

*bienes de tal casa* ó predio, se comprenderán en ella únicamente lo que en términos vulgares recibe los nombres de mobiliario, utensilios ó menaje, á no ser que conocidamente sea otra la intención de las partes.»

«Art. 1,461. Si el donante hiciere donación de todos los bienes muebles é inmuebles, se entenderá que la donación comprende los derechos y acciones.»

«Art. 1832. Cuando se lega una casa con todo lo que se halla dentro de ella, no se entenderá que se legan las deudas activas, aunque en la casa se encuentran las escrituras y documentos referentes á dichas deudas.»

<sup>1</sup> Art. 3,390, Cód. Civ. de 1881.

<sup>2</sup> Art. 3,395, Cód. Civ. de 1881.

<sup>3</sup> Art. 3,397, Cód. Civ. de 1881.

ese precepto basta para convencerse de que no merece tal reproche, pues de sus términos se desprende claramente, que no tiene otro objeto el testador al legar la cosa ajena, sino imponer al heredero la obligación de comprarla á su dueño y entregarla al legatario, ó de pagar á éste su precio.

Además, según las teorías del derecho Romano, cuyos principios han seguido sobre este particular nuestra antigua legislación y el Código Civil, el que lega la cosa ajena se entiende que lega lo suyo, porque obliga al heredero á adquirirla para entregarla al legatario.<sup>1</sup>

Pero hay otra razón que, á nuestro juicio es más concluyente. Cuando el testador legó la cosa sabiendo que era ajena, se presume que impuso al heredero la obligación de adquirir y entregar la cosa ó pagar su valor; porque es fuera de toda duda que tuvo la intención de favorecer al legatario, y no puede suponerse que quisiera burlarse en el acto más serio y solemne de la vida.

La distinción que hace el segundo de los preceptos mencionados es muy justa y racional; pero la estimamos con extremo peligrosa por ser muy ocasionada á contiendas judiciales, por la necesidad de la demostración del hecho relativo al conocimiento del testador de que la cosa legada era ajena, que corre á cargo del legatario, pues el artículo 3,577 del Código, declara: que la prueba de que el testador sabía que la cosa era ajena, corresponde al legatario.<sup>2</sup>

La razón en que se funda este precepto la da Gutiérrez Fernández, comentando la ley de Partida antes citada, que sanciona el mismo principio: «Este legado no es nada, no se concibe que pueda serlo sino por la obligación del heredero de adquirir una cosa ajena, y como esa obligación no puede tenerla sino cuando el testador tenía conciencia de

1 Ley 11, § 2, lib. XXXII.

2 Art. 3,396, Cód. Civ. de 1884.

que la cosa objeto de la manda era de otro; de aquí el que no valga si dió ó mandó lo que, procediendo por error, creía que era suyo: la presunción es que ningún hombre cuerdo se propase á disponer de lo ajeno. Infiérese de lo expuesto que al legatario incumbe hacer la prueba, porque es el interesado en acreditar el requisito *sine qua non* de su legado, el que necesita destruir la presunción que está aquí en favor del heredero. *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*<sup>1</sup>

Por la misma razón, y por idénticas consideraciones á las antes expuestas, establece el artículo 3,571 del Código que, si en la cosa legada tienen alguna parte el testador ó un tercero, sabiéndolo aquél, en lo que á ellos corresponda, vale el legado; y el artículo 3,549 declara que, cuando el testador, el heredero ó el legatario sólo tenga cierta parte ó derecho en la cosa legada, se restringirá el legado á esa parte ó derecho si el testador no declara de un modo expreso que sabía que la cosa era parcialmente de otro, y que no obstante esto, la legaba por entero.<sup>2</sup>

En términos más claros: según los preceptos mencionados vale el legado de cosa que pertenece á un tercero y al testador, si éste tiene conocimiento de esa circunstancia.

Pudiera acontecer que el legatario adquiriera la cosa legada después de otorgado el testamento. Pues bien, en tal caso se entiende legado su precio, según el artículo 3,572 del Código Civil; pues de otra manera no se cumpliría la voluntad del testador que no ha sido otra que la de beneficiar al legatario imponiendo al heredero la obligación de adquirir y entregar la cosa ó pagar su valor.<sup>3</sup>

Este precepto es complementario de los contenidos en

1 Tomo III, pág. 469.

2 Art. 3,369, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,392, Cód. Civ. de 1884

los artículos 3,570 y 3,576 del Código, en previsión del caso en que el legatario adquiriera la propiedad de la cosa legada después de otorgado el testamento, y establece una regla justa y equitativa que resuelve la cuestión y la duda que pudiera surgir en tal caso acerca de la validez ó nulidad del legado, supuesto que por acto del mismo interesado se ha hecho imposible el cumplimiento del legado.<sup>1</sup>

También es válido el legado hecho á un tercero de cosa propia del heredero ó de un legatario; quienes si aceptan la sucesión deberán entregar la cosa ó su precio (art. 3,573, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es, porque el heredero representa al autor de la herencia, lo mismo que el legatario con relación á la cosa legada, y por lo mismo es indiferente que el testador disponga de lo que es suyo ó de lo que es del heredero ó del legatario, que sólo podrán dejar de cumplir el legado, renunciando el beneficio de la sucesión.

Pero la obligación del gravado con un legado de la especie de aquel á la cual se refieren estas observaciones es distinta, según que sea heredero ó legatario, pues el testador puede gravar con legados no sólo á los herederos, sino también á los legatarios, como lo declara expresamente el artículo 3,532 del Código Civil; porque al disponer de sus bienes ejerce uno de los atributos del derecho de propiedad imponiendo las cargas y condiciones bajo las cuales lo cede por un acto de liberalidad.<sup>3</sup>

En efecto: si el testador lega una cosa que le pertenece al heredero, los demás coherederos están obligados á indemnizarlo proporcionalmente á sus cuotas, porque siendo el legado deuda de la herencia deben reportarla todos los

1 Arts. 3,390 y 3,395, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,396, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,353, Cód. Civ. de 1884.

herederos; pero si el testador impone la misma obligación al legatario, no puede pretender éste indemnización alguna, porque se reputa carga especial impuesta al legado.<sup>1</sup>

Pero hay que advertir que en tanto es válido el legado de cosa propia del heredero, en cuanto no afecta á la legítima, esto es, cuando el valor de aquélla no excede de la parte de libre disposición; pues ya hemos dicho que el testador que tiene herederos forzosos, solamente puede distribuir en legados la parte que no está comprendida en la legítima, y que el legado que excede de la parte de libre disposición, debe reducirse y aún suprimirse como inoficioso. Y tal es el motivo por el cual declara el artículo 3,574 del Código, á nuestro juicio, de una manera innecesaria, que, lo dispuesto en el artículo 3,573 se entiende sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos.<sup>2</sup>

También contiene el artículo 3,575 otra declaración innecesaria estableciendo que, si el testador ignoraba que la cosa fuera propia del heredero ó legatario, será nulo el legado. Y decimos que es innecesaria tal declaración, porque no hace más que repetir la contenida en el artículo 3,578, que establece una regla general decretando la nulidad del legado de cosa ajena, cuando el testador ignora que ésta no le pertenece.<sup>3</sup>

V. Legado de cosa empeñada, que consiste en el que hace el testador de una cosa suya que ha dado en prenda, ó de una ajena que ha recibido con tal calidad en garantía de un crédito.

El Código Civil prevé los dos casos comprendidos en la definición que antecede, y establece las reglas siguientes, que rigen á cada uno de ellos:

1 Díaz Ferreira, tomo IV, pág. 220.

2 El artículo 3,574 del Código de 1870, fué suprimido por el de 1884, por ser contrario á la libertad de testar.

3 Arts. 3,394 y 3,397, Cód. Civ. de 1884.

1.<sup>a</sup> El legado de cosa recibida en prenda ó en anticresis, así como del título constitutivo de una hipoteca, sólo extingue el derecho de prenda, anticresis ó hipoteca, pero no la deuda, á no ser que así se prevenga expresamente (art. 3,550, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Si la cosa legada está dada en prenda ó hipoteca ó lo fuere después de otorgado el testamento, el desempeño ó la redención serán de cargo de la herencia; á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa (art. 3,554, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

La primera regla se funda en la consideración de que el legado de la cosa dada en prenda ó anticresis, así como el del título constitutivo importan la renuncia de un derecho constituido á favor del testador, y por lo mismo sólo puede interpretarse en un sentido restrictivo, si no consta la voluntad de éste de una manera clara y expresa; pues no es de presumirse que haya querido renunciar también al pago de la obligación que tal cosa ó tal título garantizan.

En otros términos: el legado á que nos referimos, importa la renuncia de la garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación, pero no la de ésta. Lo que es perfectamente jurídico, porque la prenda y la hipoteca son contratos de garantía, y por consiguiente, accesorios, que muy bien pueden dejar de existir, sin que por tal acontecimiento perezcan ó se extingan las obligaciones ó contratos cuyo cumplimiento garantizan.

Por estas mismas consideraciones declara el artículo 3,551 del Código Civil, que la regla á que nos referimos es igualmente aplicable en el legado de una fianza, ya sea hecho al fiador, ya al deudor principal. Es decir, que el legado de fianza produce sólo el efecto de extinguir esta ga-

1 Art. 3,370, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,375, Cód. Civ. de 1884.

rantía pero no el de librar al deudor del cumplimiento de la obligación; y tal efecto se produce cualquiera que sea la persona á cuyo favor se deja el legado, el deudor ó el fiador, porque la mente del autor de tal liberalidad no es otra que hacer menos gravosa la obligación extinguiendo la accesoria que la garantiza, y tal objeto se obtiene, cualquiera de esas personas que sea la beneficiada por el legado.<sup>1</sup>

La segunda regla se funda en una consideración que, á nuestro juicio, es perfectamente justa, las deudas para cuya seguridad se dió la prenda ó se constituyó la hipoteca eran deudas del testador, son, como muy bien dice García Goyena, deudas de la herencia con las que nada tiene que ver el legatario, y por lo mismo deben ser pagadas por el heredero.<sup>2</sup>

Pero tanto la primera regla como la segunda, son solamente interpretativas de la voluntad del testador cuando no ha expresado de una manera clara que es otra su intención; pues, no nos cansaremos de repetirlo, en las sucesiones la voluntad de aquél es la suprema ley y debe ser respetada.

En consecuencia, tales reglas tienen sólo aplicación cuando el testador no dispone expresamente otra cosa.

VI. Legado de género, que es aquel que se hace de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algún género ó especie, y sin precisarlas, designándolas por un nombre común; como un caballo, una casa, etc.)<sup>3</sup>

Según los intérpretes de nuestra antigua legislación, que establecía los mismos principios que el Código, en cuyo estudio nos vamos á ocupar, se debe distinguir si la cosa pertenece á un género ó especie determinada por la naturale-

1 Art. 3,371, Cód. Civ. de 1884.

2 Tomo II, pág. 128.

3 Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 481; Niso, tomo III, pág. 448.

za ó por la mano del hombre, pues en ambos casos rigen reglas distintas.

El Código Civil sanciona la misma distinción en las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> El legado de cosa mueble indeterminada, pero comprendida en un género determinado, es válido aunque en la herencia no haya cosa alguna del género á que la legada pertenezca (art. 3,544, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

En este caso pertenece la elección al que debe pagar el legado, quien, si las cosas existen, cumple con entregar una de mediana calidad, pudiendo en caso contrario comprar una de esa misma calidad ó abonar al legatario el precio correspondiente, previo convenio á juicio de peritos (art. 3,545, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

La Exposición de motivos expresa, en muy breves, pero claros conceptos, la razón en que se funda la regla aludida y su complemento: «Si se lega, por ejemplo un caballo, y no hay caballos en la herencia, á primera vista parece que no debe valer el legado; pero la intención del testador fué legar no una cosa determinada, sino un individuo de género determinado. En consecuencia, el que haya de pagar la manda, deberá comprar el objeto designado.»

Se deja la elección al heredero, porque es el deudor, y es un principio de equidad aquel según el cual se deben interpretar siempre las obligaciones en sentido más favorable para el deudor que para el acreedor. Además, entregando una cosa de mediana calidad no infiere agravio alguno al legatario, porque de esta clase poseen ordinariamente los hombres las cosas de que se valen para satisfacer las necesidades de la vida, y no es de presumirse que el testador haya querido que se entregue una cosa de pri-

<sup>1</sup> Art. 3,365, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,366, Cód. Civ. de 1884.

mera calidad cuando no manifestó de manera alguna que tal fuera su voluntad.

Cuando las cosas no existen, cumple el heredero comprando una de mediana calidad ó abonando al legatario su precio estimado por ellos mismos; pues por el hecho de no haber legado una cosa individualmente determinada, sino una de tantas que constituyen ó forman un género, ha manifestado el testador su voluntad no sólo de hacer un beneficio, sino de que siempre y en todo caso se cumpla, supuesto que el género nunca perezca; pues si una cosa de las que lo constituyen se destruye ó se pierde, otras muchas de la misma especie la sustituyen y representan.

La facultad de sustituir la cosa legada por el precio, tiene solamente por objeto facilitar al heredero el cumplimiento de la obligación que le impuso el testador, considerando que ningún perjuicio resulta al legatario, porque aquél le facilita el medio de adquirir la cosa legada, si es que la desea ó la necesita, ó le pone en posesión de recursos pecuniarios sin el quebranto que tal vez hubiera experimentado si la hubiera vendido después de recibirla.

2.<sup>a</sup> Si el testador concedió, expresamente la elección al legatario, éste podrá, si hubiere varias cosas del género determinado, escoger la mejor; pero si no las hay, sólo podrá exigir una de mediana calidad ó el precio que le corresponda (art. 3,546, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

La razón es, porque dejando el testador la elección al legatario ha querido que la voluntad de éste prevalezca; y como la suya propia es la suprema ley en la sucesión, siempre que no sea contraria al orden público, á la moral y á las buenas costumbres, hay necesidad de obedecerla y respetarla.

En cuanto al pago del legado mediante el del precio ó

<sup>2</sup> Art. 3,367, Cód. Civ. de 1884.

la entrega de una cosa de mediana calidad, cuando no existen varias del género determinado, se funda en las mismas consideraciones que expusimos al ocuparnos en el estudio de la primera regla. Además, se justifica por la consideración de la imposibilidad de elección del legatario en el caso indicado sin el peligro de gravar al heredero, pues no existiendo en los bienes hereditarios del género determinado por el testador, podría escoger entre las que no circulan en el comercio y obligar á aquél á pagar por ella un precio exorbitante.

Elaborado el Código Civil sin su inmediato y natural complemento el Código de Procedimientos, tuvieron sus autores la necesidad de insertar en él preceptos que debían ser por su naturaleza de la competencia de la ley procesal, toda vez que determinan la forma del juicio en que deben discutirse ciertas controversias.

De ese gravísimo defecto adolece el artículo 3,547 del Código Civil que declara, que cualquiera diferencia que ocurra sobre el cumplimiento de las reglas que acabamos de exponer, se debe decidir en juicio verbal.<sup>1</sup>

Creemos que esta regla, que es una usurpación hecha al Código de Procedimientos, ha sido derogada por la promulgación de éste, y en tal virtud, que las diferencias que surjan por el motivo indicado, deben ventilarse en los términos que indique dicho ordenamiento.

Las reglas expuestas se refieren al género determinado por la naturaleza, vamos ahora á examinar la única regla que con respecto al género determinado por la mano del hombre, establece el Código Civil.

3.<sup>a</sup> Si la cosa indeterminada fuere inmueble, dice el artículo 3,548 de este Código, sólo valdrá el legado existien-

<sup>1</sup> El art. 3,547, del Código de 1870, fué suprimido en el de 1884, por ser materia propia del Código de Procedimientos.

do en la herencia varias del mismo género: para la elección se deben observar las reglas establecidas en los artículos 3,545, 3,546 y 3,547.<sup>1</sup>

Dos partes comprende esta regla, la primera en la cual establece el principio que declara inválido el legado de cosa indeterminada inmueble cuando no existen en la herencia otras cosas del mismo género; y se funda en la consideración de la imposibilidad, ó más bien dicho, la dificultad que ofrecería el cumplimiento de la voluntad del testador.

En efecto, cuando éste tiene entre sus bienes varios inmuebles del mismo género, pueden el heredero ó el legatario hacer la elección tomando aquél la mejor y entregando éste una de mediana calidad; pero cuando no existen tales bienes ¿cómo podrá cumplir el heredero la voluntad del testador? ¿Acaso entregando una de mediana calidad según su juicio? La calidad de las cosas se estima comparando las unas con las otras, y tal estimación es fácil cuando está limitada dentro del número de las que poseía el testador; pero se convierte en moralmente imposible cuando tiene que hacerse dentro de las del mismo género que existen en toda la ciudad en donde aquél vivió.

¿No es cierto, por otra parte, que el testador que lega un inmueble indeterminado cuando en sus bienes no los hay de ninguna especie, revela que su juicio no está sano ó que su aparente liberalidad es una burla que ningún efecto jurídico debe producir?

Así lo determinaba nuestra antigua legislación y lo enseñaba la doctrina de los jurisconsultos.<sup>2</sup>

La segunda parte de la regla aludida sujeta la elección de la cosa legada á los preceptos que rigen á aquélla cuando

<sup>1</sup> Arts. 3,368 á 3,366 y 3,367. Véase la nota anterior.

<sup>2</sup> Ley 23, tít. 9.<sup>o</sup>, Parte 6.<sup>a</sup>

se trata de cosas de género determinado por la naturaleza. En consecuencia debemos establecer:

1º Que la elección corresponde al que debe pagar el legado, quien cumple entregando una de mediana calidad:

2º Si el testador concedió expresamente la elección al legatario, puede éste escoger la mejor:

3º Las diferencias que, con motivo de la elección ocurran, se deben ventilar en juicio verbal.

VII. Legado de especie, que es aquel por el cual se lega una cosa determinada, designándola con alguna denominación particular ó con las señales que la caracterizan. Como si dijera el testador, lego mi caballo alazán á Pedro, ó mi casa situada en la ciudad de León, en tal calle y marcada con el número 3.

Respecto de este legado establece el artículo 3,612 del Código Civil la regla siguiente:<sup>1</sup>

En el legado de especie, el heredero debe entregar la misma cosa legada; en caso de pérdida se observará lo dispuesto en los capítulos III y IV, tít. 3º, libro III.

La primera parte de esta regla no es en realidad más que la reproducción de la contenida en el artículo 1,629 del mismo Código, según la cual, el deudor de una cosa no puede obligar á su acreedor á que reciba otra diferente, aunque sea de igual ó de mayor valor que la debida; y en el artículo 1,545 que dice, que el obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y á entregarla, bajo la responsabilidad establecida en el capítulo IV, tít. III del libro III.<sup>2</sup>

Como ya hicimos en su oportunidad el estudio de los fundamentos y extensión de esas reglas, remitimos á nuestros lectores á lo que sobre el particular hemos expuesto.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,430, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 1,515 y 1,429, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Tomo III, pág. 183 y siguientes, y 237.

La segunda parte de la regla mencionada contiene solamente una referencia, que importa la declaración de que la pérdida de la cosa legada se rige por los mismos preceptos establecidos respecto de la ejecución de los contratos, cuando la cosa se pierde hallándose en poder del deudor.

En consecuencia, podemos establecer que la regla contenida en el artículo 3,612 del Código, comprende en realidad dos obligaciones:

1ª La de entregar la cosa legada al legatario, bajo la responsabilidad que establece la ley:

2ª La de conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia hasta la entrega de ella al legatario.

De donde se infiere que, si hay mora ó culpa de parte del heredero y por ella se pierde ó deteriora la cosa legada, está obligado á la indemnización de los daños y perjuicios causados al legatario, en los términos que establece la ley; y como habría dificultad para que éste ejercitara su acción, ó más bien dicho, para que demostrara la culpa, el Código Civil ha creado una presunción, declarando en el artículo 1,558, que la pérdida de la cosa en poder del deudor, esto es, del heredero, se presume por culpa suya mientras no se demuestre lo contrario.<sup>1</sup>

Como haríamos inútiles explicaciones si determináramos aquí todas y cada una de las reglas que establece el Código sobre la pérdida de la cosa debida, nos abstenemos en enumerarlas y explicarlas, y nos limitamos á establecer, que en los legados de especie, esto es, de cosas ciertas y determinadas, adquiere el legatario la propiedad de ellas en el acto mismo en que se verifica la muerte del testador, y por consiguiente le pertenecen los riesgos de ella desde en-

<sup>1</sup> Art. 1,442, Cód. Civ. de 1884.

tonces; pero es responsable de ellos el heredero si hubiere mora ó culpa de su parte, en los términos que acabamos de indicar.

VIII. Legado de cantidad, que es aquel por el cual se dejan al legatario cosas de cierto género ó especie con designación de su número, peso ó medida; por ejemplo, cuando el testador lega mil pesos, cien cargas de trigo, cincuenta barriles de vino, etc.

En este legado hay necesidad de que se exprese la especie y cantidad, esto es, número, peso y medida; porque de otra manera sería nulo, como si el testador dijera lego á Pedro vino, trigo, etc. Pero no es necesario que siempre se fije en el testamento mismo la cantidad, si por un cálculo aproximado puede fijarse después.

Por ejemplo: cuando el testador lega la porción de vino ó de dinero que Pedro necesite anualmente para su subsistencia y la de su familia, pues aun cuando en el acto no pueden determinarse las cantidades de vino ó de dinero, sin embargo, se pueden fijar después, atendiendo al número de personas de que se compone la familia del legatario y al monto de los bienes hereditarios.

Respecto de este legado establece el Código Civil las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> El legado de cosa ó cantidad depositada en lugar designado, sólo subsistirá en la parte que en él se encuentre (art. 3,555.)<sup>1</sup>

Esta regla tiene por objeto interpretar la voluntad del testador, de la única manera posible, y siguiendo los principios establecidos por el derecho Romano y nuestra antigua legislación. Es decir, que su intención fué beneficiar al legatario con la cantidad de dinero que existe en determi-

1 Art. 3,375, Cód. Civ. de 1884.

nado lugar, cualquiera que sea su importe, poco ó mucho.

2.<sup>a</sup> Los legados en dinero deben pagarse en esa especie, y si no lo hay en la herencia, con el producto de los bienes que al efecto se vendan (art. 3,613, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

Es muy fácil percibir cuáles son los fundamentos de esta regla, que no es más que la expresión, en distinta forma, de otros principios fundamentales que ya hemos expuesto.

En efecto: el legatario es acreedor á la herencia, y por lo mismo tiene, como todo acreedor el derecho de no recibir otra cosa diferente de la que se le debe, aunque sea de mayor valor que la debida, ya porque no se puede dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, ya porque pueden sufrir perjuicio los intereses del legatario, entregándosele el importe del legado en otra cosa que en dinero (art. 1,629, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

Tal es el motivo por el que ordena la segunda parte de la regla mencionada que, si no hubiere dinero efectivo en la herencia que se vendan alguno ó algunos de los bienes que la forman para pagar con su producto el legado.

3.<sup>a</sup> Si se lega alguna cantidad para cuando se tome estado, se entiende legada para contraer matrimonio (art. 3,600, Cód. Civ.)<sup>3</sup>

A primera vista puede parecer que esta regla, que es más bien interpretativa de la voluntad del testador y tiene por objeto impedir que se estime satisfecha ésta cuando el legatario adopta el estado eclesiástico, se halla en abierta pugna con el precepto contenido en el artículo 3,402 del Código Civil que declara, que se debe tener por no puesta la condición impuesta al legatario de tomar ó dejar de tomar estado; pero un detenido examen basta para conven-

1 Art. 3,431, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 1,515, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,419, Cód. Civ. de 1884.

cerse de que no hay contradicción alguna entre ambos preceptos.<sup>1</sup>

En efecto: el artículo 3,402 tiene por objeto, como manifestamos al hacer el estudio relativo á las condiciones que se pueden poner en los testamentos, evitar la coacción de la libertad del heredero ó del legatario, á quien se impide, por la voluntad del testador, tomar ó dejar de tomar estado. Pero la regla que motiva estas observaciones, no autoriza en manera alguna al testador para que imponga al legatario la condición de tomar estado para que adquiera derecho al legado, sino que simplemente declara que si se lega alguna cantidad para cuando se tome estado, se entiende legada para contraer matrimonio: esto es, el legado no tiene por objeto imponer al legatario la obligación de contraer matrimonio, sino favorecerlo en el caso de que lo contraiga aliviándole en parte el peso de las obligaciones que por su enlace se impone.

Es preciso convenir en que la regla aludida se presta por su mala redacción, á que se le estime en abierta contradicción con el artículo 3,402 del Código, y que solamente puede desaparecer ésta interpretándola en el sentido que lo hemos hecho, siguiendo, según creemos, la verdadera mente de los codificadores.

IX. Legado de crédito, que es aquel por el cual el testador deja al legatario lo que un tercero le debe.

Siguiendo las tradiciones del derecho Romano y algunas de nuestra antigua legislación, declara el Código Civil:

1º Que el legado hecho á un tercero de un crédito á favor del testador, sólo produce efecto en la parte del crédito que esté insoluto al tiempo de abrirse la sucesión (art. 3,539, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

1 Art. 3,265, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,360, Cód. Civ. de 1884.

En consecuencia, si nada existe del crédito, ya sea porque el testador exigió el pago, ya porque el mismo deudor pagó voluntariamente, nada deberá el heredero.

2º Que el que ha de cumplir el legado debe entregar al legatario el título del crédito y cederle todas las acciones que en virtud de él correspondían al testador; y que cumpliendo este deber queda libre de la obligación de saneamiento y de cualquiera otra responsabilidad, ya provenga ésta del mismo título, de insolvencia del deudor ó de sus fiadores, ya de otra causa (arts. 3,560 y 3,561, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es, porque la voluntad del testador es que el legatario le suceda en todos sus derechos y acciones para hacer efectivo el pago del crédito, y no legarle determinada cantidad; y por consiguiente, hace suyo aquél en las mismas condiciones que le pertenecía al testador y corriendo las mismas contingencias que éste, entre otras, la insolvencia del deudor principal y la de sus fiadores.

3º El legado de crédito comprende también los intereses que por éste se deban á la muerte del testador, porque son un accesorio de él, y es elemental el principio de derecho según el cual, lo accesorio sigue la suerte de lo principal (art. 3,563, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

4º El legado de crédito subsiste, aunque el testador hubiere demandado al deudor, si éste no ha hecho el pago (art. 3,564, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

La exposición de motivos da la siguiente razón: "Puede legarse á un tercero un crédito á favor del testador, y puede también legarse al deudor la cosa ó cantidad debida. Pero si después cobra el testador el crédito ó la deuda, y al tiempo de su muerte no se ha verificado aún el pago, es

1 Arts. 3,380 y 3,381, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,383, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,384, Cód. Civ. de 1884.

prudente y equitativo que subsista el legado, porque después de hecho el cobro, no puede afirmarse que haya variado la voluntad del testador. Si el pago se realizó ya no hay objeto legado.”

5º Legado el título, sea público ó privado, de una deuda, se entiende legada ésta (art. 3,565, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla es aplicable tanto al legado de crédito como al de liberación, en el cual nos ocuparemos después, y se funda en la presunción que nace del hecho de entregar el título en que consta la existencia de una deuda, pues que siendo probatorio de ella y no pudiendo exigirse sin él tal hecho, demuestra que la voluntad del testador no ha sido otra que el legatario haga suya la deuda.

X. Legado de liberación que es aquel en que el testador deja á su deudor lo que éste le debe.

Se llama de liberación, porque liberta al deudor y á sus herederos del pago de la deuda y á sus fiadores; y puede hacerse de una manera expresa, como cuando el testador dice, lego á Juan trescientos pesos que me adeuda, ó tácita, como cuando dice, lego á Pablo la escritura pública, otorgada ante el notario H., por la cual consta que me adeuda tres mil pesos.

Esta forma del legado de liberación se halla consignada en el artículo 3,565 del Código Civil, que, como acabamos de ver declara, que legado el título, sea público ó privado de una deuda, se entiende legada ésta.<sup>2</sup>

La entrega del documento que justifica la existencia de la obligación, hace presumir la remisión de la deuda en favor del deudor, porque tal documento constituye la prueba del derecho que el acreedor tiene contra éste; y despojarse de esa prueba entregándola á la misma persona contra

<sup>1</sup> Art. 3,385, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,385, Cód. Civ. de 1884.

la cual produce efecto, es demostrar la voluntad de no hacer uso del derecho que se tiene contra el deudor.

El precepto indicado hace dos excepciones á la regla que contiene, refiriéndose á los artículos 3,550 y 3,551 del mismo Código Civil; pero, tal salvedad es innecesaria á nuestro juicio, porque se refiere á los legados de cosa empeñada ó dada en anticresis y de fianza é hipoteca, respecto de los cuales declaran dichos preceptos que tales legados sólo extinguen las garantías, pero no las deudas principales.<sup>1</sup>

Decimos que es innecesaria la salvedad que hace el artículo 3,565, porque los legados mencionados son de liberación de garantías, de obligaciones accesorias y no de las principales, de las deudas, con las cuales no se pueden confundir.

Fácil es comprender ahora por qué declara el artículo 3,562 del Código, que el legado de una deuda hecha al mismo deudor, extingue la obligación; y que el que debe cumplir el legado, está obligado no sólo á dar al deudor las constancias del pago, sino también á desempeñar las prendas, á cancelar las hipotecas y las fianzas, y á libertar al legatario de toda responsabilidad; pues si se extingue la obligación principal, es imposible que puedan existir legalmente las accesorias, supuesto que ya no hay sobre qué recaiga la garantía de la fianza, de la prenda ó de la hipoteca, y el heredero deja de tener un título en virtud del cual pueda conservar tales garantías en su poder.<sup>2</sup>

Son también aplicables en el legado de liberación las reglas tercera y cuarta que establece el Código Civil respecto del legado de crédito, por las razones que en su oportunidad establecimos, y por lo mismo, se comprenden en él los intereses que se deban por el crédito ó deuda á la

<sup>1</sup> Arts. 3,370 y 3,371, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,382, Cód. Civ. de 1884.

muerte del testador; y subsiste aunque éste haya demandado judicialmente al deudor, si el pago no se ha verificado (arts. 3,563 y 3,564, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Según el artículo 3,566 del Código Civil, el legado genérico de liberación ó perdón de las deudas comprende sólo las existentes al tiempo de otorgarse el testamento: no las posteriores; porque se presume, con justicia, que el testador no pensó sino en las deudas que entonces tenía á cargo de su deudor.<sup>2</sup>

XI. Legado de deuda, que es aquel por el cual el testador lega á su acreedor la cantidad que le está debiendo.

Refiriéndose á este legado dice Viso: "Aunque á primera vista parece inútil este legado, porque sin él también podría el legatario reclamar la cantidad que se le debiere, sin embargo, no deja de producir grandes ventajas, tales como la de poder pedir la deuda luego que muera el testador, aunque no hubiere vencido el plazo ó se hubiere cumplido la condición, si la tenía: la de hacerse líquida la deuda si antes no lo era, y últimamente, la de poder pedir la cosa en virtud del testamento, aunque no tuviere otras pruebas, si bien debe tenerse presente que en tal caso, no acreditando la deuda, sólo la podrá pedir bajo el título de legado."<sup>3</sup>

Respecto del legado de deuda establece el Código Civil las reglas siguientes, que explicaremos con la mayor brevedad posible:

1.<sup>a</sup> El acreedor cuyo crédito no conste más que por el testamento, se debe tener para los efectos legales como legatario preferente (art. 3,531, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

1 Arts. 3,383 y 3,384, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,386, Cód. Civ. de 1884.

3 Tomo II, pág. 451.

4 Art. 3,352, Cód. Civ. de 1884.

2.<sup>a</sup> El legado hecho al acreedor, no compensa el crédito; á no ser que el testador lo declare expresamente (art. 3,567, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

3.<sup>a</sup> En los casos de compensación, si los valores fueren diferentes, el acreedor tendrá derecho á cobrar el exceso del crédito ó del legado (art. 3,568, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La primera de las reglas indicadas se funda en la siguiente consideración, que tomamos de la Exposición de motivos: "La ley supone que el hombre en el solemne momento de testar obra con la lealtad debida, y por lo mismo no se puede dudar de la declaración que haga reconociéndose deudor. Pero como la confesión de esta deuda puede ser también arrancada por el tercero ó captada por otros medios ilícitos, la prudencia aconseja, que no se le niegue toda fe ni se le dé completa. Por tal motivo, se dictó la regla expresada, en cuya virtud, el acreedor, aunque no tenga el carácter con que aparece, queda con la preferencia bastante para obtener el pago de lo que puede ser un crédito y siempre es una carga para la herencia."

Esta regla no es una novedad, porque se hallaba establecida por el derecho Romano, según el cual, la deuda dejada en testamento sólo tenía fuerza de legado, si el acreedor no podía probar por otros medios la existencia de ella.<sup>3</sup>

Tal vez no se comprenda á primera vista cuál es la verdadera inteligencia de la regla aludida, y por lo mismo, vamos á exponer los dos diversos resultados que se pueden obtener de su aplicación.

Si el acreedor no tiene título alguno que acredite la existencia de su crédito, que sólo consta por la declaración del

1 Art. 3,387, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,388, Cód. Civ. de 1884.

3 Leyes 13 y 28 D. Legatis I.

testador hecha en el testamento, puede hacer el cobro de él, pero dentro de los límites que la ley señala á la parte de la herencia de libre disposición; y entonces tiene derecho á que se le pague como legatario y con preferencia á los demás legatarios, pero sin perjuicio de la legítima y hasta donde alcance dicha parte.

Si el acreedor tiene además del testamento la prueba de la existencia y verdad del crédito, entonces, como acreedor de la herencia, tiene derecho de ser pagado de la masa común, antes y con perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos que sólo pueden dividirse lo que queda de los bienes hereditarios pagadas las deudas.

En este segundo caso la posición del acreedor es más ventajosa que en el primero, y se explica, porque en éste hay sospecha, se presume que el testador supuso la deuda para dejar el legado, y por lo mismo es preciso estimar al legatario con este carácter, como la persona que ha sido agraciada por un acto de liberalidad y no como un verdadero acreedor.

La segunda regla se funda en la voluntad presunta del testador, quien se presume que ha querido indemnizar al acreedor de los perjuicios que le hubiere causado ó hacerle un beneficio; y en uno y en otro caso hay que respetar esa voluntad, tanto más cuanto que, si el testador hubiera tenido otra intención, la habría manifestado expresamente.

En cuanto á la tercera regla, que se refiere al caso en que el testador mande hacer la compensación del legado y del crédito, establece un principio innecesario, declarando que, si éstos tuvieren valores diferentes, el acreedor tiene derecho de cobrar el exceso del crédito ó del legado.

Decimos que esta regla establece un principio innecesario, porque no hace más que reproducir el contenido en el artículo 1,690 del Código Civil que declara, que si las deu-

das no fueren de igual cantidad, hecha la compensación queda expedita la acción por el resto. Además, si en la mencionada regla ó en la que le precede se dice que hay lugar á la compensación del legado y del crédito cuando la ordena expresamente el testador, es claro que esta sola indicación basta para que aquélla esté sujeta á las reglas especiales que sobre la compensación de créditos establece el Código Civil, pues no por ser ordenada en el testamento, cambia de naturaleza y son distintos sus efectos jurídicos.<sup>1</sup>

El artículo 3,569 del Código, hace una importante declaración respecto al legado de deuda, diciendo que, por medio de un legado puede el deudor mejorar la condición de su acreedor, haciendo puro el crédito condicional, hipotecario el simple, ó exigible desde luego el que sea á plazo; pero que esta mejora no perjudica en manera alguna los privilegios de los demás acreedores.<sup>2</sup>

Al expender la teoría de Viso, que es la de todos los autores, expusimos que la utilidad del legado de deuda consiste cabalmente en que el acreedor adquiera alguna de las ventajas que enumera el precepto citado, y por lo mismo, ellas no son más que la consecuencia de la naturaleza misma de ese legado.

XII. Legado de alimentos, que es aquel que deja el testador con el fin de que sirva para la subsistencia del legatario.

En este legado, como en cualquiera otro acto de última voluntad, la del testador es la suprema ley, y los preceptos del Código Civil son solamente supletorios de ella, cuando es omisa respecto de determinados puntos, ó cuando es oscura ó dudosa.

<sup>1</sup> Art. 1,576, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,389, Cód. Civ. de 1881.

Por tal motivo, establece el Código Civil las siguientes reglas respecto del legado de alimentos:

1.<sup>a</sup> El legado de alimentos dura mientras vive el legatario, á no ser que el testador haya dispuesto otra cosa, porque se presume que éste ha querido favorecer á aquél que, por enfermedad, por ancianidad ó por otra causa se halla imposibilitado de procurarse la subsistencia (art. 3,582, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Si el testador no señaló la cantidad de alimentos, se observará lo dispuesto en el capítulo 4.<sup>o</sup>, tít. V., del libro I del Código; esto es, se debe dar al legatario una cantidad proporcionada á la porción de que puede disponer libremente el testador y á las necesidades del legatario, para la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad (art. 3,583, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

Esta regla se funda en la voluntad presunta del testador, que pudiendo, no hizo la designación de la cantidad que el legatario debería percibir, por lo que se presume que ha querido sujetar al heredero á las reglas que sobre la ministración de alimentos establece el Código Civil, subordinándola á la posibilidad del que debe darlos y á la necesidad del que debe recibirlos.

3.<sup>a</sup> Si el testador acostumbró en vida dar al legatario cierta cantidad de dinero por vía de alimentos, se entenderá legada la misma cantidad; porque se presume que ha querido prestar al legatario después de su muerte el mismo servicio que le prestó en vida, y porque no hay una causa bastante que dé motivo para que se aumente ó disminuya dicha cantidad (art. 3,584, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

XIII. Legado de educación, que es aquel por el cual de-

1 Art. 3,401, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,402, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,403, Cód. Civ. de 1884.

ja el testador una cantidad al legatario para que se eduque.

Respecto de este legado declara el Código Civil:

1.<sup>o</sup> Que dura hasta que el legatario sale de la menor edad (art. 3,580, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>o</sup> Que cesa también el legado de educación, si el legatario durante la menor edad tiene profesión ú oficio con que poder subsistir, ó si contrae matrimonio (art. 3,581, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

La Exposición de motivos da la razón en que se fundan estas dos reglas diciendo, que es natural suponer que esa ha sido la voluntad del testador, que no puede pretender que se eduque una persona mayor de edad. Además, cuando un individuo contrae matrimonio, se supone con justicia que ha concluido su educación y que se haya en aptitud, si es hombre, de soportar las cargas del matrimonio; y si es mujer, que concluyó su educación y no necesita del auxilio del legado, pues aun en el caso de que fuera incompleta, el marido debe sufragar los gastos que demanda su conclusión.

XIV. Legado de pensión, que es aquel que hace el testador dejando alguna renta ó pensión á favor de alguna persona para que la perciba durante su vida.

El Código Civil establece respecto de él solamente esta regla:

El legado de pensión, sean cuales fueren la cantidad, el objeto y los plazos, corre desde la muerte del testador; es exigible al principio de cada período, y el legatario hace suya la que tuvo derecho de cobrar, aunque muera antes de que termine el período comenzado (art. 3,585, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

A primera vista parece que esta regla, que estimamos innecesaria, se halla en abierta contradicción con el pre-

1 Art. 3,399, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,400, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,404, Cód. Civ. de 1884.

cepto establecido por el artículo 2,926 del mismo Código Civil, según la cual, la renta correspondiente al año en que muere el que la disfruta, se debe pagar en proporción á los días que éste vivió; pero si debía pagarse por plazos anticipados, se ha de pagar el importe total del plazo que durante la vida del rentista se hubiere comenzado á cumplir.<sup>1</sup>

Pero el más ligero examen basta para convencerse de que no existe tal contradicción, porque la regla aludida se refiere á los casos en que la renta ó pensión se deba por plazos anticipados, pues entonces, según el precepto antes citado, debe pagarse el importe total del plazo que durante la vida del pensionista se hubiere comenzado á cumplir. Si no se entendiera así esa regla, resultaría no sólo una notoria contradicción, sino también una notoria inconsecuencia, porque aparecería que la renta vitalicia se rige por unas reglas cuando se constituye por contrato, y por otras cuando debe su origen á una disposición testamentaria, lo cual es absolutamente falso.

Decimos que la regla que ha motivado la observación que precede es innecesaria, porque el legado de renta ó pensión está regido por las mismas reglas que el contrato de renta vitalicia, del cual se diferencia tan sólo en la manera de constituirse, pero no en cuanto á sus efectos. Por consiguiente, todo cuanto hemos dicho respecto de ese contrato, es aplicable al legado de renta ó pensión, y puede ser consultado.<sup>2</sup>

XV. Legado de usufructo, que es aquel por el cual el testador deja al legatario el usufructo de una cosa por un tiempo determinado ó por toda su vida, mandando que pase después esa cosa en plena propiedad á otra persona.

Respecto de este legado establece el Código Civil las

<sup>1</sup> Art. 2,798, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo V, págs. 258 y siguientes.

dos reglas siguientes, cuya claridad hace inútil toda explicación.

1.<sup>a</sup> Los legados de usufructo, uso, habitación ó servidumbre, deben subsistir mientras viva el legatario; á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa (art. 3,552, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Sólo duran treinta años los legados de usufructo, uso, habitación y servidumbre, si fueren dejados alguna corporación que tuviere capacidad de adquirir (art. 3,553, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Dos son únicamente las observaciones que se nos ocurren acerca de estas reglas. Primera: que el legado de usufructo es una de las maneras de constitución de este gravamen, y por lo mismo, en cuanto se refiere á los derechos y obligaciones del legatario y del heredero ó dueño de la nuda propiedad, se debe regir por las reglas establecidas por el Código Civil respecto del usufructo.

De los términos en que está concebida la primera regla se infiere que hay legados de uso, habitación y servidumbre, cuyas definiciones se pueden deducir, teniendo presente que el legado es sólo la manera de constituir esos gravámenes ó desmembramientos de la propiedad. En consecuencia, los derechos y obligaciones de los legatarios y de los herederos se hallan regidos respecto de ellos por las reglas que el Código Civil establece acerca del uso, de la habitación y de las servidumbres.

La segunda observación se refiere á la segunda regla, que es tan innecesaria como inútil, pues si los legados de usufructo, uso y habitación están regidos por los preceptos que el Código establece respecto de tales gravámenes; y si los artículos 1,027 y 1,036 del mismo ordenamiento de-

<sup>1</sup> Art. 3,372, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,373, Cód. Civ. de 1884.

claran que los constituídos á favor de corporaciones y sociedades, que pueden adquirir y administrar bienes raíces, sólo pueden durar treinta años, cesando si antes se disuelven dichas sociedades ó corporaciones; es evidente que la regla aludida es una inútil repetición de las contenidas en dichos preceptos.<sup>1</sup>

La distinción que hemos hecho hasta aquí de las diversas especies de legados, toma por origen la naturaleza de las cosas que se legan; pero hay otra que se deriva de los diversos modos con que el testador puede dejar los legados. Por esta causa se dividen en las especies siguientes:

I. Legado puro y simple, que es aquel que deja el testador, sin señalar día, tiempo, condición ó circunstancia alguna que lo modifique ó suspenda su ejecución. Por ejemplo, si el testador dijera lego á Juan mi casa habitación, ó la cantidad de diez mil pesos.

En esta especie de legado adquiere el legatario derecho á la cosa legada desde el momento de la muerte del testador, y por consiguiente, lo trasmite á sus herederos (art. 3,602, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

¿Pero cuál es la naturaleza de este derecho? ¿Es acaso un derecho real ó personal?

Para determinar la naturaleza de este derecho hacen los autores una distinción, según que el legado tenga por objeto cosas indeterminadas ó cosas ciertas. En el primer caso el legatario tiene solamente un derecho personal contra el heredero, y no adquiere la propiedad de la cosa sino por la entrega de ella. En el segundo caso, el legatario adquiere la propiedad en el momento mismo en que fallece el testador, y por lo mismo tiene un derecho real.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Arts. 926 y 935, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,420, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Thiry, tomo II, núm. 457; Marcadé, tomo IV, núm. 127; Colmet de Samterre, tomo IV, núm. 153, bis I; Escriche, Diccionario, V.º Legado simple, y otros.

Pero cualquiera que sea la naturaleza del derecho adquirido por el legatario, desde el momento en que fallece el testador forma parte de su patrimonio y es, por lo mismo, transmisible á sus herederos.

II. Legado de día cierto, que es aquel que hace el testador señalando el día en el cual ha de entregarse la cosa legada. Por ejemplo, si dice el testador, lego á Pedro mil pesos que se le entregarán el día 15 de Septiembre próximo.

Este legado está regido por la misma regla que el anterior, y por lo mismo, el legatario adquiere derecho al legado desde el momento de la muerte del testador, y lo trasmite á sus herederos, aunque no puede pedirlo antes de que llegue el día señalado. En otros términos: adquiere el legatario un derecho irrevocable á la cosa legada por la muerte del testador, aunque no puede exigir su entrega antes del día señalado en el testamento, y así trasmite su derecho á sus herederos si fallece antes de que llegue ese día (art. 3,602, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

III. Legado á día incierto, que es aquel por el cual lega el testador una cosa ó cantidad al legatario, señalando un día para que se le entregue el cual se ignora cuándo llegará. Por ejemplo, si dijera el testador, lego á Pedro tres mil pesos para cuando tome estado, esto es, para cuando se case.

El legado que se deja en esta forma, se tiene por condicional en virtud del principio sancionado por el derecho Romano que dice: «*Dies incertus conditionem in testamentum facit.*»<sup>2</sup>

El día incierto en los testamentos se asimila á la condición, según Boistel, porque produce los mismos efectos que

<sup>1</sup> Art. 3,420, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Ley 75, tít. 1.º, lib. 35 D.

ella, pues bajo una forma ligeramente diferente, en el fondo es una verdadera condición.<sup>1</sup>

IV. Legado causal ó remuneratorio, que es aquel en que el testador expresa el motivo ó causa que ha tenido para legar. Como si dijera, lego á Juan mil pesos por los servicios importantes que me prestó, ó porque me salvó del peligro de muerte.

El Código Civil nada establece especialmente respecto de este legado, por lo cual está regido por las reglas generales sobre los testamentos; y por lo mismo, la expresión de una falsa causa para dejar el legado, debe ser considerada como no escrita; á no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición, conociendo la falsedad de la causa (art. 3,380, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Como hemos hecho el estudio de esta regla, remitimos á nuestros lectores al capítulo I, lección II de este tratado.

V. Legado condicional, que es aquel en que el testador hace depender su validez ó existencia del verificativo de un acontecimiento futuro é incierto.

Este legado está regido por las reglas generales que, sobre las condiciones que pueden ponerse en los testamentos, establece el Código Civil, cuyo estudio hicimos en el capítulo II, lección segunda de este tratado, al cual remitimos á nuestros lectores, en obvio de inútiles repeticiones.<sup>3</sup>

VI. Legado alternativo, que es aquel en virtud del cual el testador impone al heredero la obligación de entregar al legatario, de varias cosas una, á elección de él ó de éste.

Respecto de este legado establece el Código Civil las reglas siguientes:

1ª En los legados alternativos la elección corresponde al

1 Estudio sobre el día incierto y sus efectos, pág. 13.

2 Art. 3,243, Cód. Civ. de 1884.

3 Página 24 y siguientes.

heredero, si el testador no la concede expresamente al legatario; ó lo que es lo mismo, basta que el testador no haya determinado de una manera expresa que el legatario tiene el derecho de elección para que le corresponda al heredero (art. 3,590, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla se funda en la que rige en la interpretación de todas las obligaciones, según la cual, la duda se debe resolver en favor de la menor trasmisión de derechos é intereses, y en consecuencia, en favor de la persona obligada.

2ª Si el heredero tiene la elección puede entregar la cosa de menor valor; y si la elección corresponde al legatario, puede escoger la cosa de mayor valor. Porque en uno y en otro caso el heredero y el legatario hacen uso de un derecho, y tiene la más amplia facultad para elegir entre dos ó más cosas aquella que mejor convenga á sus intereses (art. 3,591, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

3ª En los legados alternativos rigen las reglas que el Código Civil tiene establecidas respecto de las obligaciones alternativas en el capítulo 4º tít. II, libro III; porque el testamento, ó más bien dicho, el legado dejado en él, es una manera de constituir una obligación de la especie indicada, que en nada cambia su naturaleza característica por el acto jurídico á que debe su origen.

Como hemos hecho ya el estudio de esas reglas en el tomo III de esta obra, remitimos á él á nuestros lectores para evitar la repetición inútil de las explicaciones y doctrinas que allí expendimos.<sup>3</sup>

4ª En todos los casos en que el que tenga derecho de hacer la elección, no pudiere hacerla, la harán su representante legítimo ó sus herederos (art. 3,593, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

1 Art. 3,409, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,410, Cód. Civ. de 1884.

3 Pág. 118 y siguientes.

4 Art. 3,412, Cód. Civ. de 1884.

Es perfectamente perceptible la inutilidad de esta regla, pues si es un principio general de derecho aquel según el cual podemos ejercitar los derechos que nos competen por nosotros mismos, ó por quien legalmente nos represente; y si es cierto que en virtud del legado alternativo adquiere el legatario ó el heredero un derecho que forma parte de su patrimonio y que se trasmite á sus herederos; es evidente que la regla á que nos referimos establece, ó más bien dicho, reproduce un principio absolutamente innecesario.

Traducida en términos más claros y precisos, no quiere decir otra cosa, sino que pueden hacer la elección el heredero ó el legatario, en su caso, por sí ó por medio de apoderado ó de persona que legalmente los represente, y que si mueren antes de hacer la elección, pueden hacerla sus herederos que le suceden en todos sus derechos y acciones.

5.<sup>a</sup> El Juez, á petición de parte legítima, hará la elección si en el término que él señale, no la hiciere la persona que tenga derecho de hacerla; porque no puede quedar indefinidamente incierta la propiedad de las cosas entre las cuales hay que hacer la elección, efecto que necesariamente se produce si falta ésta; y por lo mismo, se ha ocurrido al medio que parece más equitativo y conveniente, dejando á la severa imparcialidad del juez que designe la cosa que debe recibir el legatario, para que se ponga término á una situación tan perjudicial como peligrosa (art. 3,594. Cód. Civ.).<sup>1</sup>

6.<sup>a</sup> Es irrevocable la elección legalmente hecha, porque el efecto de la obligación alternativa consiste en transmitir al que tiene derecho de hacerla propiedad de la cosa que elige, haciendo que el otro interesado adquiera la de la cosa ó cosas que desecha; y no es justo ni conveniente que quede al arbitrio de uno ú otro la facultad de anular

1 Art. 3,413, Cód. Civ. de 1884.

ese efecto jurídico de la elección, haciendo incierta la propiedad de las cosas objeto de ella, circunstancia que las pone fuera de la circulación del comercio (art. 3,595, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

VI. Legado oneroso ó de modo, que es aquel en que expresa el testador el fin ú objeto para que lo deja. Por ejemplo, si dijere el testador, lego á María cuatro mil pesos que recibirá por vía de dote para que se case, ó lego á Antonio cuatro mil pesos para que haga sus estudios de abogado.

El derecho de dominio, hemos dicho antes de ahora, confiere al testador la más amplia facultad para disponer libremente de sus bienes, y por tanto, para imponer y determinar las cargas y condiciones bajo las cuales los trasmite á los herederos que instituye. Pues bien, esta misma teoría rige igualmente respecto de los legatarios, y por lo mismo, podemos establecer que el testador puede imponer libremente á los legatarios las cargas y condiciones bajo las cuales les trasmite los bienes que les lega.<sup>2</sup>

De aquí se deriva el principio sancionado por el artículo 3,532 del Código Civil que declara, que el testador puede gravar con legados no sólo á los herederos, sino á los mismos legatarios.<sup>3</sup>

Pero como sería injusto que fueran de peor condición que los herederos, quienes no están obligados á satisfacer las cargas más allá de la parte de libre disposición del testador, ni que el importe de ellas superase al de los legados y que el exceso se cubriera con los bienes de los legatarios; declara el precepto citado que éstos no están obligados á responder del gravamen sino hasta donde alcance el valor de su legado.

1 Art. 3,414, Cód. Civ. de 1884.

2 Página 24 de este Tomo.

3 Art. 3,353, Cód. Civ. de 1884.

El artículo 3,533 reproduce la misma regla, aunque en distinta forma, declarando que el heredero ó legatario á quien expresamente haya gravado el testador con el pago de un legado, será el sólo responsable de éste en los términos que establece el artículo anterior y el 3,503; y como éste declara á su vez que el heredero no responde de las deudas, de los legados ni de las demás cargas hereditarias y testamentarias, sino hasta la cuantía de los bienes que hereda; resulta que el artículo 3,533 hace una inútil repetición.<sup>1</sup>

En vano se intentará excusar la causa de este justo reproche, sosteniendo que el precepto aludido contiene además de la declaración de que el legatario á quien expresamente haya gravado el testador con el pago de un legado, es el único responsable de éste, porque tal declaración es igualmente innecesaria é inútil, por ser de sentido común que sólo la persona que recibe un beneficio á condición de que á su vez haga otro beneficio ó satisfaga una obligación, quede obligada al cumplimiento de ella, y no las demás personas que han sido objeto de otras liberalidades, hechas en el mismo acto y sin gravamen alguno.

De manera que, bajo cualquiera punto de vista que se examine el precepto aludido, resulta perfectamente demostrado su redundancia é inutilidad.

Por las mismas consideraciones que fundan los anteriores preceptos, declara el artículo 3,534 del Código, que si el heredero ó legatario renunciaren la sucesión, la carga que se les haya impuesto se debe pagar sólo con la cantidad á que tenga derecho el que la renuncie.<sup>2</sup>

La Exposición de motivos funda y explica ese precepto diciendo, que es una consecuencia de los que han estable-

<sup>1</sup> Arts. 3,339 y 3,354, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,355, Cód. Civ. de 1884.

cido que el heredero y el legatario no responden más que con lo que heredan; pues de otra manera resultarían gravados ellos y el fondo común contra todo principio de justicia.

Como una justa consecuencia del principio á que se refiere la Exposición de motivos, establece el artículo 3,536, que si el legatario á quien se impuso algún gravamen no recibe todo el legado, se debe reducir la carga proporcionalmente; y si sufre evicción, podrá repetir lo que haya pagado.<sup>1</sup>

Más fácilmente se comprenderá la justicia que domina en este precepto, si se tiene presente que, según el sistema adoptado por el Código respecto de los legados onerosos, el legatario sólo está obligado á responder del gravamen hasta donde alcance el valor del legado; y por tanto, si sufre la evicción de la cosa legada, resulta que ha pagado de su propio peculio el importe del gravamen que le impuso el testador, lo cual es contrario á dicho sistema. Tal es el motivo por el cual se otorga al legatario acción para el reembolso de lo que hubiere pagado en tal caso.

Este mismo efecto se explica diciendo que, en tanto tiene derecho el beneficiado para percibir el importe del gravamen, en cuanto el testador se creía propietario de la cosa legada de la cual podía disponer libremente. Si resulta que no le pertenecía legalmente, es claro que faltó el supuesto bajo el cual dejó el legado con el gravamen, y en consecuencia, que no puede subsistir, y que el beneficiado debe devolver su importe, así como el legatario tiene que entregar la cosa legada, de la cual es una parte.

Finalmente: el artículo 3,535 del Código Civil declara, refiriéndose al legado oneroso, que si la carga consiste en

<sup>1</sup> Art. 3,357, Cód. Civ. de 1884.

un hecho, el heredero ó legatario que acepta la sucesión, está obligado á prestarlo.<sup>1</sup>

La lectura de este precepto basta para demostrar su inutilidad; pues si el legado se deja al legatario á condición de que ejecute ó preste un hecho, es claro que si lo acepta se obliga á la ejecución de ese hecho y que el representante de la sucesión puede exigirle el cumplimiento de ese deber.

¿Necesitaría el Código sancionar este principio en un precepto expreso?

¿No serían bastantes los preceptos que sobre la prestación de hechos establece el mismo Código?

No nos cansaremos de repetirlo, el precepto aludido es innecesario, porque importa una repetición inútil de otros principios sancionados por el mismo Código Civil.

VII. Legado con demostración, que es aquel en que el testador designa la cosa legada por alguna señal ó circunstancia que la distinga más fácilmente de otra. Por ejemplo, si dijere el testador, lego á mi sobrino Antonio la casa tal que compré á Gómez.

Nuestro Código no contiene precepto alguno relativo á esta especie de legado, y por lo mismo sólo podemos exponer lo que la jurisprudencia había establecido antes de la vigencia de dicho ordenamiento.

Según ella, no se anulaba, por regla general, este legado cuando era falsa la demostración, como acontecía en el legado causal; y decimos por regla general, porque había casos en que se producía ese efecto, tales como cuando así constaba de la voluntad del testador, ó cuando el heredero probaba que no hubo en él tal intención de legar, ó cuando no aparecía ser cierto que el aditamento se hubiera puesto para demostrar la cosa legada.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,356, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Viso, tomo II, pág. 456.

Si la demostración se empleaba para determinar de donde había de pagarse el legado, se distinguía, como dice Viso, si la designación era simplemente *demonstrativa ó limitativa*. Si era demostrativa, como por ejemplo, si decía el testador: Lego á Pedro anualmente cien cántaros de vino que deben tomarse de cierta viña, si la cosecha no bastaba para cubrir la cantidad fijada por el testador, se debía tomar lo que faltara del producto de los años siguientes. Pero si la designación era limitativa, como si dijera: Lego á Pedro cien cántaros de vino del que se cosecha en tal viña, entonces no estaba obligado el heredero á dar más de lo que la viña produjera, y si nada producía nada debía dar.<sup>1</sup>

Creemos fuera de propósito entrar en otros detalles acerca de este legado, sobre los cuales pueden consultarse á Escriche y otros autores.

Enumeradas las diversas especies de legados que se conocen, veamos ahora cuáles son los derechos y obligaciones de los legatarios y de los herederos respecto de las cosas legadas.

El legatario no puede ocupar de propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al albacea ó executor especial designado por el testador; pues, como dice Pothier, el testador no puede transferir á los legatarios por efecto de su voluntad, la posesión de las cosas que trasmite á sus herederos, y no puede permitir una vía de hecho, autorizando á los legatarios que se pongan de propia autoridad en posesión de las cosas legadas (art. 3,609, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta prohibición, que tiene por objeto la conservación del orden público, debe su origen al derecho Romano, y fué reproducido por la ley 10, tít. X, Partida VII, como se

<sup>1</sup> Viso, tomo II, pág. 456.

<sup>2</sup> Art. 3,427, Cód. Civ. de 1884. Des Donations testamentaires. núm. 239.

estableció por aquel: "*Non est singulis concedendum occasio sit majoris tumultus faciendi.*"

Sin embargo, si la cosa legada estuviere en poder del legatario, puede éste retenerla, sin perjuicio de devolver, en caso de reducción, lo que corresponda conforme á derecho; porque en tal caso no hay peligro de que se subvierta el orden público (art. 3,610, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

¿Pero cómo debe hacerse la entrega de la cosa legada? El Código Civil establece las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> La cosa legada debe ser entregada con todos sus accesorios y en el estado en que se halle al morir el testador, en virtud del axioma que dice: "*Accesorium sequitur principale*" (art. 3,611, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Se dice que la entrega se debe hacer en el estado en que se halle la cosa al morir el testador, porque el legatario se aprovecha de las mejoras y soporta los deterioros que tal cosa hubiere sufrido, hasta el verificativo de ese acontecimiento; pero desde entonces el heredero es responsable de los deterioros causados á esa cosa, y el legatario sólo reporta los provenientes de caso fortuito y fuerza mayor.

En otros términos: cuando se refiere al aumento ó deterioro que sufra la cosa legada está regido por las reglas contenidas en los artículos 3,604, 1,546 y 1,547 del Código Civil, cuyo estudio hicimos al ocuparnos en el relativo al legado de cosa propia y de las obligaciones y contratos.<sup>3</sup>

Pero si bien es cierto que todas las mejoras y aumentos que el testador haya hecho en vida á la cosa legada, pertenecen al legatario, sin embargo, si aquél le agrega, después de otorgado el testamento, nuevas adquisiciones, no se comprenden éstas en el legado, aunque sea contiguas, si

1 Art. 3,428, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,429, Cód. Civ. de 1884.

3 Página 188, Tomo III.

no hay una nueva declaración del testador (art. 3,588, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta declaración no se requiere respecto de las mejoras necesarias, útiles ó voluntarias hechas en el mismo predio, según los establece el artículo 3,589, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón en que se fundan estos principios, tomados del artículo 1,019 del Código Francés, la dan Laurent y otros autores en los términos siguientes: "Siendo determinado el objeto del legado, el testador no puede pensar en el momento en que otorga su testamento en comprender en el legado terrenos que no le pertenecen; si su intención es extender su liberalidad, esta extensión constituye una nueva liberalidad que demanda una nueva disposición testamentaria."<sup>3</sup>

Los gastos necesarios para la entrega de la cosa legada son á cargo de la herencia; pero sin perjuicio de la legítima, según lo declara expresamente el artículo 3,614 del Código Civil.<sup>4</sup>

La razón es, porque la herencia es deudora del legado, y es sabido que los gastos que demanda la entrega de la cosa debida, son de cuenta del deudor, según el artículo 1,638 del Código, en virtud de que tales gastos consisten en los que demanda la entrega, esto es, el pago mismo, ó los que exigen el resguardo que el deudor pretende para acreditar que ha satisfecho su obligación, y como en uno y en otro caso redundan en su beneficio debe lastarlos.<sup>5</sup>

Pero el importe de las contribuciones correspondientes

1 Art. 3,407, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,408, Cód. Civ. de 1884.

3 Laurent, tomo XIV, núm. 142; Demolombe, tomo XXI, núm. 719.

4 Art. 3,432, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras, contrarias á la libertad de testar: «pero sin perjuicio de las legítimas.»

5 Art. 1,524, Cód. Civ. de 1884.

al legado, se debe deducir del valor de éste; á no ser que el testador disponga otra cosa; porque son impuestas por la misma cosa legada, y por lo mismo, es justo que quien se aprovecha de ella reporte esas cargas.<sup>1</sup>

Es una consecuencia forzosa del principio según el cual se debe entregar la cosa legada al legatario en el estado en que se halle al morir el testador, que, si estuviere sujeta á usufructo, uso ó habitación, el legatario esté obligado á prestarlos hasta que legalmente se extingan, sin que el heredero tenga obligación de ninguna clase, y que si la cosa reporta alguna servidumbre, pensión ó cualquier otro gravamen para con el legatario; y se debieren pensiones ó réditos atrasados, se paguen por cuenta de la herencia (arts. 3,556 y 3,557; Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta consecuencia se explica perfectamente teniendo en consideración, que el legatario sucede al testador en la cosa legada en todos los derechos y obligaciones que tenía respecto de ella, y por lo mismo no puede recibirla libre de los gravámenes que su mismo causante reconocía; y que siendo un atributo del derecho de dominio transmitir la propiedad de los bienes imponiendo cargas y obligaciones al que adquiere, el legatario tiene obligación indeclinable de recibir la cosa legada con las cargas y servidumbres que aquél le haya impuesto y respetar éstas.

Pero si con motivo de algún gravamen de la cosa legada se debieren pensiones ó réditos atrasados, se han de pagar por cuenta de la herencia; sencillamente porque son deudas del testador cuyo pago se debe hacer de la masa común de los bienes, así como cualesquiera otras deudas, y antes de que se cumpla la voluntad de aquél respecto de la distribución de sus bienes.

<sup>1</sup> Art. 3,433, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,376 y 3,377, Cód. Civ. de 1884.

Se entiende que lo expuesto tiene solamente aplicación si el testador no dispusiere otra cosa, pues no nos cansaremos de repetir, que la voluntad de éste es la suprema ley en las sucesiones, y que los preceptos de ésta sólo son interpretativos de aquélla y para suplir las deficiencias y omisiones en que puede incurrir el testador (art. 3,558, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

El legatario es un verdadero acreedor de la herencia, y por tanto tiene el mismo derecho que otorga la ley á todos los acreedores para obtener la seguridad del pago de sus créditos y exigir que se le constituya la hipoteca respectiva; pues no habría razón alguna por la cual se le privara del derecho que á todos los acreedores otorga la ley, ni sería razón bastante para hacer una excepción en su perjuicio, el carácter gratuito del título en virtud del cual adquirió su crédito.

En consecuencia: puede el legatario exigir:

I. Que el heredero otorgue la fianza respectiva para la seguridad del pago de su legado en todos los casos en que pueda exigirla al acreedor (art. 3,605, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

II. Que los herederos le otorguen la hipoteca necesaria á que se refiere el artículo 2,000 del Código Civil sobre los inmuebles de la herencia, por el importe de su legado, salvo el caso de que alguno de ellos se hubiere obligado especialmente al pago; pues entonces sólo en los bienes de éste podrá exigir el legatario la constitución de esa hipoteca (art. 3,606, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Si sólo hubiere legatarios, podrán exigirse entre sí la constitución de la hipoteca necesaria por el importe de sus respectivos legados, porque entonces son los unos acreedores de los otros (art. 3,607, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,378, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,423, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,424, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,425, Cód. Civ. de 1884.

El legatario tiene facultad de aceptar, y por consiguiente de repudiar el legado, ya porque á nadie se le puede obligar á que acepte un beneficio contra su voluntad, ya porque puede ser oneroso lejos de ser benéfico para él. Pero la ley no permite que se acepte una parte del legado y se repudie otra, porque de otra manera se autorizaría para aceptar el legado en la parte que es benéfica y rechazarlo en la que es oneroso, lo cual es contrario á la equidad y la justicia, que exigen, que quien percibe las utilidades debe soportar las incomodidades (art. 3,596, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Por la misma razón, si se dejaren dos legados, y uno fuere oneroso, el legatario no puede renunciar éste y aceptar el que no sea. Además, se presume que el testador no ha hecho el legado simple, sino como una compensación de las obligaciones que impone en el oneroso, y sería contrario su voluntad permitir que el legatario repudiara éste y aceptara aquél (arts. 3,598, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Es consecuencia de lo expuesto, que si los legados son onerosos ó gratuitos, es libre el legatario para aceptarlos todos ó repudiar el que quiera; porque entonces deja de existir la presunción á que hemos hecho referencia (art. 3,598, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

En la misma consideración se funda el artículo 3,599 del Código Civil para declarar que el heredero que sea al mismo tiempo legatario, puede renunciar la herencia y aceptar el legado, ó renunciar éste y aceptar aquélla.<sup>4</sup>

Finalmente: si el legatario muere antes de aceptar el legado, y deja varios herederos, puede uno de ellos aceptar y otro repudiar la parte que le corresponda en el legado;

<sup>1</sup> Art. 3,415, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,417, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,417, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,418, Cód. Civ. de 1884.

porque por la muerte del legatario se divide el legado en tantas partes cuantos herederos deja; y en la misma proporción que heredan, como dice García Goyena, el legado se fracciona y multiplica (art. 3,597, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

El legatario de cosa cierta y determinada tiene derecho de reivindicarla de cualquier poseedor, ya sea mueble ó raíz, según lo declara el artículo 3,618 del Código Civil.<sup>2</sup>

Esta declaración es la consecuencia lógica y necesaria del principio que antes hemos establecido, fundados en los artículos 3,603 y 3,372 del mismo Código, el legatario de cosa cierta y determinada adquiere el dominio de ésta, que le pertenece con todos sus frutos y accesiones por el sólo hecho de la muerte del testador y en el momento mismo en que ésta acontece. Si, pues, el legatario es dueño de la cosa legada, y si á todo propietario compete la acción reivindicatoria para la defensa de su derecho de propiedad, ó más bien dicho, para hacerlo efectivo mediante la posesión y goce de la cosa, es evidente que debe estar armado por la ley con la acción reivindicatoria para obtener la posesión y goce de la cosa legada.<sup>3</sup>

Es también una consecuencia necesaria del derecho de dominio, el que le reconoce el artículo 3,619 del Código al legatario de un inmueble, que parece incendiado después de la muerte del testador, de recibir la indemnización del seguro, si el predio estaba asegurado; porque si es un principio jurídico indiscutible que por la muerte del testador y en el momento mismo en que ella acontece adquiere el legatario la cosa legada, tal como se encuentra con todas sus cargas, aumentos y accesiones, es fuera de toda duda que adquiere también la garantía del seguro contra incendio

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 143; Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 493.

<sup>2</sup> Art. 3,436, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Arts. 3,421 y 3,235, Cód. Civ. de 1884.

con la obligación de pagar las primas respectivas y el derecho de cobrar la indemnización correspondiente en caso de siniestro que se sustituye en lugar de la cosa legada, que es su equivalente.<sup>1</sup>

Es obligación de los legatarios, cuando toda la herencia se distribuye en legados, de prorratearse entre sí las deudas y gravámenes de ella proporcionalmente á sus cuotas; á no ser que el testador hubiere dispuesto otra cosa; pues estando afectos los bienes de éste al cumplimiento de sus obligaciones, es claro que pasan á los legatarios con tal responsabilidad, que debe satisfacer si quieren heredar, supuesto que la herencia no es más que lo que queda de los bienes del testador pagadas sus deudas (art. 3,616, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero como pudiera acontecer que la herencia no alcanzara para cubrir el importe de todos los legados, y que de aquí surgiera el conflicto de derechos de los legatarios sobre la preferencia en el pago de sus respectivas mandas, el artículo 3,617 del Código Civil prevé tal acontecimiento y previene que se haga el pago en el orden siguiente:<sup>3</sup>

I. Legados remuneratorios:

II. Legados que el testador haya declarado preferentes:

III. Legados de cosas ciertas y determinadas:

IV. Legados de alimentos y educación:

V. Los demás legados á prorrata.

El legislador no ha establecido este orden de una manera arbitraria y caprichosa, sino por las razones claras y precisas, contenidas en el siguiente pasaje de la Exposición de motivos, que nos excusa de toda explicación:

“Una de las dificultades más graves que presenta una

1 Art. 3,419, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,434, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,435, Cód. Civ. de 1884.

partición cuando hay legados, es la del orden en que deben ser pagados, pues que naciendo todos de un mismo acto, no puede establecerse la prioridad del tiempo. El artículo 3,617 fija ese orden de pago en términos equitativos. Nadie puede dudar de la preferencia que deben disfrutar los legados remuneratorios, como que tal vez no son donaciones sino deudas: tienen por lo mismo el primer lugar. A ellos siguen los que el testador declare preferentes; porque respecto de ellos hay una constancia expresa de la voluntad del difunto. Ocupan el tercer lugar los de cosa cierta, porque una vez cubiertas las deudas más importantes, naturalmente debe preferirse la que nominalmente se ha designado. En cuarto lugar entran los alimentos y pensiones, que no habiendo sido considerados como preferentes por el testador, deben pagarse de los bienes que quedaron libres; y al fin se pagarán los que no estén comprendidos en las clases anteriores, á prorrata si no es posible su pago por entero.”

Los legados se extinguen, y su extinción puede provenir, según dicen los autores:

1.º De parte del testador:

2.º De parte del legatario:

3.º De parte de la cosa legada.<sup>1</sup>

Se extingue el legado por parte del testador cuando éste lo revoca de una manera expresa ó tácita.

Se dice que lo revoca de una manera expresa en los casos siguientes:

1.º Cuando así lo declara expresamente en un testamento posterior:

2.º Cuando cancela é inutiliza por sí mismo el testamento en que dejó el legado.

1 Viso, tomo II, pág. 465; Escriche y otros.

Lo revoca tácitamente:

1º Si por sus propios actos hace el testador que pierda la cosa legada la forma y denominación que la determinaban (art. 3,541, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón en que se funda este principio se halla consignada en los siguientes conceptos, que tomamos de la Exposición de motivos: "Muchas veces se deja un legado, y no muriendo desde luego el testador, sin revocar su disposición, varía la forma de la cosa legada; lo cual da lugar á dificultades graves. Unos dicen, que la variación es prueba suficiente de haber también cambiado la intención del testador: sostienen otros, que pues existe la cosa, debe subsistir el legado. La comisión se decidió por la primera opinión; porque aunque la segunda es bastante sólida, parece que cuando establecido el legado, el testador que no puede haber echado en olvido su disposición, hace sustanciales variaciones en la cosa, manifiesta hasta cierto punto su voluntad de que desaparezca el objeto, como si habiendo legado un plato de plata, hace de él un candelero. Sobre todo, el artículo quita toda duda y establece un precepto positivo, que evitará cuestiones difíciles de resolver en muchos casos."

2º Cuando el testador enajena la cosa legada, pues por este acto manifiesta claramente su voluntad de revocar el legado (art. 3,543, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero no obstante la enajenación vale el legado si el testador recobra la cosa por un título legal, pues, como dice la Exposición de motivos, cuando el testador recobra la cosa legada, da á entender que desea la subsistencia del legado.

La misma Exposición de motivos dice: "Hay opiniones

1 Art. 3,362, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,364, Cód. Civ. de 1884.

que sostienen, que este principio debe admitirse cuando la cosa se recobra por título oneroso; otras defienden lo contrario. La comisión creyó más justo y más sencillo establecer el principio absoluto, porque de cualquiera manera que la cosa vuelva al poder del testador, vuelve á ser suya. Si no quiere que subsista el legado, tiene libertad de revocarlo, si no lo hace, lo más natural es presumir su voluntad en este sentido."

3º En el legado de liberación, cuando el testador exige y obtiene el pago de la deuda, pues si éste no se ha verificado á la muerte de aquél subsiste el legado (art. 3,564, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es, como dijimos refiriéndonos al legado de crédito, porque aun después de hecho el cobro, no puede afirmarse que haya variado la voluntad del testador mientras no se haya verificado el pago.

4º Cuando en un segundo testamento lega el testador la misma cosa que había legado en el primero.

Esta causa, que no está sancionada por ningún precepto expreso del Código relativo á los legados, se deriva necesariamente del contenido en el artículo 3,670 que declara, que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte.<sup>2</sup>

En efecto: si el legado sólo se puede dejar en testamento, y si éste queda revocado de pleno derecho por otro posterior perfecto, si el testador no expresa en éste que es su voluntad que aquél subsista en todo ó en parte; es claro que cuando no contiene el testamento posterior tal declaración, que queda revocado el legado dejado en el anterior.

1 Art. 3,384, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,476, Cód. Civ. de 1884

Se extingue el legado por parte del legatario:

1.º Cuando éste muere antes que el testador, porque siendo la constitución de un legado, la institución de heredero en parte de los bienes hereditarios, y estando regida por los mismos preceptos que norman la institución de todos los bienes, es claro que es aplicable el contenido en el artículo 3,450 del Código Civil que declara, que el heredero voluntario que muere antes que el testador, no trasmite ningún derecho á sus herederos.<sup>1</sup>

En otros términos, según el precepto citado, de exacta aplicación á los legados, según el artículo 3,529 del Código, los legatarios que mueren antes que el testador, no transmiten ningún derecho á sus herederos; por lo mismo, se extinguen y caducan los legados constituidos á su favor.<sup>2</sup>

2.º Por la misma razón, y según el artículo 3,450 del Código, caduca ó se extingue el legado cuando el legatario fallece antes de que se cumpla la condición bajo la cual se le dejó.<sup>3</sup>

3.º Es nulo el legado de cosa que, al otorgarse el testamento, pertenece al mismo legatario (art. 3,570, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

4.º Cuando al fallecimiento del testador en el legado puro y simple, ó al verificativo de la condición en el condicional, ha incurrido en alguna de las causas que producen la incapacidad para heredar (arts. 3,528 y 3,449, Cód. Civ.).<sup>5</sup>

5.º Por no querer aceptar el legatario el legado constituido á su favor, ó lo que es lo mismo, por repudiación del legado (arts. 3,596 y sig., Cód. Civ.).<sup>6</sup>

1 Art. 3,313, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,350, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,313, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,390, Cód. Civ. de 1884.

5 Arts. 3,349 y 3,312, Cód. Civ. de 1884.

6 Art. 3,415 y siguientes, Cód. Civ. de 1884.

Todas estas causas de extinción del legado están previstas por diversos preceptos del Código Civil, cuyo estudio hemos hecho ya, y al cual remitimos á nuestros lectores.

Se extingue el legado por parte de la cosa legada:

1.º Cuando la cosa legada sale del comercio de los hombres (art. 3,510, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2.º Cuando perece la cosa legada en vida del testador, ó después de su muerte, sin culpa del heredero, ó se pierde por evicción (art. 3,542, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Comentando Díaz Ferreira la fracción IV del artículo 1,811 del Código Portugués, que sanciona el mismo principio, se expresa en los términos siguientes, que no podemos menos de copiar textualmente, porque contienen la mejor explicación que en breves palabras pudiera darse de tal principio.

«Si la cosa fué objeto de evicción ó perece en parte, es claro que la restante pertenece al legatario. Si la cosa perece ó se pierde totalmente por evicción es preciso distinguir si fué en vida ó después de la muerte del testador. En el primer caso no tiene efecto la disposición, porque el objeto sobre que recayó ya no existía en la sucesión al tiempo de la muerte del testador. En el segundo caso, desde la muerte del testador adquirió el legatario derecho á la entrega de la cosa, y quedó el heredero constituido en la posición de deudor. Por tal razón, si da causa para la evicción ó para la pérdida de la cosa, por estar en mora ó cualquier otro motivo, es responsable de la cosa.»<sup>3</sup>

Expresando en otra forma la doctrina de Díaz Ferreira, que tiene sanción en los capítulos 3.º y 4.º, tít. III, libro III de nuestro Código Civil, podemos establecer que caduca

1 Art. 3,346, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,363, Cód. Civ. de 1884.

3 Tom. IV, pág. 226.

el legado en los casos expresados, porque deja de existir en los bienes hereditarios, ya porque perece la cosa legada, ya porque se pierde por evicción; pero que si tales hechos se verifican después de la muerte del testador por culpa del heredero por haberse constituido en mora, aunque el legado ya no se puede cumplir, sin embargo, aquél está obligado á pagar al legatario los daños y perjuicios que hubiere sufrido por su culpa.

Para terminar esta lección diremos, que el heredero tiene derecho para recobrar la cosa legada del legatario que la recibió, cuando se declara nulo el testamento, y por consiguiente el legado, pues en tal caso carece el segundo de título en virtud del cual pueda retenerlo.

Este principio cuya justicia es perceptible á primera vista, se halla sancionado por el artículo 3,620 del Código Civil, en los términos siguientes: «Si se declara nulo el testamento después de pagado el legado, la acción del verdadero heredero para recobrar la cosa legada, procede contra el legatario y no contra el otro heredero; á no ser que éste haya hecho la partición con dolo.» Este precepto, quiere, con razón, que el heredero cuya institución se declaró nula é ineficaz no sea responsable de la restitución de la cosa legada, si ya hizo la cuenta de división, y por consiguiente la entrega de aquélla, sino el legatario que la recibió, exceptuando el caso en que haya obrado así dolosamente, á efecto de burlar el derecho legítimo del heredero verdadero y dificultar el ejercicio de él; pues entonces, para castigar su dolo, se le considera como si estuviera en posesión de la cosa objeto del legado para el efecto de la responsabilidad civil.

## LECCION QUINTA.

## DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

## I.

## DE LAS SUSTITUCIONES.

Los autores hacen derivar la palabra sustitución de las dos latinas *sub institutio*, que significa subinstitución, esto es, una institución hecha después de la primera, en segundo orden; y de esta etimología derivan la definición respectiva de aquélla, diciendo que es la disposición por la cual instituye el testador en orden subsidiario á una persona para el caso en que otra, instituída en primer lugar, no llegue á heredar.<sup>1</sup>

En términos idénticos define la ley 1.<sup>a</sup>, título V, Partida VI, la sustitución, diciendo que es el nombramiento de otro heredero para que entre en la herencia á falta del instituído en primer lugar.

La sustitución debe su origen al derecho Romano, y fué de grande uso porque tenía por objeto evitar que la herencia quedara vacante cuando el heredero instituído no podía ó no quería aceptarla, así como prevenir la caducidad de las disposiciones testamentarias.

1 Mayuz, Droit Romain, tomo III, § 384; Thiry, tomo II, núm. 273.

el legado en los casos expresados, porque deja de existir en los bienes hereditarios, ya porque perece la cosa legada, ya porque se pierde por evicción; pero que si tales hechos se verifican después de la muerte del testador por culpa del heredero por haberse constituido en mora, aunque el legado ya no se puede cumplir, sin embargo, aquél está obligado á pagar al legatario los daños y perjuicios que hubiere sufrido por su culpa.

Para terminar esta lección diremos, que el heredero tiene derecho para recobrar la cosa legada del legatario que la recibió, cuando se declara nulo el testamento, y por consiguiente el legado, pues en tal caso carece el segundo de título en virtud del cual pueda retenerlo.

Este principio cuya justicia es perceptible á primera vista, se halla sancionado por el artículo 3,620 del Código Civil, en los términos siguientes: «Si se declara nulo el testamento después de pagado el legado, la acción del verdadero heredero para recobrar la cosa legada, procede contra el legatario y no contra el otro heredero; á no ser que éste haya hecho la partición con dolo.» Este precepto, quiere, con razón, que el heredero cuya institución se declaró nula é ineficaz no sea responsable de la restitución de la cosa legada, si ya hizo la cuenta de división, y por consiguiente la entrega de aquélla, sino el legatario que la recibió, exceptuando el caso en que haya obrado así dolosamente, á efecto de burlar el derecho legítimo del heredero verdadero y dificultar el ejercicio de él; pues entonces, para castigar su dolo, se le considera como si estuviera en posesión de la cosa objeto del legado para el efecto de la responsabilidad civil.

## LECCION QUINTA.

## DE LA SUCESION POR TESTAMENTO.

## I.

## DE LAS SUSTITUCIONES.

Los autores hacen derivar la palabra sustitución de las dos latinas *sub institutio*, que significa subinstitución, esto es, una institución hecha después de la primera, en segundo orden; y de esta etimología derivan la definición respectiva de aquélla, diciendo que es la disposición por la cual instituye el testador en orden subsidiario á una persona para el caso en que otra, instituída en primer lugar, no llegue á heredar.<sup>1</sup>

En términos idénticos define la ley 1.<sup>a</sup>, título V, Partida VI, la sustitución, diciendo que es el nombramiento de otro heredero para que entre en la herencia á falta del instituído en primer lugar.

La sustitución debe su origen al derecho Romano, y fué de grande uso porque tenía por objeto evitar que la herencia quedara vacante cuando el heredero instituído no podía ó no quería aceptarla, así como prevenir la caducidad de las disposiciones testamentarias.

1 Mayuz, Droit Romain, tomo III, § 384; Thiry, tomo II, núm. 273.

De la legislación Romana pasó la sustitución á la de las Partidas, pero perdió su importancia desde la publicación de la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 18, libro X de la Nov. Rec., que declaró, que vale lo ordenado en el testamento, aun cuando el heredero instituido no quiera ó no pueda aceptar la herencia. Sin embargo, los comentaristas de la legislación Española atribuyen á la sustitución, si no ventaja, al menos utilidad, porque deja á los testadores mayor amplitud para socorrer necesidades y premiar servicios de otras personas que, á falta del primer instituido, pueden ser más acreedoras á una recompensa que los herederos ab-intestato, á quienes deberían pasar los bienes si no se permitiera la sustitución.<sup>1</sup>

Para que exista ésta es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

1.<sup>o</sup> Llamamiento sucesivo de dos ó más personas á la misma herencia:

2.<sup>o</sup> Que el sustituto no recoja, ó más bien dicho, que no haga suyos los bienes hereditarios, sino cuando el heredero instituido se halle en la imposibilidad de heredar por haber muerto ó por cualquier otro motivo, ó porque renuncie la herencia.

La necesidad del primer requisito es de evidencia, supuesto que el sustituto debe heredar en lugar del heredero instituido cuando haya alguna circunstancia que lo ponga en la imposibilidad de aceptar la herencia, ó cuando la renuncia por convenir así á sus intereses.

La necesidad del segundo requisito es igualmente perceptible, porque la substitución no es más que una institución de heredero condicional, supuesto que el sustituto no sucede al testador, si no se cumple una condición, si el heredero instituido en primer lugar no hereda porque no puede ó no quiere.

<sup>1</sup> Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 332; Viso, tomo II, pág. 402.

De lo expuesto se infiere:

1.<sup>o</sup> Que siendo la sustitución una verdadera institución de heredero, sólo puede hacerse en testamento y á favor de personas que sean capaces de heredar:

2.<sup>o</sup> Que teniendo por objeto la sustitución que haya un heredero en defecto del instituido, y que siendo posible que falte éste así como el sustituto, puede también nombrarse sustituto á éste, y sucesivamente cuantos quiera el testador, de manera que cada uno sustituya no solamente al que le preceda en el orden de su nombramiento, sino también al heredero instituido.

Esta conclusión ha sido expresamente sancionada por el Código Civil, que después de establecer en el artículo 3,622 que los sustitutos pueden ser nombrados conjunta ó sucesivamente, declara en el 3,623 que el sustituto del sustituto, faltando éste lo es del heredero sustituido.<sup>1</sup>

Gutiérrez Fernández y García Goyena estiman que la declaración contenida en este último precepto, que está tomado de la legislación Española, es de grande utilidad, sobre todo desde que la ley recopilada á que antes aludimos abolió el principio de que nadie puede morir parte testado y parte intestado, y cambió las condiciones del derecho de acrecer, admitiéndolo más bien que como derecho necesario, como acto presunto por voluntad del testador.<sup>2</sup>

Ambos proponen los siguientes ejemplos para hacer más comprensible el efecto que produce la declaración de la ley recopilada, y que transcribimos porque el Código Civil adoptó el mismo sistema: "Supóngase que un testador instituye á Pedro por heredero en dos tercios de su herencia, y á Pablo en el otro tercio. Por derecho Romano la parte de cualquiera de los dos que no pudiera ó no qui-

<sup>1</sup> Arts. 3,440 y 3,441, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Códigos Fundamentales, tomo III, pág. 339; Concordancias, tomo II, pág. 81.

siera ser heredero, acrecería al que lo fuera; por el nuestro no, pues entrarán en ella los herederos legítimos ó abintestato. Pero si en el ejemplo propuesto nombra el testador á Pedro por sustituto de Pablo, y á Juan por sustituto de Pedro, la parte de Pablo en el caso de no ser heredero irá no sólo á Pedro si lo es, sino á su sustituto Juan, caso de no serlo Pedro, porque Juan se entiende sustituido no sólo á Pedro, primer sustituto de Pablo, sino también á éste: luego la parte de Pablo no se devolverá á los herederos abintestato, mientras Pedro, sustituido en primer lugar ó su sustituto Juan, quieran y puedan ser herederos.”

El primero de los preceptos citados, esto es, el artículo 3,622 del Código, nos conduce á establecer esta consecuencia: luego el testador puede nombrar muchos sustitutos para que entren á la herencia sucesivamente en defecto de los que preceden á cada uno en el orden de su nombramiento, ó conjuntamente, esto es, para que todos los nombrados entren á la vez á la herencia en lugar del heredero instituido y se repartan los bienes que la forman por partes iguales.

Esta consecuencia, que es perfectamente lógica, es también enteramente jurídica, porque siendo la sustitución una verdadera institución de heredero, debe estar subordinada á las mismas reglas y restricciones que la ley señala para ésta, y como según ellas, el testador puede instituir uno ó muchos herederos para que le sucedan conjuntamente en sus bienes; es claro que debe de tener la misma facultad respecto del nombramiento de sustitutos.

3º Que cuando son muchos los herederos y han sido nombrados sustitutos recíprocamente, faltando uno de ellos percibirán los demás la parte que le correspondía á aquél proporcionalmente á la que á cada uno toca en la institución; pero si á cada uno le hubiere dado un sustituto, sólo

debe percibir éste la porción de aquél á quien sustituye.

El artículo 3,630 del Código, sanciona expresamente esta conclusión, pues declara que, si los herederos instituidos en partes desiguales, fueren sustituidos recíprocamente, en la sustitución tendrán las mismas partes que en la institución; á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.<sup>1</sup>

La razón en que se funda este precepto, que repite el sancionado por la ley 3ª, tít. V, Partida VI, es la misma sobre la cual ésta reposa, y que da Gregorio López en la glosa respectiva; porque se presume repetida en la sustitución la designación de partes hecha en la institución, y además, porque no hay motivo para presumir que el testador quiso favorecer á los herederos más en aquélla que en ésta.

4º Que la condición impuesta al heredero se entiende repetida al sustituto, esto es, que los sustitutos deben recibir la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirla los herederos; á no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, ó que los gravámenes ó condiciones sean meramente personales del heredero; porque no puede presumirse que el testador haya querido favorecer más al sustituto que al heredero, fuera de los casos expresados, pues en materia de últimas voluntades, como dice García Goyena, todo cede á la del testador, y las condiciones meramente personales del heredero no radican tal vez en el sustituto; como si aquél fuera instituido con la obligación de pintar un cuadro impuesta en atención á que es pintor, cualidad de que carece el sustituto.<sup>2</sup>

Todos los comentaristas de nuestra antigua legislación dividen la sustitución en *directa* y *oblicua* ó *indirecta*.

1 Art. 3,447, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,446, Cód. Civ. de 1884

Llaman *directa* á la que se hace designando al sustituto para que reciba la herencia por sí y sin intervención de otra persona.

Se llama *indirecta* aquella en que se hace la entrega de la herencia al sustituto por medio de otra persona á quien se la encargó el testador.

La sustitución directa se divide en las clases siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Vulgar:
- 2.<sup>a</sup> Pupilar:
- 3.<sup>a</sup> Ejemplar:
- 4.<sup>a</sup> Compendiosa y brevilocua ó recíproca.

De la indirecta sólo hay una especie que se designa bajo el nombre de fideicomisaria ó fideicomiso.

De las especies en que se divide la sustitución directa, las tres primeras, esto es, la vulgar, la pupilar y la ejemplar son propiamente hablando sustituciones; las dos restantes, así como la fideicomisaria son otras tantas modalidades de la sustitución.

Se llama sustitución *vulgar* á aquella en que se nombra al sustituto para el caso en que el heredero instituído muera antes que el testador, ó que no quiera ó no pueda aceptar la herencia.

Esta definición se infiere de los términos del artículo 3,621 del Código Civil, que declara, que el testador puede sustituir una ó más personas al heredero ó herederos instituídos, para el caso de que mueran antes que él, ó de que no puedan ó no quieran aceptar la herencia; y que esto es lo que se llama sustitución vulgar.<sup>1</sup>

Puede hacerse de dos modos, expresa y tácticamente.

Se hace expresamente cuando por palabras expresas y terminantes instituye el testador á una persona por su he-

<sup>1</sup> Art. 3,429, Cód. Civ. de 1884.

redero y ordena que en el caso de que muera éste antes que él ó de que no quiera ó no pueda recibir la herencia, la reciba otra persona á quien designa. Como si dijere, nombro por mi heredero á Juan y si éste no lo fuere, nombro á Pedro.

Se hace tácticamente la sustitución, cuando de la cláusula de la institución de heredero se deduce aquélla. Por ejemplo, si el testador dijere nombro por mis herederos á José, Arturo y Enrique, ó á aquel de los tres que sobreviva.

En este caso tiene exacta aplicación la tercera de las conclusiones que antes establecimos, y en consecuencia, faltando uno de los instituidos percibirán los demás la parte que le correspondía á aquél, proporcionalmente á la que á cada uno toca en la institución.

Relativamente á esta especie de sustitución declara el artículo 3,624 del Código Civil, que la sustitución simple y sin expresión de casos comprende aquellos en que el heredero instituído muera antes que el testador, ó de que no pueda ó no quiera aceptar la herencia; y tal declaración tiene por objeto evitar todo género de disputas y de interpretaciones torcidas de los interesados, queriendo limitar ó ampliar la extensión de la sustitución.<sup>1</sup>

Esta queda sin efecto en los casos siguientes:

I. Si falta la condición de la cual depende su eficacia: esto es, si el heredero instituído acepta la herencia por sí ó por medio de la persona que legalmente la represente.

Fácil es comprender la razón, pues la sustitución vulgar se entiende sólo para el caso en que el heredero instituído no llega á heredar, y por lo mismo, si éste acepta la herencia, deja de cumplirse la condición sin la cual no puede suceder el sustituto.

<sup>1</sup> Art. 3,442, Cód. Civ. de 1884.

II. Si el sustituto muere antes que el heredero instituído, ó si repudia la herencia.

Sustitución pupilar es el nombramiento de sustituto que hace el padre al hijo impúber que tiene bajo su potestad, para el caso de que entrare en la herencia y muriere antes de llegar á la pubertad.

Esta definición se deduce de los términos del artículo 3,625 del Código Civil que declara, que pueden nombrar sustituto el padre ó ascendiente á los varones menores de catorce años y á las mujeres menores de doce que se hallen bajo su potestad, para el caso de que mueran antes de la edad referida; y que esto es lo que se llama sustitución pupilar.<sup>1</sup>

La sustitución pupilar se distingue de la vulgar:

1.<sup>o</sup> En que ésta puede ser hecha por todos y para cualesquiera herederos, y aquélla sólo por los padres ó ascendientes respecto de sus descendientes impúberes:

2.<sup>o</sup> En que la vulgar se hace para un caso negativo, esto es, si el instituído no entra en la herencia porque no quiere ó no puede, y la pupilar para uno afirmativo, si el hijo entrare en la herencia y muriere antes de la pubertad.

La sustitución pupilar puede hacerse expresa ó tácitamente.

Se hace expresamente cuando el testador nombra en términos claros y precisos sustituto á su hijo impúber para el caso de que éste lo herede y muera antes de la pubertad. Por ejemplo, si el testador dijere, nombro mi heredero á mi hijo Pedro, menor de catorce años, y le nombro sustituto á Pablo para el caso de que llegue á heredarme y muera antes de cumplir esta edad.

Se hace tácitamente la sustitución cuando de la cláusula

<sup>1</sup> Art. 3,443, Cód. Civ. de 1884.

de la institución se deduce que el testador quiso nombrar un sustituto al heredero menor de catorce años, si es varón ó de doce si es mujer.

Según la ley 5.<sup>a</sup>, tít. V. Partida VI, esa cláusula puede estar concebida estableciendo dos ó más herederos del impúber, añadiendo que el que de ellos sea su heredero lo sea también de su hijo, ó usando de la fórmula de la sustitución vulgar.

La misma ley emplea la siguiente fórmula para el primer caso: «Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y á Antonio, mis amigos, y mando que el que de éstos fuere mi heredero lo sea también de mi hijo.» Y para el segundo emplea esta fórmula: «Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo impúber, y si no llega á heredar nombro en su lugar á Juan.»

Estos ejemplos han servido de fundamento á los autores para establecer que si la sustitución pupilar se hace tácitamente, el sustituto hereda al hijo impúber no sólo cuando éste hereda y muere antes de la pubertad, sino cuando no llega á ser heredero; y que la sustitución pupilar tácita está comprendida en la vulgar.

Pero la sustitución pupilar está sujeta para su validez á la restricción justísima en el sistema de la legítima forzosa, establecida por el artículo 3,627 del Código Civil que declara, que la sustitución pupilar y la ejemplar no son válidas cuando el sustituido tiene herederos forzosos; porque el testador no puede por el solo efecto de su voluntad derogar los derechos que la ley concede á los herederos del impúber sobre los bienes de éste.<sup>1</sup>

Como el fundamento de esta sustitución es la patria potes-

<sup>1</sup> El art. 3,627 del Código de 1870 fué suprimido en el de 1884, por ser contrario á la libertad de testar.

tad del testador y la edad pupilar del heredero instituido, se infiere que se extingue:

I. Luego que cesa la patria potestad:

II. Cuando el hijo ó descendiente sale de la edad pupilar:

III. Cuando se anula ó se revoca el testamento en el cual se hizo el nombramiento del sustituto.

De la definición que hemos dado de la sustitución pupilar se infiere que se extingue también, si el heredero instituido no entra en la herencia porque muere antes que el testador ó porque no acepta la herencia.

El artículo 3,626 del Código Civil dice, que el ascendiente puede nombrar sustituto al mayor de edad, que conforme á derecho haya sido declarado incapaz por enajenación mental; y que esto es lo que se llama sustitución ejemplar.<sup>1</sup>

De este precepto podemos deducir una definición más clara de la sustitución ejemplar, diciendo que es aquella que hacen los ascendientes á sus hijos ó descendientes mayores de edad que hubieren perdido la razón, para el caso de que mueran en ese estado sin haber hecho antes testamento.

La ley 11.<sup>a</sup>, tít. V, Partida VI, nos da un ejemplo de la fórmula empleada en esta especie de sustitución: "Establezco por mi heredero á Fulano mi hijo, ó si el muriere en aquella locura en que agora es, establezco por su heredero en su lugar á Fulano home."

Por la razón que antes hemos expuesto, la sustitución ejemplar, como la pupilar, no es válida cuando el heredero sustituido tiene herederos forzosos, según el artículo 3,626 del Código Civil.<sup>2</sup>

Se llama ejemplar esta sustitución, por haberse introducido á ejemplo y por la misma causa que la pupilar, la im-

<sup>1</sup> Art. 3,444, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,444, Cód. Civ. de 1884.

posibilidad en que se halla el heredero instituido de hacer testamento; pero no obstante la semejanza que existe entre una y otra sustitución, se diferencian entre sí:

1.<sup>o</sup> En que la pueden hacer los ascendientes independientemente del ejercicio de la patria potestad:

2.<sup>o</sup> En el modo como concluyen una y otra sustitución.

La ejemplar concluye:

I. Si el incapacitado recobra la razón, y así se declara por sentencia judicial (art. 3,628, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es, porque cesa la causa por la cual se hizo, la imposibilidad de aquél para disponer libremente de sus bienes por testamento.

Se exige como requisito necesario que se declare por sentencia judicial que el incapacitado ha recobrado la razón, porque habiéndose declarado en la misma forma su estado de interdicción, no pueden anularse los efectos jurídicos de la sentencia, sino mediante otra resolución judicial dictada con las mismas solemnidades y previos los requisitos que la ley exige para aquella en la cual se declaró la incapacidad del descendiente.

II. Cuando el que hizo la sustitución la revoca por un testamento posterior ó es declarado nulo el primero.

La sustitución compendiosa, que es más bien un modo de sustituir que una especie particular de sustitución, es aquella que en breves palabras contiene á un mismo tiempo diferentes instituciones, como si dijera el testador: "Instituyo por mi heredero á Pedro, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan" (Ley 12, tít. V, Part. VI).

En este ejemplo se comprenden dos sustituciones, la vulgar y la pupilar.

La sustitución brevilocua ó recíproca, que es también

<sup>1</sup> Art. 3,445, Cód. Civ. de 1884.

un modo de sustituir, es aquella en que son mutuamente sustituidos los herederos instituidos en primer lugar, como si dijere el testador: "Instituyo por herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno de otro" (Ley 13, tít. V, Part. VI).

Finalmente, la sustitución fideicomisaria, que es también un modo de sustituir, se define por la ley 14, título V, Partida VI, diciendo que es aquella en que el testador encarga al heredero instituido que restituya á otro la herencia, como si dijere: "Instituyo por mi heredero á Pedro y le ruego, quiero ó mando que esta mi herencia, ó la tenga en su poder tanto tiempo y pasado la entregue á Juan, ó que la entregue á éste desde luego."

Otros autores dan otra definición, que nos parece mejor porque es más clara, diciendo que la sustitución fideicomisaria es aquella por la cual el testador impone al heredero la obligación de conservar los bienes hereditarios y de restituirlos después de cierto tiempo ó á su muerte á otra persona.

En esta sustitución se llama *fideicomitente* al testador; *fiduciario* á la persona que se instituye heredero con el gravamen de entregar los bienes á otro; *fideicomisario* á aquella persona á quien ha de hacerse la entrega y *fideicomiso* á los bienes hereditarios sujetos á sustitución fideicomisaria.

Esta debe su origen á los fideicomisos del derecho Romano, que fueron introducidos á fin de eludir las numerosas causas de incapacidad establecidas por éste, pues por medio de ellos se instituía á una persona de confianza con encargo de entregar los bienes hereditarios al incapaz de heredar; pero después se extendió su uso, y se emplearon no sólo con el objeto indicado, sino también para transmitir

los bienes á las personas capaces cuando así lo exigían sus intereses.<sup>1</sup>

El Código Civil proscribió las sustituciones fideicomisarias, ya porque, por su propia naturaleza proporcionan medios de infringir las leyes, ya porque traen consigo el mal de estancar los capitales, cuya movilidad es conveniente para el mejor y más pronto desarrollo de la riqueza pública.<sup>2</sup>

Estas razones, tomadas de la Exposición de motivos, no son las únicas ni están bien desarrolladas, por lo cual vamos á exponer las siguientes, siquiera sea brevemente.

Se han proscribió las sustituciones fideicomisarias:

I. Porque son contrarias al interés general, que exige la libre circulación de los bienes inmuebles, poniéndolos fuera del comercio; pues los gravados con la sustitución no pueden enajenar los bienes hereditarios que reciben, toda vez que tienen la obligación de restituirlos:

II. Porque tales sustituciones son contrarias al orden legal de las sucesiones, supuesto que no permiten que los bienes hereditarios se trasmitan á los herederos del fiduciario, sino á la persona que designa el testador:

III. Porque son contrarias á los intereses de los terceros que contratan con el heredero instituido sobre los bienes hereditarios, pues los derechos que sobre ellos adquieren se resuelven y extinguen por la muerte de aquél ó por el lapso del tiempo señalado por el testador. En una palabra las sustituciones fideicomisarias se prestaban á la comisión de fraudes, que la ley ha querido evitar proscribiéndolas:

IV. Las sustituciones fideicomisarias constituyen los medios más fáciles de enriquecer á un individuo de una fami-

<sup>1</sup> Thiry, tomo II, núm. 275.

<sup>2</sup> Exposición de motivos.

lia, con exclusión de los demás miembros de ella, y han sido el origen de frecuentes litigios promovidos por éstos á fin de anularlas:

V. Impiden el buen cultivo y la mejora de los inmuebles, porque los fiduciarios, que se hallan privados de la facultad de disponer libremente de los bienes hereditarios, hacen uso abusivo de ellos, y lejos de mejorarlos los agotan y devastan.

Para que una sustitución sea fideicomisaria, es preciso que concurren en ella los caracteres siguientes:

1º El llamamiento sucesivo de dos ó más personas á la misma herencia:

2º Que la institución de las personas llamadas en segundo lugar á la herencia se halle sujeta á una condición suspensiva:

3º El transcurso de un período de tiempo entre la institución y la entrega de los bienes al instituído en segundo lugar:

4º Que éste no recoja, ó más bien dicho, que no haga suyos los bienes hereditarios sino hasta después de cierto tiempo ó después de la muerte del primer instituído.

Es indispensable el primer requisito, porque si la sustitución se hace por el testador llamando conjuntamente á las personas designadas, ó para que la una suceda en los bienes en defecto de la otra, éstas serán copartícipes ó coherederas de la misma herencia en el primer caso, ó habrá sustitución vulgar en el segundo, pero no la fideicomisaria.

Además, si el nombrado para restituir los bienes hereditarios no obtiene ninguna utilidad, porque no es instituído heredero ó legatario, sino que está encargado por el testador de recogerlos y entregarlos á determinada persona no habrá sustitución, toda vez que no hay más que un heredero instituído, y que aquél no hace más que recoger y

depositar esos bienes para entregarlos en su oportunidad.

El segundo carácter distintivo de la sustitución fideicomisaria, aunque no exclusivo de ella, pues toda sustitución es condicional, supuesto que está subordinada á la eventualidad de la supervivencia del sustituto á la muerte del heredero, es que lo esté á una condición. En efecto: el sustituto no puede adquirir los bienes hereditarios, si no es en el caso de que al tiempo de la muerte del heredero fiduciario ó al vencimiento del término señalado por el testador para que éste haga la restitución de esos bienes, ó lo que es lo mismo, sólo tiene derecho á ellos si el heredero fallece antes que él, ó si vive hasta después de aquél término.

El transcurso del tiempo es también característico de la sustitución fideicomisaria, porque lo que constituye la esencia de ella es la existencia de dos instituciones, de las cuales la una viene después de la otra, y le sucede de manera que haya, no solamente dos disposiciones, sino dos transmisiones sucesivas, ó lo que es lo mismo, el heredero fiduciario es el intermediario entre el testador y el sustituto, es el conducto por el cual se transmiten los bienes de aquél á éste. En consecuencia, esta serie de transmisiones no se verifican en un sólo acto, sino en actos sucesivos, y por tanto, después del transcurso de cierto tiempo.<sup>1</sup>

El cuarto y último de los requisitos indicados es esencialmente característico de la sustitución fideicomisaria, en uno de los casos en que puede tener lugar; porque se trata del orden sucesivo que consiste en que el sustituto no debe recoger los bienes hereditarios sino cuando se abra la sucesión del heredero fiduciario, de manera que la segunda transmisión ofrece, como dice Demolombe, la imagen de una sucesión.

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XVIII, núm. 97.

De lo expuesto se infiere que la sustitución fideicomisaria supone necesariamente la existencia de dos liberalidades, de las cuales una se puede estimar como principal y hecha por cierto tiempo; y la otra hecha bajo la forma de una disposición modal, que no debe tener efecto sino después de cierto tiempo y está subordinada á una condición suspensiva, cuyo resultado es que radique la propiedad de los bienes en el heredero fiduciario y que se trasmita en caso de muerte de éste al fideicomisario.

Hemos hecho las breves explicaciones que preceden, no obstante estar proscritas por el Código Civil las sustituciones fideicomisarias, á fin de que, conociendo nuestros lectores las circunstancias que son características de ellas, las puedan distinguir de las permitidas, con las cuales tienen, como es natural, algunos puntos de atinencia.

El Código Civil, como hemos dicho, proscribió tales sustituciones, declarando en el artículo 3,631, de la manera más expresa y absoluta, que quedan prohibidas las sustituciones fideicomisarias, y cualesquiera otras diversas de la vulgar, la pupilar y la ejemplar, sea cualquiera la forma de que se las revista.<sup>1</sup>

Pero como la infracción de este precepto produce la nulidad de la institución fideicomisaria, supuesto que son nulos todos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, y como pudiera entenderse que tal nulidad comprende á toda disposición testamentaria, lo cual sería injusto, declara el artículo 3,632 del Código, que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no importa la de la institución ni la del legado, y que se tiene por no escrita la cláusula fideicomisaria.<sup>2</sup>

En otros términos, según este precepto, la sustitución

<sup>1</sup> Art. 3,448, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,449, Cód. Civ. de 1884.

fideicomisaria se tiene por no hecha, en virtud del principio de derecho que dice: «*Utile per inutile non vitiantur*,» y de los principios tradicionales de nuestra antigua legislación, según las cuales, las últimas voluntades deben ser sostenidas en cuanto puedan tener efecto; y porque el testador ha hecho conocer su voluntad de preferir al heredero fiduciario llamándolo á la herencia en primer lugar.

En esta materia tan importante se separó nuestro Código del sistema adoptado por el Código Francés que, á nuestro juicio es mejor, porque declara que la nulidad de la sustitución importa la de la institución; y abrigamos tal creencia, porque anulando la sustitución pero dejando subsistir la institución, se infringe la voluntad del testador, porque se le otorga al heredero fiduciario la propiedad definitiva de los bienes hereditarios cuando sólo quería otorgársela temporalmente; y porque se alienta la infracción de la ley prohibitiva de las sustituciones de la especie indicada con la esperanza de que el fiduciario cumpla la voluntad del testador por respeto á ésta y por probidad.

Entran en la prohibición de la ley, que las estima fideicomisarias, las disposiciones testamentarias que prohíben enajenar ó que llaman á un tercero á lo que quede de la herencia por la muerte del heredero; ó que contiene el encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión (art. 3,636, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Tres son las especies de instituciones á que nos referimos:

- I. Las disposiciones testamentarias que contienen la prohibición de enajenar los bienes hereditarios:
- II. Las que llaman á un tercero á lo que quede de la herencia por la muerte del heredero instituido:
- III. Las que contienen el encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión.

<sup>1</sup> Art. 3 453, Cód. Civ. de 1884.

La primera especie de disposiciones testamentarias están proscritas con justicia, porque la prohibición de enajenar que contienen importan una verdadera sustitución fideicomisaria, ó lo que es lo mismo, imponen implícitamente al heredero la obligación de conservar los bienes hereditarios para restituirlos á la muerte á sus propios herederos, apartando tales bienes de la circulación del comercio.

En cuanto á la segunda especie de disposiciones testamentarias, prohibidas por el artículo 3,636 del Código Civil, copiado del 1,636 del Proyecto de Código Español, se expresa Goyena en los términos siguientes: "La libertad de disponer en vida y prohibición de hacerlo por testamento, ó al contrario, podría favorecer indirectamente la amortización, y en ambos casos se verificaría que el testador disponía dos veces de sus bienes."

Nos parece muy poco ó nada convincente la razón que motiva la prohibición de la especie de disposiciones á que nos referimos, y que se halla en verdadera pugna con los principios netamente científicos.

Según éstos, el fideicomiso llamado *de residuo ó de eo quod supererit*, que consiste en la disposición por la cual es gravado el heredero por el testador con la obligación de restituir á su muerte á determinada persona lo que quede de los bienes hereditarios, no es una institución fideicomisaria.

En efecto: la ley prohíbe y anula aquellas disposiciones que imponen al heredero instituido la obligación de conservar los bienes hereditarios y restituirlos á su muerte ó después de cierto tiempo al sustituto nombrado por el testador; y en lo que se llama por los jurisperitos fideicomiso *de residuo ó de eo quod supererit* no reporta el heredero tal obligación, sino que, por el contrario, goza de la más completa libertad para disponer de esos bienes.

Es verdad que, según los principios del derecho Romano, el fideicomiso de residuo era una sustitución fideicomisaria, porque el heredero instituido no podía disponer de los bienes hereditarios sino á título oneroso, para necesidades reales y de buena fe, y con obligación de reservar por lo menos la cuarta parte de ellos en provecho del sustituto; pero entre nosotros no tiene tal carácter, porque no existe precepto legal alguno que imponga al heredero la obligación de conservar y restituir al sustituto una porción determinada de los bienes.<sup>1</sup>

Todos los jurisperitos modernos sostienen, con justicia, que toda limitación puesta á la libertad de disponer de los bienes que reposa sobre motivos de orden público, es de estricto derecho y no puede aplicarse más que á aquellos casos en que se afecta ese interés; y de ahí deducen que, si las sustituciones fideicomisarias están prohibidas por cuanto á que, obligando al heredero fiduciario á conservar los bienes hereditarios para restituirlos al fideicomisario, se perjudican los progresos de la agricultura y se impide el mejoramiento de esos bienes, á los cuales pone fuera del comercio, y presta ocasión para que se cometan fraudes; es fuera de toda duda que no concurriendo en el llamado fideicomiso de residuo ninguna de esas circunstancias características de las sustituciones fideicomisarias no puede estar comprendida en la prohibición de la ley.<sup>2</sup>

La tercera especie de disposiciones, las que contienen el encargo de prestar á más de una persona sucesivamente cierta renta ó pensión, han sido prohibidas porque son

<sup>1</sup> Ley 54, lib. 36, tit. 1<sup>o</sup>; y Novela 108.

<sup>2</sup> Baudry Lacantinieri y Collin, *Des Donations*, tomo II, núm. 3,100; Aubry y Rau, tomo VII, § 694, nota 26; Toullier, tomo V, pág. 38, nota 1<sup>a</sup>; Demolombe, tomo XVIII, núm. 133; Troplong, tomo I, núms. 131 y 132; Laurent, tomo XIV, núm. 475; Durantón; tomo VIII, núms. 74 y 75; Arnz, tomo II, núm. 1,704; Thiry, tomo II, núm. 283; etc. etc.

en realidad unas instituciones fideicomisarias, toda vez que importan la obligación para el heredero instituido de conservar cierta porción de los bienes hereditarios sobre la cual debe constituirse hipoteca, según el artículo 2,794 del Código Civil, y que en tal situación deben permanecer indefinidamente, quedando, por lo mismo, fuera de la circulación del comercio.<sup>1</sup>

Peró el sistema del Código Civil respecto de la prohibición de sustitución fideicomisaria, no es absoluto; pues estimando sus autores que hay algunos casos en que tal sustitución puede ser verdaderamente útil, establecieron algunas excepciones, ya en favor de los hijos, ya en favor de los indigentes, ya para el fomento de la instrucción pública, ya, por último, para sostener y mejorar los establecimientos de beneficencia pública.<sup>2</sup>

Creemos que no es exacta la aseveración hecha por los codificadores, y que no todos los casos que ellos llaman excepcionales de la sustitución fideicomisaria lo son, sino que en la mayor parte de ellos no se trata realmente de verdaderas sustituciones; y para adquirir el pleno convencimiento de esta verdad basta enumerar y estudiar tales casos.

En efecto: el artículo 3,633 del Código declara, que no se reputa fideicomisaria la disposición en que el testador deja la propiedad del todo ó parte de sus bienes á una persona y el usufructo á otra; á no ser que el propietario ó el usufructuario queden obligados á transferir á su muerte la propiedad ó el usufructo á un tercero; y hace tal declaración, porque en el caso á que se refiere no hay sustitución de ninguna especie, sino dos actos de liberalidad, uno relativo al usufructo, y otro á la propiedad, y el usufructua-

1 Art. 2,670, Cód. Civ. de 1884.

2 Exposición de motivos.

rio no sustituye al dueño de ésta, de manera que le suceda en ella á su fallecimiento.<sup>1</sup>

En otros términos: la sustitución supone necesariamente que dos personas estén llamadas á los mismos bienes después de cierto tiempo y sucesivamente; pero en el caso propuesto cada liberalidad recae sobre un objeto distinto: una el usufructo, y la otra la nuda propiedad.

Es cierto que el heredero de ésta adquiere por consolidación el usufructo á la muerte del usufructuario, pero no por efecto de la sustitución, supuesto que siendo aquel derecho meramente personal se extingue cuando muere el que lo ejercita, y por tanto, que no se le puede encargar por el testador que lo conserve y lo restituya al dueño de la nuda propiedad.

El artículo 3,634 declara también que el padre puede dejar la parte libre de sus bienes á su hijo con la carga de transferirlos al hijo ó hijos que tenga ó tuviere, y que en tal caso se debe considerar el heredero como usufructuario.<sup>2</sup>

La institución hecha en esta forma es considerada en lo general por los autores como comprensiva de una sustitución fideicomisaria, y por lo mismo como una excepción de la regla que prohíbe hacer sustituciones de esta especie. Sin embargo, nos atrevemos á sostener que, dado el sistema adoptado por nuestro Código, no hay sustitución fideicomisaria en el caso á que se refiere el artículo 3,634, sino una doble liberalidad, como aquel á que hace relación el artículo 3,633, una que tiene por objeto el usufructo, y otra la nuda propiedad, la cual está, por otra parte permi-

1 Art. 3,450, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,451, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes para ponerlo en armonía con la institución de la libertad de testar:

\* Art. 3,451. Puede el padre dejar una parte ó la totalidad de sus bienes á su hijo, con la carga de transferirlos al hijo ó hijos que tenga ó tuviere, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario.

tida, ó más bien dicho, autorizada por el artículo 3,427, que declara válida la institución hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al tiempo de la muerte del testador.<sup>1</sup>

Nos confirma más en esta opinión el artículo 3,635 del mismo Código que declara nula la institución cuando la transmisión de los bienes deba hacerse á descendientes de ulteriores grados; pues en tanto la estima nula tal precepto, en cuanto que, trasmitiéndose los bienes de una á otra generación entre los descendientes del testador, se impone á cada uno de los herederos la obligación de conservarlos, segregándolos de la libre circulación del comercio, para entregarlos á sus propios descendientes, lo que importa un verdadero fideicomiso.<sup>2</sup>

Es decir, que en tanto estima nula la ley la institución á que nos referimos, en cuanto toma el carácter de una fundación que separa á los bienes hereditarios por un tiempo indefinido de la circulación del comercio, y por tanto, que cuando no afecta tal carácter, sino que se limita á otorgar al hijo el usufructo y la propiedad á los nietos, no hay fideicomiso.

Pero sea de ello lo que fuere, lo cierto es que, ya sea que consideremos la institución á que nos referimos como una sustitución fideicomisaria, ya que no le atribuyamos tal carácter, está restringida dentro de ciertos límites, y por tanto, debemos establecer que el precepto que la autoriza es de interpretación restrictiva.

En consecuencia debemos concluir:

I. Que sólo pueden hacer tal institución ó sustitución los padres, comprendiendo el padre y la madre, pues la misma razón que hay para permitirla á aquél existe para permitírsela igualmente á ésta:

<sup>1</sup> Arts. 3,451, 3,450 y 3,290, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,452, Cód. Civ. de 1884.

II. Que tal institución sólo es permitida respecto de los hijos y los nietos, pero no respecto de los descendientes de ulteriores grados.

III. Que la institución á que nos referimos, hecha en favor de los descendientes de esta especie es nula.

Acerca de esta última proposición, creemos que la nulidad de que está afectada la institución es solamente en cuanto se refiera á descendientes de ulteriores grados de los que permite la ley, pero que es válida en cuanto á los hijos y los nietos; y por tanto, que si la institución estuviera concebida en estos ú otros términos semejantes, "instituyo heredero en el quinto de mis bienes á mi hijo Luis, con la obligación de entregarlo á sus hijos ó á los hijos de éstos que vivan cuando muera," sería válida respecto de los hijos del instituido y debería cumplirse, pero perfectamente nula respecto de los hijos de éstos.

No se estiman como fideicomisarias, y en consecuencia, no están prohibidas, según el artículo 3,637 del Código, las prestaciones de cualquiera cantidad impuestas á los herederos en favor de los indigentes, para dotar doncellas pobres, ó en favor de cualquier establecimiento ó fundación de beneficencia pública, guardándose los requisitos y condiciones que establecen las reglas siguientes:<sup>1</sup>

1.º La prestación debe ser consignada por el testador en ciertos y determinados bienes; pero el heredero gravado tiene libertad para capitalizarla é imponerla á rédito (art. 3,638, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

2.º Los herederos gravados de este modo no quedan obligados más que al cumplimiento de la carga: su sucesión particular se rige por los preceptos relativos del Código Civil (art. 3,640, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,454, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,455, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,457, Cód. Civ. de 1884.

La excepción á que se refieren las reglas anteriores, está tomada del artículo 1,872 del Código Portugués, cuyo comentarista, Díaz Ferreira se expresa en los términos siguientes acerca de ella: "El legado á favor de los indigentes, ó para dote de doncellas pobres, es válido aunque con el carácter de perpetuidad, porque los indigentes no son personas inciertas, aun cuando no sean designadas por su nombre, porque se reputan pobres los que necesitan de los socorros ministrados por la caridad para poder vivir. Tienen que habilitarse como tales para poder recibir el legado."<sup>1</sup>

Esta razón no es, á nuestro juicio, satisfactoria, y preferimos la que da la Exposición de motivos, diciendo que se han establecido ésta y las demás excepciones á que nos referimos para favorecer á los indigentes y á los establecimientos de beneficencia pública.

Pero los herederos pueden librarse del gravamen, como hemos indicado, capitalizando la prestación é imponiéndola á réditos, porque así se cumple á la vez con la voluntad del testador y se redimen aquéllos de las molestias que tal gravamen les causa ó les puede causar.

¿Pero qué procedimiento debe observarse para la capitalización, y qué personas ó autoridades deben intervenir en ella?

Satisface ampliamente á esta cuestión el artículo 3,639 del Código Civil, que ordena, que la capitalización se haga interviniendo la primera autoridad política del lugar y con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.<sup>2</sup>

Es decir, que la capitalización debe hacerse en la vía administrativa, formando un expediente con la solicitud de los herederos, de la cual se debe dar conocimiento al Ministe

<sup>1</sup> Tomo IV, pág. 254.

<sup>2</sup> Art. 3,156, Cód. Civ. de 1881.

rio Público, que representa á los legatarios que no son individualmente determinados y á los representantes de los establecimientos de instrucción ó de beneficencia pública que hubieren sido instituidos legatarios, á fin de que expresen si las bases propuestas por aquéllos para la capitalización no causa perjuicio á los indigentes, á las doncellas pobres ó á los establecimientos mencionados; y la autoridad política decide con vista de las razones expuestas por una y otra parte.

No están comprendidos dentro de la prohibición de la ley las fundaciones de beneficencia ó de instrucción pública hechas por el testador en favor de sus descendientes y colaterales, y por tanto, pueden los testadores:

I. Fundar uno ó más lugares en un establecimiento de beneficencia ó de instrucción pública para sus descendientes (art. 3,641, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

II. Hacer igual fundación para sus parientes colaterales, comprendidos hasta el octavo grado (art. 3,642, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La limitación que la ley señala á la facultad de que acabamos de hacer mención, nos conduce á establecer que siendo ésta excepcional, es de estricto derecho y no puede aplicarse el beneficio á que se refiere sino á las personas que la misma ley designa, y en consecuencia, faltando los descendientes y los parientes colaterales del testador, dentro del octavo grado, debe caducar el legado y extinguirse la fundación.

El artículo 3,643 del Código Civil prevee tal caso y declara, que faltando las personas antes mencionadas, el capital quedará destinado generalmente á la beneficencia pública.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,458, Cód. Civ. de 1881.

<sup>2</sup> Art. 3,459, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,160, Cód. Civ. de 1881.

Fácil es comprender el fundamento de esta declaración. La falta absoluta de los legatarios hace que carezca de objeto la fundación y que el capital destinado á ella quede vacante, circunstancia por la cual debía heredarlo el fisco, pero la ley ha querido obsequiar en cuanto sea posible la voluntad del testador, haciendo que los bienes destinados á la fundación se apliquen al servicio de los establecimientos de beneficencia pública.

Para terminar este capítulo debemos advertir que, todo cuanto hemos dicho respecto de los herederos, las reglas que hemos establecido, son también aplicables á los legatarios. Esto es, que en los legados no se permiten las sustituciones sino en los casos y con los límites establecidos para la institución de herederos, y que la nulidad de la sustitución no perjudica la validez de los legados (art. 3,644, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,461, Cód. Civ. de 1884.

## II

## DE LA DESHEREDACION.

La desheredación es, según la definen comunmente los autores, una disposición testamentaria por la cual se priva ó excluye de la herencia al que tiene derecho á ella.<sup>1</sup>

La desheredación es una facultad que la ley otorga al testador para obtener el respeto y sumisión de sus hijos, sin la cual no podría conservar el orden y la disciplina en la familia; pues estando seguros aquéllos de que sus padres no podían privarlos de la parte que en los bienes de éstos les asignan las leyes, no les detendría consideración alguna en el cumplimiento de sus deberes y la autoridad paterna se anularía por completo.

En otros términos, la desheredación, ó más bien dicho, la facultad de desheredar, se funda en las mismas consideraciones que la libertad de testar, que exponemos en el Apéndice núm. 1.

Sin embargo, es menos amplia que la libre testamentación, pues sólo puede tener lugar, según el artículo 3,645 del Código Civil, por las causas y en los casos en que la ley la permite expresamente. De donde se infiere, que es de estricto derecho y que, fuera de tales casos no puede ningún testador desheredar á sus herederos forzosos, aunque existan causas de igual ó mayor entidad que las que señala la ley.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 416; Viso, Tomo II, pág. 474.

<sup>2</sup> Los artículos 3,645 y siguientes del Código de 1884, que tratan de la desheredación, fueron suprimidos en el 1884, por ser contrarios á la libre testamentación.

Fácil es comprender el fundamento de esta declaración. La falta absoluta de los legatarios hace que carezca de objeto la fundación y que el capital destinado á ella quede vacante, circunstancia por la cual debía heredarlo el fisco, pero la ley ha querido obsequiar en cuanto sea posible la voluntad del testador, haciendo que los bienes destinados á la fundación se apliquen al servicio de los establecimientos de beneficencia pública.

Para terminar este capítulo debemos advertir que, todo cuanto hemos dicho respecto de los herederos, las reglas que hemos establecido, son también aplicables á los legatarios. Esto es, que en los legados no se permiten las sustituciones sino en los casos y con los límites establecidos para la institución de herederos, y que la nulidad de la sustitución no perjudica la validez de los legados (art. 3,644, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,461, Cód. Civ. de 1884.

## II

## DE LA DESHEREDACION.

La desheredación es, según la definen comunmente los autores, una disposición testamentaria por la cual se priva ó excluye de la herencia al que tiene derecho á ella.<sup>1</sup>

La desheredación es una facultad que la ley otorga al testador para obtener el respeto y sumisión de sus hijos, sin la cual no podría conservar el orden y la disciplina en la familia; pues estando seguros aquéllos de que sus padres no podían privarlos de la parte que en los bienes de éstos les asignan las leyes, no les detendría consideración alguna en el cumplimiento de sus deberes y la autoridad paterna se anularía por completo.

En otros términos, la desheredación, ó más bien dicho, la facultad de desheredar, se funda en las mismas consideraciones que la libertad de testar, que exponemos en el Apéndice núm. 1.

Sin embargo, es menos amplia que la libre testamentación, pues sólo puede tener lugar, según el artículo 3,645 del Código Civil, por las causas y en los casos en que la ley la permite expresamente. De donde se infiere, que es de estricto derecho y que, fuera de tales casos no puede ningún testador desheredar á sus herederos forzosos, aunque existan causas de igual ó mayor entidad que las que señala la ley.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 416; Viso, Tomo II, pág. 474.

<sup>2</sup> Los artículos 3,645 y siguientes del Código de 1884, que tratan de la desheredación, fueron suprimidos en el 1884, por ser contrarios á la libre testamentación.

De la definición que hemos dado de la desheredación se infiere:

1.<sup>o</sup> Que siendo ésta una disposición testamentaria, sólo pueden desheredar los que pueden testar:

2.<sup>o</sup> Que sólo pueden ser desheredados los herederos forzosos.

La primera de estas conclusiones no es absoluta, porque, según el sistema adoptado por nuestro Código Civil, los descendientes no pueden desheredar á los ascendientes.

En efecto: el artículo 3,648 dice que los hijos y descendientes no tienen en ningún caso derecho para privar de la legítima á los ascendientes; y que aun cuando éstos sean preteridos, no se les excluirá de la legítima, si no son incapaces de adquirirla por alguna de las causas que enumera la ley.

La limitación impuesta por el artículo 3,648 á la facultad de desheredar se funda en la consideración de que es inmoral constituir al hijo en juez de sus padres; quienes, por otra parte, quedan sujetos á las reglas que, sobre la capacidad para heredar, establece el Código Civil.

De la misma definición que hemos dado de la desheredación se infiere también, que sólo puede hacerse en testamento y con expresa declaración de causa; y así lo declara expresamente el artículo 3,649 del Código Civil.

Son causas legítimas de desheredación, según el artículo 3,646, las siguientes:

1.<sup>a</sup> El hecho de que el heredero haya dado, mandado ó intentado dar muerte al testador, á sus padres, hijos ó cónyuge de éste:

2.<sup>a</sup> La acusación hecha por el heredero contra el testador, de delito que merezca pena capital ó prisión, aun cuando aquélla sea fundada, á no ser que fuere precisa para que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes, ó hermano ó cónyuge:

3.<sup>a</sup> El atentado cometido contra el honor del testador, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, el cual deba castigarse criminalmente:

4.<sup>a</sup> La violencia contra el testador para que haga, deje de hacer ó revoque su testamento:

5.<sup>a</sup> La supresión, la sustitución ó suposición de infante, siempre que se trate de la herencia que debía corresponder al testador á quien se ha perjudicado ó intentado perjudicar con la comisión de esos delitos.

Como todas estas causas están enumeradas por el artículo 3,428 del Código Civil entre las de incapacidad para heredar, cuyo estudio hemos hecho ya, remitimos á nuestros lectores á lo que sobre ellas hemos dicho en la lección segunda de este tratado.

6.<sup>a</sup> Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al ascendiente que deshereda:

7.<sup>a</sup> Haber contraído matrimonio sin el consentimiento del testador que ejerce la patria potestad; á no ser que el disenso se haya suplido conforme al artículo 173 del Código:

8.<sup>a</sup> Haberse entregado la hija ó nieta á la prostitución.

La primera de estas tres últimas causas se funda en la consideración de la necesidad de castigar la conducta inmoral del hijo que, faltando á la piedad filial, rehusa socorrer á sus padres, á quienes debe la vida, la educación y los medios con los cuales ha formado su posesión actual en la sociedad.

La segunda se funda en la misma consideración que la facultad que la ley otorga al testador para desheredar á sus hijos y descendientes, la necesidad de conservar la sumisión y el respeto de éstos, indispensables para la existencia de la disciplina y el orden de la familia.

Finalmente: la tercera se funda en la misma razón que la anterior y en la conveniencia que resulta de que los pa-

dres se hallen armados con los medios necesarios de represión para castigar á las hijas que se apartan del sendero de la moral y la virtud, quienes con su conducta punible deshonran y afrentan á sus padres.

La desheredación, á diferencia de la revocación de la donación por causa de ingratitud, no puede tener efecto en vida del que deshereda, sino que, como hemos dicho antes, sólo puede hacerse en testamento y con expresa declaración de causa, cuya prueba, en caso de ser contradicha ésta, incumbe á los herederos del testador, ya porque, según los principios elementales del derecho, el que afirma reporta la carga de la prueba, toda vez que los hechos no se presumen, ya porque los herederos lógicos tienen á su favor el precepto de la ley, sobre la cual no puede prevalecer la voluntad del testador, si no se demuestra que fué legalmente expresada (art. 3,650, Cód. Civ.).

De lo expuesto se infiere, que la desheredación hecha sin expresión de causa, con causa que no se prueba, ó con causa que no esté determinada por la ley, y por consiguiente que sea ilegítima, hace caducar las disposiciones testamentarias; pero solamente en lo que perjudiquen la legítima del desheredado (art. 3,651, Cód. Civ.).

La razón es, porque, según el sistema adoptado por nuestra antigua legislación y sancionado por los artículos 3,499 y 3,500 del Código Civil, el testamento otorgado legalmente es válido aun cuando no contenga ninguna institución de heredero, y deben cumplirse las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme á la ley.<sup>1</sup>

Si, pues, el testamento es solamente inválido en cuanto á la desheredación, esto es, respecto de la institución hecha con perjuicio del heredero forzoso, es claro que debe

<sup>1</sup> Arts. 3,335 y 3,336, Cód. Civ. de 1884.

subsistir en cuanto á las demás disposiciones que contiene, si están hechas conforme á la ley.

El efecto jurídico que la ley atribuye á la desheredación es excluir al desheredado de la herencia, pero no priva á los hijos y descendientes de éste de la porción que le debería corresponder, sino que teniéndolo como si no existiera, como si hubiera muerto, llama á estos á la sucesión, á fin de que la pena no sea trascendental para ellos que ninguna falta han cometido y no son responsables de los actos de su padre ó ascendiente.

En efecto: el artículo 3,647 del Código Civil declara, que los hijos y descendientes del desheredado tendrán la legítima de que sus padres ó ascendientes fueren privados; pero que éstos no gozarán del usufructo, ni administrarán la legítima, ni sucederán en ella por intestado.

Esta última prohibición tiene por objeto impedir que, á pretexto del ejercicio de un derecho, que forma parte de los que se derivan de la patria potestad, se anulen los efectos jurídicos de la desheredación; pues á tal extremo se llegaría si se permitiera al desheredado que disfrutara del usufructo legal y de la administración de los bienes heredados por sus hijos ó descendientes y si pudiera suceder á éstos en ellos por intestado.

Sin embargo, el artículo 3,652 del Código concede al desheredado derecho á recibir alimentos, declarando que los que por exclusión del desheredado son llamados á la sucesión de los bienes, tiene obligación de prestar alimentos á aquél, si carece de medios de subsistencia en proporción á la parte que reciban de la cuota que debía corresponder al desheredado.

Desde luego se comprende que la ley ha querido, al hacer esta excepción, que el desheredado, condenado á la pérdida de los bienes hereditarios, no lo sea á la indigen-

cia y á perecer de hambre, si llega á carecer de medios de subsistencia; pero no quiere que los alimentos se le ministren por los que entren en posesión de la herencia en su lugar, sino proporcionalmente al importe de la cuota que les hubiere tocado de ella, porque en tanto están obligados á hacer tal prestación en cuanto á que han recibido tal cuota.

Sin embargo, hay que advertir que la limitación indicada sólo es aplicable á aquellos individuos á quienes la ley no les impone la obligación, por razón de parentesco de prestar alimentos al desheredado; pues si fueren sus hijos, descendientes ó hermanos ó su cónyuge, tendrían el deber de darle alimentos proporcionados á su posición social, es decir, á los bienes que posean y á la necesidad del desheredado, aun cuando su importe no sea proporcional al de la herencia de que éste fué excluído.

La razón es, porque en este último caso se deben por los vínculos de la sangre y por la ley, y por razón de los bienes que los herederos percibieron en lugar del desheredado.

La ley concede á éste una acción para reclamar contra la desheredación; pero como no puede permitir que quede dependiente de su capricho el ejercicio de ella, dejando entretanto en la incertidumbre la propiedad de los bienes hereditarios, declara el artículo 3,653 del Código Civil, que tal acción prescribe dentro de cinco años contados desde que se abre la sucesión, hallándose el desheredado presente y dentro de diez hallándose ausente.

De dos defectos graves adolece, á nuestro juicio, este precepto; primero una redacción defectuosa, pues declara que la acción se prescribe *dentro* de los plazos que señala, siendo así que tal efecto se produce por el lapso de cinco ó de diez años; y segundo, que transigiendo con el pa-

sado y contradiciendo el sistema adoptado por el Código respecto de la prescripción, establece dos plazos para la de la acción que compete al desheredado, cinco años si éste se halla presente y diez si está ausente.

Las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real establecían que el perdón ó la reconciliación del testador con el desheredado ponía término á la desheredación. Pues bien, este mismo principio ha sido sancionado por el artículo 3,654 del Código Civil según el cual la reconciliación del ofensor y del ofendido, posterior á la desheredación, deja ésta sin efecto; porque cesando la causa que dió motivo para ella, el deseo del testador de castigar la falta ó la injuria de que había sido víctima debe cesar la pena.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Leyes, 1.<sup>a</sup> tít. 5.<sup>o</sup> lib. 4.<sup>o</sup>, F. J. y 2.<sup>a</sup>, Tít. 9.<sup>o</sup>, lib. 3.<sup>o</sup>, F. R.<sup>2</sup>

## III

## DE LA NULIDAD Y REVOCACION DE LOS TESTAMENTOS.

Bajo este título trata el Código Civil de tres causas que producen la ineficacia de los testamentos, y son la nulidad, la revocación y la caducidad.

Estas tres causas son en su origen absolutamente distintas, por más que produzcan efectos jurídicos idénticos, la ineficacia de los testamentos, y engendran ideas diferentes.

En efecto: la nulidad es un vicio que, con justicia, es llamado original por los autores, porque afecta á la disposición testamentaria desde la fecha misma en que se otorga el testamento. Por ejemplo, una disposición testamentaria es nula cuando el testamento que la contiene no reviste la forma y las solemnidades requeridas por la ley, ó cuando el testador no tiene capacidad para testar.

Por el contrario, la revocación y la caducidad suponen necesariamente la existencia de un testamento en el que concurren todos los requisitos indispensables para su validez y eficacia desde el momento mismo en que fué otorgado.

La revocación es el acto por el cual el testador anula ó retracta la disposición testamentaria que había otorgado, en la cual no quiere perseverar.

La caducidad es la anulación de los efectos de un testamento válido por no ser posible su ejecución por alguna causa posterior á su otorgamiento. Como si el heredero fallece antes que el testador, ó renuncia la herencia.

Establecidos estos precedentes, vamos á hacer el estudio

de todas y cada una de las tres causas que producen la ineficacia de los testamentos, advirtiendo que el Código Civil estima como causas de nulidad todas aquellas que lo son de incapacidad para testar, que importan la falta de libertad en el testador para disponer de sus bienes como mejor le parezca, de la forma ó solemnidades que la ley exige en el otorgamiento de cada una de las especies de testamentos que reconoce y autoriza, y la falta de claridad en la expresión de la voluntad del testador.

Como ya hemos hecho el estudio de las causas de incapacidad para testar en la lección tercera de este tratado, nos limitaremos al examen de las demás causas de nulidad que señala el Código Civil, y son las siguientes:

I. Es nulo el testamento cuando se otorga en contravención á lo dispuesto por el Código Civil respecto de la forma de los testamentos (art. 3,664, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Las formalidades que la ley exige para la validez de los testamentos, tienen por objeto darles á éstos la autenticidad debida, á efecto de que conste de una manera cierta é indubitable que son la expresión genuina de la voluntad de los testadores, y evitar que ésta sea suplantada por fraudes y maquinaciones punibles.

Tal es el motivo por el cual le ha dado la ley tanta importancia á la violación de las reglas que establece respecto de la forma para cada una de las especies de testamentos que reconoce y autoriza, castigándola con la pena de nulidad de ellos.

El artículo 3,774 del Código Civil declara, que la falta de alguna de las solemnidades exigidas para el testamento abierto, produce la nulidad de éste.<sup>2</sup>

El artículo 3,778 dice, que el testamento cerrado que ca-

<sup>1</sup> Art. 3,471, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,505, Cód. Civ. de 1884.

rezca de alguna de las formalidades que exigen los preceptos anteriores á él, quedará sin efecto.<sup>1</sup>

El artículo 3,810 declara, que el testamento privado necesita para su validez, que se eleve á escritura pública por declaración judicial; de donde se infiere que, si no se llena tal requisito, es nulo.<sup>2</sup>

II. Es nula la institución de heredero hecha en memorias ó comunicados secretos, según el artículo 3,655 del Código Civil.<sup>3</sup>

La Exposición de motivos expresa los fundamentos de este precepto, diciendo que la experiencia acredita cuan peligroso es el secreto confiado á la lealtad de un tercero, supuesto que comunmente los comunicados se confían de palabra; pero que aun cuando haya memoria escrita, como no consta la autenticidad de ella, siempre existe el inconveniente indicado.

En otros términos; está prohibida la institución de heredero hecha bajo la forma de comunicado secreto, porque no consta de una manera auténtica cuál sea la voluntad del testador y por el peligro que hay de que la persona encargada de la ejecución del legado sustituya su voluntad á la del autor de la herencia.

Según la Exposición de motivos, no sucede lo mismo respecto de los legados, ya porque no tienen la misma importancia que la institución de heredero, ya porque el fraude no puede producir en ellos las mismas funestas consecuencias. Y como los legados dejados por medio de comunicados secretos sirven para cumplir ciertas obligaciones reservadas ó para manifestar algunas preferencias, que si fueran conocidas durante la vida del testador, darían origen á serios disgustos; de aquí que la ley no ha hecho extensiva su prohi-

<sup>1</sup> Art. 3,509, Cód. Civ. de 1384.

<sup>2</sup> Art. 3,541, Cód. Civ. de 1384.

<sup>3</sup> Art. 3,462, Cód. Civ. de 1884.

bición á ellos, sino que antes, por el contrario, los permite y autoriza, aunque sujetándolos al cumplimiento de ciertos requisitos.

En efecto: el artículo 3,656 del Código Civil declara, que pueden dejarse legados por medio de comunicados secretos; pero que el heredero ó la persona á quien el testador haya dejado expresamente encargado de cumplirlos, está obligado á revelarlos al juez de la testamentaría y al Ministerio público, con la reserva debida y antes de que se aprueben los inventarios, para que así pueda saberse si son contrarios á las leyes; y el artículo 3,657 declara á su vez que, si los comunicados son contrarios á las leyes, deben impedir su cumplimiento el juez y el Ministerio público, quienes han de cuidar, si fueren conformes á derecho, que sean cumplidos, y exigir á dichas personas que acrediten suficientemente haber desempeñado la comisión que les confió el testador.<sup>1</sup>

No creemos digno de alabanza el sistema que respecto de los comunicados secretos ha adoptado el Código Civil, pues, á nuestro juicio, importa una mala transacción con el pasado y se halla en abierta pugna con los principios que sanciona relativamente á la sustitución fideicomisaria que proscribió por ser contraria al interés público y ocasionada á la comisión de fraudes.

En efecto: la disposición testamentaria que contiene uno ó varios comunicados secretos encierra uno ó varios fideicomisos, que García Goyena estima de la peor especie, pues además de incitar á delinquir, puede hacer ineficaces los preceptos legales sobre incapacidad para heredar, y deja al arbitrio de un tercero el cumplimiento de la voluntad del testador.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,463 y 3,464, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo III, págs. 15 y 85.

Gutiérrez Fernández expresa las mismas ideas en los términos siguientes: "Mientras prevalezca la práctica contraria (la que permite los comunicados secretos, llamados antes fideicomisos tácitos) será fácil, como lo ha sido hasta aquí, eludir las leyes prohibitivas sobre incapacidad é indignidad, prestando armas al fraude la cláusula casi formularia de no haber de pedir cuentas, ni mezclarse judicial ni extrajudicialmente en la inversión de los bienes."<sup>1</sup>

En vano se objetará diciendo que los preceptos que imponen al encargado de ejecutar los comunicados la obligación de revelarlos al juez y al Ministerio público, y la vigilancia de éstos para que se cumplan si no son contrarios á las leyes, impiden que se consumen los males que éstas han querido evitar proscribiendo los fideicomisos; porque tales preceptos no les quitan á esos comunicados su naturaleza de fideicomisos, y porque no son bastantes eficaces para impedir que se cometan los fraudes que se han querido evitar. Basta para la comisión de ellos que el ejecutor de los comunicados se ponga de acuerdo con alguna persona, á quien puede presentar como beneficiada por el testador para que quede burlada la voluntad de éste ó infringida la ley sin que sea posible á los jueces reprimir la infracción.

¿Cómo impedir este mal, si el juez y el Ministerio Público carecen de medios para demostrar cuál ha sido la voluntad del testador y si tienen que confiar en las afirmaciones del encargado de ejecutar los comunicados secretos?

Prescindiendo de estas consideraciones, debemos advertir que los preceptos á que nos referimos no tienen siquiera el mérito de la originalidad, pues la real cédula de 29

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 365.

Creemos que en la actualidad son innecesarios los comunicados secretos, dada la institución que permite la más amplia libertad de testar.

de Marzo de 1634 ordenó que no se permitiera en lo sucesivo se sacara cantidad alguna de los efectos de los intestados ni aun para cumplir memorias secretas, sin que primero constara al juez el contenido de ellas y su legalidad, á fin de precaver por este medio los fraudes que se pudieran intentar.

El artículo 13 de las instrucciones para el juzgado de difuntos, aprobados en 1805, reproduce los mismos principios en los términos siguientes: "pero como á la sombra de semejantes disposiciones se podrían frustrar las leyes dictadas en beneficio público, ó de las familias y personas particulares, están autorizados los jueces generales del juzgado para obligar y compeler á los albaceas á que se les manifieste reservadamente, á efecto de que reconocidas, si las hallan justas y arregladas á las leyes, se las devuelvan para su cumplimiento, de lo que harán poner la constancia necesaria; y que con referencia á ella se dé á los albaceas certificación para su resguardo. Pero si juzgaren que por ser contra derecho no deben cumplirse, dispondrán lo que según las circunstancias sea más adaptable, conservando en cuanto se pueda el secreto."

Finalmente: los preceptos de los artículos 3,656 y 3,657 del Código Civil están contenidos en el 20 de la ley de 10 de Agosto de 1857 sobre sucesiones, en términos casi idénticos; y el artículo 3 de la ley de 23 de Diciembre de 1843, aclaratoria de la de 18 de Agosto del mismo año, que estableció los impuestos sobre herencias transversales dice: "Se tendrán por comprendidos en la misma ley los comunicados secretos; y no se estimarán efectuados, sino justificándose ante el juez con presencia ó intervención del promotor fiscal y con la conveniente reserva."

Resulta de todo lo expuesto que la ley sólo permite los comunicados secretos á condición de que se llenen los requisitos siguientes:

1.º Que, antes de ser aprobados los inventarios de los bienes que forman la herencia, se revelen al juez de la testamentaria y al Ministerio público, con la reserva debida, para que se sepa si son ó no contrarios á las leyes:

2.º Que no sean contrarios á éstas:

3.º Que el encargado de cumplirlos acredite suficientemente que ha desempeñado la comisión que le confió el testador.

La necesidad de la revelación antes de que se aprueben los inventarios se explica perfectamente, si se tiene presente que los comunicados secretos están sujetos también á las prescripciones de las leyes fiscales que establecen los impuestos sobre trasmisión de los bienes hereditarios.

Pero el legislador no ha querido que quede al arbitrio de los albaceas ó de los encargados por los testadores de ejecutar los comunicados secretos cumplirlos ó no, y al efecto ha establecido la debida sanción penal de las disposiciones legales antes citadas, imponiendo á los jueces la obligación de vigilar por el cumplimiento de tales comunicados, castigando á aquéllos con una pena si no ejecutan la voluntad de los testadores.

En efecto: el artículo 3,658 del Código Civil, reproduciendo la sanción contenida en el artículo 20 de la ley de ro de Agosto de 1857, declara, que el heredero ó encargado que no cumpla con la obligación de revelar el comunicado, así como el que no acredite haber cumplido el encargo, pagará una multa igual al veinticinco por ciento de los comunicados secretos.<sup>1</sup>

Algunos abogados le han dado á este precepto una interpretación, á nuestro juicio, torcida, sosteniendo que cuando los funcionarios encargados por la ley de vigilar por el cumplimiento de los comunicados secretos y de su

<sup>1</sup> Art. 3,465, Cód. Civ. de 1884.

revelación, no exigen ésta en su oportunidad, y se llega hasta la partición de los bienes hereditarios, como han terminado ya las funciones del juez con el juicio testamentario, carece ya de facultad para exigir la revelación, la cual no se puede pretender legalmente.

Repugnamos esta interpretación, porque importa tanto como sostener la teoría antijurídica de que la negligencia, la morosidad ó la mala fe del albacea que impiden el cumplimiento de un deber legal, tenga por recompensa la impunidad, hasta la ocasión de que el culpable pueda apropiarse los bienes confiados á su honradez; pues bastará que excuse el cumplimiento de ese deber para que pueda escurarse alegando en su defensa que ya no hay juicio testamentario, ya no hay juez, ni tiene éste facultad para exigir la revelación de comunicado, ni las pruebas de que lo cumplió fielmente.

La ley no ha establecido principios tan contrarios al orden público; y sí exige que la revelación se haga antes de que se aprueben los inventarios, es porque, como antes hemos dicho, los comunicados causan también el impuesto sobre sucesiones, y en ese estado se pasan los autos al representante al fisco para que haga la liquidación de tal impuesto; pero no ha querido señalar un término para que su simple lapso exonere al ejecutor de los comunicados de los deberes que las leyes le imponen.

III. Es nulo, según el artículo 3,659 del Código Civil, el testamento otorgado por violencia ó captado por dolo ó por fraude.<sup>1</sup>

La razón es obvia, pues como hemos dicho antes, todo acto de liberalidad reposa en la voluntad del que la otorga, y ésta no es perfecta si el espíritu se halla bajo la influencia de una presión moral, que priva al otorgante del ejercicio

<sup>1</sup> Art. 3,466, Cód. Civ. de 1884.

pleno de su libertad; y tal es el motivo por el cual declara el artículo 3,412 del Código, que la ley sólo reconoce capacidad para testar á las personas que tienen perfecto conocimiento del acto y perfecta libertad al ejecutarlo, esto es, exenta de toda intimidación y de toda influencia moral.<sup>1</sup>

Pero esa libertad se pierde, según el artículo 3,659 del Código, por violencia ó por captación, esto es, por dolo ó por fraude.

La violencia anula el testamento en que interviene, por la misma razón por la cual produce la nulidad en los contratos; porque la voluntad no es libre, y la ley no puede tomarla como fundamento de un vínculo de derecho.

En consecuencia, cuanto hemos dicho con respecto á la violencia en los contratos es aplicable á la violencia en los testamentos.

Laurent define la captación en los términos siguientes: "Entendemos hoy por captación los medios más ó menos indelicados y deshonestos por los cuales se atrae el afecto ó benevolencia de una persona, con el objeto de sorprenderle liberalidades. La captación está, pues, tomada en mala parte. Sucede lo mismo que con la sugestión. Supone también que aquel que sugiere al testador las disposiciones que toma, lo hace en su interés y abusando de la influencia que tiene sobre el espíritu y la voluntad del testador."<sup>2</sup>

La simple captación, es decir, el empleo de medios á propósito para hacernos agradables á otros, tales como las demostraciones de una amistad fingida, las atenciones asiduas y los presentes, no bastaría para producir la nulidad de las disposiciones otorgadas en favor de la persona que, valiéndose de semejantes medios haya obtenido

<sup>1</sup> Página 43 art. 3,275, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo XI, núm. 132.

que el testador lo haya instituído su heredero ó legatario, y lo mismo acontece con la sugestión.

La captación y la sugestión en tanto producen la nulidad de los testamentos en cuanto son dolosas ó fraudulentas, esto es, en cuanto están acompañadas de prácticas artificiosas ó insinuaciones falsas que impiden al testador conocer la verdad, y sin las cuales habría dispuesto de sus bienes de distinta manera.<sup>1</sup>

En consecuencia, si el heredero ó legatario se hubiere limitado á exponer su miseria, aunque la hubiere exagerado hasta la hipérbole, ó se hubiere captado la simpatía ó la benevolencia del testador á fuerza de atenciones y deferencias con el objeto de obtener la institución á su favor, no habrá captación ó sugestión en el sentido técnico de estas palabras: porque la conducta de aquél no es dolosa, y por lo mismo no podrá declararse la nulidad de la institución.

Pero la ley no se ha limitado á declarar la nulidad del testamento otorgado por violencia ó captado por dolo ó por fraude, sino que ha establecido una sanción penal contra las personas que se valen de esos medios, declarando en artículo 3,660 del Código Civil que, el que por dolo, fraude ó violencia impida que alguno haga su última disposición, será castigado conforme al Código Penal, perdiendo además el derecho que tenga para suceder por intestado.<sup>2</sup>

Dos son, pues, las penas en que incurre el que por dolo, fraude ó violencia impide que alguno haga su última disposición, la pérdida del derecho que la ley le otorga para suceder á aquél por intestado y la corporal que impone el Código Penal. La primera importa realmente la incapacitación

<sup>1</sup> Baudry Lacantinerie y Collin. Des Donations, tomo I, núm. 270; Solon, Des Nullités, tomo I, núm. 241; Demolombe, tomo XVIII, núms. 385 y 386; Toullier, tomo V, núm. 705; Merlin Repertoire, V<sup>o</sup> Sugestion, § I; Troplong, tomo II, núms. 485 á 499; Laurent, tomo XI, núm. 130; etc., etc.

<sup>2</sup> Art. 3,467, Cód. Civ. de 1884.

dad para heredar al testador; y así lo declara de una manera expresa la fracción VII del artículo 3,428 que dice, que por razón de delito es incapaz de adquirir por testamento, el que usare de violencia con el difunto para que haga ó deje de hacer ó revoque su testamento.<sup>1</sup>

En cuanto á la segunda pena, el Código Penal no consagra un precepto expreso que la designe, por lo cual es necesario ocurrir á otros preceptos que, por su generalidad, comprenden el delito á que nos referimos.

En efecto: en el capítulo que trata de las amenazas y violencias físicas no hay un precepto que se ocupe de las ejercidas contra el testador para impedirle que otorgue, modifique ó revoque su testamento; pero el artículo 450 declara que, el que por medio de amenazas, que no sean de las que enumeran los artículos precedentes, trate de impedir á otro que ejecute lo que tiene derecho de hacer; será castigado con arresto menor y multa de segunda clase, esto es, de tres á treinta días de arresto y de 16 á 1,000 pesos; y el artículo 452 dice, que cuando se pase de los amagos ó amenazas á la violencia física, se han de imponer por ese solo hecho dos años y multa de segunda clase.

En consecuencia: debemos establecer que cuando el culpable se vale de los amagos y amenazas para impedir el otorgamiento de la disposición testamentaria, incurre en la pena de tres á treinta días de arresto y multa de 16 á 1,000 pesos, y que si emplea la violencia física, se hace acreedor á la de dos años de prisión y á la misma multa.

En cuanto al que impide el otorgamiento de la disposición testamentaria valiéndose del dolo ó del fraude, no hay pena alguna que imponerle, porque el Código Penal no estima tal hecho como delito y no señala para él pena alguna; y por lo mismo, la sanción contenida en el artículo

<sup>1</sup> Art. 3,291, Cód. Civ. de 1884.

3,660 del Código Civil es enteramente ineficaz, por la deficiencia de él.

Por lo demás, este precepto no establece una novedad, porque los principios que sanciona estaban consignados en las leyes 26 y siguientes, tít. I, Partida VI y 3, tít. 9, lib. III del Fuero Real, y solamente se diferencian en que por estas leyes se castigaba al culpable con una pena corporal al arbitrio del juez, según las circunstancias del caso.

Esas mismas leyes, el precepto contenido en la fracción VII del artículo 3,428 del Código Civil, y la opinión unánime de los autores, nos conduce á concluir que son aplicables los principios que sancionan no sólo cuando el culpable impide que el testador otorgue su última voluntad, sino también cuando se vale de los mismo medios para que éste no revoque ó modifique el testamento que antes hubiere otorgado; porque realmente impide que haga su última voluntad, toda vez que, la revocación ó la modificación no puede hacerse si no es por medio de otro testamento otorgado con las solemnidades que establece la ley.

Pero ésta no cumpliría con su objeto si se limitara á determinar las penas en que incurre el individuo que, valiéndose del dolo, del fraude ó de la violencia, impide que alguno haga su testamento; y por lo mismo, impone al juez, que tuviere noticia de que alguno impide á otro testar, la obligación de presentarse sin demora en la casa del segundo, para asegurarle el ejercicio de su derecho; y de levantar acta en la que haga constar el hecho que ha motivado su presencia; la persona ó personas que causen la violencia y los medios que al efecto hayan empleado ó intenten emplear, y si la persona cuya libertad ampara, hace uso de su derecho (art. 3,661, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

El Código no se ha limitado á determinar los casos en

<sup>1</sup> Art. 3,468, Cód. Civ. de 1884.

que es nulo el testamento por falta de libertad del testador, sino que también quiso garantizar esa libertad en toda su amplitud, supuesto que uno de los principales deberes de las autoridades, especialmente la judicial, es garantizar el ejercicio de todos los derechos que se derivan de la libertad personal. Por tal motivo impuso á los jueces el deber á que acabamos de referirnos.

¿Pero qué juez es el que tiene competencia para garantizar la libertad de testar y llenar los deberes que impone el artículo 3,661 del Código Civil?

Este precepto no hace ninguna distinción, pero nosotros creemos que es indispensable hacerla.

A nuestro juicio, es fuera de toda duda que cualquiera juez, del ramo civil ó penal tiene facultad, ó más bien dicho, obligación de ocurrir á garantizar la libertad del testador para que, bajo el amparo de su autoridad, pueda otorgar su testamento según le parezca conveniente; pero creemos también que el juez del ramo civil no puede ordenar otra cosa respecto del culpable, que hacer constar cuanto se refiera al atentado de éste, invocar el auxilio de la policía para impedir que se fugue y consignarlo al Ministerio público, supuesto que, según el artículo 62 del Código de Procedimientos Penales, todo funcionario ó empleado público que en el ejercicio de sus funciones tiene noticia de la existencia de un delito, está obligado á participarlo inmediatamente al Ministerio público, transmitiéndole todos los datos ó comprobantes que tuviere, para que éste proceda conforme á sus atribuciones.

Como una consecuencia lógica y necesaria de los principios expuestos, declara el artículo 3,668 del Código Civil, que son nulas la renuncia del derecho de testar y la cláusula en que se obligue á no usar de ese derecho sino bajo ciertas condiciones, sean éstas de la clase que fueren, ex-

ceptuándose la promesa de no mejorar, autorizada por el artículo 3,519.<sup>1</sup>

La declaración de este precepto se comprende luego, porque la ley no puede autorizar el sacrificio de la libertad del testador que ella misma ampara y protege obligando á los jueces á que la hagan efectiva; interponiendo su autoridad cuando se le impide á aquél disponer libremente de sus bienes. Además, la libertad de testar es un principio que forma parte del derecho público, que no está ni puede estar subordinado á la voluntad de los ciudadanos.

IV. Es nulo, según el artículo 3,662 del Código Civil, el testamento en que el testador no expresa cumplida y claramente su voluntad, sino por señales ó monosílabos en respuesta á las preguntas que se le hacen; pues si se permitiera que el testador hiciera su testamento en esa especie de diálogo, se daría lugar á la comisión de fraudes y de punibles abusos, y á que se sustituyera la voluntad de la persona que se convirtiera en intérprete de la de aquél, contra los preceptos de los artículos 3,375 y 3,768 del citado Código que declaran, que el testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador, y que el testamento público abierto se debe dictar de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario que debe redactar las cláusulas respectivas.<sup>2</sup>

El motivo sobre que reposa esta especie de nulidad es el peligro de comisión de fraudes á que se presta la circunstancia de no ser posible al testador expresar por sí mismo de una manera clara y terminante su voluntad, y de que haga las rectificaciones convenientes, al dar lectura el notario á las cláusulas dictadas por el intérprete. En una palabra,

<sup>1</sup> El artículo 3,515 y siguientes del Código Civil de 1870 fueron suprimidos en el de 1884, por tratar de las mejoras, cuya reglamentación es innecesaria supuesta la libertad de testar.

<sup>2</sup> Arts. 3,238 y 3,499, Cód. Civ. de 1884.

la ley rechaza el testamento que contiene la expresión de una voluntad que no consta que sea la del testador.

Es frecuente que los testadores intenten que su voluntad prevalezca, no obstante de que esté afectada del vicio de nulidad, prohibiendo á sus herederos que impugnen el testamento, como si el derecho que tienen de imponer á éstos obligaciones valiera hasta el punto de hacer tal prohibición contra los principios del derecho público que establece la nulidad por defecto de forma ó por otra causa; y para corregir tal abuso y evitar las cuestiones que de él pueden surgir, declara el artículo 3,663 del Código Civil, que el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos que éste sea nulo conforme á la ley.<sup>1</sup>

Es consecuencia de este principio, que tal prohibición no produzca ningún efecto jurídico, y aunque el testador la sancione declarando que es su voluntad que el heredero que promueva la declaración de nulidad por este solo hecho perderá la porción en que lo hubiere instituido, sin embargo, la conservará si pretende aquélla por alguna causa reconocida y declarada por la ley, y aun cuando se deseche por improcedente.

En otros términos, y valiéndonos de las palabras de Díaz Ferreira comentando el artículo 1,752 del Código Portugués, de donde fué tomado el precepto que motiva estas observaciones; «la prohibición de impugnar el testamento en los casos en que hay nulidad decretada por la ley, se reputa por no escrita.»<sup>2</sup>

Hemos dicho antes que el testamento es un acto jurídico que contiene la manifestación de la voluntad del testador, y que tal acto es por su naturaleza esencialmente revocable, y sólo se confirma por la muerte del testador.

<sup>1</sup> Art. 3,470, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo IV, pág. 167.

Pues bien, esta circunstancia, que es característica del testamento, se halla sancionada en los artículos 3,665 y 3,666 del Código Civil, de los cuales, el primero declara, que el testamento es un acto revocable hasta el último momento de la vida del testador, y el segundo, que es nula la renuncia de la facultad al revocarlo.<sup>1</sup>

Estos principios son de explorado derecho, que nadie pone en duda, y por tal motivo, todos los autores sostienen que la facultad de revocación es esencial, y que el testador no puede renunciarla directa ni indirectamente; y se fundan para sostener tal teoría en la consideración de que el testamento es el efecto de la exclusiva voluntad del testador, y por tanto dependiente de ella, susceptible de cambiar, sin que le sea lícito privarse de la facultad de revocarla.

Además, sostienen con razón, que la renuncia de esa facultad es contraria al principio de derecho público que no permite que el testador crie una forma de testamento especial, no reconocida por la ley, y que coarta su libertad.<sup>2</sup>

La revocación puede ser expresa ó tácita.

La revocación expresa, como su nombre lo indica, es la que hace el testador con palabras claras y terminantes, declarando que revoca el testamento que tiene otorgado con anterioridad.

La revocación tácita es la que resulta de la voluntad del testador no manifestada de una manera expresa, pero que se deduce claramente de la ejecución de ciertos actos que determina la ley, como son el otorgamiento de un nuevo testamento y la enajenación de los bienes legados.

En efecto: el artículo 3,670 del Código Civil, reprodu-

<sup>1</sup> Arts. 3,472 y 3,473, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XXII, núm. 123; Aubry y Rau, tomo VII, § 647; Duranton, tomo VIII, núm. 424; Zachariæ, § 647; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, 2,707; etc., etc.

ciendo los principios sancionados por el derecho Romano y por nuestra antigua legislación, declara, que el testamento anterior queda revocado de pleno derecho, por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsistirá en todo ó en parte; porque el hecho solo de proceder á la facción del nuevo testamento hace presumir que el testador obra como si no hubiere otorgado antes otro, ó lo que es lo mismo, que ha cambiado de voluntad, pues si hubiera perseverado en ella así lo habría manifestado.<sup>1</sup>

Pero el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior, á condición de que éste sea perfecto, esto es, que llene los requisitos esenciales que para su validez exige la ley. De donde se infiere que, si no llena tales requisitos, carece de todo efecto jurídico, y por lo mismo no puede producir el de revocar el testamento anterior.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza, si el testador, revocando el posterior, declara que es su voluntad que subsista el primero; porque respecto de los testamentos, la voluntad del testador es la suprema ley, y debe respetarse siempre que sea expresada en la forma y con las solemnidades que en derecho se requieren para su validez y eficacia, y que no sea contraria á la moral y á las leyes del derecho público (art. 3,672, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

¿Pero la revocación del testamento anterior está subordinada á la ejecución del posterior, como pretenden algunos autores?

El artículo 3,671 del Código resuelve la cuestión, declarando que la revocación produce su efecto, aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó

<sup>1</sup> Art. 3,476, Cód. Civ. de 1884; Ley 21, tít. 1º. Part. 6ª.

<sup>2</sup> Art. 3,478, Cód. Civ. de 1884.

de los legatarios nuevamente nombrados ó por su renuncia.<sup>1</sup>

Este principio, según el cual, la revocación del testamento anterior es independiente de la ejecución del posterior, y produce su efecto aunque éste no lo tenga, se explica por los autores diciendo, que la traslación que el testador ha hecho de la cosa legada del primer legatario al segundo, acredita el cambio de su voluntad, y como no quería perseverar en la primera disposición, no puede revivir ésta sino por un nuevo cambio de voluntad; y como no resulta demostrado éste por el hecho de que el testamento posterior no se ejecute, de aquí es que éste subsista no obstante esa circunstancia.<sup>2</sup>

Se ha justificado también el principio á que nos referimos, que debe su origen al derecho Romano, diciendo que el difunto había manifestado válidamente la voluntad de revocar el primer testamento, y que tal voluntad no puede alterarse por un hecho extraño al testador.

El precepto del artículo 3,671 del Código Civil es, á nuestro juicio, interpretativo de la voluntad del testador, y por lo mismo, sólo puede tener aplicación cuando éste no manifiesta una voluntad contraria, subordinando la revocación del testamento anterior á la ejecución del posterior.<sup>3</sup>

Todos los jurisprudencistas están también de acuerdo en que el precepto citado tiene aplicación no sólo cuando el segundo testamento caduca por incapacidad de los herederos ó legatarios en él instituidos, ó por su renuncia, sino también en todos aquellos casos en que tal testamento no puede ejecutarse por cualquier motivo, como la muerte de los herederos ó legatarios acaecida antes que la del testador.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,477, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Merlin, Répertoire, Vº Revocat, de testam. § 1. núm. 3; Pothier, Des Donations, cap. VI, Sect. II, § 2; Demolombe, tomo XXII, núm. 204.

<sup>3</sup> Baudry Lacantinerie y Colin, tomo II, núm. 2,747, Demolombe, loco citato.

<sup>4</sup> Laurent, tomo XIV, núm. 194; Aubry y Rau, tomo VII, § 725; Demolombe, tomo XXII, núm. 205; Baudry Lacantinerie y Colin, núm. 2,750, etc., etc.

Las disposiciones testamentarias caducan, según el artículo 3,673 del Código Civil, y quedan sin efecto en lo relativo á los herederos y legatarios en los casos siguientes:

I. Si el heredero ó legatario muere antes que el testador ó antes de que se cumpla la condición de que dependan la herencia ó legado:

II. Si el heredero ó legatario se hace incapaz de recibir la herencia ó legado:

III. Si renuncia á su derecho.<sup>1</sup>

Fácil es comprender el motivo de la primera causa de caducidad y de explicarse sus efectos, teniendo presente que las liberalidades testamentarias son personales como el afecto que la dicta, esto es, son hechas por consideración exclusivamente personal al heredero ó legatario y sin tener para nada en cuenta á los herederos de ellos, y por tanto, que es preciso que aquéllos vivan en el momento en que se abre la sucesión, y que si no se llena este requisito caduca la institución hecha en su favor.

Pero este principio sólo tiene aplicación cuando se trata de herederos extraños, y no de los legítimos, pues en tal caso tiene lugar el derecho de representación en cuyo estudio nos ocuparemos después; porque los herederos de los herederos forzosos ó legítimos concurren á la herencia representando á éstos.

Cuando el legado es condicional, no basta que el legatario sobreviva al testador, sino que es necesario además que viva en el momento en que se cumple la condición; porque según la teoría general de las condiciones, antes de que ellas se cumplan sólo tienen los herederos ó legatarios una esperanza, no un derecho, y por lo mismo, si mueren antes de que se verifique el acontecimiento incierto de que depende ese derecho, nada habrán adquirido, y en consecuencia, na-

<sup>1</sup> Art. 3,479, Cód. Civ. de 1884.

da tendrán en su patrimonio que transmitir por su muerte á sus herederos.

Sin embargo, el artículo 3,674 del Código declara, que la disposición testamentaria que contenga condición de suceso pasado ó presente desconocidos, no caduca aunque la noticia del hecho se adquiriera después de la muerte del heredero ó legatario, cuyos derechos se transmiten á sus herederos.<sup>1</sup>

La razón es obvia, pues la circunstancia de que la noticia del verificativo del acontecimiento del cual depende la eficacia de la institución se adquiriera después de la muerte del heredero ó legatario, no puede producir el efecto de que no se tenga por verificado tal acontecimiento. Basta que se haya cumplido la condición para que el heredero ó legatario tengan un derecho perfecto á la herencia ó al legado y para que quede satisfecha la voluntad del testador. Y esto con tanta más razón cuanto que, la condición que se refiere á un hecho pasado, pero desconocido del testador y del heredero, no es propiamente una condición; y si se estima como tal, es porque la ignorancia de los interesados produce resultados idénticos, porque suspenden los efectos de la institución hasta que se adquiere la certeza de que se ha verificado el acontecimiento del cual se hace depender, á ejemplo de las obligaciones de condición prepóstera.

La segunda causa de caducidad es igualmente fácil de comprenderse y explicarse, supuesto que no es más que una consecuencia necesaria del principio general, que exige la capacidad del testador para disponer de sus bienes, y en el heredero para sucederlo por testamento y *ab intestato*, capacidad que se requiere, según el artículo 3,448 del Código Civil, al tiempo de la muerte del autor de la herencia.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,480, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,311, Cód. Civ. de 1884.

Luego si el heredero no tiene este requisito esencial para que pueda heredar, por más que el testamento llene todas las condiciones que exige la ley para su validez, no tendrá eficacia alguna en derecho; porque el heredero por su culpa se ha hecho incapaz de heredar é impide la ejecución de aquél.

La tercera y última causa de caducidad es de más fácil explicación; pues si la institución de heredero ó legatario es un acto de liberalidad, y por consiguiente, un beneficio, es claro que el favorecido puede renunciarlo, porque á nadie se le puede imponer un beneficio contra su voluntad, y por tanto, que resulta ineficaz el testamento, porque no se puede ejecutar á causa de la renuncia.

Es digno de notarse que la ley no enumera entre las causas de caducidad de las disposiciones testamentarias el cambio de estado del testador y la superveniencia de hijos, y que antes, por el contrario, declara el artículo 3,669 del Código Civil, que por el verificativo de tales acontecimientos no pierde su fuerza el testamento, y que los hijos pueden ejercer los derechos que respecto de la legítima les corresponden.<sup>1</sup>

Pero es muy fácil de explicar el sistema adoptado á este respecto por el Código Civil, para lo cual basta tener presente que las liberalidades hechas en testamento difieren esencialmente de las donaciones, con las cuales se equiparaban conforme á nuestra antigua legislación, de donde ha surgido la necesidad de la declaración contenida en el artículo 3,669 del Código para evitar confusiones y las disputas consiguientes; y que los derechos que puedan tener

<sup>1</sup> El artículo 3,669 del Código de 1880 fué suprimido en el de 1884, por la siguiente razón, que tomamos de las notas comparativas del Sr. Lic. Macedo:

"Abolida la herencia forzosa, este artículo era innecesario, pues es claro que ni por cambio de estado del testador ni por superveniencia de hijos pierde su fuerza el testamento."

por la ley el cónyuge y los hijos sobre los bienes del testador no sufren perjuicio, supuesto que, en tanto puede éste disponer de sus bienes, en cuanto no disminuye la legítima de aquéllos.

En otros términos: es innecesaria la declaración de caducidad del testamento por el cambio de estado del testador y la superveniencia de hijos, porque puede subsistir en todo aquello en que no afecte á la legítima que corresponde al cónyuge y á los hijos; y en caso contrario tienen éstos la acción de inoficioso testamento que les otorgan los artículos 3,482 y 3,483 del Código Civil, que tiene por objeto obtener el complemento de la legítima, y no la ineficacia del testamento en todas sus partes.<sup>1</sup>

Grave controversia se ha suscitado entre los jurisconsultos franceses en la determinación de los efectos jurídicos que se producen por la revocación del testamento, sosteniendo unos que ésta produce también la del reconocimiento del hijo natural hecho en él, y otros la opinión contraria.

Nosotros nos hallamos, por fortuna, lejos de esa controversia, porque nuestro Código le puso fin declarando en el artículo 3,667, de acuerdo con la segunda opinión, que el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo, siempre que éste haya sido abierto y otorgado ante notario.<sup>2</sup>

La Exposición de motivos explica los fundamentos sobre que reposa este precepto diciendo que, además de la notoria injusticia del principio contrario, se daría ocasión á terribles cuestiones, fundadas en la legal posesión de estado y en los derechos legítimamente adquiridos.

Como esta explicación no es, á nuestro juicio, satisfacto-

<sup>1</sup> Los artículos 3,482 y 3,483 del Código de 1870 fueron suprimidos en el de 1884, por ser contrarios á la libertad de testar sancionada por éste.

<sup>2</sup> Art. 3,474, Cód. Civ. de 1884.

ria, vamos á expresar brevemente cuáles son las razones principales en que se apoyan los defensores de la irrevocabilidad del reconocimiento del hijo natural hecho en testamento.

La irrevocabilidad del reconocimiento resulta de su naturaleza misma. Consiste en la confesión de un hecho, de la paternidad, y demuestra la filiación del hijo cuyo estado civil asegura; y es, por lo mismo, irrevocable en su esencia, como lo es también la declaración que hace un padre ante el juez del estado civil del nacimiento de un hijo que presenta como suyo.

Es cierto que las disposiciones testamentarias son revocables al arbitrio del testador, pero la revocación no quita al testamento su carácter de autenticidad, y por lo mismo, no puede ejercer ninguna influencia sobre el reconocimiento en él consignado, supuesto que éste es irrevocable y que no constituye, aunque contenido en el testamento, una verdadera disposición testamentaria, esto es, una disposición cuya eficacia esté subordinada á la muerte del testador.<sup>1</sup>

Se debe distinguir en el testamento entre las disposiciones testamentarias que son esencialmente revocables y las que son extrañas á ellas, como la confesión de una deuda, el reconocimiento de un hijo, etc., pues aun cuando insertas en el testamento conservan su carácter ordinario, esto es, el reconocimiento, la confesión de la existencia de determinado hecho.

En otros términos: el acto auténtico contiene dos cosas diferentes, un testamento y un reconocimiento de hijo natural, los cuales quedan sometidos á las reglas especiales que les conciernen. Las disposiciones testamentarias son consideradas como un proyecto, y por lo mismo, revoca-

<sup>1</sup> Aubry y Rau, tomo VI, § 568, *quater*, nota 2<sup>a</sup>; Rolland de Villargües, Répertoire V<sup>o</sup> Reconnaissance d'enfant naturel n<sup>o</sup> 59.

bles hasta la muerte del testador, mientras que el reconocimiento es la confesión de un hecho que no puede ser destruída una vez que se ha producido.<sup>1</sup>

Otras varias razones se agregan en apoyo de las expuestas, pero bastan éstas para demostrar la justicia del precepto sancionado por nuestro Código, según el cual, la revocación del testamento no priva al reconocimiento de un hijo ilegítimo en él contenido de los efectos que le atribuye la ley, ó lo que es lo mismo, la revocación del testamento no produce la del reconocimiento.

Pero para que se produzca tal efecto jurídico es indispensable que el reconocimiento se halla hecho en un testamento público abierto, porque sólo así consta la autenticidad de él, toda vez que se hace ante notario público y tres testigos presenciales del acto.

Fácilmente se explica esta exigencia del artículo 3,667 del Código, si se tiene presente que el reconocimiento hecho en el testamento cerrado, es desconocido, y una vez que el testador rompe la envoltura que lo cubre, certificada por el notario lo priva de autenticidad y de todo valor, y que las demás especies de testamentos carecen de ella, circunstancia que podría dar lugar á la comisión de punibles fraudes en asunto de tan trascendental importancia.

<sup>1</sup> Thiry, tomo I, número 450; Baudry Lacantinerie, Précis de Droit Civil, número 743.

## LECCION SEXTA.

ALERE FLAMMAM  
VERITATIS

DE LOS ALBACEAS O EJECUTORES DE LAS  
ULTIMAS VOLUNTADES.

La institución del albaceazgo no era conocida en derecho Romano, tal como existe entre nosotros, y algunos autores opinan que, aunque ya se halla reglamentada por nuestra antigua legislación, sin embargo, debe su origen al derecho Canónico, que la sancionó para asegurar el pago de los legados piadosos; y citan muchas disposiciones de los Papas relativas á los albaceas, especialmente dos decretales de Gregorio IX, contenidas en la recopilación de las que llevan el nombre de su autor, lib. III, tít. XXVI, caps. 17 y 19.

Refiriéndose á este hecho dice Gutiérrez Fernández: "El Fuero Real, tít. V, lib. III, la Partida VI, tít. X, y aun ciertos Fueros tratan expresamente de los albaceas ó cabezaleros, por lo cual no es infundado creer que contribuyó á que se generalizara su uso el Derecho Canónico."<sup>1</sup>

El origen de la institución del albaceazgo se debe á la necesidad de asegurar el cumplimiento de la voluntad del testador, contra los manejos de los herederos poco dispuestos, por regla general, á obsequiarla, y para tal fin se permitió á aquél designar personas de su confianza encargadas especialmente de cumplir y ejecutar sus disposiciones tes-

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 596.

tamentarias, invistiéndolas de facultades especiales para facilitar el desempeño de su cometido.

De lo expuesto se infiere que el albaceazgo es en realidad un mandato de una naturaleza peculiar, por lo cual se diferencia del mandato común, que debe su origen al contrato de este nombre:

1º En que comienza en virtud del verificativo de un acontecimiento que pone fin al mandato proveniente de contrato, la muerte del testador:

2º En que se forma sin el concurso de las voluntades:

3º En que el mandato proveniente de contrato puede ser verbal, y el cargo de albacea debe conferirse precisamente por testamento.

Los albaceas, según los definen comunmente los autores, son aquellas personas que están encargadas de hacer cumplir y ejecutar la voluntad del testador expresada en su testamento.

Los albaceas eran también designados por la legislación de las Partidas con los nombres de *cabezaleros*, *manesores* y *fideicomisarios*, que no son usados por ninguno de los preceptos del Código Civil.

Los artículos 3,690 y 3,691 de este ordenamiento declaran, que en los casos en que es libre el nombramiento del albacea puede éste ser universal ó especial, y que en todo caso los albaceas pueden ser nombrados mancomunada ó sucesivamente. De donde se infiere que los albaceas pueden ser de las especies siguientes:<sup>1</sup>

1ª Universales, esto es, para el cumplimiento de todas y cada una de las disposiciones del testador:

2ª Especiales, encargados por el testador única y exclusivamente de ciertas y determinadas disposiciones:

<sup>1</sup> Art. 3,714, Cód. Civ. de 1884. En este ordenamiento fué suprimido el artículo 3,690 del Código de 1870, por innecesario, pues conforme al artículo 3,703, de aquél, el nombramiento del albacea es libre en todo caso.

3.<sup>a</sup> Mancomunados, para que obren de consuno en el cumplimiento de las disposiciones testamentarias:

4.<sup>a</sup> Sucesivos, para que obren uno después de otro en el orden indicado por el testador, ó por la ley, en el caso de que el designado en primer lugar no pueda ejercer su cargo ó lo renuncie.

A propósito de estas dos últimas especies debemos advertir que el Código Civil establece las reglas siguientes, que tienen por objeto prevenir conflictos perjudiciales á los bienes hereditarios y reglamentar el ejercicio de las funciones de los albaceas:

1.<sup>o</sup> Si los albaceas son mancomunados, sólo valdrá lo que hagan todos de consuno ó lo que haga alguno de ellos autorizado por los demás (art. 3,692, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>o</sup> En los casos de suma urgencia, podrá uno de los albaceas mancomunados practicar bajo su responsabilidad personal los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente á los demás (Art. 3,693, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

Según estas reglas, los albaceas mancomunados no pueden hacer nada los unos sin la autorización de los otros, si no es en los casos de suma urgencia y bajo su responsabilidad; pues en esos casos la necesidad autoriza la conducta del albacea que así obró, en obvio de mayores males que podrían resultar de la inacción de todos los mancomunados:

3.<sup>o</sup> Si el testador no establece mancomunidad entre los albaceas, ni fija el orden en que deben desempeñar su cargo, entrarán á servirlo en el orden natural de su nombramiento (art. 3,694, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

Esta regla es interpretativa de la voluntad del testador, que por el hecho de no nombrar á los albaceas mancomu-

1 Art. 3,715, Cód. Civ. de 1884

2 Art. 3,716, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,717 Cód. Civ. de 1884.

nados ni designar quién de ellos ha de ejercer el cargo en primer lugar, hace presumir que su voluntad es que entren á desempeñarlo en el orden natural de su nombramiento. Además, sirve para evitar discusiones entre los albaceas acerca de quién de ellos está llamado á desempeñar primero el cargo, y para evitar que tales discusiones redunden en perjuicio de los bienes hereditarios, y por consiguiente, de los herederos.

Nuestro Código se separó por completo del sistema adoptado por las legislaciones modernas, según el cual, el testador es enteramente libre para nombrar albacea á la persona que mejor le parezca, sea ó no heredero, y limitó esa libertad sólo para el caso de que haya dejado un legado para objeto determinado, y de que no tenga herederos forzosos, pues entonces tiene facultad para nombrar á un extraño ejecutor especial ó albacea universal.

En efecto: el Código establece los siguientes principios á cerca de las personas que pueden ser albaceas:

1.<sup>o</sup> La ley sólo reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades, cuando hay herederos forzosos, á los mismos herederos, ya lo sean por testamento, ya por intestado, ó á su representante legítimo (art. 3,675, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>o</sup> El testador, cuando hay herederos forzosos, es libre para escoger entre ellos el albacea y para nombrar á un extraño ejecutor especial, para objeto determinado (art. 3,676, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3.<sup>o</sup> Cuando no hay herederos forzosos, el testador pue-

1 Art. 3,703, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes: «La ley reconoce como ejecutores de las últimas voluntades á las personas designadas por el testador, y cuando éste no hubiere hecho designación ó el nombrado no desempeñare el cargo, á la persona electa por los herederos instituidos entre ellos mismos y por mayoría de votos.

2 El art. 3,676 del Cód. de 1870, fué suprimido por no hallarse en armonía con el 3,703 del de 1884.

de nombrar libremente uno ó varios albaceas (art. 3,678, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

4º El heredero voluntario que fuere único, será albacea, si no hubiere sido nombrado otro en el testamento (art. 3,685, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Este sistema del Código debe su origen á la costumbre de los albaceas extraños á la familia de prolongar indefinidamente la secuela de los juicios testamentarios, á fin de no separarse de la administración de los bienes hereditarios que explotaban como cosa propia. Así se deduce de los siguientes conceptos, que tomamos de la Exposición de motivos.

«Deseando que se introduzcan menos personas extrañas en los negocios domésticos, estableció en el artículo 3,675: que cuando haya herederos forzosos, uno de ellos ó su legítimo representante, sea el ejecutor testamentario, dejando por supuesto al testador la facultad de designar la persona. Esta innovación traerá la ventaja de que terminen más breve las testamentarias; porque siendo interesado el ejecutor, obrará probablemente con más empeño y eficacia.»

Representan legítimamente á los herederos nombrados albaceas, según el artículo 3,677 del Código Civil:<sup>3</sup>

1º El marido á la mujer casada menor de edad:

2º Los ascendientes á los descendientes que están bajo su patria potestad:

3º Los tutores á los menores, aunque estén emancipados y á los demás que se hallen sujetos á tutela:

4º El representante ó el poseedor de los bienes al ausente:

<sup>1</sup> Por la razón expuesta en la nota precedente, se suprimió en el Código de 1884, el precepto contenido en el art. 3,678 del de 1,870.

<sup>2</sup> Art. 3,709, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,704, Cód. Civ. de 1884.

5º Los síndicos á los ayuntamientos:

6º Los directores á los establecimientos públicos:

7º El Ministerio público al fisco.

Conviene advertir que los síndicos y los directores de los establecimientos públicos, en tanto pueden ser albaceas, en cuanto sus representados pueden heredar legalmente, esto es, cuando la herencia no consista en bienes raíces, pues como dijimos en su oportunidad, son incapaces para adquirir bienes de esta especie, según el artículo 3,438 del Código Civil, sea por herencia, sea por legado, los ayuntamientos y corporaciones religiosas ó de beneficencia pública de cualquiera clase que sean.<sup>1</sup>

Pero el testador no sólo tiene la limitación que hemos indicado, sino que, aun en los casos de herencia voluntaria, no puede nombrar albaceas, según lo declara el artículo 3,684 del Código:<sup>2</sup>

1º A los menores y demás incapacitados:

2º A los magistrados y jueces que tengan jurisdicción en el lugar donde se abra la sucesión:

3º Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albaceas.

De lo expuesto resulta que, cuando el testador tiene herederos forzosos está obligado á nombrar albacea eligiéndolo entre ellos, sea mayor ó menor de edad, incapacitado,

<sup>1</sup> Pág. 75. Art. 3,301, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota pág. 75.

<sup>2</sup> Art. 3,708, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«No pueden ser albaceas, excepto en los casos de ser herederos únicos;

I. Los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en donde se abra la sucesión:

II. Los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea.

«Siendo voluntarias todas las herencias, dice el Sr. Lic. Macedo, conforme al sistema del nuevo Código, á la prohibición de este artículo sólo se hizo una excepción la del caso de que el inhábil para el albaceazgo sea heredero único. Se suprimió la frac. 1ª, pues debiendo desempeñar el albaceazgo el representante legítimo, conforme al art. 3,704 del nuevo Código, no hay razón para que no puedan ser nombrados los menores ó incapacitados.» (Notas comparativas).

juez ó magistrado; pero que si carece de esa clase de herederos é instituye á personas á quienes no tiene obligación de dejarle sus bienes, puede nombrar libremente albacea, siempre que no sea menor, incapacitado, juez, magistrado ó albacea de otra testamentaria, que por sentencia haya sido removido del cargo.

Difícil es encontrar una razón que explique satisfactoriamente esta diferencia, que parece obedecer sólo á la unidad del sistema que respecto de esta materia adoptaron los Codificadores; pues si, según él, la ley solamente reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades á los mismos herederos, era consiguiente la necesidad de elegirlos entre éstos, así fueran menores, incapacitados, jueces ó magistrados.

Nada diríamos acerca de este particular, si encontráramos esa unidad de sistema aparentemente sostenido; pero no es así, sino que sólo se aplica respecto de los herederos forzosos y no de los voluntarios. ¿Por qué? Los codificadores no se tomaron la pena de expresar los motivos que tuvieron para establecer esta diferencia.

Si hubieran sido consecuentes con sus principios no habrían hecho la distinción indicada, dejando que rigiera el principio sancionado por el artículo 3,675 del Código en todo caso sin excepción alguna; y entonces sólo podrían ser albaceas los herederos, ya fueran forzosos ó voluntarios.

Así, pues, acusamos al Código Civil de falta de unidad de sistema en esta importante materia, y de notoria inconsecuencia, sin que haya habido necesidad de hacer la distinción indicada.

Pero el Código prevé también el caso en que el testador omita nombrar albacea, el de intestado, y cuando no haya heredero ó no entre á la herencia el instituido, y comete la facultad de nombrar el albacea á los herederos en el primer

caso, y al juez en los dos últimos, así como en aquel en que los herederos no se pongan de acuerdo acerca del nombramiento.

En efecto: el artículo 3,679 del Código declara, que si el testador no nombra albacea, haya ó no herederos forzosos, lo nombrarán los herederos por mayoría de votos; y el artículo 3,680 declara á su vez, que la mayoría en todos los casos en que se exija en esta materia, así como en los relativos á inventario y particiones, se debe calcular por el importe de los créditos y no por el número de las personas; á no ser que el mayor crédito corresponda á una sola persona.<sup>1</sup>

Es decir, que el cómputo de los votos se debe hacer por el mayor número de las personas, si los herederos tienen derecho á igual porción de la herencia, y por la mayor cantidad cuando son diversas las porciones hereditarias que á cada uno corresponden. En consecuencia, si existen tres herederos de los cuales uno tiene derecho á la mitad de la herencia, y los otros dos á la otra mitad y aquél y uno de éstos nombran albacea á una persona distinta que el otro, quedará nombrada ésta, ya porque hay mayoría de votos por el número de las personas, ya por razón de las cantidades que ellas representan.

Pero si suponemos que sean cuatro los herederos y que

<sup>1</sup> Arts. 3,703 y 3,705, Cód. Civ. de 1884.

El segundo de estos preceptos fué reformado en los términos siguientes:

“La mayoría en todos los casos de que habla este capítulo y los relativos á inventarios y particiones, se calculará por el importe de las porciones y no por el número de las personas. En caso de que la porción mayor exceda de la mitad de la herencia y pertenezca á una sola persona, la representación de ésta se reducirá á sólo una cuarta parte de la herencia.”

La reforma tuvo por objeto la sustitución de la palabra créditos, empleada en un sentido impropio, por la de porciones que es perfectamente adecuada, y reducir á términos justos la representación del heredero que lo sea de la mitad de la herencia, para que su voluntad no prevalezca con perjuicio de los demás herederos.

uno de ellos represente la mitad de la herencia y los otros tres el resto y que éstos nombran á una persona distinta que aquél, prevalecerá la designación hecha por éstos, porque en tal caso corresponde el mayor crédito á un solo individuo.

Adoptando este sistema de computación de votos, ha querido el Código que prevalezca la designación hecha por las personas que tengan mayor parte en la herencia, á causa de que son mayores los intereses que tienen que confiar al cuidado y administración del albacea.

Siguiendo el Código el sistema adoptado respecto de las personas que deben desempeñar el albaceazgo, ordena en el artículo 3,681, que en el caso de que el testador no nombre albacea, se elija entre los mismos herederos ó sus legítimos representantes.<sup>1</sup>

A nuestro juicio, este precepto es tan innecesario como inútil, pues si el artículo 3,675 del mismo Código declara, que la ley sólo reconoce como ejecutores de las últimas voluntades, cuando hay herederos forzosos, á los mismos herederos; es fuera de toda duda que nunca pueden ser nombrados albaceas personas extrañas á la herencia, ya sea el testador el que haga el nombramiento, ya los herederos en defecto de él.

Pero cuando toda la herencia se distribuye en legados, como no hay, propiamente hablando herederos, y puede surgir la dificultad á que se refieren estas observaciones, determina el artículo 3,689 del Código Civil, que los legatarios sean quienes nombren el albacea, sujetándose á las reglas que hemos establecido y á la siguiente.

Si no hubiere mayoría de votos, el juez debe decidir la discordia nombrando el albacea de entre los mismos here-

<sup>1</sup> Art. 3,703, Cód. Civ. de 1884.

deros ó sus legítimos representantes (art. 3,682, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Conviene advertir que al autorizar la ley el nombramiento de albacea escogiéndolo precisamente de entre los herederos ó sus legítimos representantes, no quiere decir que éstos deben desempeñar tal cargo por derecho propio, sino que el albaceazgo debe recaer precisamente en uno de los herederos, quien será representado en el ejercicio de él, si es menor, mujer casada, ó se halla ausente, etc., por su padre, su tutor, su marido ó por quien legítimamente lo represente. O lo que es lo mismo, los legítimos representantes de los herederos no ejercen el cargo de albaceas por derecho propio, sino en nombre y representación de aquéllos.

Todas estas reglas son de observancia inexcusable en los casos de intestado, y cuando falte el nombrado, sea por la causa que fuere (art. 3,683, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Corresponde también al juez el nombramiento de albacea, cuando no haya heredero ó el nombrado no entre en la herencia, si no hay legatarios, pues si los hubiere á ellos corresponde el derecho de hacer el nombramiento, según lo declaran expresamente los artículos 3,686 y 3,687 del Código.<sup>3</sup>

Pero en tal caso el albacea tiene solamente el carácter de provisional, y por tanto debe de durar en el encargo mientras se hace la declaración de herederos legítimos, y éstos hacen la elección en los términos antes indicados (art. 3,688 Cód. Civ.).<sup>4</sup>

La razón es clara, pues no pudiendo, ser albaceas según el sistema adoptado por el Código, mas que los herederos,

<sup>1</sup> Art. 2,706, Cód. Civ. de 1884.

Reformado sólo en cuanto á la redacción, para hacerlo más claro y preciso.

<sup>2</sup> Art. 3,706, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Arts. 3,710 y 3,711, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,712, Cód. Civ. de 1884.

es evidente que el designado por el juez no puede conservar el cargo después de que los herederos legítimos se han presentado, han demostrado su derecho á la herencia y han sido declarados herederos, supuesto que ellos son los que, conforme á la ley, tienen facultad de elegir el albacea entre ellas mismos.

En el caso de intestado ó cuando no conste quién de los herederos deba ser albacea, permite el artículo 3,710 del Código, la denuncia hecha por cualquiera de ellos, y aun la que haga un extraño, á condición de que esté autorizada con firma de letrado; y el artículo 3,711 ordena, que, admitida la denuncia, se cite á los interesados para que se nombre albacea entre los mismos herederos y en la forma que ya hemos indicado.<sup>1</sup>

Pero mientras se presentan los interesados, el juez puede nombrar un interventor, sin otro carácter que el de simple depositario de los bienes, y sin que pueda desempeñar otras funciones administrativas que las que sean de mera conservación de los bienes y las que se refieran al pago de las deudas mortuorias, previa autorización judicial (art. 3,712, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

El interventor judicial debe recibir los bienes por inventario solemne, cesar en su cargo luego que se nombre el albacea, y entregar á éste los bienes, sin que pueda retenerlos bajo ningún pretexto, ni aun por razón de mejoras ó gastos de mantención ó reparación (art. 3,713, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,734 y 3,735, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el primero de esos preceptos, por la supresión del requisito de la firma de letrado, innecesaria en la actualidad, supuesto que, según el Código de Procedimientos no es indispensable la intervención de los abogados en los juicios. Además, era innecesario ese requisito, porque ninguna ventaja ni utilidad producía.

<sup>2</sup> Arts. 1,715 y 1,716, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 1,716, Cód. de Proced. de 1884.

Todas estas reglas que son una usurpación hecha al Código de Procedimientos, tienen por objeto exclusivo asegurar los bienes hereditarios é impedir que se pierdan ó sean el objeto de depredaciones de gente mal intencionada, á causa de su abandono y de falta de persona que vele por su conservación.

Hemos dicho que el albaceazgo es un mandato de una naturaleza peculiar. Pues bien, esta asimilación de ese cargo que todos los autores hacen con el mandato común, ha dado lugar á la teoría, según la cual, el albacea, como el mandatario, no está obligado á aceptar el cargo, que es privado y no público como la tutela, pero si lo acepta tiene el deber ineludible de desempeñarlo; teoría que cuenta con la sanción expresa del artículo 3,695 del Código Civil.<sup>1</sup>

Sin embargo, la facultad de renunciar el cargo otorgado al albacea por este precepto no es absoluta, sino que está limitada por la obligación impuesta á aquél de fundarla en justa causa; pues si no la tiene, pierde, según lo declara el artículo 3,696 del Código, lo que le hubiere dejado el testador, salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.<sup>2</sup>

La razón es, porque se presume que el legado es oneroso, y que en tanto lo dejó el testador en cuanto impuso al legatario el cargo de albacea; y es sabido el principio que ha alcanzado el rango de axioma y de precepto legal, que prohíbe al legatario admitir el legado sin sus cargas y obligaciones.

Goyena, comentando el artículo 740 del Proyecto del Código Español, que sanciona el mismo principio dice, que el que voluntariamente falta á la confianza del testador, no es

<sup>1</sup> Art. 3,718, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,719, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras, para ponerlo en armonía con el principio de la libre testamentificación: «salvo siempre el derecho que tuviere á la legítima.»

acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atención al mismo encargo con que se le gravó y honró.<sup>1</sup>

Pero como la excusa extemporánea del albacea podría producir graves perjuicios por el abandono en que quedarían los bienes y los negocios de la sucesión, de aquí es que el artículo 3,697 del Código Civil ordene, que el albacea presente su excusa dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuvo noticia de su nombramiento; y si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuvo noticia de la muerte del testador; y que el artículo 3,698 ordene á su vez que el albacea que estuviere presente mientras se decide sobre su excusa, debe desempeñar el cargo bajo la pena de perder lo que le hubiere dejado el testador y de pagar los daños y perjuicios, salvo siempre el derecho á su legítima, si fuere heredero forzoso, pues como hemos dicho antes, los herederos de esta especie no pueden ser privados de ella sino en los casos expresamente designados por la ley.<sup>2</sup>

El cargo de albacea es delegable, y por lo mismo, puede desempeñarlo el nombrado por medio de otra persona; pero para ello es indispensable que le otorgue un poder solemnemente; salvo en todo caso lo dispuesto por el testador, cuya voluntad que es la suprema ley, debe prevalecer siempre (art. 3,699, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

En otros términos, si no hay prohibición expresa del testador, el albacea puede delegar su cargo á otra persona, mediante el otorgamiento de un poder solemnemente, esto es, por escritura pública; porque siendo el albaceazgo un verdadero mandato, es como éste, susceptible de sustitución, la cual se obtiene mediante la delegación.

1 Tomo II, núm. 163.

2 Arts. 3,720 y 3,721, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,722, Cód. Civ. de 1884.

Al principio de este tratado dijimos que, según el sistema adoptado por el Código Civil, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios se adquieren de pleno derecho por los herederos, sin ningún acto de su voluntad, y aun contra ella, en el acto mismo en que la sucesión se abre, esto es, en el momento de la muerte del autor de la herencia; y que adoptando tal sistema, nuestra legislación se separó del derecho Romano, dando así término á las distinciones formuladas por los jurisconsultos acerca de si la herencia representa ó no al testador.<sup>1</sup>

Pues bien, completando ese sistema é interpretándolo, á fin de evitar confusiones y contiendas, declara el artículo 3,703 del Código, que la posesión de los bienes hereditarios se trasmite por ministerio de la ley á los ejecutores universales desde el momento de la muerte del autor de la herencia; salvo el caso de que éste deje cónyuge supérstite, el que, según el artículo 2,201, debe continuar en la posesión de los bienes que forman el fondo, de la sociedad legal, con intervención del albacea mientras se hace la partición.<sup>2</sup>

A primera vista parece que hay contradicción entre el primero de los preceptos citados y el artículo 3,372 que declara, que la propiedad y la posesión legal de los bienes y de los derechos y las obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos; pero esa aparente contradicción desaparece si se tiene en cuenta que el artículo 3,704 declara también, que el albacea posee en nombre propio por la parte que le corresponde en la herencia, y en nombre ajeno por la parte que corresponda á los demás herederos y á los legatarios.<sup>3</sup>

1 Página 5.

2 Arts. 3,726 y 2,068, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,737, Cód. Civ. de 1884.

Es decir, que la posesión de los bienes hereditarios se trasmite de pleno derecho á los herederos, pero en su nombre y por ministerio de la ley los recibe el albacea; porque no es posible que antes de la partición los posean materialmente aquéllos, porque se entorpecería su administración con perjuicio de todos. De manera que, por su conveniencia y para hacer más fácil y práctica la ejecución de la voluntad del testador, ha sido necesario transmitir la posesión y la administración de los bienes hereditarios al albacea, pero no exclusivamente para sí, sino en nombre de todos.

La ley ha otorgado al albacea, no sólo la posesión de los bienes, sino que le confiere además las facultades de que le hubiere investido expresamente el testador, siempre que no fueren contrarias á los preceptos de la misma ley, de las que ella misma determina en muy pocas palabras (art. 3,705, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En efecto, el artículo 3,706 del Código Civil dice, que el albacea puede deducir todas las acciones que pertenecen al autor de la herencia y que no se hayan extinguido por su muerte, esto es, tiene la suma de facultades necesarias para hacer efectivos los derechos que tenía el testador durante su vida, y que se han transmitido á sus herederos; pues de otra manera se hallaría en absoluta imposibilidad de desempeñar debidamente su cometido.<sup>2</sup>

Además, el cargo de albacea es un verdadero mandato de carácter peculiar, y por lo mismo, es natural que el mandatario esté investido, ó mejor dicho, que tenga facultad

<sup>1</sup> Art. 3,728, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes: «Las facultades del albacea, además de las contenidas en este capítulo, serán las que expresamente le hayan concedido el testador ó los herederos, y no fueren contrarias á las leyes.»

La reforma consistió, pues, en el reconocimiento expreso á los herederos del derecho de conceder facultades determinadas al albacea, siempre que no estén prohibidas por la ley.

<sup>2</sup> Art. 3,729, Cód. Civ. de 1884

para ejercitar las mismas acciones que la ley otorgó á su mandante.

Pero al lado de las facultades concurren las obligaciones que la misma ley establece, cuyo estudio vamos á hacer.

El artículo 3,707 del Código Civil declara, que son obligaciones del albacea general:

1.<sup>a</sup> La presentación del testamento:<sup>1</sup>

Acerca de esta obligación ordena el artículo 3,708 del Código que, si albacea ha sido nombrado en testamento y lo tiene en su poder, lo presente dentro de los ocho días siguientes á la muerte del testador; y el 3,709 declara, que el albacea no puede oponerse á que se dé á los herederos copia íntegra del testamento, y á los legatarios de la cláusula respectiva.<sup>2</sup>

Uno y otro precepto se fundan en consideraciones de justicia y equidad, pues tienen por objeto evitar moratorias perjudiciales á los intereses de los herederos y legatarios, impedir el extravío del testamento, y armar á éstos con el título justificativo de su carácter y de sus respectivos derechos, consignados en ese documento, á fin de que los puedan ejercitar cuando así lo estimen conveniente.

2.<sup>a</sup> El aseguramiento de los bienes de la herencia:

3.<sup>a</sup> La formación de inventarios:

El Código Civil establece respecto de esta obligación las reglas siguientes, además de las relativas á la forma y solemnidades que debe tener el inventario, cuyo estudio haremos después:

I. El albacea, antes de formar el inventario, no debe per-

<sup>1</sup> Art. 3,730, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la adición de las siguientes fracciones:

VIII. La de representar á la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre ó que se promovieren contra ella.

IX. Las demás que le imponga la ley.

<sup>2</sup> Art. 3,733, Cód. Civ. de 1884.

mitir la extracción de cosa alguna, si no es que conste la propiedad ajena por el mismo testamento, por escritura pública ó por los libros de la casa llevados en debida forma, si el autor de la herencia hubiere sido comerciante (artículo 3,715, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

II. Cuando conste la propiedad de cosa ajena por medios diversos de los enumerados en la regla que precede, el albacea se limitará á poner al margen de las partidas respectivas una nota que indique la pertenencia de la cosa, para que la propiedad se discuta en el juicio correspondiente (art. 3,716, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta misma regla está reproducida por el artículo 3,992 del Código Civil, relativo á la forma del inventario, en los términos siguientes: "Si el difunto tenía en su poder bienes ajenos prestados, en depósito, en prenda ó bajo cualquiera otro título, también se harán constar en el inventario con expresión de la causa."<sup>3</sup>

El cumplimiento de las obligaciones á que se refieren las reglas enunciadas está sancionado por el artículo 3,717 del Código, que constituye responsable al albacea de los daños y perjuicios que resulten de su infracción.<sup>4</sup>

La formación del inventario y las reglas expresadas tienen por objeto determinar la cuantía de los bienes y evitar los fraudes que se pudieran cometer, ya con perjuicio de los herederos y legatarios, ya de los acreedores del testador; y se le ha estimado por todas las legislaciones como un beneficio para aquéllos, porque evita la confusión de sus bienes propios con los hereditarios, y limita su responsa-

<sup>1</sup> Art. 3,736, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,737, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> El artículo 3,992 del Código Civil de 1870 fué convertido en el 1,787 del de Procedimientos de 1884, por estimarse materia propia y exclusiva de éste el precepto en él contenido.

<sup>4</sup> Art. 3,738, Cód. Civ. de 1884.

bilidad por las deudas del autor de la herencia hasta el importe de ellos. Nos ocuparemos después más ampliamente en el estudio de esta importante materia.

4.<sup>a</sup> La administración de los bienes y la rendición de la cuenta de albaceazgo.

El legislador ha considerado de tal importancia el cumplimiento de esta obligación, así como la de formar inventario, que no permite que el mismo autor de la herencia dispense de ellas al albacea, y ha declarado en el artículo 3,718 del Código Civil, que son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario ó la de rendir cuenta; salvo el caso de que el heredero sea uno y forzoso, y que no haya legatarios.<sup>1</sup>

En otros términos, la formación del inventario y la producción de las cuentas del albacea se han estimado de derecho público, por los intereses que afecta, supuesto que por su falta se podrían defraudar los intereses del fisco, de los acreedores y aun de los mismos herederos y legatarios; y tal es el motivo por el cual, cuando no se perjudican esos intereses, como cuando hay un solo heredero y éste es forzoso y no hay legatarios, cesan esas obligaciones.

Hemos dicho que las obligaciones del albacea de hacer inventario de los bienes hereditarios y de producir la cuenta de su administración son de derecho público, porque la dispensa de ellas importa la de exonerarlo en el cumplimiento de su encargo de la diligencia que demanda, lo cual es contrario á las buenas costumbres y constituye un premio ó recompensa á la negligencia, y porque también es contrario á la moral que aquel que por su apatía ha causado un daño no esté obligado á repararlo.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,739, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XIV, núm. 386; Mourlon, tomo II, 383; Demolombe, tomo XXII, núm. 199; Marcadé, tomo IV, art. 1,031, núm. III.

Y esa obligación es de tal manera ineludible, que no se extingue por la muerte del albacea, sino que pasa á sus herederos, como lo declara el artículo 3,726 del Código Civil, lo cual se explica perfectamente si se tiene en cuenta que éstos suceden á aquél en todos sus derechos y obligaciones, ó lo que es lo mismo, que heredan sus bienes con todas las responsabilidades á que están afectos, entre ellas, la que se refiere al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el autor de la herencia, supuesto que todo deudor está obligado á pagar con todos sus bienes presentes y futuros, según el artículo 2,054, aunque no se estipule expresamente.<sup>1</sup>

Toda esta materia está complementada por el Código de Procedimientos, á cuyos preceptos tenemos que recurrir para tener una idea completa del sistema adoptado por el Civil.

Según los artículos 2,075 y siguientes del Código de Procedimientos de 1872, la administración de los bienes hereditarios puede ser transitoria, provisional y definitiva.<sup>2</sup>

Es transitoria la administración que está á cargo del interventor nombrado en el caso de intestado.

Es provisional la que está á cargo del albacea nombrado por el juez en el caso de intestado, ó cuando el heredero instituido no entre en la herencia.

Es definitiva la que está á cargo del albacea nombrado en el testamento por los herederos ó por el juez cuando éstos no se ponen de acuerdo acerca del nombramiento.

Pues bien, fundados en esta distinción, establecen el Código Civil y el de Procedimientos reglas relativas á las obligaciones que tienen los albaceas de producir las cuentas de administración.

<sup>1</sup> Art. 3,747, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,834 y siguientes, Cód. de Proced. de 1884.

En efecto, el artículo 2,096 del segundo de dichos ordenamientos manda que el interventor y el albacea judicial rindan su cuenta general de administración dentro de los treinta días siguientes á aquel en que cesen en su encargo; y que la del primero se glose por el segundo, y la de éste por el albacea definitivo.<sup>1</sup>

El artículo 2,111 del mismo Código de Procedimientos ordena, respecto del albacea definitivo, que presente su cuenta, concluidas las operaciones de liquidación de la herencia; y los artículos 2,730 y 2,731 del Código Civil, declaran, que dicha cuenta debe ser aprobada por todos los herederos, y cuando fuere interesado el fisco debe intervenir en la aprobación el Ministerio público, y que si alguno de aquéllos disiente puede seguir á su costa el juicio en los términos que establece el primero de dichos Códigos.<sup>2</sup>

Finalmente, los artículos 2,112 y siguientes de éste determinan los trámites que debe sufrir la cuenta para su aprobación, ordenando que el juez cite una junta con término de diez días, durante los cuales debe permanecer la cuenta del albacea en la secretaría para que los interesados se impongan de ella, y que si éstos manifiestan su conformidad, dicho funcionario otorgue su aprobación, y si alguno disiente, se debe seguir un incidente en la vía sumaria.<sup>3</sup>

Resumiendo lo expuesto resulta:

- I. Que el albacea provisional y el interventor deben producir la cuenta general de su administración dentro de los treinta días siguientes á aquel en que cesen en su encargo:
- II. Que el albacea definitivo debe presentar su cuenta de administración concluidas las operaciones de liquidación de la herencia:

<sup>1</sup> Art. 1,855, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,869, Cód. de Proced. de 1884 y 3,751 y 3,752, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Arts. 1,870 y siguientes, Cód. de Proced. de 1884.

III. Que para la aprobación de esta cuenta se debe oír á los herederos y al Ministerio público, si el fisco tiene algún interés, á cuyo efecto se les debe emplazar para una junta, que debe verificarse diez días después, quedando la cuenta á su vista en la secretaría del juzgado para que puedan examinarla:

IV. Que si alguno se opone á la aprobación de la cuenta, se debe sustanciar su oposición en juicio sumario.

Aprobada la cuenta, pueden los interesados celebrar sobre su resultado los convenios que quieran y que no fueren contrarios á las leyes; porque entonces ya no se versa ningún interés público, sino privado respecto del cual pueden disponer libremente los interesados (art. 3,732, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

El albacea tiene el carácter de administrador de bienes ajenos, y por lo mismo sólo puede ejecutar actos de mera administración con las limitaciones que establecen las leyes, tales como la obligación que le impone el artículo 3,719 de fijar dentro del primer mes de ejercer su encargo, y de acuerdo con los herederos la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldo de los dependientes:<sup>2</sup>

5.<sup>a</sup> El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias.

Acerca de esta obligación establece el Código Civil:

I. Que el executor general está obligado á entregar al especial las cantidades ó cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviere á su cargo (art. 3,700, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

II. Que si el cumplimiento del legado depende de plazo ó del cumplimiento de alguna otra circunstancia suspensi-

1 Art. 3,753, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,740, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,723, Cód. Civ. de 1884.

va, puede resistir el executor general la entrega de la cosa ó cantidad, dando fianza á satisfacción del legatario ó del executor especial de que la entrega se hará á su debido tiempo (art. 3,701, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

III. Que el executor especial puede exigir también á nombre del legatario, la constitución de la hipoteca necesaria á que se refieren las fracciones I y X del artículo 2,000 (art. 3,702, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

IV. Que si para el pago de una deuda ú otro gasto urgente fuere necesario vender algunos bienes, el albacea debe hacerlo de acuerdo con los herederos; y si no fuere posible esto, con aprobación judicial (art. 3,720, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

La razón es obvia, porque el albacea es condueño y no propietario exclusivo de los bienes hereditarios, tiene solamente facultades de administración sobre ellos y no de dominio, y por lo mismo, no puede disponer de ellos sino con el consentimiento de sus copropietarios.

La aprobación judicial se exige en este caso para suplir el consentimiento de los herederos que por cualquier circunstancia no puedan otorgarlo, ó para suplir el disenso irracional de algunos; porque no es posible que el interés de todos quede subordinado al capricho de unos cuantos.

6.<sup>a</sup> La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios.

Esta obligación es, sin duda alguna, uno de los principales deberes del albacea, porque importa nada menos que la ejecución de la voluntad del testador, haciendo que cada uno de los herederos reciba la parte de los bienes hereditarios que aquél les asignó.

El Código Civil determina cuáles son la forma y los re-

1 Art. 3,724, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,725, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,741, Cód. Civ. de 1884.

quisitos de la cuenta de partición y división de los bienes hereditarios, y de su estudio nos ocuparemos en su oportunidad.

7<sup>a</sup> La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento.

Esta obligación, como la anterior, es una de las más importantes, porque tiene por objeto llevar á término la voluntad del testador, la cual no se podría cumplir si desaparecieran los bienes por él dejados y se declarara la nulidad del testamento en que consta aquélla; pues en lugar de los herederos instituidos, vendrían los legítimos, que entrarían á la herencia con las porciones que determinan las leyes y no con las señaladas por aquél.

En consecuencia, se puede establecer, que las dos últimas obligaciones enumeradas, son de tal importancia, que forman por decirlo así, la naturaleza misma del cargo de albacea.

Ya hemos dicho y no será ocioso repetirlo, que el albacea ejerce facultades de mera administración y ninguna de dominio, porque no lo tiene sino en común con los demás herederos. Pues bien, esta circunstancia es el origen de las siguientes limitaciones establecidas por el Código Civil, á nuestro juicio, sin necesidad, pero que producen el efecto de alejar todo género de dudas acerca de las facultades del albacea:

1<sup>a</sup> El albacea no puede dar en arrendamiento los bienes de la herencia, sino con consentimiento de los herederos (art. 3,722, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2<sup>a</sup> Los bienes legados especificadamente, no pueden ser gravados, hipotecados ni arrendados, sino con consentimiento del legatario (art. 3,723, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

1 Art. 3,743, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,474, Cód. Civ. de 1884.

3<sup>a</sup> El albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes sin consentimiento de los herederos (art. 3,724, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

4<sup>a</sup> El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sino con consentimiento de los herederos (art. 3,725, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

La simple enunciación de estas prohibiciones basta para comprender cuál es el fundamento de ellas, que es exactamente el mismo sobre que reposan iguales prohibiciones impuestas al socio administrador de una compañía; porque el albacea, como éste, no tiene más facultades que las de un mandatario general, que sólo puede ejercer los actos de mera administración, á cuya especie no pertenecen la venta y gravamen de los bienes hereditarios.

El artículo 3,721 del Código Civil prohíbe al albacea comprar ó arrendar en almoneda ó fuera de ella los bienes hereditarios, ó hacer algún contrato respecto de ellos para sí, su mujer, sus hijos ó hermanos por consanguinidad ó afinidad; y hace tal prohibición en beneficio de los herederos, pues colocado aquél entre sus intereses y su deber, sería casi inevitable que prefiriera el primero con perjuicio de los herederos.<sup>3</sup>

En efecto: si se le permitiera adquirirlos su interés lo impulsaría á hacer porque no hubiera postores para obtener los bienes á más bajo precio, ó á ejecutar otros actos perjudiciales á los bienes de que es administrador.

Pero esta prohibición no tiene lugar respecto de la venta de los bienes cuando el albacea, su mujer, sus hijos ó hermanos son coherederos ó partícipes de los herederos instituidos por el testador ó ab-intestato; porque no es justo que aquél que es propietario en parte de los bienes

1 Art. 3,745, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,746, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,742, Cód. Civ. de 1884.

puestos en venta, quede privado del derecho del tanto concedido á todo copropietario por el hecho solo de ser albacea.

El análisis del artículo 3,721 del Código, que hace la prohibición con la salvedad indicada, reproduciendo los preceptos contenidos en los artículos 616 y 617, nos conduce á establecer que tal prohibición respecto de la venta de bienes, sólo puede ser aplicable respecto de los albaceas que no son herederos forzosos, supuesto que, según el sistema adoptado por dicho ordenamiento, la ley sólo reconoce como ejecutores universales de las últimas voluntades, cuando hay herederos de esa especie, á los mismos herederos, los cuales están expresamente exceptuados de esa prohibición.<sup>1</sup>

Finalmente: el albacea debe cumplir su encargo dentro del término que le señale el testador; pero como muy bien pudiera suceder que éste nada estableciera acerca de este punto tan importante en su testamento, el Código Civil provee á esa dificultad estableciendo las reglas siguientes:

1ª El albacea á quien el testador no haya fijado plazo, debe cumplir su encargo dentro de un año contado desde su aceptación, ó desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez ó nulidad del testamento (art. 3,727, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

2ª Si el testador prorroga el plazo legal, debe señalar expresamente el tiempo de la prórroga; si no lo señala expresamente, se entenderá prorrogado el plazo sólo por otro año (art. 3,728, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

3ª La mayoría de los herederos y legatarios puede también prorrogar el plazo en que el albacea debe desempeñar su encargo, pero con sujeción á las dos reglas precedentes (art. 3,729, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

1 Arts. 520 y 521, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,748, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,749, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,750, Cód. Civ. de 1884.

Desde el imperio de nuestra antigua legislación se le ha señalado siempre al albacea un plazo para el desempeño de su encargo, pero siempre se eludían los preceptos de la ley, mediante una cláusula de estampilla usada por los escribanos en todos los testamentos, por la cual aparecía que el testador prorrogaba el mencionado plazo por todo el que fuere necesario; cláusula tras la que se escudaban los albaceas negligentes ó de mala fe para prolongar indefinidamente su encargo.

A precaver y evitar ese punible abuso concurren las reglas mencionadas, que, si bien no privan ni al testador ni á los herederos de la facultad de prorrogar el plazo al albacea dentro del cual debe desempeñar su encargo, la limita de manera que siempre sea cierto y determinado ese plazo y no indefinido, en beneficio de los herederos y legatarios y del fisco, ya sea que unos ú otros concedan la prórroga, si no han expresado el término de ella.

La facultad que reconoce la ley al testador de disponer libremente de sus bienes y de encargar del cumplimiento de su voluntad á la persona que mejor le parezca de entre los herederos, si los tiene forzosos, ó entre las personas de su mayor confianza si no los tiene de esa especie, hace que la misma ley le reconozca igualmente la facultad de nombrar un interventor que vigile el cumplimiento de sus últimas disposiciones.

Esa misma facultad les reconoce á los herederos que no administran los bienes hereditarios, pues su interés los autoriza para vigilar los actos de administración del albacea é impedir con oportunidad los que pudieran perjudicar ese mismo interés.

En efecto: el artículo 3,740 del Código Civil declara, que el testador puede nombrar libremente un interventor; y el 3,741 declara á su vez, que los herederos que no adminis-

tran, tienen derecho para nombrar á mayoría de votos un interventor que vigile en nombre de todos.<sup>1</sup>

Pero previendo el caso en que los herederos no se pusieren de acuerdo, y por lo mismo, que no haya mayoría de votos, ordena el artículo 3,742 del Código, que en tal caso haga el juez el nombramiento, escogiendo el interventor entre las personas que hayan sido propuestas por los herederos.<sup>2</sup>

Pero no sólo puede y debe nombrarse un interventor en los casos que hemos enumerado, sino que hay obligación precisa é indeclinable de nombrarlo en los casos siguientes, determinados por el artículo 3,744 del Código Civil:<sup>3</sup>

1.<sup>a</sup> Cuando entre los herederos nombrados haya alguna mujer casada menor de edad, ó cuyo marido hubiere sido separado judicialmente de ella ó de la administración de los bienes:

2.<sup>a</sup> Siempre que el heredero esté ausente, ó no sea conocido:

3.<sup>a</sup> Cuando la cuantía de los legados iguale ó exceda á la porción del heredero albacea:

4.<sup>a</sup> Cuando se hayan dejado legados, cualquiera que sea su cuantía:

La Exposición de motivos no hace explicación alguna acerca de este precepto, pero desde luego se comprende que en él se impone la necesidad de nombrar un interventor, á fin de garantizar los intereses de personas, que por su estado ó condición merecen que la ley los ampare y pro-

1 Arts. 3,760 y 3,761, Cód. Civ. de 1884.

El primero de estos preceptos es una novedad introducida en el Código de 1884, que tiene por objeto estimular al albacea en el cumplimiento de sus deberes y dar á éstos una sanción penal: Dice así: "El albacea que no presente el inventario en el término legal, perderá todo derecho á ser retribuido."

2 Art. 3,753, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,765, Cód. Civ. de 1884.

Reformada la fracción 1.<sup>a</sup> por el cambio de la partícula ó por la copulativa y.

teja mediante el nombramiento del interventor que vigile por ellos.

Pero del reconocimiento de la facultad que los herederos y legatarios tienen de nombrar un interventor, y de la obligación que hay de nombrarlo precisamente en determinados casos, surgió la necesidad de señalar cuáles son las facultades de que se hallan investidos, y qué requisitos deben tener; y á tal necesidad ha ocurrido el Código Civil, estableciendo las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Los interventores deben ser mayores de edad y capaces de contraer obligaciones (art. 3,747, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> El interventor tiene derecho de pedir copia íntegra del testamento; á no ser que el testador haya dispuesto otra cosa (art. 3,746, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> El interventor no puede tener la posesión, ni aun interina, de los bienes (art. 3,743, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

La primera y la segunda de las reglas mencionadas se comprenden fácilmente, si se tiene en cuenta que el interventor debe hacer muchas veces promociones judiciales, y que sólo pueden comparecer en juicio los mayores de edad; y que siendo el vigilante puesto por el testador para el exacto cumplimiento de su voluntad, necesita tener á la vista el testamento en el cual se halla consignada, pues de otra manera no le sería conocida.

Es también de fácil explicación la tercera regla; porque el interventor no está criado por la ley para que desempeñe ninguna de las facultades que ella misma otorga á los albaceas, sino para vigilar la administración de éstos y hacer que se cumpla pronta, oportuna y exactamente la voluntad del testador.

1 Art. 3,768, Cód. Civ. de 1884

2 Art. 3,767, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,764, Cód. Civ. de 1884.

A primera vista aparece que esta regla se halla en abierta contradicción con el artículo 2,076 del Código de Procedimientos, que refiriéndose á la administración de los bienes hereditarios dice, que es transitoria la que está á cargo del interventor nombrado en los casos de intestado; pero esa aparente contradicción desaparece teniendo en cuenta que la regla referida es sólo aplicable cuando el interventor es nombrado por el testador ó por los herederos y legatarios instituidos en el testamento, y el precepto citado cuando se trata de la sucesión intestada, ó cuando aquél no nombra albacea. Es decir, que la regla y el precepto citados son aplicados á casos enteramente distintos, y por lo mismo, no existe contradicción entre ellos.

Pero no son únicamente las reglas expresadas las que determinan los requisitos que deben concurrir en el interventor, sino que el Código de Procedimientos las complementa exigiendo en el artículo 1,955 la concurrencia de los siguientes:<sup>1</sup>

- 1.<sup>a</sup> Que sea mayor de veinticinco años:
- 2.<sup>a</sup> Que sea de notoria buena conducta:
- 3.<sup>a</sup> Que esté domiciliado en el lugar en donde se abra la sucesión:
- 4.<sup>a</sup> Que tenga bienes raíces con que asegurar su manejo y el resultado de su administración; ó á falta de ellos dar fianza á satisfacción del juez.

La simple enunciación de estos requisitos demuestra que la mente del legislador no ha sido otra, al exigir su concurrencia, que obtener la mayor suma de garantías, que asegure una administración pura de los bienes hereditarios y la conservación de ellos.

El cargo de interventor es voluntario, pero el que lo acepta se constituye en la obligación de desempeñarlo; y

<sup>1</sup> Art. 1,715, Cód. de Proced. de 1884.

por tal motivo declara el artículo 3,748 del Código Civil, que rigen respecto de aquél las mismas reglas que establece respecto de la aceptación y renuncia de los albaceas.<sup>1</sup>

En consecuencia: el interventor que renuncia sin justa causa, pierde lo que le hubiere dejado el testador; y si pretende excusarse, debe hacerlo dentro de los seis días siguientes á aquel en que tuviere noticia de su nombramiento, y entretanto se decide sobre ella debe desempeñar el cargo, bajo la pena antes dicha y de pagar los daños y perjuicios.

Ya hemos dicho que el cargo de albacea se equipara al mandato. Pues bien, una de las consecuencias de este principio, es que el albacea tenga derecho, como el mandatario á una retribución por los trabajos que impende en el desempeño de su cargo; y tal consecuencia ha merecido la sanción de la ley, que prevé los dos casos que pueden acontecer: primero, que el testador designe en su testamento el monto de la retribución: segundo, que no haga tal designación.

Antes de examinar esos dos casos conviene advertir que el Código sancionó la consecuencia á que nos referimos dándole el carácter de un precepto legal, no sólo porque se deriva necesariamente de la asimilación del albaceazgo con el mandato, sino también por conveniencia y utilidad; pues como dice la Exposición de motivos, aunque el cargo de albacea se considera piadoso y de confianza, es justo remunerar el trabajo y cerrar así las puertas á otros males.

Respecto del primero de los casos expresados, declara el artículo 3,734 del Código, que el testador puede señalar al albacea la retribución que quisiere, pero á condición de que no exceda de la parte de que puede disponer libremente, esto es, puede asignarle la cantidad que le plazca, siempre

<sup>1</sup> Art. 3,769, Cód. Civ. de 1884.

que no perjudique la legítima de sus herederos forzosos.<sup>1</sup>

De donde se infiere que, si no tiene herederos de esta especie, es perfectamente libre para señalar al albacea la retribución que quisiere, así su monto ascienda á la mayor parte de la herencia.

Respecto del segundo caso, declara el artículo 3,735 del Código que, si el testador no designare la retribución, el albacea cobrará el dos por ciento líquido y efectivo de la herencia; y que si el mismo hiciere la partición de ella, cobrará además los derechos de arancel.<sup>2</sup>

Si los albaceas son varios y mancomunados, se debe repartir la retribución entre todos ellos; y si no son mancomunados, la repartición se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y al trabajo que hubiere tenido en la administración (art. 3,737, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Previendo el Código Civil el caso en que la aplicación de la regla que precede fuera el origen de alguna diferencia entre los albaceas, dispone el artículo 3,738, que tal diferencia se ventile en juicio verbal, cometiendo así una verdadera usurpación al Código de Procedimientos, al cual corresponde exclusivamente determinar la forma de los juicios.<sup>4</sup>

1 Art. 3,755, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras, que expresan un concepto contrario á la libertad de testar: «no excediendo de su parte disponible.»

2 El artículo 1. capit. IX del Arancel de 1840 señala los siguientes honorarios á los contadores partidores de herencias, por el examen de todos los documentos é instrucciones, y formación de cuentas de partición y división: el seis por ciento de su importe, cuando el caudal hereditario pase de cien pesos y no exceda de mil. El dos por ciento además de los honorarios anteriores si pasa de esta cantidad, pero no excede de diez mil pesos: el uno por ciento sobre los honorarios expresados si el importe del caudal excede de diez mil pesos, pero no de cincuenta mil: el medio por ciento, además de los honorarios expresados cuando pasa el caudal de esta cantidad sin exceder de cien mil: y un cuarto por ciento si el caudal fuere mayor de cien mil pesos, sea cual fuere su monto.

3 Art. 3,758, Cód. Civ. de 1884.

4 El artículo 3,738 del Código de 1870 fué trasladado al art. 1,113, frac. IV del Cód. de Proced. de 1884.

Pero tal usurpación es disculpable si se atiende á que en la fecha en que se promulgó el Código Civil no existía aún el de Procedimientos y podía surgir por tal motivo la duda acerca de la forma del juicio para dirimir las diferencias de los albaceas, dificultad que aquél precavió declarando que éste debía ser verbal por estimarlo más breve.

Si el testador legó conjuntamente á los albaceas alguna cosa para que desempeñen su encargo, la parte de los que no admitan éste, acrece á los que lo ejerzan, según lo declara el artículo 3,739 del Código Civil; y la razón es obvia, pues el que falta á la confianza del testador, no es acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atención al mismo encargo con que se le gravó. El legatario, como dice García Goyena, no puede admitir el legado sin sus cargas y obligaciones, y el albacea negligente ó malicioso, no debe ser de mejor condición que el que tiene la franqueza de no aceptar.<sup>1</sup>

En otros términos, la retribución legada por el testador tiene la calidad de legado oneroso, y es sabido que en tanto tiene derecho el legatario á percibir éste, en cuanto cumple la carga ó gravamen impuesto por el testador.

Finalmente, según el artículo 3,736 del Código Civil, el heredero ó albacea que ha sido mejorado en la parte disponible ó á quien se ha asignado algún legado por razón de su cargo, no tiene derecho de cobrar otra retribución; porque se presume, con justicia, que el testador lo mejoró ó le dejó el legado para recompensar sus trabajos como albacea.<sup>2</sup>

En consecuencia, debemos establecer que el albacea que ejerce su cargo, tiene derecho á una retribución, menos en el caso en que el testador lo haya mejorado, dejándole la par-

1 Art. 3,759, Cód. Civ. de 1884. Concordancia, tomo II, pág. 163.

2 Art. 3,757, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la supresión de lo relativo á la mejora.

te de libre distribución, ó que le haya asignado algún legado por razón de su cargo.

Por la misma razón por la cual tiene el mandatario derecho para exigir del mandante el reembolso de los gastos que haya erogado en el desempeño del mandato, deben pagarse de la masa de la herencia los gastos hechos por el albacea en el cumplimiento de su encargo, incluso los honorarios de los abogados y procuradores que ocupare, pues si los mismos herederos hubieran gestionado los negocios de la sucesión, habrían erogado esos gastos (art. 3,733, Código Civil).<sup>1</sup>

Además, no es justo que el cumplimiento de la voluntad del testador se convierta en el origen de un perjuicio más ó menos considerable para el albacea, y por lo mismo, debe aplicarse la regla de derecho que dice: "*Neminem officium suum debet esse damnosum.*"

Los cargos de albacea é interventor acaban, según el artículo 3,749 del Código Civil.<sup>2</sup>

1º Por término natural del encargo, esto es, por haber ejecutado en todas sus partes la voluntad del testador, y por la misma razón por la cual termina el mandato por la conclusión del negocio para el cual fué constituido; porque carece de objeto:

2º Por muerte del albacea, porque el cargo de éste es personalísimo y hecho en consideración exclusiva de las cualidades de aquél, que tal vez no concurren en sus herederos, y por tanto, no es transmisible á éstos:

3º Por incapacidad declarada en forma, esto es, por sentencia ejecutoria, pues el estado mencionado que acredita que el incapaz es inhábil para administrar sus bienes, y ma-

1 Art. 3,754, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,770, Cód. Civ. de 1884.

lamente puede tener la administración de los ajenos quien no puede gobernar los propios:

4º Por excusa que el Juez califique de legítima con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores ó el Fisco:

5º Por el lapso del término señalado por el testador ó por la ley:

6º Por remoción, la que no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada á petición de parte legítima y con audiencia del interesado.

Si se comparan los modos expresados de terminar el cargo de albacea con los que señala el artículo 2,524 del Código Civil como causa de extinción del mandato, encontraremos que son exactamente los mismos, lo cual se explica fácilmente, si se recuerda que el albaceazgo es una especie de mandato que está regido por reglas idénticas á las que dominan en este contrato.

Por tal motivo, podemos establecer que las explicaciones que dimos acerca de los modos de extinguirse el mandato, son aplicables á los modos de terminarse el cargo de albacea, porque se apoyan en los mismos principios y en los mismos fundamentos.

Por lo demás, el artículo 3,749 del Código, que enumera los modos de terminar el cargo de albacea, nada nuevo nos enseña, porque éstos estaban previstos por nuestra antigua legislación, como puede verse en la ley 8ª y otras del Tít. X, Partida VI.

## LECCION SÉPTIMA.

## DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

## I.

## PRINCIPIOS GENERALES.

Todos los autores distinguen los testamentos en dos grandes divisiones, esto es, en comunes ó solemnes y en especiales y privilegiados, estableciendo así una división de ellos por razón de su forma.

Llaman solemnes ó comunes á aquellos en cuyo otorgamiento concurren todos los requisitos y solemnidades que establece la ley, sin cuya concurrencia son ineficaces.

Llaman especiales ó privilegiados á aquellos que, por las circunstancias excepcionales en que se encuentra el testador, se otorgan con menos solemnidades de las que comunemente exige la ley.

El Código Civil ha sancionado también esta distinción, pues en el artículo 3,750 declara que el testamento, en cuanto á su forma, es público ó privado, y en los artículos siguientes da las definiciones de ellos en estos términos:<sup>1</sup>

Testamento público es el que se otorga ante notario y tes-

1 Art. 3,481, Cód. Civ. de 1884.

tigos idóneos y se extiende en papel del sello correspondiente (art. 3,751, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Testamento privado es el que se otorga ante testigos idóneos, sin intervención del notario, pudiendo extenderse ó no en papel sellado (art. 3,752, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

De la comparación de estas dos definiciones resulta que la diferencia que existe entre el testamento público y el privado, consiste, según el sistema adoptado por el Código Civil, en que el primero se otorga ante notario y en papel con el timbre correspondiente, y el segundo sin la concurrencia de esos requisitos.

Desde luego se comprende que el otorgamiento de éstos se permite sólo por excepción, por las circunstancias especiales en que se encuentran los testadores, que no les permiten llenar tales requisitos. De donde se infiere esta consecuencia importante; luego no es lícito el otorgamiento del testamento privado cuando el testador no se encuentra en las circunstancias especiales previstas por la ley, y si se otorga fuera de ellas carece de toda eficacia.

El testamento público, dice el artículo 3,753 del Código Civil, puede ser abierto ó cerrado; pero el testamento privado sólo puede ser abierto, exceptuando el testamento militar, que también puede ser cerrado.<sup>3</sup>

Es abierto el testamento cuando el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, ó lo que es lo mismo, ante el notario y los testigos que señala la ley (art. 3,754, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Es cerrado el testamento cuando el testador, sin revelar

1 Art. 3,482, Cód. Civ. de 1884. Reformado solamente haciendo referencia al papel con las estampillas del timbre que señale la ley.

2 Art. 3,493, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los mismos términos que el anterior.

3 Art. 3,484, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,485, Cód. Civ. de 1884.

su última voluntad declara, que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que deben autorizar el acto (art. 3,755, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Muchas de las legislaciones modernas admiten otra especie de testamento, que designan con el nombre de *ológrafo*, y que es aquel que está escrito enteramente de puño y letra del testador.

Nuestro Código ha proscrito el testamento ológrafo por ser muy peligroso y prestarse á la comisión de fraudes para suplantar la voluntad del testador, lo cual es muy fácil, ya mediante la falsificación de la letra y de la firma de éste, cuya autenticidad no puede constar, sino por el cotejo de ellas con otras que se suponen de él, prueba que siempre se ha estimado falible é ineficaz para producir una plena demostración.

La distinción que hace el Código Civil entre las diversas especies de los testamentos considerados por razón de su forma, y el hecho de consagrarle á cada uno de ellos preceptos especiales nos demuestran que hay ciertos requisitos esenciales que son peculiares de cada uno, y otros que son comunes á todos.

Son requisitos comunes á todos los testamentos los siguientes:

- I. Capacidad para testar:
  - II. Unidad del acto, llamada también unidad de contesto:
  - III. Presencia de los testigos y el notario:
  - IV. Papel con estampilla ó sello correspondiente.
- Habiendo hecho ya el estudio del primer requisito, nos ocuparemos solamente en el de los demás.

Por la unidad del acto, llamada también unidad de contesto, se entiende la continuidad del acto notoriado; esto es,

<sup>1</sup> Art. 3,486, Cód. Civ. de 1884.

la práctica no interrumpida de las solemnidades que la ley señala para los testamentos públicos abiertos y las relativas á la presentación de los cerrados ante el notario, la fe del otorgamiento y la constancia que debe extenderse sobre la cubierta.

Como el otorgamiento de la última voluntad es un acto de trascendentales consecuencias, la ley ha querido rodearlo de tales solemnidades, que hagan difíciles, si no imposibles, los fraudes; y con tal objeto incluye entre los requisitos esenciales para la eficacia de todos los testamentos, exceptuando los privilegiados, la asistencia de un notario y de tres testigos que presencien la expresión de la voluntad del testador, en los testamentos públicos, y en los cerrados, la declaración que hace éste de contenerse esa voluntad en el pliego que presenta.

El artículo 3,758 del Código Civil determina qué personas no pueden ser testigos en el testamento; y las excepciones que este precepto señala indican claramente que pueden serlo todos los individuos, menos aquellos que, por adolecer de los vicios que indica, no pueden llenar el objeto que se propuso la ley al ordenar su presencia en unión del notario; esto es, la justificación mediante personas fidedignas del otorgamiento de la última voluntad del testador, en caso necesario.

No pueden ser testigos del testamento, según el artículo 3,758 del Código Civil:

- I. Los amanuenses del notario que lo autorice:
- II. Los ciegos y los que no entienden el idioma del testador:
- III. Los totalmente sordos ó mudos:
- IV. Los que no estén en su sano juicio:
- V. Los que no tengan la calidad de domiciliados; salvo en los casos exceptuados por la ley:

VI. Las mujeres:

VII. Los varones menores de edad:

VIII. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.<sup>1</sup>

Si se examinan una por una las excepciones establecidas por el mencionado precepto, se comprenderá que no se han introducido de una manera caprichosa, porque todas tienen por objeto eliminar á todas aquellas personas que por alguna circunstancia especial no se hallan en aptitud de saber si el notario asienta en el protocolo la expresión verdadera de la voluntad del testador; y á aquellas que por su estado de dependencia con aquél ó por su conducta delictuosa é inmoral son sospechosos de colusión con él para sustituir la voluntad del testador.

Los ciegos, los sordo-mudos, y los que no están en su sano juicio no pueden ser testigos en testamento, porque el objeto que se ha propuesto el legislador exigiendo su presencia en ese acto, es impedir que el testador sea víctima de sugerencias ó captación, y por tanto, garantizar el cumplimiento exacto de todas las formalidades establecidas para garantizar la libertad de aquél; y para conseguir tal fin es necesario que los testigos oigan dictar las últimas disposiciones del testador, que vean que el notario escribe lo que éste le dicta, que oigan la lectura de lo escrito por el notario, para que puedan certificar con su firma que el testamento contiene la verdad.<sup>2</sup>

Los que no entienden el idioma del testador no pueden ser testigos, porque no pueden comprender lo que el testador dicta y lo que el notario escribe, supuesto que no conocen el idioma en el cual está redactado, y por lo mismo, no pueden llenar el objeto de la ley, que es vigilar la conducta

<sup>1</sup> Art. 3,489, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 263.

del notario para que no altere la voluntad del testador.<sup>1</sup>

En cuanto á los no domiciliados, los rechaza la ley, porque, no siendo conocidos, se ignora la moralidad de su conducta, es posible una colusión entre ellos y el notario para suplantar la voluntad del testador, y porque no se les puede llamar en caso necesario ante la presencia judicial para que depongan acerca de la verdad y legalidad del acto.

Las mujeres son excluidas como testigos en los testamentos, porque aquéllos deben garantizár la libre expresión de la voluntad del testador, y son, por lo mismo, órganos de la sociedad en un acto de la más alta importancia, esto es, ejercen una especie de funciones públicas.

Los testigos deben ser mayores, por la misma razón y en virtud del principio general, según el que, sólo el mayor de edad es capaz de ejercer todos los actos de la vida civil, á cuya especie pertenece el de concurrir al otorgamiento de la última voluntad del testador.

En cuanto al cuarto y último requisito, declara al artículo 3,756 del Código Civil, que el papel sellado, ahora el timbrado, en que se otorguen los testamentos será el que determine la ley de la materia; pero según el artículo 3,757 los testamentos militares y los marítimos pueden extenderse en papel común, y la razón es, porque las circunstancias en que se otorgan comunmente esos testamentos hacen imposible llenar tal requisito.<sup>2</sup>

Según la fracción 88 de la tarifa de Ley General del Timbre, publicada en 25 de Abril de 1893, el testamento público abierto debe llevar una estampilla de á dos pesos en cada hoja, sea cual fuere la cantidad á que ascienda la he-

<sup>1</sup> Toullier, tomo III, núm. 593; Merlin, Questions, de Droit. v. Testament, § XVII.

<sup>2</sup> Art. 3,487, Cód. Civ. de 1884, Reformado solamente en cuanto se hace en él referencia al papel con el timbre que determine la ley.

rencia, siempre que exceda de quinientos pesos ó no se determine; y cuando es de esta cantidad ó menor, debe llevar una estampilla de á diez centavos cada hoja.

Según la fracción 89 de la misma tarifa, el testamento cerrado debe llevar en la cubierta que lo guarda una estampilla de á cinco pesos, y al abrirse y protocolizarse, se deben poner en el protocolo y en el testimonio las estampillas que corresponden al testamento, según el caso, esto es, con arreglo á lo que dispone la fracción anterior.

Finalmente, la fracción 90 de la tarifa declara que, al protocolizarse el testamento privado, debe pagarse la cuota señalada para el testamento público; pero según la circular de 9 de Mayo de 1894, expedida por el Ministerio de Hacienda, el testamento privado que conste por escrito, debe llevar en cada hoja una estampilla de dos pesos, y de cincuenta centavos en las hojas en donde consten las declaraciones de los testigos, pero que si el testamento no se redactó por escrito, como el dicho de los testigos es lo que constituye ese mismo testamento, cada una de las hojas en donde consten las declaraciones de aquéllos, deben llevar estampillas de á dos pesos, y de á cincuenta centavos las demás del expediente relativo.

Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de la inhabilidad haya existido al tiempo de otorgarse el testamento, por la misma razón por la cual se atiende al estado en que se halla el testador al tiempo de otorgarse el testamento, porque entonces concurre al acto cuya eficacia garantizan y aseguran los testigos con su presencia (art. 3,759, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Tanto el notario como los testigos que intervengan en cualquier testamento, deben conocer al testador ó cercio-

<sup>1</sup> Art. 3,490, Cód. Civ. de 1884.

rarse de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de toda coacción; pues de otra manera se podrían cometer fraudes punibles autorizando como la última voluntad de un individuo la de otro, y como el efecto de un acto espontáneo cuando es resultado de la violencia ó producido por un cerebro enfermo é incapaz de expresar ningún acto, fruto de la libertad (art. 3,761, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Este requisito es de tal manera necesario para la validez y eficacia del testamento, que la ley exige que, si no pudiese ser verificada la identidad del testador, se debe hacer constar esta circunstancia por el notario ó por los testigos en su caso, agregando todas las señales que caractericen la persona de aquél; y declara además, que no tiene validez el testamento mientras no se justifique la identidad del testador (arts. 3,762 y 3,763, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Cuando éste ignore el idioma español, deben concurrir al acto y firmar el testamento, además de los testigos y el notario, dos intérpretes nombrados por el mismo testador (art. 3,760 Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Todas estas exigencias tienen por objeto garantizar la verdad de la última disposición del testador, y evitar que sea suplantada por manejos fraudulentos de personas interesadas en que la herencia se trasmita á ellas ó á personas á quienes por medio de esos manejos quieran beneficiar.

Con igual fin prohíbe el artículo 3,764 del Código Civil, á los notarios y á cualesquiera otras personas que hayan de redactar disposiciones de última voluntad, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas ó cifras, bajo la pena de quinientos pesos de multa á los notarios, y de la mitad á los que no lo fueren.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,492, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,493 y 3,494, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,491, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,495, Cód. Civ. de 1884.

A efecto de evitar que quede frustrada la voluntad del testador, por ignorar sus herederos que hubiere otorgado su testamento, ordenan los artículos 3,765 y 3,766 del Código, que el notario que hubiere autorizado un testamento abierto ó la entrega de uno cerrado, instruya á los interesados con la brevedad posible, luego que sepa la muerte del testador, bajo la pena de pagar los daños y perjuicios que cause la dilación; y que lo mismo debe hacerse cuando alguno tenga en su poder un testamento cerrado.<sup>1</sup>

Finalmente: previendo el caso en que los interesados estén ausentes ó sean desconocidos, ordena el artículo 3,767 del mismo Código, que la noticia antes referida se comunique al juez.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,496 y 3,497, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,498, Cód. Civ. de 1884.

## II.

## DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Después de establecer el Código Civil las reglas generales que rigen á todos los testamentos, fija las que corresponden á cada una de las especies que se conocen de éstos, comenzando por el testamento público ó abierto, que, antes de ahora, era también conocido con el nombre de *nuncupativo*.

El testamento abierto es, según el artículo 3,754 del Código Civil, aquel en el cual hace constar el testador su última voluntad, manifestándola en presencia de las personas que deben autorizar el acto.<sup>1</sup>

Pues bien, las reglas que establece el Código respecto de esta especie de testamento, tienen por objeto determinar las solemnidades y requisitos que garanticen que contienen la expresión fiel y verdadera de la última voluntad del testador.

El artículo 3,768 del Código Civil, ordena que el testamento público abierto se dicte de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario; y que éste redacte las cláusulas y las lea en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme; y que si lo estuviere firmen todos el instrumento, asentándose el lugar, la hora, el día y el año en que hubiere sido otorgado.<sup>2</sup>

Si el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, debe dar lectura á su testamento para cerciorarse que contiene la expresión exacta de su voluntad; y si no supiere ó no

<sup>1</sup> Art. 3,485, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,499, Cód. Civ. de 1884.

A efecto de evitar que quede frustrada la voluntad del testador, por ignorar sus herederos que hubiere otorgado su testamento, ordenan los artículos 3,765 y 3,766 del Código, que el notario que hubiere autorizado un testamento abierto ó la entrega de uno cerrado, instruya á los interesados con la brevedad posible, luego que sepa la muerte del testador, bajo la pena de pagar los daños y perjuicios que cause la dilación; y que lo mismo debe hacerse cuando alguno tenga en su poder un testamento cerrado.<sup>1</sup>

Finalmente: previendo el caso en que los interesados estén ausentes ó sean desconocidos, ordena el artículo 3,767 del mismo Código, que la noticia antes referida se comunique al juez.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,496 y 3,497, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,498, Cód. Civ. de 1884.

## II.

## DEL TESTAMENTO PUBLICO ABIERTO.

Después de establecer el Código Civil las reglas generales que rigen á todos los testamentos, fija las que corresponden á cada una de las especies que se conocen de éstos, comenzando por el testamento público ó abierto, que, antes de ahora, era también conocido con el nombre de *nuncupativo*.

El testamento abierto es, según el artículo 3,754 del Código Civil, aquel en el cual hace constar el testador su última voluntad, manifestándola en presencia de las personas que deben autorizar el acto.<sup>1</sup>

Pues bien, las reglas que establece el Código respecto de esta especie de testamento, tienen por objeto determinar las solemnidades y requisitos que garanticen que contienen la expresión fiel y verdadera de la última voluntad del testador.

El artículo 3,768 del Código Civil, ordena que el testamento público abierto se dicte de un modo claro y terminante por el testador, en presencia de tres testigos y el notario; y que éste redacte las cláusulas y las lea en voz alta, para que el testador manifieste si está conforme; y que si lo estuviere firmen todos el instrumento, asentándose el lugar, la hora, el día y el año en que hubiere sido otorgado.<sup>2</sup>

Si el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, debe dar lectura á su testamento para cerciorarse que contiene la expresión exacta de su voluntad; y si no supiere ó no

<sup>1</sup> Art. 3,485, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,499, Cód. Civ. de 1884.

pudiere hacerlo, debe designar una persona que lo lea en su nombre; pues como dice Díaz Ferreira, comentando el artículo 1,917 del Código Portugués, de donde está tomada la regla que antecede, sancionada por el artículo 3,772 de nuestro Código Civil, la lectura hecha por tercera persona da más garantía que la hecha por el notario, porque no es fácil que esté coludida con éste para que uno no escriba lo que se le dicte y el otro no lea lo que debiera estar escrito.<sup>1</sup>

Aunque el artículo 3,772 del Código no lo dice, creemos que el testador sordo no puede encargar la lectura del testamento á alguno de los testigos, porque la función del lector que desempeña en lugar de aquél ó del notario es incompatible con el cargo de testigo, que tiene por la ley otra misión que ejercer.

En efecto: la misión de los testigos es, como hemos dicho antes, garantizar con su presencia el cumplimiento de todas las formalidades establecidas por la ley y la libre expresión de la voluntad del testador; y tal es el motivo por el cual no le es permitido firmar en lugar de éste, cuando no puede hacerlo ó no sabe escribir, sino que debe intervenir otro testigo más que ha de firmar á su ruego, según expresamente lo ordena el artículo 3,770 del Código Civil.<sup>2</sup>

En confirmación de lo expuesto viene también el artículo 3,771 del mismo Código que declara, que en caso de extrema urgencia, y no pudiendo ser llamado otro testigo, firmará por el testador uno de los instrumentales; haciéndose constar esta circunstancia.<sup>3</sup>

Es decir, que la ley quiere que siempre y en todo caso desempeñen las funciones exclusivas que les ha confiado, y que no permite que ejerzan alguna otra distinta de ellas.

<sup>1</sup> Art. 3,503, Cód. Civ. de 1884; Tomo I. pág. 339.

<sup>2</sup> Art. 3,501, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,502, Cód. Civ. de 1884.

De los términos del artículo 3,771 del Código, se infiere que no basta para la validez del testamento que se otorgue ante el notario y los tres testigos mencionados, sino que es además necesaria la concurrencia de los testigos instrumentales, esto es, de las dos personas que, conforme á la ley orgánica del Notariado, deben concurrir con el notario al otorgamiento de todo instrumento público.

El Código prevé el caso en que no sea posible obtener testigos que reúnan todos los requisitos que ella exige, y por tal motivo establece en el artículo 3,769, que si alguno de los testigos no supiere escribir, debe firmar otro de ellos por él; pero cuando menos deberá constar la firma entera de dos testigos.<sup>1</sup>

Esta es una excepción establecida por la ley en beneficio del testador y para aquellos casos urgentes en que la premura del tiempo no permite buscar otro testigo que sepa escribir; pues no sería justo que por tal motivo se anulara el testamento, quitando á la voluntad del testador, clara y libremente expresada, todo valor jurídico.

Pero tal excepción está permitida á condición de que uno de los otros testigos firme por el que no sabe escribir, y se haga constar esta circunstancia por el notario; pues la falta de la firma de uno de los testigos y de la constancia mencionada, produciría la nulidad del testamento.

Todas las formalidades que hemos enumerado se han de practicar acto continuo, y el notario debe dar fe de que se han llenado; pues si falta alguna de ellas, queda el testamento sin efecto, y aquel funcionario es responsable de los daños y perjuicios, é incurre además en la pena de pérdida de oficio (arts. 3,773 y 3,774, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

La práctica acto continuo de las mencionadas formalida-

<sup>1</sup> Art. 3,500, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,504 y 3,505, Cód. Civ. de 1884.

des es lo que constituye la unidad llamada de *contesto*, ó unidad del acto, que, como hemos dicho, consiste en la práctica no interrumpida de aquéllas.

No debe entenderse esta justa exigencia de la ley en términos estrictos y rigurosos, pues lo que ésta quiere es que no se interrumpa la confección del testamento para otorgar otro ó una escritura de compra-venta, etc.; pero no impide que se suspenda aquélla algunos instantes para satisfacer una necesidad urgente, por ejemplo, administrar una medicina al testador que se halla enfermo, ó para darle un poco de reposo.<sup>1</sup>

Esta teoría está fundada no sólo en la opinión unánime de los autores, sino también en los preceptos del derecho Romano, como puede verse en la ley 28, lib. IV, tít. IV, del Código de Justiniano, y en los de nuestra antigua legislación, pues la ley 3.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, Partida VI dice, refiriéndose á la unidad del acto necesaria para la validez del testamento: «Fueras ende, si lo ouiesen (los testadores) a facer por cosa que non pudiessen excusar, asi como si el dolor de la enfermedad los cuytase en aquella sazón; si ouiesen entonce gran menester de comer, ó de beuer, o de venir a facer otra cosa, que naturalmente no pudiessen excusar. Ca por qualquier de estas razones, bien podria el facedor del testamento partir mano de lo que había comenzado, fasta que aquel embargo passasse, e de si tornar lo acabar.»

El notario debe dar fe, para dar un carácter de autenticidad completa al acto, que todas las formalidades prescritas por la ley fueron cumplidas; y por lo mismo, debe especificarlas, pues si se limitase á decir que tales formalidades se cumplieron, sin mencionarlas circunstanciadamente, no habría la seguridad de que se observaron una por una.

<sup>1</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 416; Demolombe, tomo XXI, núm. 390; Aubry y Rau, tomo VII, § 671, pág. 138; y todos los autores.

Además, la falta de alguna de las referidas solemnidades produce la nulidad del testamento, como hemos visto, y no puede probarse que no faltó ninguna, si no es que el notario certifique, mencionándolas una por una, que todas fueron cumplidas.

Resumiendo lo expuesto, resulta que el testamento público abierto debe otorgarse con las siguientes solemnidades, bajo la pena de nulidad:

1.<sup>o</sup> Dictado de su última voluntad por el testador al notario, en presencia de tres testigos:

2.<sup>o</sup> Redacción por escrito del testamento por el notario:

3.<sup>o</sup> Lectura del testamento en voz alta por el notario, para que el testador manifieste si está conforme con él:

4.<sup>o</sup> Firma del testamento por el testador los testigos y el notario:

5.<sup>o</sup> Expresión del lugar, del día, hora, mes y año en que se otorga el testamento:

6.<sup>o</sup> Expresión de la circunstancia de haber firmado otra persona por el testador por imposibilidad ó por no saber escribir:

7.<sup>o</sup> La misma expresión cuando alguno de los testigos no supiere escribir:

8.<sup>o</sup> Certificación del notario de que el testamento se otorgó en un solo acto y de que se llenaron todas las formalidades exigidas por la ley, enumerándolas.

Todas estas exigencias, todas estas formalidades, no tienen otro objeto que garantizar la autenticidad de la voluntad del testador y evitar que sea suplantada fraudulentamente por el notario ó con otras personas coludidas con él.

## III.

## DEL TESTAMENTO PUBLICO CERRADO.

El testamento cerrado es aquel, según se infiere de los términos del artículo 3,755 del Código Civil, que se otorga presentando el testador al notario, delante de los testigos que designa la ley, un pliego cerrado en el cual asegura se halla contenida su última voluntad.<sup>1</sup>

La naturaleza peculiar de este testamento ha producido la necesidad de que la ley someta su validez á la concurrencia de los siguientes requisitos especiales:

1º Que se haga por escrito y que esté firmado por el testador si sabe y puede hacerlo:

2º Que, cerrado, y sin dar á conocer su contenido, se presente á un notario ante tres testigos:

3º Que sobre la cubierta del testamento consten la fe que el notario da de la presentación y las firmas de éste, del testador y de los testigos.

El primer requisito fué establecido por la legislación Romana y reproducido por la española, pues la ley 1ª, tít. 1º, Partida VI dice, refiriéndose al testamento cerrado, llamado *in scriptis*, y á la forma de su otorgamiento: «E sin non supiere (el testador) ó non pudiere escrebir, bien lo puede facer otro por mandado del;» y la ley 2ª repite, «que el testador debe escrebir el testamento, e si non llamar qualquier, en quien se fie e mandégelo escrebir.»

La facultad á que se refieren estos preceptos ha sido expresamente sancionada por el artículo 3,775 del Código Ci-

1 Art. 3,486, Cód. Civ. de 1884.

vil que declara, que el testamento cerrado puede ser escrito por el testador ó por otra persona á su ruego y en papel común.<sup>1</sup>

Este precepto deja al testador la más amplia facultad para otorgar su testamento, y por tanto, puede escribirlo él mismo, hacerlo escribir por otro ó por otros, y firmarlo solamente; y ni aun sobre la elección de la persona que pueda escribir, señala restricción alguna; puede, en fin, valerse de un hombre, de una mujer ó de un niño.<sup>2</sup>

En consecuencia, podemos establecer que el testamento cerrado se puede escribir por dos personas distintas, y aun por el heredero ó legatario instituídos en él; pues siendo permitido al testador hacer escribir su testamento por la persona que juzgue á propósito, la ley no limita el número de personas ni establece nada acerca de la que haya de escribirlo; y es sabido que es lícito y permitido todo aquello que la ley no prohíbe expresamente.<sup>3</sup>

Además, debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere ó no pudiere, podrá rubricar y firmar otra persona á su ruego; pero en tal caso la persona que haya rubricado y firmado por el testador, debe concurrir con él á la presentación del pliego cerrado, y el testador debe declarar que aquella persona rubricó y firmó en su nombre (arts. 3,776 y 3,778, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

De lo expuesto se infiere, que se pueden verificar tres hipótesis respecto de la escritura del testamento:

1 Art. 3,706, Cód. Civ. de 1884.

2 Dalloz, Repertoire, V. Dispositions testamentaires, núms. 3,249 y 3,240; Marcadé, tomo IV, núm. 42; Toullier, tomo V, núm. 466; Troplong, Des Donations, tomo III, núm. 1,620; Laurent, tomo XIII, núm. 291; Thiry, tomo II, núm. 408; Aubry y Rau, tomo VII, § 671; Demolombe, tomo XXI, núm. 333; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,123.

3 Rolland de Villargues, Dictionnaire, V. Testament, núm. 254; Gutiérrez Fernández, tomo III, pág. 149, y los autores citados.

4 Arts. 3,507 y 3,509, Cód. Civ. de 1884.

1ª Que el testador escriba, rubrique y firme las hojas y el pie del testamento:

2ª Que el testamento sea escrito por tercera persona y firmado y rubricado por el testador:

3ª Que el testamento sea escrito y firmado y rubricado por tercero á ruego y por encargo del testador, por no saber firmar ó por imposibilidad para hacerlo.

Pero hay que advertir que en la última hipótesis permite la ley que otra persona rubrique y firme el testamento en nombre del testador, sólo en el caso de que no pueda ó no sepa hacerlo éste: de donde se infiere que, si sabe y puede firmar, no tiene facultad para dejar de hacerlo y autorizar otra persona para que rubrique y firme en su nombre, y que si tal hiciere será nulo el testamento.

Es también condición indispensable en esta hipótesis, sin la cual sería nulo el testamento, que el testador presente éste al notario concurriendo con la persona que rubricó, y firmó en su nombre, y que declare que ésta ejecutó tales actos y que firme con ella, si ha cesado la imposibilidad que tenía, en la cubierta del testamento, ante dicho funcionario.

Fácilmente se comprende que la firma al calce del testamento y la rúbrica en cada una de sus hojas tienen por objeto darle autenticidad al documento y evitar que se suplante la voluntad del testador. Pero á nuestro juicio solamente la firma es esencial para la validez del testamento, y por tanto, la falta de la rúbrica en cada una de las hojas no produce su nulidad, como procuraremos demostrarlo después.

El segundo de los requisitos indicados es creación del derecho Romano, del cual pasó á nuestra legislación antigua y al Código Civil; y tiene por objeto darle autenticidad al testamento, mediante la fe del notario y la intervención de los testigos, para evitar los fraudes.

El acto de la presentación al notario en presencia de los

testigos, constituye la solemnidad del testamento cerrado, y le confiere el carácter de autenticidad que resulta necesariamente del reconocimiento positivo que en ese acto hace el testador del mismo testamento.

Antes de la presentación es un simple proyecto, pues ella es la que le imprime el carácter de un verdadero testamento; sin que por esto deba entenderse que esa misma solemnidad constituye por sí misma el otorgamiento de la última voluntad, porque es solamente la declaración solemne que hace el testador de que el pliego cerrado que presenta contiene su testamento.

De donde se infiere que la presentación del testamento al notario, en presencia de los testigos, es un acto absolutamente distinto del testamento.

En efecto: el testamento cerrado se compone de dos partes distintas; una que contiene la expresión de la última voluntad y que es obra del testador; y la otra que consiste en la acta que levanta el notario haciendo constar el hecho de la presentación del testamento ante él y los testigos con las formalidades requeridas por la ley para garantizar su identidad.

La presentación y el testamento son, pues, dos actos distintos que no deben confundirse, porque el primero es un acto público, recibido por el notario en presencia de los testigos; y el segundo un acto secreto, cuyas disposiciones son, por regla general, ignoradas del notario y los testigos. Estos y el notario no son testigos del testamento, sino de su presentación y de la declaración hecha por el testador, acerca de que el pliego que presenta contiene su última voluntad, pero que no contiene ninguna disposición.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Dalloz, Repertoire, V. Dispositions Testamentaires, núm. 3,228; Toullier, tomo V, núm. 464; Thiry, tomo II, núm. 407; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,128.

De esta distinción se infiere la consecuencia importante de que el testamento propiamente dicho no está sujeto á ninguna solemnidad que sea esencial, y cuyo defecto produzca su nulidad; sino que depende, de la manera más absoluta, de la voluntad del testador, darle la forma que mejor le parezca, escribirlo personalmente, valiéndose de otra persona, cualquiera que ella sea, para que lo escriba, en todo ó en parte, sin otra restricción que la de firmar al calce del testamento, y si no pudiere ó no supiere, que otra persona lo haga á su ruego, circunstancia que debe hacer constar con el firmante al presentar el pliego cerrado al notario.

Por el contrario, el acto de la presentación debe estar revestido de todas las solemnidades requeridas por la ley, y la ausencia de alguna de ellas invalida el testamento, según expresamente lo declara el artículo 3,788 del Código Civil; y el notario es responsable de los daños y perjuicios é incurre en la pérdida de oficio.<sup>1</sup>

Las solemnidades á que se refiere el precepto citado son las siguientes:

1.<sup>a</sup> El papel en que esté escrito el testamento, ó el que le sirva de cubierta, debe estar cerrado y sellado, ó lo debe hacer cerrar y sellar el testador en el acto de la presentación (art. 3,778, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

2.<sup>a</sup> El testador debe presentar el testamento al notario, en los términos indicados, en presencia de tres testigos (art. 3,779, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

3.<sup>a</sup> Al hacer la presentación debe declarar el testador, que en el pliego que exhibe está contenida su última voluntad (art. 3,779, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

1 Art. 3,515, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,509, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,510, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,510, Cód. Civ. de 1884.

4.<sup>a</sup> El notario debe dar fe del otorgamiento, expresando las formalidades enunciadas, y asentar esa constancia en la cubierta del testamento, que llevará la estampilla del timbre correspondiente; y debe ser firmada por el testador, si supiere ó pudiere, y en caso contrario, por otra persona en su nombre y en su presencia, los testigos y el notario, quien además debe poner su sello (arts. 3,780 y 3,782, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Hay que advertir que ninguno de los testigos puede firmar en nombre del testador, y que si alguno de ellos no supiere firmar, se debe llamar otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas (arts. 3,781 y 3,782, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Sin embargo, esta regla sufre excepción en caso de suma urgencia, pues entonces puede firmar uno de los testigos, ya sea por el que no puede hacerlo, ya por el testador; pero el notario tiene obligación de hacer constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (art. 3,783, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Todos estos requisitos son de tal manera necesarios, que la falta de algunos de ellos produce un vicio capital en el testamento y lo invalida; pues en tanto se reputa el testamento cerrado como la voluntad del testador, en cuanto así lo declara solemnemente ante el notario y los testigos, y se evitan los medios de una suplantación dolosa, que no es la expresión de esa voluntad. Si no media la solemnidad requerida por la ley; si se dejan las puertas abiertas al fraude, omitiendo los medios de precaución que exige, falta absolutamente la seguridad de que el testamento contenga la

1 Arts. 3,511 y 3,513, Cód. Civ. de 1884. Reformado el primero de estos preceptos en lo que se refiere á la sustitución del papel sellado por las estampillas del timbre correspondiente.

2 Arts. 3,512 y 3,513, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,514, Cód. Civ. de 1884.

expresión de la deliberada voluntad del testador, y por lo mismo, no se le debe reputar como tal.

Además de los requisitos expresados es necesario que la presentación del pliego cerrado y sellado que contiene el testamento se haga, como hemos dicho, al notario ante tres testigos, y que ese funcionario levante el acta respectiva en un solo acto y sin interrupción alguna, esto es, debe practicar las diligencias que le encomienda la ley de continuo, que es lo que en el tecnicismo del derecho se designa con el nombre de unidad de contesto.

Este requisito es tanto más necesario en el testamento cerrado cuanto que en él es más fácil la suplantación de la voluntad del testador, sustituyendo el pliego que la contiene por otro; y tal peligro se hace más difícil cuando no se llenan todas las formalidades acto continuo y sin interrupción alguna.

Por regla general, son hábiles para otorgar testamento cerrado todos aquellos que lo sean para disponer de sus bienes por acto de última voluntad. Sin embargo, la ley ha establecido las siguientes excepciones, que se derivan de la naturaleza peculiar de esa especie de testamento:

1.<sup>a</sup> Los que no saben ó no pueden leer, son inhábiles para hacer testamento cerrado (art. 3,784, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Los sordo-mudos que no saben leer y escribir.

La primera excepción se ha establecido para que si el testador no sabe ó no puede escribir y ocurre al servicio de otra persona para que le escriba el testamento, pueda asegurarse de que ha sido consignada con toda exactitud su última voluntad, y para que pueda presentar lo escrito al notario y los testigos, afirmando con toda conciencia que contiene sus últimas disposiciones.

<sup>1</sup> Art. 3,515, Cód. Civ. de 1881.

De esta consideración infieren los autores que la ley entiende por saber leer, la facultad del testador de leer la letra manuscrita; y en consecuencia, que los individuos que no saben ó no pueden leer manuscritos no pueden hacer testamento cerrado.<sup>1</sup>

En consecuencia, podemos establecer que no pueden otorgar testamento de esta especie las personas que no saben leer y aquellas que, habiendo aprendido, han perdido esa facultad á causa de una enfermedad, como los ciegos.

Pero el debilitamiento que en la vista produce la edad en los ancianos, no impide á éstos otorgar testamento cerrado; porque no basta que el testador tenga dificultad para leer para que sea incapaz de disponer de sus bienes en la forma indicada, sino que es necesario que esté afectado de una imposibilidad absoluta.<sup>2</sup>

En cuanto á la segunda excepción, la ley la limita por la misma causa que la primera, á los sordo-mudos que no saben leer y escribir, y por lo mismo, les permite otorgar testamento cerrado, llenando los requisitos siguientes:

1.<sup>o</sup> Que el testamento esté todo escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al notario ante cinco testigos escriba á presencia de todos sobre la cubierta, que en aquel pliego se contiene su última voluntad, y va escrita y firmada por él (art. 3,785, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

2.<sup>o</sup> Que el notario declare en el acta de la cubierta, que el testador lo escribió así, llenándose los demás requisitos que para el otorgamiento de los testamentos cerrados exige la ley (art. 3,785, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

3.<sup>o</sup> Que si el testador no puede firmar la cubierta lo haga

<sup>1</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 424; Demolombe, tomo XXI, núm. 393; Duranton, tomo IX, núm. 135, etc.

<sup>2</sup> Laurent, loco citato.

<sup>3</sup> Art. 3,516, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,516, Cód. Civ. de 1884.

otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos, si no es en caso de suma urgencia, lo cual hará constar expresamente el notario, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (art. 3,786, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Todos estos requisitos tienen por objeto acreditar la autenticidad del testamento y la capacidad legal del testador para disponer de sus bienes; pues siendo un requisito indispensable que aquél declare ante el notario y los testigos que el pliego que presenta contiene su última voluntad, y no pudiendo hacer esa declaración oral, ha sido preciso sustituirla por la escrita, que produce el mismo efecto que aquélla.

Además, no siendo posible saber si la inteligencia del testador se halla sana, y si tiene pleno conocimiento de lo que hace, la exigencia de la ley obligándole á escribir de su puño y letra todo el testamento, presta ocasión para descubrir si tiene capacidad para testar.

Todos los comentaristas del Código Francés, cuyo artículo 979 sanciona los mismos principios y exige los mismos requisitos para la validez de los testamentos cerrados otorgados por los sordo-mudos, sostienen que entre ellos se exige uno, cuya necesidad no está justificada ni puede justificarse de ninguna manera. Tal requisito, que consiste en la necesidad, ó más bien dicho, en la obligación que tiene el testador de fechar el testamento, es estimado por los autores innecesario, porque ninguna relación tiene con la enfermedad del testador, y porque si no es un requisito esencial para la validez del testamento cerrado que otorga cualquiera otra persona, supuesto que se hace constar la fecha en la acta de presentación al notario y los testigos, no hay

<sup>1</sup> Art. 3,517, Cód. Civ. de 1884.

una causa suficiente que obligue á exigirlo cuando el otorgante es sordo-mudo.<sup>1</sup>

El que sólo sea sordo ó sólo mudo, puede hacer testamento cerrado, según el artículo 3,787 del Código Civil, á condición de que esté escrito de su puño y letra; ó si ha sido escrito por otro, lo anote así el testador, y firme la nota de su puño y letra, sujetándose á las demás solemnidades precisadas para esta clase de testamentos.<sup>2</sup>

Creemos que el precepto indicado establece un principio notoriamente racional y justo, pero que no se halla en perfecta armonía con aquellos que se refieren al testamento cerrado del sordo-mudo, los cuales estimamos de severidad inusitada.

¿Qué razón existe para que el mudo que oye pueda otorgar su testamento cerrado haciendo que otra persona lo escriba, y para que el sordo-mudo no pueda usar de la misma facultad?

En vano se buscará la razón de la diferencia, pues el mismo motivo que existe para que se autorice al que sólo es mudo para que otorgue su testamento escrito por otra persona, haciéndolo constar así por medio de una nota firmada de su puño y letra, existe también para que el sordo-mudo gozara de igual facultad.

Podrá objetarse que este último carece del oído, y por lo mismo su inteligencia y sus ideas son más limitadas; pero la misma razón podría alegarse para prohibirle la facultad de otorgar testamento cerrado; pues el hecho de que lo escriba de su puño y letra no demuestra por sí sólo que sus conocimientos y sus ideas hayan tenido el desarrollo que en el común de los hombres.

<sup>1</sup> Laurent, tomo XIII, núm. 422; Demolombe, tomo XXI, núm. 405; Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,070, etc., etc.

<sup>2</sup> Art. 3,518, Cód. Civ. de 1884.

La verdad es que no puede justificarse de ninguna manera la diferencia que el Código establece entre los sordomudos y los que sólo son mudos; y que si éstos tienen facultad de otorgar testamento cerrado escrito por otra persona, de la misma facultad deberían disfrutar aquéllos.

Hemos dicho antes que, á nuestro juicio, solamente es esencial, para la validez del testamento cerrado la firma del testador, y por tanto, que la falta de la rúbrica en la hoja de aquél no produce su nulidad. Pues bien, esta teoría es de muy fácil demostración, por más que parezca contraria al artículo 3,788 del Código, que declara, que el testamento cerrado que carece de alguna de las formalidades á que se refieren los preceptos anteriores, es nulo.<sup>2</sup>

En efecto: por formalidades, palabras que emplea el artículo 3,788 del Código Civil, se entienden las condiciones, términos y expresiones que se requieren para que un acto ó instrumento público sea válido ó perfecto; y como instrumento público es todo escrito autorizado por un funcionario público, en los negocios concernientes á su empleo, ó lo que es lo mismo, el documento otorgado con las solemnidades correspondientes, ante el escribano público, autorizado para dar fe del acto; se infiere que las formalidades á que se refiere el precepto mencionado son, jurídicamente hablando, las condiciones y solemnidades necesarias para que un instrumento sea válido y perfecto.<sup>2</sup>

Vienen en apoyo de esta tesis los siguientes conceptos de Manreza y Reus, quienes refiriéndose á los instrumentos públicos dicen: «Ya hemos indicado antes que escrituras públicas son todas las que se otorgan ante escribanos, legalmente autorizados para ello, *las que son fechas por mano de escribano público*; como dice la ley 1<sup>a</sup>, tít. 18, Parti-

1 Art. 3,519, Cód. Civ. de 1884.

2 Esriche, Diccionario, V. Formalidades; Manreza y Reus, tomo II, pág. 252.

da III, y tienen por objeto consignar un contrato, un testamento, ó cualquiera otro de los actos que los hombres celebran en ejercicio de sus derechos civiles. Pero no basta que la escritura sea otorgada ante escribano público para que se tenga por pública, á fin de que produzca los efectos de tal; es absolutamente indispensable que haya sido otorgada, *con arreglo á derecho*, con las solemnidades y circunstancias que las leyes exigen para su validez.»<sup>1</sup>

Si el testamento cerrado no es un instrumento público antes de su presentación al notario y los testigos; si adquiere esa calidad por la declaración que el testador hace de que el pliego que exhibe contiene su última voluntad y la fe que el notario debe dar del otorgamiento, asentando la respectiva constancia sobre la cubierta, con las formalidades legales; y si, por último, éstas se refieren á la declaración del testador, y al modo de cerrar y sellar el testamento; es claro que las formalidades á que se contrae el artículo 3,788 del Código Civil, cuya omisión castiga con la pena de nulidad, son las que se refieren á la solemnidad del acto notariado, del acto por el cual se convierte el proyecto de testamento, hecho por el testador, en un instrumento público.

Además, la letra de ese precepto, que por su extrema sencillez y claridad no necesita interpretación, demuestra con toda evidencia que la sanción penal que trae consigo no se refiere de ninguna manera á las omisiones del testador, sino á las del notario, á quien constituye responsable de los daños y perjuicios y le impone la pena de la pérdida de oficio.

Entender ese precepto de otra manera, es atribuirle un carácter absurdo y notoriamente injusto, porque es supo-

1 Tomo II, pág. 254.

ner que castiga en la persona del notario la omisión del testador, la cual le es imposible evitar, supuesto que, siendo el testamento cerrado, ignora su contenido y las irregularidades con que haya sido expresada su última voluntad.

Se podrá objetar en contra, diciendo que el artículo 3,664 del Código Civil, dice que es nulo el testamento cuando se otorga en contravención á lo dispuesto en el título III, libro IV del mismo Código; y como el artículo 3,776, comprendido en el capítulo III del título y libro citados, previene que las hojas del testamento cerrado estén rubricadas por el testador, se infiere lógicamente que es nulo el testamento al cual le falte ese requisito.<sup>1</sup>

Pero esta consecuencia es falsa, porque el artículo 3,664 contiene una regla general, aplicable á todos los testamentos, modificada por el artículo 3,788 que señala los límites, esto es, los únicos casos en que es aplicable á los testamentos cerrados. De donde se infiere que no se puede considerar, respecto de éstos aisladamente, la regla contenida en el primero de dichos preceptos, sino concordada con el segundo.

Que así debe ser, nos lo demuestra el hecho de que lo mismo acontece respecto del testamento público abierto, pues el artículo 3,774 señala los casos en que es nulo ese testamento, y la pena en que incurre el notario por la nulidad, sin que en los demás capítulos del Código, que se refieren á la forma de los demás testamentos, se encuentre un solo precepto que tenga igual sanción.<sup>2</sup>

Resumiendo lo expuesto, resulta que el artículo 3,664 contiene una regla general para todos los testamentos, y que los artículos 3,774 y 3,788 contienen las excepciones de esa regla, en los testamentos públicos abiertos el primero, y

<sup>1</sup> Arts. 3,471 y 3,507, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,505, Cód. Civ. de 1884.

en los cerrados el segundo, limitándola á los actos notariados, á las formalidades y requisitos esenciales para la validez del testamento público, y por tanto, que [no es cierto que la falta de rúbrica del testador, en cada una de las hojas del testamento importe la nulidad de éste.

Esta consecuencia se hace más perceptible, si se considera que la rúbrica del testador no es de esencia del testamento cerrado, sino un requisito secundario que tiene por objeto proporcionar un medio más de seguridad contra las suplantaciones.

De otra manera resultaría que la circunstancia verdaderamente secundaria, que en nada afecta á la esencia del testamento, sería bastante para invalidar á éste, á pesar de que en él se hubieren observado todas, sin excepción alguna, las solemnidades legales, y que sería nulo y de ningún valor, aunque apareciera escrito de puño y letra del testador, firmado por él, en el pliego cerrado y sellado, y con la constancia de la fe del notario, sobre la cubierta, subscripta por él, los testigos y el testador, de la declaración hecha ante ellos, de contener su última voluntad el indicado pliego, si falta su rúbrica en todas ó en alguna de las hojas.

La ley no ha querido semejante consecuencia, y sólo ha señalado sanción penal para las solemnidades que son esenciales para la validez del acto notariado, que da al testamento cerrado el carácter de escritura pública.

Cerrado y autorizado el testamento, se debe entregar al testador, poniendo el notario razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fué autorizado y entregado. La omisión del requisito enunciado, no anula el testamento; pero hace incurrir al notario en la pena de suspensión de oficio por seis meses (arts. 3,789 y 3,790, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,520 y 3,521, Cód. Civ. de 1884.

Esta excepción á la regla general, comprendida en el artículo 3,664, se explica fácilmente, si se tiene en cuenta que la razón en el protocolo no es de esencia del testamento, que éste está contenido en la cubierta que lleva el acto notariado, subscripto por el testador, el notario y los testigos, y que la anotación del protocolo ni le quita ni le da eficacia alguna á ese acto, y sólo sirve para investigar, en caso necesario, el paradero del testamento.

El testador puede conservar el testamento en su poder, ó darlo en guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en el archivo judicial; y en este último caso, debe presentarlo al encargado de esa oficina, quien debe hacer asentar en el libro que con ese objeto ha de llevar, una razón del depósito y entrega, que firmará con el testador, á quien dará copia autorizada de ella (arts. 3,791 y 3,792, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La presentación y el depósito se pueden hacer también por procurador, con poder en forma, que debe hacerse constar en escritura pública, circunstancia que debe constar en la nota respectiva; y el poder debe quedar unido al testamento (arts. 3,793 y 3,795, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

El testador puede, personalmente ó por medio de procurador, retirar cuando le parezca su testamento; pero la devolución debe hacerse con las mismas solemnidades que la entrega, asentándose en el libro respectivo razón de la devolución, que debe ser firmada por el encargado del archivo y el testador ó su apoderado, con la debida expresión de que éste tiene poder otorgado por escritura pública (arts. 3,794 y 3,795, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

La Exposición de motivos justifica los preceptos relativos al depósito del testamento cerrado en los términos si-

1 Arts. 3,522 y 3,523, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,524 y 3,526, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 3,525 y 3,526, Cód. Civ. de 1884.

guientes: “Como en algunos casos podrá ser útil al testador, para mejor asegurar el secreto de sus disposiciones y evitar las asechanzas de los que intenten sustraerla ó descubrirla, tener el testamento depositado en lugar público, se dan reglas pormenorizadas, se determinan por quién y con qué carácter se puede hacer el depósito; el lugar donde éste se ha de hacer, el modo de retirarlo cuando así convenga al testador, y por último, los requisitos del poder, así para la entrega como para la extracción del testamento.”

Creemos que además de la razón de conveniencia, por el secreto del testamento, hay otra no menos poderosa que justifica los principios que establece el Código respecto del depósito en el archivo judicial, que se funda en la seguridad que por este medio obtiene el testador, evitando que se pierda el testamento, accidente tanto más lamentable y de más graves consecuencias, cuanto que, á diferencia del testamento abierto, cuyo original queda en el protocolo del notario ante quien se otorga, del cual se pueden tomar cuantas copias fueren necesarias, del cerrado sólo queda una simple acta de presentación, se ignora su contenido, y es imposible reponerlo en caso de extravío.

Invadiendo el Código Civil el terreno que es propio del Código de Procedimientos, establece las reglas y solemnidades que se deben observar en la apertura del testamento cerrado, necesarias para su protocolización y para que alcance la categoría de un documento público, las cuales vamos á exponer brevemente.

El testamento cerrado debe ser presentado al juez de primera instancia, quien desde luego debe llamar á su presencia al notario y á los testigos que concurrieron á su otorgamiento, á fin de que reconozcan sus firmas y la del testador ó la de la persona que por éste hubiere firmado, y

declaren si en su concepto está cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega. Sin llenar este requisito no puede ser abierto el testamento (arts. 3,796 y 3,797, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Si no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad ó ausencia, basta el reconocimiento de la mayor parte y del notario; y si por iguales causas no pueden comparecer el notario, la mayor parte de los testigos ó ninguno de ellos, el juez lo debe hacer constar así por información testimonial, como también la legitimidad de las firmas, y que en la fecha que lleva el testamento, se encontraban aquéllos en el lugar en que éste se otorgó. Pero en todo caso, los que comparezcan deben reconocer sus firmas (arts. 3,798 á 3,800, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Complementando el Código de Procedimientos las reglas anteriores ordena, que reconozcan separadamente sus firmas y el pliego que contenga el testamento, estando presente el Ministerio público, y que practicadas las diligencias enunciadas, el juez, en presencia del notario, de los testigos, del Ministerio público y del secretario, abra el testamento, lo lea para sí, le dé después lectura en voz alta, omitiendo lo que deba permanecer secreto; y que se firme en seguida el acta respectiva por los que hayan intervenido en la diligencia, y que se selle el testamento con el sello del juzgado, y se rubrique por el juez y secretario, designando aquel funcionario el registro en el cual deba hacerse la protocolización. (arts. 2,161 y 2,162).<sup>3</sup>

Para la práctica de todas las diligencias que acabamos de exponer, es preciso que se demuestre el fallecimiento del testador, mediante la presentación con el testamento

1 Arts. 3,527 y 3,528, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,529 á 3,531, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 1,949 y 1,951, Cód. Proced. de 1884.

del acta de defunción, pues si la ley permite que los individuos otorguen sus últimas disposiciones en testamento cerrado, es tan sólo para concederles la garantía de que aquéllas permanezcan secretas hasta el momento de la muerte; y no se obtendría tal resultado si se permitiera la apertura antes de ese acontecimiento.

El testamento cerrado queda sin efecto, ó lo que es lo mismo, es nulo y de ningún valor, siempre que se encuentre roto el pliego interior, ó abierto el que forma la cubierta, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso; porque la ruptura del pliego demuestra que el testador cambió de voluntad y por tal motivo lo destruyó, y porque la apertura de la cubierta y la alteración de las firmas hacen presumir una suplantación de la voluntad de aquél, que no debe merecer el apoyo de las autoridades ni la sanción de la ley.

El que otorga un testamento cerrado lo conserva en su poder, ó bien lo deposita en poder del notario que lo autoriza ó de persona de su confianza. Pues bien, ya hemos dicho que el notario ó esa persona, tienen, según el artículo 3,766 del Código Civil, la indeclinable obligación de dar aviso á los interesados, haciéndoles saber que tienen en guarda ese documento luego que tengan noticia del fallecimiento del testador.<sup>1</sup>

Pero el artículo 3,803 es aún más explícito sobre el particular, pues ordena que toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como está prevenido en el precepto antes citado, ó lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que

1 Art. 3,504, Cód. Civ. de 1884.

podiera tener, sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal.<sup>1</sup>

De la combinación de los preceptos citados resulta, que son dos los hechos previstos y castigados por ellos: primero, la simple morosidad del depositario del testamento, que no lo entrega ó no da aviso oportuno á los interesados tan luego como tiene noticia del fallecimiento del testador, hecho que se castiga con la pena de pagar el importe de los daños y perjuicios que cause por la dilación; y segundo, la sustracción dolosa de dicho documento de los bienes del testador, que castiga el segundo de dichos preceptos con la pérdida del derecho de heredar al testador, si fuere el depositario heredero legítimo, más con la pena que establece el Código Penal.

Como la sustracción fraudulenta de un testamento de entre los bienes del testador no es más que un robo, el autor de ese atentado incurre en la pena de dos años de prisión con que el artículo 383 del Código Penal castiga el robo de unos autos civiles, ó de algún otro documento ó protocolo, ó que contenga obligación, liberación ó trasmisión de derechos.

Ese precepto del Código Penal es exactamente aplicable al caso á que nos referimos, supuesto que se trata de un robo, que el testamento es, jurídicamente hablando, un documento, y contiene trasmisión de derechos, los que tiene el testador al tiempo de su muerte.

<sup>1</sup> Art. 3,534, Cód. Civ. de 1884.

## IV

## DEL TESTAMENTO PRIVADO.

Dijimos al principio de este estudio, que la diferencia que existe entre el testamento público y el privado, consiste en que el primero se otorga ante notario y en papel con el timbre correspondiente, y el segundo, sin la concurrencia de esos requisitos, y que el otorgamiento de éstos se permite sólo por excepción; de donde se infiere, que no es lícito cuando el testador no se encuentra en las circunstancias especiales previstas por la ley, y que si se otorga fuera de ellas carece de toda eficacia.

La razón es perfectamente clara y perceptible: esos testamentos están más expuestos que ninguno otro á la falsificación, por no intervenir en ellos un funcionario público, y tienen además la desventaja de la publicidad de las disposiciones y la inestabilidad de la prueba por la muerte de alguno de los testigos.

Por tal motivo declara el artículo 3,804 del Código Civil, que el testamento privado sólo es permitido en los casos siguientes:<sup>1</sup>

- 1.º Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta, que amenace su vida de un modo inminente:
- 2.º Cuando se otorga en una población que está incomunicada por razón de epidemia, aunque el testador no se halle atacado de ésta:
- 3.º Cuando se otorga en una plaza sitiada:

<sup>1</sup> Art. 3,533, Cód. Civ. de 1884.

podiera tener, sin perjuicio de la que corresponda conforme al Código Penal.<sup>1</sup>

De la combinación de los preceptos citados resulta, que son dos los hechos previstos y castigados por ellos: primero, la simple morosidad del depositario del testamento, que no lo entrega ó no da aviso oportuno á los interesados tan luego como tiene noticia del fallecimiento del testador, hecho que se castiga con la pena de pagar el importe de los daños y perjuicios que cause por la dilación; y segundo, la sustracción dolosa de dicho documento de los bienes del testador, que castiga el segundo de dichos preceptos con la pérdida del derecho de heredar al testador, si fuere el depositario heredero legítimo, más con la pena que establece el Código Penal.

Como la sustracción fraudulenta de un testamento de entre los bienes del testador no es más que un robo, el autor de ese atentado incurre en la pena de dos años de prisión con que el artículo 383 del Código Penal castiga el robo de unos autos civiles, ó de algún otro documento ó protocolo, ó que contenga obligación, liberación ó trasmisión de derechos.

Ese precepto del Código Penal es exactamente aplicable al caso á que nos referimos, supuesto que se trata de un robo, que el testamento es, jurídicamente hablando, un documento, y contiene trasmisión de derechos, los que tiene el testador al tiempo de su muerte.

<sup>1</sup> Art. 3,534, Cód. Civ. de 1884.

## IV

## DEL TESTAMENTO PRIVADO.

Dijimos al principio de este estudio, que la diferencia que existe entre el testamento público y el privado, consiste en que el primero se otorga ante notario y en papel con el timbre correspondiente, y el segundo, sin la concurrencia de esos requisitos, y que el otorgamiento de éstos se permite sólo por excepción; de donde se infiere, que no es lícito cuando el testador no se encuentra en las circunstancias especiales previstas por la ley, y que si se otorga fuera de ellas carece de toda eficacia.

La razón es perfectamente clara y perceptible: esos testamentos están más expuestos que ninguno otro á la falsificación, por no intervenir en ellos un funcionario público, y tienen además la desventaja de la publicidad de las disposiciones y la inestabilidad de la prueba por la muerte de alguno de los testigos.

Por tal motivo declara el artículo 3,804 del Código Civil, que el testamento privado sólo es permitido en los casos siguientes:<sup>1</sup>

- 1.º Cuando el testador es atacado de una enfermedad tan violenta, que amenace su vida de un modo inminente:
- 2.º Cuando se otorga en una población que está incomunicada por razón de epidemia, aunque el testador no se halle atacado de ésta:
- 3.º Cuando se otorga en una plaza sitiada:

<sup>1</sup> Art. 3,533, Cód. Civ. de 1884.

4º Cuando en el lugar no hay notario ni juez que actúe por receptoría.

El examen de los únicos cuatro casos en que la ley permite el otorgamiento del testamento privado nos demuestra, que tales casos son verdaderamente excepcionales, que colocan al testador en la imposibilidad de ocurrir al notario, porque no lo hay en el lugar en que se halla, ó porque la situación especial de éste ó la urgencia por el peligro inminente de muerte.

Por tal motivo, declara el artículo 3,809 del Código, que el testamento privado sólo surte sus efectos, si el testador fallece de la enfermedad ó en el peligro en que se hallaba, ó dentro de un mes después que aquélla ó éste hayan cesado, pues entonces ya no existen las causas únicas que pueden autorizar su otorgamiento á fin de que el testador no se halle privado de la facultad de determinar de sus bienes para después de su muerte.<sup>1</sup>

El testamento privado debe otorgarse declarando el testador su última voluntad en presencia de cinco testigos idóneos, que uno de ellos ha de redactar; pero ni aun la redacción por escrito es necesaria, cuando ninguno de los testigos sabe escribir, y en los casos de suma urgencia, en los cuales basta también la presencia de tres testigos idóneos (arts. 3,805 á 3,807, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

En el otorgamiento del testamento privado se deben observar las mismas reglas que para el público abierto establece la ley, y en consecuencia, debe dictarse de un modo claro y terminante por el testador en presencia de los testigos, y el que de ellos lo escriba lo lea en voz alta, para que aquél manifieste si está conforme; y si lo estuviere deben firmar todos el testamento, anotándose el lugar, la hora, el día,

<sup>1</sup> Art. 3,540, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,536 á 3,538, Cód. Civ. de 1884.

el mes y el año en que hubiere sido otorgado (art. 3,808, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Si el testador fuere enteramente sordo, pero supiere leer, debe dar lectura á su testamento, para cerciorarse que contiene la expresión de su última voluntad; y si no supiere ó no pudiere hacerlo, debe designar una persona que lo lea en su nombre.

Si alguno de los testigos no supiere escribir, debe firmar otro de ellos por él, pero cuando menos, debe constar la firma entera de dos testigos; y si el testador no pudiere ó no supiere escribir, ha de intervenir otro testigo más, que firme á su ruego; pero si hubiere extremada urgencia, y no fuere posible llamar otro testigo, puede firmar uno de los presentes, por el testador, haciendo constar esta circunstancia.

Finalmente, todas estas formalidades se han de practicar acto continuo, ó lo que es lo mismo, en un solo acto, sin interrupción alguna, y en los términos en que hemos explicado al ocuparnos en el estudio de este requisito, en el testamento público abierto.

El testamento privado necesita además, para su validez, que se eleve á escritura pública, por declaración judicial, la que debe hacerse en virtud de las deposiciones de los testigos que firmaron ú oyeron, en su caso, la voluntad del testador; declaración que debe ser pedida por los interesados, inmediatamente después que supieren la muerte del testador y la forma en que hizo sus últimas disposiciones (arts. 3,810 y 3,811, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Los testigos que autoricen el testamento privado, deben declarar circunstanciadamente sobre los hechos siguientes: (art. 3,812, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,539, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,541 y 3,542, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,543, Cód. Civ. de 1884.

1º El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento:

2º Si reconocieron, vieron y oyeron distintamente al testador:

3º El tenor de la disposición:

4º Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de toda coacción:

5º La razón por la que no hubo notario:

6º Si el testador falleció ó no de la enfermedad ó en el peligro en que se hallaba.

Si después de la muerte del testador, y antes de elevarse á formal testamento, la que se dice su última voluntad, ó se ausentaren alguno ó algunos de los testigos, sin dolo, se hará la legalización con los restantes, siempre que no sean menos de tres, perfectamente contestes y mayores de toda excepción; pero si se sabe el lugar en donde se hallan los testigos, se les debe examinar por medio de exhorto dirigido al juez de dicho lugar (arts. 3,814 á 3,816, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Siendolos testigos idóneos, esto es, mayores de toda excepción y con los requisitos que exigen las leyes, y estando conformes en todas y cada una de las circunstancias antes enumeradas, el juez debe declarar el contenido de las deposiciones producidas por ellos, formal testamento de la persona de quien se trate, y lo mandará protocolizar, ordenando que se den los testimonios respectivos á las personas que tuvieren derecho (art. 3,813, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Creemos que en todas las reglas relativas á la protocolización del testamento privado, que acabamos de especificar, comete una usurpación el Código Civil, porque son de la competencia exclusiva del Código de Procedimientos todas aquellas reglas, como las enumeradas, que tienen

1 Arts. 3,545 á 3,547, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,544, Cód. Civ. de 1884.

por objeto normar los trámites y los procedimientos de los jueces y de los actos de jurisdicción voluntaria.

Complementando el Código de Procedimientos las reglas enunciadas, ordena, que para el examen de los testigos se cite al Ministerio Público, y en su defecto, al Síndico del Ayuntamiento, quienes tendrán la obligación de asistir á la práctica de la diligencia; y que el Secretario que la autorice, debe dar fe de que conoce á los testigos, y en el caso que no los conozca, debe exigir el juez la presentación de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán también la declaración (arts. 2,142 y 2,143 Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

Finalmente, ordena que se prefiera para la protocolización de todo testamento privado, la notaría del lugar del domicilio del testador; que si hubiere varias, la que designe el juez; y que no habiendo notario en ese lugar, se haga la protocolización en la notaría de aquel en donde deba abrirse la sucesión á falta de domicilio (arts. 2,146 y 2,147, Cód. de Proced. de 1872).<sup>2</sup>

1 Arts. 1,928 y 1,931, Cód. de Proced. de 1884.

2 Arts. 1,934 y 1,935, Cód. de Proced. de 1884.

### DEL TESTAMENTO MILITAR.

Nuestro Código enumera entre los testamentos especiales, llamados también privilegiados, el testamento militar, que es el que otorgan los militares y empleados civiles del ejército, en el momento de entrar en acción de guerra, ó heridos sobre el campo de batalla.

Desde la época de la legislación Romana, se concedió á los militares el privilegio de otorgar su testamento en una forma especial y sin las solemnidades que se requieren ordinariamente para las últimas disposiciones, aunque por razones inadecuadas y que descansan en ideas ó en principios erróneos.

En efecto: según los preceptos del derecho Romano, los militares gozaban del privilegio de otorgar su testamento en una forma especial en consideración á su excesiva impericia y en remuneración de sus trabajos y de los peligros á que se exponían por la defensa y conservación de la República.

Nuestra legislación se fundó en las mismas consideraciones que la Romana, y tal es el motivo por el cual dice la ley 4.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, Partida VI, que tal privilegio tiene por base hacerles á los militares «honra e mejoría mas que á otros homes, por el gran peligro á que se meten, en servicio de Dios, el del Rey, e de la tierra en que viven.»

El verdadero principio sobre el cual reposa la facultad concedida á los militares de otorgar su testamento sin las solemnidades requeridas por la ley, es la consideración de la necesidad ó del estado actual en que se encuentran; y

no sus cualidades personales, ni el premio de sus trabajos ó de los peligros á que se exponen.

Este principio se halla consignado en las siguientes palabras de la Exposición de motivos: «Como el testamento militar importa una excepción del derecho común, permitida tan sólo en consideración al peligro, se previene, que no valdrá sino con las mismas condiciones que el testamento privado común.»

El precepto al cual se refiere la Exposición de motivos es el artículo 3,809 aplicable al testamento militar, según el artículo 3,823, que declara, que el testamento privado sólo surte sus efectos, si el testador fallece de la enfermedad ó en el peligro en que se hallaba ó dentro de un mes después que aquélla ó éste hayan cesado.<sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere, que fuera de los casos en que, por excepción, se permite á los militares otorgar testamento privilegiado, no es éste admisible, porque cesa la razón de la ley, y por lo mismo, éstos no pueden dictar sus últimas disposiciones, si no es mediante el otorgamiento de un testamento solemne.

El artículo 3,817 del Código Civil declara, que los militares y los empleados civiles del ejército, pueden testar en la forma privada, sujetándose á las formalidades prescritas para los testamentos privados, luego que entren en campaña; y el 3,818, declara á su vez que, si el militar ó empleado civil hace su disposición en el momento de entrar en acción de guerra, ó estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos idóneos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposición, escrita ó firmada, ó por lo menos firmada de su puño y letra.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,544 y 3,554, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,548 y 3,549, Cód. Civ. de 1884.

Estos preceptos prevén dos casos distintos y autorizan el otorgamiento de dos especies de testamentos: primero, el testamento privado para el caso en que entren en campaña y antes de que haya un peligro inmediato de muerte; segundo, testamento excepcional y privilegiado en el caso de un peligro inmediato de muerte, por entrar el testador en acción de guerra ó estar herido sobre el campo de batalla.

La diferencia de situaciones del testador en uno y en otro caso explica por qué motivo exige la ley formalidades de que prescinde en el segundo, autorizándolo para que haga constar su voluntad de cualquiera manera, de palabra ó por escrito, en pliego cerrado ó abierto, ante dos testigos.

Los términos en que están concebidos dichos preceptos, nos demuestran que son indispensables dos condiciones para que pueda otorgarse el testamento militar; primero, que el testador sea militar; y segundo, que éste entre en campaña, se halle en el momento de entrar en acción de guerra, ó esté herido sobre el campo de batalla.

Más claramente determinado está por el artículo 3.º del Código de Justicia Militar, qué personas son consideradas como militares, pues declara que se entiende por militares á todos los individuos que forman habitualmente parte del Ejército Federal, ó por pertenecer á una fuerza extraña á él, pero utilizada para sus mismos fines, por el Gobierno de la Unión, estuvieren obligados á prestar servicio de armas en el expresado Ejército; y por asimilados á los que debiendo prestar en él otro servicio que no sea el de las armas, disfruten sueldo de la Federación y consideraciones propias de los militares.

En consecuencia, resulta de la combinación de este precepto, con los antes citados, del Código Civil, que pueden otorgar testamento militar, los individuos que forman par-

te del Ejército Federal, aunque no pertenezcan á las tropas regulares ó que accidentalmente presten en él sus servicios, como las fuerzas auxiliares, ó de policía rural, ó de guardia nacional, y los empleados civiles, que con el nombre de asimilados, prestan también sus servicios, como los pagadores de los cuerpos, los abogados asesores, etc.

Si el testamento hubiere sido otorgado de palabra, los testigos deben instruir de él, desde luego, al jefe inmediato del testador, el cual debe también dar parte en el acto, al Ministerio de la Guerra, y éste á la autoridad judicial competente, á fin de que, citando á los testigos, se proceda conforme á derecho, esto es, en la forma establecida por los artículos 3,810 y siguientes, del Código Civil, aplicables al testamento militar, según el artículo 3,823, mediante declaración del juez que mande elevar á escritura pública la voluntad del testador, previo el examen de los testigos sobre los hechos á que se refiere el artículo 3,812 del mismo Código (arts. 3,822, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Si el testamento es cerrado, deben firmar los testigos la cubierta con el testador, si pudiere; y, luego que éste muera, debe ser entregado á su jefe inmediato por aquel en cuyo poder hubiere quedado, para que lo remita al Ministerio de la Guerra, que á su vez lo ha de remitir á la autoridad judicial competente, á fin de que, citando á los testigos, proceda conforme á derecho, esto es, á su apertura y lo mande elevar á escritura pública (art. 3,819 y 3,552, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Complementando el Código de Procedimientos las reglas que preceden, ordena que la apertura y protocolización del testamento militar cerrado, se hagan según las reglas establecidas para la del testamento público cerrado, y

<sup>1</sup> Arts. 3,553, 3,541 y 3,554, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,550 y 3,552, Cód. Civ. de 1884.

que se remita copia autorizada de la declaración judicial al Ministerio de la Guerra (arts. 2,149 y 2,150, Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

Todo cuanto hemos dicho respecto de la forma del testamento militar, es de exacta observancia respecto de los prisioneros. Es decir, que pueden otorgar testamento militar los militares y empleados civiles del Ejército, no sólo en el momento de entrar en acción de guerra, ó estando heridos sobre el campo de batalla, sino también estando prisioneros (art. 3,820, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Ya hemos dicho antes, que son aplicables al testamento militar las reglas que el Código Civil establece para que el testamento privado sea elevado á escritura pública. Pues, bien, no haremos aquí la inútil repetición de ellas, y sólo nos limitaremos á remitir á nuestros lectores al capítulo que precede, en donde las encontrarán explicadas.

<sup>1</sup> Arts. 1,937 y 1,938, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,551, Cód. Civ. de 1884.

## VI.

## DEL TESTAMENTO MARITIMO.

Otro de los testamentos privilegiados que no está sujeto á las solemnidades ordinarias, es el otorgado en el mar durante un viaje, por lo cual se le designa con el nombre de testamento marítimo.

La concesión del privilegio se funda en la imposibilidad del testador de sujetarse á las solemnidades ordinarias, mayor que en ningún otro caso, que hizo preciso permitir la facultad de testar bajo formas menos severas.

Peró para que se pueda hacer uso de tal privilegio, es necesaria la concurrencia de dos requisitos, que el testador se encuentre en alta mar, esto es, haciendo un viaje ó travesía, y á bordo de un navío de la marina nacional ó mercante, pues el artículo 3,824 del Código Civil declara, que los que se encuentren en alta mar á bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra ó mercante, pueden también testar bajo la forma privada, sujetándose á las reglas que establecen los preceptos que le siguen.<sup>1</sup>

Tales reglas son las siguientes:

1.<sup>a</sup> El testamento marítimo debe ser escrito á presencia del comandante del navío y de dos testigos; y será leído en voz alta para que el testador manifieste si está conforme y los firme en unión del comandante y de los testigos, asentándose el lugar, esto es, la altura á que se halla el buque, el día, mes y año del otorgamiento (art. 3,825, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,355, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,556, Cód. Civ. de 1884.

que se remita copia autorizada de la declaración judicial al Ministerio de la Guerra (arts. 2,149 y 2,150, Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

Todo cuanto hemos dicho respecto de la forma del testamento militar, es de exacta observancia respecto de los prisioneros. Es decir, que pueden otorgar testamento militar los militares y empleados civiles del Ejército, no sólo en el momento de entrar en acción de guerra, ó estando heridos sobre el campo de batalla, sino también estando prisioneros (art. 3,820, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Ya hemos dicho antes, que son aplicables al testamento militar las reglas que el Código Civil establece para que el testamento privado sea elevado á escritura pública. Pues, bien, no haremos aquí la inútil repetición de ellas, y sólo nos limitaremos á remitir á nuestros lectores al capítulo que precede, en donde las encontrarán explicadas.

<sup>1</sup> Arts. 1,937 y 1,938, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,551, Cód. Civ. de 1884.

## VI.

## DEL TESTAMENTO MARITIMO.

Otro de los testamentos privilegiados que no está sujeto á las solemnidades ordinarias, es el otorgado en el mar durante un viaje, por lo cual se le designa con el nombre de testamento marítimo.

La concesión del privilegio se funda en la imposibilidad del testador de sujetarse á las solemnidades ordinarias, mayor que en ningún otro caso, que hizo preciso permitir la facultad de testar bajo formas menos severas.

Peró para que se pueda hacer uso de tal privilegio, es necesaria la concurrencia de dos requisitos, que el testador se encuentre en alta mar, esto es, haciendo un viaje ó travesía, y á bordo de un navío de la marina nacional ó mercante, pues el artículo 3,824 del Código Civil declara, que los que se encuentren en alta mar á bordo de navíos de la marina nacional, sea de guerra ó mercante, pueden también testar bajo la forma privada, sujetándose á las reglas que establecen los preceptos que le siguen.<sup>1</sup>

Tales reglas son las siguientes:

1.<sup>a</sup> El testamento marítimo debe ser escrito á presencia del comandante del navío y de dos testigos; y será leído en voz alta para que el testador manifieste si está conforme y los firme en unión del comandante y de los testigos, asentándose el lugar, esto es, la altura á que se halla el buque, el día, mes y año del otorgamiento (art. 3,825, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,355, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,556, Cód. Civ. de 1884.

El testamento marítimo está también sujeto á las reglas del público abierto establecidas por los artículos 3,768 á 3,773 del Código Civil, y por lo mismo, si el testador fuere enteramente sordo, pero que sepa leer, debe imponerse personalmente del contenido del testamento, dándole lectura, y si no supiere ó no pudiere hacerlo, debe designar persona que lo lea en su nombre: y si no pudiere ó no supiere escribir, debe intervenir otro testigo y firmar á su ruego; y todas las formalidades indicadas se deben practicar acto continuo, haciéndose constar así en el testamento.<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Si el comandante del buque fuere el otorgante, debe desempeñar sus veces el que deba sucederle en el mando, esto es, el segundo comandante y dos testigos (art. 3,826, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> El testamento se debe hacer por duplicado, y conservarse entre los papeles más importantes de la embarcación y hacer mención de él en el libro diario de navegación (art. 3,827, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

4.<sup>a</sup> Si el buque arrivare á un puerto en que haya un cónsul ó vice-cónsul mexicano, debe depositar el comandante en su poder uno de los ejemplares del testamento, fechado y sellado con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación (art. 3,824, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

5.<sup>a</sup> Arrivando el buque á territorio mexicano, el comandante debe entregar el otro ejemplar, ó ambos, si no dejó uno en otra parte, á la autoridad marítima del lugar, fechado y sellado con una copia de la nota que debe constar en el diario de la embarcación (art. 3,829, Cód. Civ.):<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,499 á 3,504, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,557, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,558, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 3,559, Cód. Civ. de 1884.

<sup>5</sup> Art. 3,560, Cód. Civ. de 1884.

6.<sup>a</sup> En cualquiera de los casos mencionados, el comandante de la embarcación debe exigir recibo de la entrega y citarlo por nota en el diario; y los cónsules y autoridades marítimas á su vez deben levantar una acta de la entrega, luego que reciban los ejemplares del testamento, y los deben remitir á mayor brevedad posible al Ministerio de Relaciones, el cual debe publicar por los periódicos la noticia de la muerte del testador, para que los interesados promuevan la apertura del testamento (arts. 3,830 y 3,831, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Todas estas reglas, á contar desde la tercera, tienen por objeto garantizar la conservación del testamento y su autenticidad, evitando su extravío y que sea suplantada la voluntad del testador; pero tales reglas no expresan de qué manera se debe proceder para que el testamento sea protocolizado y elevado á escritura pública.

Llena este vacío el Código de Procedimientos estableciendo las reglas siguientes, la primera de las cuales tiene por objeto garantizar la autenticidad del testamento:

1.<sup>a</sup> El cónsul, vice-cónsul ó autoridad mexicana á quien se presente un testamento marítimo otorgado conforme á las prescripciones del Código Civil, deben, sujetándose á las solemnidades externas del lugar de la residencia, ratificar en sus declaraciones al comandante y testigos ante quienes se halla otorgado (art. 2,151, Cód. de Proced. de 1872):<sup>2</sup>

2.<sup>a</sup> Hechas las publicaciones de la muerte del testador por el Ministerio de Relaciones, pueden solicitar los interesados la remisión del testamento al juez competente y nunca por conducto de los interesados (arts. 2,152 y 2,153, Cód. de Proced. de 1872):<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,561 y 3,562, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,939, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>3</sup> Arts. 1,940 y 1,941, Cód. de Proced. de 1884.

3.<sup>a</sup> Para el examen de los testigos que hayan autorizado el testamento, cuando no se hubiere hecho la ratificación, se debe proceder en la misma forma que para el examen de los testigos para la protocolización del testamento privado (art. 2,154, Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

Como es de observarse, ni el Código Civil ni el de Procedimientos establecen regla alguna para el caso en que fallezcan ó se ignore el paradero de los testigos que intervinieron en el otorgamiento del testamento. Suponemos que en tal caso se deberá comprobar que se hallaban en el buque en el momento del otorgamiento de aquél, y que el comandante debe ser examinado por medio de exhorto dirigido al juez del puerto nacional en que estuviere surto su buque.

El testamento marítimo solamente produce efectos legales, si el testador fallece en el mar ó dentro de un mes contado desde su desembarco en algún lugar en donde conforme á la ley mexicana ó á la extranjera haya podido ratificar ú otorgar de nuevo su última disposición; porque entonces cesan las circunstancias excepcionales del testador y ya no hay motivo por el cual sea necesario eximirlo de la observancia de las formas y solemnidades que para la validez de los testamentos exige la ley (art. 3,833, Cód. Civ. de 1884).

Finalmente, el artículo 3,833 del Código Civil, declara que si el testador desembarca en lugar en donde no haya agente consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha de su fallecimiento, se debe proceder como previene el mismo ordenamiento, respecto de los ausentes é ignorados.<sup>3</sup>

1 Art. 1,942, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 3,564, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,564, Cód. Civ. de 1884.

## VII

## DEL TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

Refiriéndose á esta importante materia, dice la Exposición de motivos: "Aunque este punto pertenece propiamente al derecho internacional, que decide qué leyes deben observarse por el testador en cuanto á las solemnidades internas y cuáles en cuanto á las externas; se creyó conveniente sin embargo dar algunas reglas, con el fin principal de asegurar la autenticidad y validez de unos actos para cuyo otorgamiento suelen encontrar los mexicanos graves dificultades, en razón de la muy poca ó ninguna protección que se les dispensa."

No creemos que esta sea la razón que pueda justificar las reglas que sanciona el Código Civil, sino que todas las legislaciones modernas las establecen, á fin de facilitar á los nacionales que residen en el extranjero el otorgamiento de sus últimas disposiciones; pues concedores los cónsules del idioma y de la legislación de su país, pueden simplificar y otorgar los testamentos con total arreglo á ella.

Por lo demás, fácilmente se comprenderá que, con protección, ó sin ella, no pueden tropezar los mexicanos residentes en el extranjero con graves dificultades para dictar sus últimas disposiciones; pues ocurriendo á los funcionarios autorizados por la ley local para intervenir en esa especie de actos, pueden disponer libremente de sus bienes, con arreglo á las disposiciones de nuestras leyes, aunque conformándose con las vigentes en el lugar del otorgamiento en cuanto á las solemnidades externas del acto.

3.<sup>a</sup> Para el examen de los testigos que hayan autorizado el testamento, cuando no se hubiere hecho la ratificación, se debe proceder en la misma forma que para el examen de los testigos para la protocolización del testamento privado (art. 2,154, Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

Como es de observarse, ni el Código Civil ni el de Procedimientos establecen regla alguna para el caso en que fallezcan ó se ignore el paradero de los testigos que intervinieron en el otorgamiento del testamento. Suponemos que en tal caso se deberá comprobar que se hallaban en el buque en el momento del otorgamiento de aquél, y que el comandante debe ser examinado por medio de exhorto dirigido al juez del puerto nacional en que estuviere surto su buque.

El testamento marítimo solamente produce efectos legales, si el testador fallece en el mar ó dentro de un mes contado desde su desembarco en algún lugar en donde conforme á la ley mexicana ó á la extranjera haya podido ratificar ú otorgar de nuevo su última disposición; porque entonces cesan las circunstancias excepcionales del testador y ya no hay motivo por el cual sea necesario eximirlo de la observancia de las formas y solemnidades que para la validez de los testamentos exige la ley (art. 3,833, Cód. Civ. de 1884).

Finalmente, el artículo 3,833 del Código Civil, declara que si el testador desembarca en lugar en donde no haya agente consular, y no se sabe si ha muerto, ni la fecha de su fallecimiento, se debe proceder como previene el mismo ordenamiento, respecto de los ausentes é ignorados.<sup>3</sup>

1 Art. 1,942, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 3,564, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,564, Cód. Civ. de 1884.

## VII

## DEL TESTAMENTO HECHO EN PAIS EXTRANJERO.

Refiriéndose á esta importante materia, dice la Exposición de motivos: "Aunque este punto pertenece propiamente al derecho internacional, que decide qué leyes deben observarse por el testador en cuanto á las solemnidades internas y cuáles en cuanto á las externas; se creyó conveniente sin embargo dar algunas reglas, con el fin principal de asegurar la autenticidad y validez de unos actos para cuyo otorgamiento suelen encontrar los mexicanos graves dificultades, en razón de la muy poca ó ninguna protección que se les dispensa."

No creemos que esta sea la razón que pueda justificar las reglas que sanciona el Código Civil, sino que todas las legislaciones modernas las establecen, á fin de facilitar á los nacionales que residen en el extranjero el otorgamiento de sus últimas disposiciones; pues concedores los cónsules del idioma y de la legislación de su país, pueden simplificar y otorgar los testamentos con total arreglo á ella.

Por lo demás, fácilmente se comprenderá que, con protección, ó sin ella, no pueden tropezar los mexicanos residentes en el extranjero con graves dificultades para dictar sus últimas disposiciones; pues ocurriendo á los funcionarios autorizados por la ley local para intervenir en esa especie de actos, pueden disponer libremente de sus bienes, con arreglo á las disposiciones de nuestras leyes, aunque conformándose con las vigentes en el lugar del otorgamiento en cuanto á las solemnidades externas del acto.

Esta teoría, que es la admitida y sancionada por el derecho internacional, se funda en dos principios, según los cuales, el estatuto personal, es decir, las reglas que rigen el estado y la capacidad de las personas, sigue á los individuos de cada nación, allí donde quiera que se hallen; de manera que el que carece de capacidad para testar ó contratar, según las leyes de su país, por no haber llegado á determinada edad, no adquieren esa aptitud, por el hecho de trasladarse á otro país en donde se exija por la ley una edad menor para obtener esa capacidad.

El segundo principio reposa en la teoría del estatuto llamado real, según el cual rige el principio de la *Lex rei sitæ*, esto es, en las enajenaciones de cualquier especie, los gravámenes y desmembramientos que sufre la propiedad de los bienes inmuebles, se gobiernan por las leyes de la nación en que éstos se hallan situados, por el interés de la soberanía territorial, que exige que todos los bienes cuyo conjunto forma el suelo de una nación, estén subordinados á la autoridad de ella.

Por lo expuesto se ve, que el pasaje de la Exposición de motivos, que hemos transcrito, no expresa el verdadero fundamento de los preceptos cuyo estudio vamos á hacer, que no es otro que la conveniencia de facilitar á los mexicanos residentes en el extranjero, como lo hacen todas las legislaciones de las naciones civilizadas con sus nacionales, el otorgamiento de sus últimas disposiciones, de manera que lleven el sello de la autenticidad y que sean válidas.

Hemos dicho que los mexicanos pueden disponer libremente de sus bienes por testamento otorgado en el extranjero, pero sujetándose á las leyes vigentes en el lugar del otorgamiento en cuanto á las solemnidades externas del acto. Pues bien, este principio que los jurisconsultos designan bajo este apotegma; *Locus regit actum*, está sancionado

por el derecho internacional y reproducido por el artículo 3,834 del Código Civil, que declara, que los testamentos hechos en país extranjero, producen efecto en el Distrito Federal y la California, cuando son formulados auténticamente, conforme á las leyes del país en que se otorgaron.<sup>1</sup>

El principio *Locus regit actum* tiene por fundamento, según algunos autores, la consideración de que toda persona que contrata en su país, se entiende que se somete á la ley del lugar, y presta en silencio su asentimiento á su acción sobre el contrato. Pero Story, cuya opinión nos parece mejor, sostiene que la ley del contrato obra sobre él independientemente de la voluntad de las partes, en virtud de la soberanía general que posee cada nación para dictar reglas sobre todas las personas, la propiedad y sobre las transacciones que se efectúan dentro de su territorio; y que al admitir que la ley de un país extranjero rija con respecto á los contratos hechos en él, toda nación reconoce, por un principio de cortesía, que existe en otras naciones el mismo derecho que pide y ejercita para sí.<sup>2</sup>

Savigny da otro fundamento al principio mencionado, diciendo que es muy difícil que se conozcan, en donde se hace el otorgamiento, las formas requeridas por la ley del lugar en que el acto jurídico debe producir efecto; y que es aún más difícil llenarlas perfectamente, y por otra parte interesa en el más alto grado no hacer absolutamente imposibles los actos jurídicos celebrados en país extranjero, ó no exponerlos á nulidades por inobservancia de las formas legales, que ciertamente no se han establecido para crear obstáculos á las transacciones civiles.<sup>3</sup>

Pero Merlin sostiene, con justicia, que no es por razón

1 Art. 3,565, Cód. Civ. de 1884.

2 Conflicts of laws, §260.

3 Traité de Droit Romain, tomo VIII, §381.

de conveniencia por la cual se ha dado en la forma probatoria de los actos preferencia á la ley del lugar en donde se han celebrado, sino que los verdaderos principios son los que han motivado la elección; porque los actos reciben el ser en el lugar en donde se celebran; y por lo mismo, es la ley de este lugar la que les da la vida, y ella es la que, por consiguiente, los debe afectar, modificar, arreglar su forma.<sup>1</sup>

El artículo 3,834 del Código, no hace más que reproducir el principio sancionado por el artículo 15, que declara, que respecto de la forma ó solemnidades externas de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, deben regir las leyes del país en que se hubieren otorgado.<sup>2</sup>

Los términos con que está concebido el artículo 3,834, nos demuestran que sólo tienen valor y eficacia entre nosotros los testamentos otorgados en el extranjero, cuando tienen la calidad de auténticos, según las leyes vigentes en el lugar de su otorgamiento; de donde se infiere que, si se redactan en una forma que no les da la mencionada calidad, según esas leyes, son nulos y de ningún valor entre nosotros.

También se infiere, que entre nosotros deben tener validez y eficacia los testamentos otorgados en el extranjero, que tienen la calidad de auténticos con arreglo á las leyes del lugar de su otorgamiento, aun cuando carezcan de esa calidad conforme á nuestras leyes. En otros términos, para apreciar si el testamento es auténtico, es preciso no referirse á la definición que nuestras leyes dan de los instrumentos auténticos, sino á las del país en que aquél fué otorgado.

Esta consecuencia está sancionada por la doctrina, pues

<sup>1</sup> Repertoire, v. Preuve, §3, art. I, número 3.

<sup>2</sup> Arts. 3,565 y 14, Cód. Civ. de 1884.

todos los autores modernos la sostienen, sin discrepancia alguna.<sup>1</sup>

Pero nuestro Código, á ejemplo de las legislaciones extranjeras, no se limita á sancionar el principio que ha motivado las observaciones que preceden, sino que faculta á los secretarios de las legaciones y á nuestros cónsules y vicecónsules, para hacer las veces de notarios en el otorgamiento de los testamentos de los nacionales, conformándose á los preceptos del mismo Código, á efecto de facilitar á éstos la facultad de disponer libremente de sus bienes y evitarles dificultades consiguientes á su ignorancia del idioma y de la legislación especial del país en que se encuentran (art. 3,835, Cód. Civ.)<sup>2</sup>

El reglamento del cuerpo consular, establece el mismo principio, y el artículo 24 del de la Ley Orgánica del Cuerpo Diplomático mexicano, de 3 de Junio de 1896, dice que los Secretarios de Legación pueden hacer las veces de notarios, en el otorgamiento de testamentos de los mexicanos, conforme á lo dispuesto en el artículo 3,566 del Código Civil del Distrito Federal de 1884, y con sujeción á dicho Código.

En consecuencia, los funcionarios mencionados ejercen la facultad á que se refieren los preceptos enunciados, pero con sujeción estricta á las reglas que el Código Civil exige en cuanto á las formalidades extrínsecas é intrínsecas de los testamentos.

Los funcionarios referidos tienen, además, obligación de remitir copia autorizada de los testamentos abiertos que ante ellos se hubieren otorgado al Ministerio de Relaciones,

<sup>1</sup> Baudry Lacantinerie y Collin, tomo II, núm. 2,233; Aubry y Rau, tomo VII, § 661; Laurent, Droit civil International tomo VI, núm. 408 y sig; Despagnet, Précis de Droit International, núm. 575; Weis, Droit. Intern. Privé, págs. 708 y siguientes; Demolombe, tomo XXI, núm. 475.

<sup>2</sup> Art. 3,566, Cód. Civ. de 1884.

para que publique la noticia de la muerte del testador; y si el testamento fuere cerrado, deben remitir copia de la acta del otorgamiento (arts. 3,836 y 3,837, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

El objeto de la ley al imponer á los Secretarios de Legación y á los cónsules y vice-cónsules la obligación que acabamos de expresar, es como ya lo indicamos, que los parientes del testador tengan conocimiento de la muerte de éste, y procedan á iniciar el respectivo juicio testamentario y á la apertura del testamento cerrado para que se eleve á la categoría de público solemne.

En cuanto al testamento cerrado, sólo se exige la revisión de la copia de la acta de presentación á alguno de dichos funcionarios, porque el testador puede querer conservarlo en su poder, ó confiarlo á tercera persona.

Pero si el testamento fuere confiado á la guarda del Secretario de Legación, cónsul ó vice-cónsul, el depositario debe hacer mención de esta circunstancia y dar recibo de la entrega, según lo ordena el artículo 3,838 del Código Civil.

Como se ve, este precepto no dice en dónde debe hacer mención de esta circunstancia el funcionario que recibe el testamento, por lo cual resulta deficiente y da lugar á distintas opiniones; pues algunos creen que tal mención debe hacerse sobre la cubierta del testamento cerrado, y otros sostienen que no, cuya opinión creemos acertada, porque en la cubierta sólo debe constar la declaración que hace el testador de que dentro de ella se encuentra su testamento, y porque hecha de esa manera ningún resultado práctico produce, toda vez que la mención de la entrega no aparecería sino cuando apareciera el mismo testamento.

Creemos, pues, con la mayoría de los jurisconsultos á

<sup>1</sup> Arts. 3,567 y 3,568, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,569, Cód. Civ. de 1884.

quienes hemos consultado sobre este punto, que la mención de la entrega se debe hacer constar en la misma acta de la declaración que hace el testador de que el pliego que presenta contiene su última voluntad, ó lo que es lo mismo, en el libro ó protocolo que deben llevar los funcionarios referidos para el otorgamiento de los testamentos.

A propósito de ese libro debemos recordar, que uno de los requisitos esenciales para la validez de los testamentos, es que se escriban en papel que lleve las estampillas correspondientes de la Renta Federal del Timbre. Pero como en el extranjero no se puede llenar ese requisito, el artículo 3,839 del Código Civil declara, que el papel en que se extiendan los testamentos otorgados ante los agentes diplomáticos ó consulares, debe de llevar el sello de la legación ó consulado respectivos.

<sup>1</sup> Art. 3,570, Cód. Civ. de 1884.

## LECCIÓN OCTAVA.

## DE LA SUCESION LEGITIMA.

## I.

## PRINCIPIOS GENERALES.

En la primera lección de este tratado dijimos que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre ó por disposición de la ley, de donde proviene la distinción de ella en testamentaria y legítima, sancionada por el artículo 3,365 del Código Civil.<sup>1</sup>

Pues bien, de esta distinción se infiere, que la llamada *sucesión legítima* se designa así en contraposición á la *testamentaria*, y no á la de los herederos necesarios ó forzosos que también se hallan comprendidos en la sucesión legítima.

Se llama así, no porque se refiera á los herederos forzosos y á los legítimos, sino porque se deriva de la disposición de la ley y no de la voluntad del testador.

Fijado cuál es el verdadero sentido de las palabras *sucesión legítima*, vamos á ocuparnos en el estudio de los preceptos legales que la rigen, pero advirtiendo antes que se dice en el tecnicismo jurídico que se abre la sucesión legítima

1 Art. 3,228, Cód. Civ. de 1884.

ma, cuando tiene lugar la aplicación de dichos preceptos, por no haber disposición testamentaria alguna, lo cual tiene lugar en los casos siguientes, determinados por el artículo 3,840 del Código Civil:<sup>1</sup>

1º Cuando no hay testamento otorgado, ó el que se otorgó es nulo ó perdió su fuerza, aunque antes haya sido válido:

2º Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes:

3º Cuando falta la condición impuesta al heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia, sin que haya sustituto ni tenga lugar el derecho de acrecer:

4º Cuando el heredero instituido es incapaz de heredar.

La simple lectura del precepto mencionado nos demuestra que, fuera del caso en que el autor de la herencia fallece sin hacer testamento, todos los demás que dan origen á la apertura de la sucesión legítima, son los mismos que producen la caducidad de las disposiciones testamentarias, según el artículo 3,673 del Código Civil, cuyo estudio hicimos en el capítulo III, lección quinta de este tratado, al cual remitimos á nuestros lectores, en obvio de inútiles repeticiones.<sup>2</sup>

En todos los casos indicados se abre la sucesión legítima, esto es, se llama á los herederos designados por la ley, á la herencia dejada por el difunto, porque el interés público demanda, que los bienes que la forman no queden abandonados para que se apodere de ellos y los aproveche el primer ocupante, por las riñas y trastornos que se producirían con perjuicio de la paz y de la tranquilidad públicas.

La sucesión legítima se concede, según el artículo 3,844 del Código Civil.<sup>3</sup>

1 Art. 3,571, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,479, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,575, Cód. Civ. de 1884.

1º A los descendientes y ascendientes y al cónyuge que sobrevive; con exclusión de los colaterales y del fisco:

2º Faltando descendientes y ascendientes, á los hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, y al cónyuge que sobrevive; con exclusión de los demás colaterales y del fisco:

3º Faltando hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, al cónyuge que sobrevive, aunque haya otros colaterales:

4º Faltando descendientes, ascendientes, hermanos y cónyuge, á los demás colaterales dentro del octavo grado, con exclusión del fisco:

5º Faltando colaterales, al fisco.

Resulta, pues, que son cinco los órdenes de herederos á quienes la ley llama á la sucesión legítima, fundándose en la presunción de que si el autor de la herencia hubiera podido otorgar su testamento, ó sabido que el que lo otorgaba carecía de eficacia, habría dejado sus bienes á esos herederos en el orden expuesto; porque debe suceder, y así acontece comunmente, que el hombre tenga mayor afecto á los parientes más cercanos, con quienes se halla en contacto más íntimo y con quienes tiene un cambio recíproco de favores y servicios.

En cuanto al fisco, es llamado á la sucesión legítima por el interés público, para evitar los trastornos que produciría el abandono en que quedarían los bienes, y porque su valor aumenta los fondos públicos, destinados al servicio y utilidad de toda una entidad política.

Siguiendo las tradiciones de nuestra antigua legislación, se ha limitado por el artículo 3,844 del Código Civil el derecho de los colaterales para entrar á la sucesión legítima á los comprendidos dentro del octavo grado, porque pasado cierto número de generaciones se debilitan y aun se

extinguen por completo los lazos de la familia, y por consiguiente, el afecto, circunstancia que hace imposible considerarlos como un testimonio de un cariño presunto.

De aquí proviene que los diversos órdenes de herederos que hemos enumerado sean llamados gerárquicamente á la sucesión, es decir, que el primero es llamado con exclusión del segundo, éste con exclusión del tercero, y así sucesivamente.

En otros términos, en la sucesión legítima los parientes más próximos excluyen á los más remotos; salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar, y cuyo estudio haremos después (art. 3,846, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere, que, según el sistema adoptado por el Código Civil, los modos de suceder ab-intestato ó en la sucesión legítima, son los siguientes:

1º Por cabezas ó por derecho propio:

2º Por estirpes, ó por derecho de representación.

A estos modos hay que agregar un tercero que, como después veremos, sólo tiene aplicación entre los ascendientes, esto es, la sucesión por líneas.

Se sucede por cabezas, cuando siendo varios los herederos, cada uno de ellos hereda por su propio derecho, y no en representación de otra persona, por lo cual se divide la herencia en tantas porciones cuantos son los herederos.

Se sucede por estirpes, ó por derecho de representación, cuando los parientes llamados á la herencia no heredan por derecho propio, sino en representación de los derechos que tendría otra persona si viviera; y por tanto, en la división de la herencia sólo perciben, en concurrencia con los demás herederos, una porción igual á la de cada uno de éstos, que tienen que dividir en otras tantas porciones cuantos son ellos.

<sup>1</sup> Art. 3,577, Cód. Civ. de 1884.

En el capítulo siguiente nos ocuparemos en el estudio especial de este modo de suceder.

Se sucede por líneas, cuando los herederos vienen á la herencia, no por cabezas ó por representación, sino por series de personas, lo cual tiene solamente lugar, como hemos dicho, entre los ascendientes, quienes dividen la herencia por mitad, cuando concurren del mismo grado por las líneas paterna ó materna.

Antes de seguir adelante nuestro estudio, conviene advertir:

1º Que la sucesión legítima, como hemos dicho, reposa sobre el presunto afecto que se supone crían los vínculos de la sangre entre el autor de la herencia y sus parientes consanguíneos, y por tanto, que el parentesco de afinidad no da derecho de heredar, porque no existen en él los motivos que cría la presunción mencionada (art. 3,845, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2º Que si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes, el resto forma la sucesión legítima; porque sólo en esta parte está la herencia vacante, y no hay motivo por el cual se declare nula la institución hecha por aquél (art. 3,842, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

3º Que en las herencias, para los efectos de la sucesión legítima, la ley no atiende al origen y naturaleza de los bienes del difunto, para arreglar el derecho de heredarlos (art. 3,843, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Refiriéndose Aubry y Rau al patrimonio en general, dicen, que siendo éste una emanación de la personalidad y la expresión del poder jurídico de que una persona se halla investida como tal; se infiere que una misma persona no

1 Art. 3,576, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,573, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,574, Cód. Civ. de 1884.

puede tener más que un solo patrimonio, en el sentido propio de la palabra.<sup>1</sup>

Es una consecuencia lógica y necesaria de esta teoría perfectamente jurídica, que el patrimonio sea, en principio, uno é indivisible, no sólo porque una misma persona no puede tener más que un solo patrimonio, sino en el sentido de que éste, por razón de su naturaleza incorporal, no es divisible en partes materiales, ni es susceptible, por razón de la unidad de la persona de dividirse en muchas universalidades jurídicas.<sup>2</sup>

Sin embargo, las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real habían sancionado otro sistema, adoptando la regla *paterna paternis, materna maternis*, que tenía por objeto conservar los patrimonios en las familias, pero que prestaba serias dificultades en la práctica, por la investigación que había necesidad de hacer acerca de la procedencia de cada uno de los bienes, que las más veces procuraba de una manera fatal largos y dispendiosos litigios.

En efecto, reglamentando la ley 6, tít. VI, lib. III del Fuero Juzgo, la sucesión de los ascendientes dice: «Mas de las que el ovo de parte de sus padres o de sus avuelos, deven tornar a sus padres, o a sus avuelos cuemo ge las dieron;» y la ley 10, tít. VI, lib. III del Fuero Real se expresa en los términos siguientes: «E otrosi mandamos que el que muriere sin manda, e no dejare fijos ni nietos, e dejare abuelos de padre, e de madre, el abuelo de parte del padre, herede lo que fue del padre, y el abuelo de la madre herede lo que fue de la madre: e si el hubiere hecho alguna ganancia, ambos dos abuelos hereden de consuno igualmente.»

La ley 4, tít. XIII, Partida VI, y las leyes 1 y 20 lib. X de la Novísima Recopilación establecieron otro sistema, de-

1 Aubry y Rau, tomo VI, §583.

2 Aubry y Rau, tomo VI, §574.

clarando que á falta de descendientes suceden los ascendientes en todos los bienes del autor de la herencia, de cualquier calidad que sean, dividiéndolos por cabezas si sólo quedan de la misma línea, y por mitad si quedan ascendientes de las líneas paterna y materna, de manera que los bienes se dividan en dos porciones, una para cada línea, y cada porción se divida á su vez en porciones iguales entre los ascendientes.

El Código Civil adoptó el mismo sistema, como veremos al hacer el estudio de los artículos 3,870 y 3,871, esto es, aceptó la unidad de la herencia menos en el caso de la sucesión de los ascendientes de segundo ó ulterior grado, y sin embargo, sancionó el principio contenido en el artículo 3,843, según el cual, en la herencia, la ley no atiende al origen y naturaleza de los bienes del difunto para arreglar el derecho de heredarlos. Es decir, que reproduce el mismo sistema, á nuestro juicio, sin necesidad.<sup>1</sup>

La declaración contenida en este precepto se comprende y se explica perfectamente en el Código de Napoleón, de donde fué tomado, y en otras legislaciones europeas, cuyos precedentes demuestran la necesidad de ella; porque las que las precedieron y el derecho consuetudinario tenían establecido que los bienes que había heredado el autor de la herencia y que formaban su patrimonio al tiempo de su muerte, volvieran á los individuos de la familia de la cual provenían.

Pero entre nosotros, dados los precedentes de nuestra legislación era innecesaria la declaración aludida, y sólo puede explicarse y aceptarse por la conveniencia que produce, alejando todo género de duda acerca de la forma en que debe dividirse la herencia y evitando las disputas que nece-

<sup>1</sup> Arts. 3,612, 3,613 y 3,574, Cód. Civ. de 1884.

sariamente tenían que suscitarse acerca del origen de los bienes del testador:

4º Que cuando el testamento es válido, pero no debe subsistir la institución de heredero, los legados, si los herederos legítimos no son también forzosos, no debe reducirse como inoficiosos; y la sucesión legítima sólo comprende el remanente de los bienes (art. 3,841, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es perfectamente perceptible y clara. Si los herederos legítimos lo son únicamente *ab-intestato*, la falta del instituído constituye una herencia común sin herederos; pero cuando los legítimos son también forzosos, la falta del instituído no puede quitar á los otros su carácter legal.

La Exposición de motivos, de donde tomamos los conceptos que preceden, propone el ejemplo siguiente para hacerlos más comprensibles: «El heredero instituído es un hijo único que por causa justa no puede entrar en la herencia. Si el testador tiene padre, los legados serán inoficiosos en lo que excedan del tercio de libre disposición; pero si sólo tiene cónyuge ó parientes colaterales, los legados deberán pagarse íntegramente, puesto que los herederos no son forzosos.»

Creemos también que el precepto á que se refieren estas explicaciones es innecesario, porque, si, según el sistema de la legítima forzosa, los legados son inoficiosos en cuanto exceden de la parte de libre disposición del testador; es claro que, cuando es nula la institución y se llama en lugar del instituído á los herederos legítimos, pero no forzosos, no haya lugar á la reducción de los legados que eran ino-

<sup>1</sup> Art. 3,572, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los terminos siguientes para ponerlo en armonía con la institución que permite la libertad absoluta de testar.

“Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán sin embargo las demás disposiciones hechas en él, y la sucesión legítima sólo comprenderá los bienes que debían corresponder al heredero instituído.”

ficiosos respecto de aquél, pero que no lo son respecto de éstos, porque la ley no les concede derecho á determinada porción de la herencia.

Pero aun suponiendo que no adoleciera de tal defecto, siempre estaría afectado de otro que es injustificable, y que consiste en que no pertenece á la materia que es el objeto de este estudio, sino á los preceptos relativos á la revocación y reducción de los legados.

Dijimos que en la sucesión legítima los parientes más próximos excluyen á los más remotos, salvo el derecho de representación en los casos en que deba de tener lugar. Pues, bien, cuando no procede el derecho de representación, esto es, cuando los parientes se hallan en el mismo grado, heredan por cabezas, ó lo que es lo mismo, por partes iguales, porque la ley que los llama á la sucesión, presume que ocupan el mismo lugar en el afecto del testador (art. 3,847, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero si hubiere varios parientes en un mismo grado, y alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren heredar, su parte debe acrecer, según el artículo 3,843 del Código Civil, á los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación, cuando deba tener lugar.<sup>2</sup>

Las lecturas de este precepto hace comprender en el acto que contiene dos principios contradictorios é inconciliables, porque el derecho de acrecer excluye por completo el de representación, pues si acrece una parte de la herencia es cabalmente porque no hay quien represente al heredero premuerto, y por tanto, si hay quien lo represente no puede acrecer su porción hereditaria á los demás herederos.

En apoyo de esta aseveración viene el artículo 3,852 del

1 Art. 3,578, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,579, Cód. Civ. de 1884.

Código Civil, que, definiendo el derecho de representación, dice que tal derecho es el que corresponde á los parientes de una persona, para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera ó hubiera podido heredar; pues si el precepto que censuramos se refiere al caso en que uno ó varios de los herederos no pueden ó no quieren heredar, es evidente que no puede tener lugar el derecho de representación supuesto que tales herederos no han muerto.<sup>1</sup>

En otros términos, no se pueden representar á las personas vivas, según el artículo 3,852 del Código Civil, y por lo mismo, el artículo 3,848 sanciona un absurdo jurídico, cuando establece que si alguno ó algunos de los herederos no quieren ó no pueden heredar acrecen sus porciones hereditarias á los demás, *salvo el derecho de representación, cuando deba tener lugar.*<sup>2</sup>

Repudiando ó no pudiendo suceder el pariente más próximo, si es sólo, ó todos los parientes más próximos, heredan los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante ó incapaz, según lo declara expresamente el artículo 3,849 del Código Civil.<sup>3</sup>

La razón es obvia, porque no pueden representarse las personas vivas, ni cuando éstas no tienen ningún derecho, cuya ausencia excluye la representación, y por tal motivo heredan los parientes del grado más inmediato, pero no en virtud del derecho de representación, sino por derecho propio.

Comentando García Goyena el artículo 752 del Proyecto de Código Español, copiado literalmente por el artículo 3,849 del nuestro, dice, que la disposición de tal artículo, aunque habla del *grado siguiente*, se extiende también al

1 Art. 3,581, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 3,583 y 3,581, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,580, Cód. Civ. de 1884.

orden ó línea; por ejemplo, repudiando los padres heredarán los abuelos porque los siguen en grado dentro de la línea recta ascendente; pero si repudian todos los ascendientes, se pasará al orden ó línea colateral.<sup>1</sup>

Comentando Díaz Ferreira el artículo 1,972 del Código Portugués, que textualmente establece el mismo principio, sostiene la misma doctrina, y luego agrega: «Por tal motivo, el principio fundamental en materia de repudiación es que el repudiante no puede ser representado; el heredero inmediato sucede por derecho propio.»<sup>2</sup>

Finalmente: el artículo 3,851 del Código Civil, declara que los hijos y descendientes del incapaz ó del que haya sido desheredado, no son excluidos de la sucesión, por esas causas, aun viviendo sus padres ó ascendientes, si fueren llamados por derecho propio; pero que si lo fueren por derecho de representación, únicamente podrán reclamar la legítima del incapaz ó desheredado.<sup>3</sup>

La razón es, porque la desheredación es una pena, y por lo mismo sólo puede recaer sobre la persona del culpable, y no es trascendental á sus hijos, pues si lo fuera sería in-

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 172.

<sup>2</sup> Tomo IV, pág. 248.

<sup>3</sup> Art. 3,582, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“Los hijos y descendientes del incapaz no serán excluidos de la sucesión, aun cuando viva el ascendiente incapaz, si ellos mismos fueren llamados á heredar por la ley, en representación de aquél.”

Refiriéndose á este precepto, dice el Sr. Lic. Macedo, en sus notas comparativas: “Dos reformas se hicieron en este artículo: 1 Limitar su precepto á los hijos y descendientes del incapaz, suprimiendo todo lo relativo al desheredado, puesto que no hay ya desheredación: 2. Se modificó la disposición de que los descendientes del incapaz no sean excluidos de la sucesión, cuando sean llamados por derecho propio, y que cuando lo fueren sólo por derecho de representación, no puedan reclamar sino la legítima del incapaz, pues no existiendo ya legítima, la regla debe ser la misma en ambos casos. Además, el único caso en que pudiera dudarse de la capacidad de los descendientes de una persona incapaz de suceder, es el de representación, pues si la herencia viene por derecho propio, parece que no hay lugar á duda fundada.”

justa, porque infigiría un mal á personas inocentes, que ninguna responsabilidad pueden reportar por los actos de sus ascendientes.

Para determinar los derechos hereditarios de los individuos llamados á la sucesión legítima, hay que determinar el orden á que pertenecen y el grado de ese orden, ó lo que es lo mismo, hay que determinar las líneas y grados de su parentesco, supuesto que en dicha sucesión, los parientes más próximos excluyen á los más remotos. Pues bien, las líneas y grados de parentesco se computan en la sucesión legítima, por las mismas reglas que establecen los artículos 190 y siguientes del Código Civil para calificar los impedimentos para el matrimonio, cuyo estudio hicimos en el tomo I de esta obra, al cual remitimos á nuestros lectores (art. 3,850, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,581 y 181, Cód. Civ. de 1884.

## II

## DEL DERECHO DE REPRESENTACION.

Los autores distinguen los siguientes modos de suceder, que producen distintos efectos jurídicos:

1º Por derecho propio, cuando el pariente más próximo excluye al más remoto en el orden ó línea llamados por la ley á la sucesión del autor de la herencia:

2º Por derecho de representación, cuando alguno hereda en lugar de una persona muerta, antes de que se abra la sucesión legítima; y por el grado de su parentesco con el autor de la herencia, no le habría sucedido:

3º Por transmisión, cuando se hereda una sucesión á la cual ha sido llamada otra persona, que muere después de haber recibido los bienes que la forman.

Por ejemplo, Juan muere, instituyendo su heredero á Antonio, quien, después de recibir la herencia, fallece é instituye su heredero á Pablo y le transmite con sus bienes propios los que heredó de aquél.

Fácil es comprender que en este caso, Pablo no sucede al autor de la herencia, sino á su heredero, entre cuyos bienes se encuentran los que heredó de éste.

El derecho de representación, según Escriche, es el de suceder en una herencia, no por sí, sino por la persona de otro que ya ha muerto; ó bien, una ficción de la ley que produce el efecto de hacer entrar á los representantes en el lugar, grado y derechos del representado, es decir, en los derechos que el representado tendría, si viviera.<sup>1</sup>

Esta definición, que es idéntica á la que da el artículo

1 Diccionario V. Representación.

744 del Código Francés, ha sido vivamente criticada por alguno de los comentaristas de éste, diciendo que la ley no finge, sino manda, y que la ficción es la suposición de un hecho contrario á la verdad, y es indigna de la majestad del legislador.

Pero á esta crítica, que se estima infundada, se ha contestado diciendo que la ley finge en el derecho de representación que los hijos de un individuo premuerto se hallan en el mismo grado que su padre, siendo así que se hallan en un grado más remoto, y que tal ficción es necesaria, supuesto que sin ella no podrían heredar, porque los excluirían de la sucesión los parientes de grado más próximo.<sup>1</sup>

El artículo 3,852 de nuestro Código Civil, no emplea la palabra *ficción*, pero da una definición semejante, pues como antes hemos dicho, llama derecho de representación al que corresponde á los parientes de una persona, para sucederla en todos los derechos que tendría, si viviera ó hubiera podido heredar.<sup>2</sup>

El derecho de representación se funda en el afecto presunto del autor de la herencia hacia los descendientes de sus hijos, que es más vivo á medida que la descendencia se extiende, lo que explica el motivo por el cual los abuelos aman con mayor ternura á sus nietos que á sus hijos.

Este derecho se funda también en la consideración de que en el orden natural de las cosas, está que el abuelo muera antes que el padre, y éste antes que el hijo; y por lo mismo, éste debe encontrar la sucesión de su abuelo, entre los bienes de su padre, y no sería justo privarlo de este beneficio, porque la casualidad invierte el orden, privando de la

1 Laurent, tomo IX, número 54; Demante, tomo III, número 47 bis II; Demolombe, tomo XIII, núm. 390; Marcadé, tomo III, núm. 112; Thiry, tomo II, núm. 53, etc.

2 Art. 3,583, Cód. Civ. de 1884.

existencia al abuelo, y porque éste deja otro hijo. Así, pues, por el derecho de representación se producen los mismos resultados que se obtendrían siguiendo el curso natural de las cosas.<sup>1</sup>

El derecho de representación se ha establecido en favor de las personas siguientes:

I. De los descendientes sin limitación alguna de grados, pues tiene lugar siempre, según el artículo 3,853 del Código Civil, en la línea recta descendente, por los motivos que antes hemos indicado.<sup>2</sup>

En consecuencia, cuando el autor de la herencia deja sólo descendientes de primer grado, no es posible la representación, y por lo mismo, éstos heredan por derecho propio.

II. El derecho de representación sólo tiene lugar en la línea transversal en favor de 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 (art. 3,854, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

De lo expuesto resulta, que el derecho de representación tiene lugar:

1.º Cuando el autor de la herencia deja hijos y descendientes de un hijo premuerto, los cuales concurren con aquéllos:

2.º Cuando todos los hijos del autor de la herencia mueren antes que él, dejando descendientes, los cuales se hallan entre sí en grados iguales. Se podría decir en contra de esta regla que la representación no debe tener lugar en este caso, porque no es necesaria á los descendientes de los hijos, supuesto que todos se hallan en el mismo grado; pero

1 Thiry, tomo II, núm. 54.

2 Arts. 3,584, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,585, Cód. Civ. de 1884.

es indispensable para que la división se haga de una manera equitativa.

Por ejemplo: si el autor de la herencia tenía dos hijos, y uno deja un hijo y el otro tres.

3.º Cuando todos los hijos del autor de la herencia han muerto dejando descendientes que se hallan entre sí en grados desiguales. Por ejemplo: cuando aquel muere dejando nietos y biznietos.

En la línea colateral sólo tiene lugar el derecho de representación en el caso que antes hemos indicado, y por lo mismo, después de los sobrinos que concurren con los hermanos del difunto, los demás colaterales heredan siempre por cabezas (art. 3,855, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En otros términos, el derecho de representación sólo tiene lugar en favor de los hijos de los hermanos cuando concurren con otros hermanos del difunto, y que se hallan entre sí en el tercer grado de parentesco. En consecuencia, los sobrinos que se hallan en un grado más remoto no heredan por derecho de representación, sino por cabezas y excluyendo siempre el más próximo al más remoto.

El derecho de representación es una creación de la ley, y por tanto, á ella debe el representante su derecho á la herencia y no al representado.

Este principio es de una gran trascendencia, porque de él se derivan importantes consecuencias, que no podrían tener explicación fácilmente perceptible si no se relacionaran á él.

Vamos á hacer la enumeración de esas consecuencias, que se deben considerar como otras tantas reglas:

1.ª Se puede representar á alguno sin ser su heredero, y

1 Art. 3,566, Cód. Civ. de 1884.

por tanto, á aquel cuya sucesión se ha repudiado (art. 3,857 Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Por ejemplo: Pedro puede representar á su padre Juan, cuya sucesión ha renunciado, para llegar á la sucesión de su abuelo en concurrencia con su tío Antonio.

La razón es, porque los derechos del representante no son los mismos que los del representado de quien no los hereda, porque no es su causahabiente, sino que se los otorga la ley.

2.<sup>a</sup> Por la misma razón, se puede representar á aquel para cuya sucesión ha sido declarado incapaz el representante. Por ejemplo: un hijo declarado incapaz de heredar en la sucesión de su padre, puede representarlo en la sucesión de su abuelo.<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> El representante es quien sucede en la herencia y no el representado, y por consiguiente, es necesario que tenga capacidad para heredar al difunto. Por ejemplo: un individuo declarado incapaz por haber atentado contra la vida de su abuelo no podrá heredar á éste en representación de su padre. La razón es, que el representante es quien hereda y no el representado.

Sin embargo, el artículo 3,857 del Código Civil declara, que se puede representar á aquél cuya sucesión se ha repudiado; pero no á aquel de cuya sucesión ha sido declarado incapaz ó desheredado el que debiera ser representante. Esto es, exige capacidad en el representante para heredar al autor de la herencia y al representado.<sup>3</sup>

1 Art. 3,588, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes: «Se puede representar á aquel cuya sucesión se ha repudiado; más no á aquel de cuya sucesión ha sido declarado incapaz el que debiera ser representante.»

La reforma tuvo por objeto poner el precepto en armonía con la institución de la libre testamentación.

2 Demolombe, tomo XIII, núm. 294; Laurent, tomo IX, núm. 68; Huc, tomo V, núm. 63; Aubry y Rau, tomo VI, § 587, nota 8; Thiry, tomo II, núm. 57; Baudry-Lacantinerie y Colin, tomo I, núm. 426.

3 Véase la nota primera.

Tal exigencia nos parece contraria á los principios sobre los cuales reposa el derecho de representación, respecto de la capacidad necesaria del representante para heredar al representado.

En efecto: si conforme á esos principios el representante no adquiere su derecho á los bienes hereditarios del representado, sino de la ley, se infiere de una manera lógica y necesaria que no es indispensable que tenga las cualidades requeridas para heredar á éste, porque no es á él á quien sucede, porque no es su causahabiente.

Tal es el motivo por el cual sostiene los comentarios del Código Francés que el representante indigno ó incapaz de heredar al representado, puede invocar el derecho de representación para entrar en la herencia á que éste hubiera sido llamado si hubiera vivido.<sup>1</sup>

«El representante indigno, dice Laurent, no sucede al representado y no tiene su derecho de él: ¿qué importa que sea indigno á su respecto, con tal que tenga las cualidades requeridas para suceder á aquel cuya herencia reclama?»

Además del defecto de ser contrario el artículo 3,857 del Código Civil á los principios sobre los cuales reposa el derecho de representación, adolece de otro igualmente censurable, el de estar concebido en términos poco claros, de manera que no se entiende sino después de un detenido examen de ellos.

Por más que parezca ocioso, no nos cansaremos de repetir que el derecho de representación no tiene lugar entre personas vivas, porque su objeto es colocar al representante en el lugar que hubiera ocupado el representado si viviera; y que aquél no sucede á éste, porque no es

1. Laurent, tomo IX, núm. 68; Demolombe, tomo XIII, núm. 398; Demante, tomo III, núm. 51 bis II.

su heredero, sino que sucede directamente al difunto á cuya herencia es llamado por disposición de la ley.

Este principio que se deriva de la definición misma que da el Código Civil del derecho de representación, está sancionado especialmente por el artículo 3,859 del mismo ordenamiento que declara, que entre personas vivas no tiene lugar la representación.<sup>1</sup>

Sin embargo, el mismo precepto establece dos excepciones á ese principio, ó lo que es lo mismo, declara que el derecho de representación tiene lugar en los casos de desheredación ó incapacidad. Es decir, cuando el representado es desheredado expresamente por el autor de la herencia, ó cuando es incapaz para heredarlo.

Estas excepciones son, á nuestro juicio, contrarias á la teoría sobre la cual reposa el derecho de representación; pues si éste consiste en la ficción de la ley que produce el efecto de hacer entrar al representante en el lugar, grado y derechos del representado, es claro que no teniendo ningunos derechos el desheredado y el incapaz, ningunos puede tener tampoco el representante.

Creemos que las excepciones que motivan esta observación, así como la definición contenida en el artículo 3,852 del Código Civil, de cuyos términos parece que se derivan, no se hallan en armonía con los principios que forman el sistema del derecho de representación, y que importan un error que no puede disculparse ni aun á pretexto de que, siendo tal derecho una ficción de la ley, ésta misma puede modificarla y sujetarla á nuevos principios.<sup>2</sup>

El error consiste, según creemos, en suponer que, si el heredero es desheredado ó incapaz de heredar, sus descen-

<sup>1</sup> Art. 3,590, Cód. Civ. de 1884.

Reformado, haciendo relación al art. 3,582 el cual fué reformado en los términos indicados en la nota 3, pág. 364.

<sup>2</sup> Art. 3,583, Cód. Civ. de 1884.

dientes vienen á la herencia, no por sí, sino como representantes de aquél, siendo así que son llamados á ella, no con ese carácter, sino por derecho propio, porque excluído aquél, son llamados los parientes más próximos en grado del difunto y á ellos pertenecen los bienes hereditarios por disposición de la ley.

El que repudia la herencia que le corresponde por una línea, no queda por esa razón impedido para aceptar la que le corresponda por otra, por la misma razón por la cual se puede representar á otro sin ser su heredero y á aquel cuya sucesión se ha renunciado. Esto es, porque no hereda los derechos del representado, sino que se los otorga la ley (art. 3,858, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Un ejemplo hará más comprensible el principio que acabamos de establecer. Si el nieto renuncia la herencia de su padre como perjudicial, puede representarlo para heredar al abuelo ó al tío, hermano de aquél, porque por su propio derecho y sin necesidad de heredar al padre es heredero del abuelo y del tío.

Refiriéndose uno de los expositores del Código Francés, cuyo artículo 744 establece el mismo principio, dice: «Para representar á otro no hay necesidad de ser su heredero; y aun se puede haber rehusado á serlo. La razón es, que no se representa á un difunto en una sucesión en que sería llamado si viviera por ser su heredero; porque como tal no tendría ningún derecho en una sucesión abierta después de su muerte. Se le representa, porque se toma su lugar en la familia, y se llena el grado que él hubiera ocupado. Este derecho es un derecho de parentesco que se recibe de la sangre, y que no depende de la herencia del representado.»<sup>2</sup>

De la definición que la ley da del derecho de represen-

<sup>1</sup> Art. 3,589, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Locré, tomo X, pág. 288, discurso de Simeon.

tación se infiere que el representante no puede percibir más de aquello á que tendría derecho el representado, y por tanto, que cuando son varios los representantes de una misma persona deben dividir entre sí y con igualdad lo que deba corresponder á aquélla (arts. 3,856, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es perfectamente perceptible, pues cuando hay varios representantes de una misma persona es porque todos se hallan respecto de ella en el mismo grado de parentesco y tienen el mismo derecho á la misma porción de la herencia, circunstancias que obligan á dividirla entre ellos con absoluta igualdad para no faltar á las exigencias de la justicia y la equidad.

Por ejemplo: los nietos que concurren en representación de su padre á la herencia del abuelo en unión de sus tíos, deben percibir una porción igual á la que cada uno de éstos recibe, la cual deben repartir entre sí en otras tantas porciones cuantos son ellos. En consecuencia, si son tres los nietos y dos los tíos, percibirán los primeros una tercera parte de la herencia, que dividirán entre sí en tres porciones iguales.

El principio establecido en el artículo 3,856 no es rigurosamente exacto, porque si unos de los representantes fueren legítimos y otros naturales, no se debe repartir la herencia por partes iguales, sino en los términos que previene la ley cuando concurren hijos de las especies indicadas. En consecuencia, no debe considerarse el precepto citado como una excepción á las reglas establecidas acerca de la sucesión de los hijos naturales en concurrencia con los legítimos, sino subordinado á ellas.

<sup>1</sup> Art. 3,587, Cód. Civ. de 1884.

### III.

#### DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

Ya hemos dicho antes, que los descendientes heredan por cabezas ó por estirpes, según sean llamados á la herencia por derecho propio ó en virtud del derecho de representación.

Pues bien, aplicando este principio declara el artículo 3,860 del Código Civil que, si á la muerte de los padres quedaren sólo hijos legítimos ó legitimados, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales, sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.<sup>1</sup>

En consecuencia, no son más favorecidos los varones que las mujeres, ni el hijo que nació primero. La razón es, porque se presume que era igual para todos el afecto del autor de la herencia, y por lo mismo deben tener todos igual derecho á ella.

Tampoco varían los derechos de los hijos porque provengan de distintos matrimonios, porque en el corazón del padre los hijos ocupan siempre el mismo lugar, y por tanto, si el autor de la herencia muere dejando un hijo del primer matrimonio y otro del segundo, dividirán la herencia por mitad.

Por aplicación del mismo principio declara también el artículo 3,861 del Código que, si sólo quedaren descendientes de ulterior grado la herencia se debe dividir por estirpes; y que si en alguna de éstas hubiere varios herederos se debe dividir la porción que á ellos corresponda por partes iguales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,591, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,593, Cód. Civ. de 1884.

tación se infiere que el representante no puede percibir más de aquello á que tendría derecho el representado, y por tanto, que cuando son varios los representantes de una misma persona deben dividir entre sí y con igualdad lo que deba corresponder á aquélla (arts. 3,856, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es perfectamente perceptible, pues cuando hay varios representantes de una misma persona es porque todos se hallan respecto de ella en el mismo grado de parentesco y tienen el mismo derecho á la misma porción de la herencia, circunstancias que obligan á dividirla entre ellos con absoluta igualdad para no faltar á las exigencias de la justicia y la equidad.

Por ejemplo: los nietos que concurren en representación de su padre á la herencia del abuelo en unión de sus tíos, deben percibir una porción igual á la que cada uno de éstos recibe, la cual deben repartir entre sí en otras tantas porciones cuantos son ellos. En consecuencia, si son tres los nietos y dos los tíos, percibirán los primeros una tercera parte de la herencia, que dividirán entre sí en tres porciones iguales.

El principio establecido en el artículo 3,856 no es rigurosamente exacto, porque si unos de los representantes fueren legítimos y otros naturales, no se debe repartir la herencia por partes iguales, sino en los términos que previene la ley cuando concurren hijos de las especies indicadas. En consecuencia, no debe considerarse el precepto citado como una excepción á las reglas establecidas acerca de la sucesión de los hijos naturales en concurrencia con los legítimos, sino subordinado á ellas.

<sup>1</sup> Art. 3,587, Cód. Civ. de 1884.

### III.

#### DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

Ya hemos dicho antes, que los descendientes heredan por cabezas ó por estirpes, según sean llamados á la herencia por derecho propio ó en virtud del derecho de representación.

Pues bien, aplicando este principio declara el artículo 3,860 del Código Civil que, si á la muerte de los padres quedaren sólo hijos legítimos ó legitimados, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales, sin distinción de sexo ni edad, y aunque procedan de distintos matrimonios.<sup>1</sup>

En consecuencia, no son más favorecidos los varones que las mujeres, ni el hijo que nació primero. La razón es, porque se presume que era igual para todos el afecto del autor de la herencia, y por lo mismo deben tener todos igual derecho á ella.

Tampoco varían los derechos de los hijos porque provengan de distintos matrimonios, porque en el corazón del padre los hijos ocupan siempre el mismo lugar, y por tanto, si el autor de la herencia muere dejando un hijo del primer matrimonio y otro del segundo, dividirán la herencia por mitad.

Por aplicación del mismo principio declara también el artículo 3,861 del Código que, si sólo quedaren descendientes de ulterior grado la herencia se debe dividir por estirpes; y que si en alguna de éstas hubiere varios herederos se debe dividir la porción que á ellos corresponda por partes iguales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,591, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,593, Cód. Civ. de 1884.

La razón es, porque en este caso los descendientes no concurren á la herencia por derecho propio, sino representando á sus ascendientes, ocupando el mismo grado y lugar que ocuparían éstos si vivieran.

Por la misma razón, si quedaren hijos y descendientes, se entiende de ulterior grado, los primeros heredan por cabezas y los segundos por estirpes; pues aquéllos concurren á la herencia por derecho propio, y éstos en virtud del derecho de representación (art. 3,862, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Si sólo concurren hijos naturales ó hijos espurios, unos y otros legalmente reconocidos, suceden en la misma forma que los legítimos, supuesto que, como hemos dicho antes, los hijos de las especies indicadas son también herederos forzosos, los primeros aun en concurrencia con los legítimos, y los segundos en defecto de éstos (art. 3,863, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero los descendientes de los hijos naturales y espurios no gozan el derecho de representación, ó lo que es lo mismo, no son llamados á la sucesión legítima, sino cuando son legítimos ó legitimados; porque sin este requisito no forman parte de la familia del autor de la herencia, le son enteramente extraños y falta por consiguiente la presunción que sirve de fundamento á la sucesión legítima, el afecto que se supone profesa aquél á sus descendientes, y en virtud del principio sancionado por el artículo 366 del Código Civil, según el cual, el reconocimiento de los hijos ilegítimos sólo produce efectos legales respecto del que lo hace (art. 3,864, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Cuando concurren descendientes legítimos con ilegítimos, ó unos ú otros con ascendientes, debe hacerse la di-

1 Art. 3,594, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,592, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 339 y 3,595, Cód. Civ. de 1884.

visión en los términos prevenidos en los artículos 3,464 á 3,466 y 3,470 á 3,477 del Código Civil, sobre el total líquido de la herencia (art. 3,865, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Como hemos hecho ya el estudio de esos preceptos en la lección tercera de este tratado, y hemos expuesto los motivos que los fundan, remitimos á nuestros lectores á dicho estudio.<sup>2</sup>

Cuando concurre el cónyuge supérstite con descendientes del autor de la herencia, se debe observar lo dispuesto en el artículo 3,884 del Código Civil, cuyo estudio haremos después (art. 3,867, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Las dos reglas que acabamos de enunciar son de referencia, esto es, remiten á las reglas que en otros preceptos se hayan establecidas, y tienen por objeto hacer que desaparezca toda duda acerca de si tales reglas están modificadas ó no por las que se refieren á la sucesión legítima.

En otros términos, tales reglas demuestran que no modifican ni alteran en manera alguna las que sobre la legítima de los herederos forzosos establece el Código Civil respecto de la sucesión por testamento.

1 Art. 3,596, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la refundición en el del art. 3,464 del Código de 1870.

2 Pág. 99 y sig.

3 Arts. 3,709 y 3,627, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el segundo de estos preceptos en los términos siguientes:

«El cónyuge que sobrevive, concurrendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo legítimo, si carece de bienes, ó los que tiene al tiempo de abrirse la sucesión no igualan la porción que á cada hijo legítimo debe corresponder.»

La reforma consistió en la supresión de las palabras «ó ascendientes» porque concedía al cónyuge en concurrencia con ascendientes ó descendientes el derecho de percibir la misma porción que un hijo legítimo; pero como los hijos en concurrencia con los ascendientes sólo dejan á estos derecho á alimentos, resultaba que el cónyuge que concurría con ascendientes llevaba la totalidad del caudal hereditario y los ascendientes sólo percibían alimentos. Esta disposición fué sustituida por la que ordena que se formen dos partes, una para el cónyuge y otra para los ascendientes, que la dividirán entre sí en caso de ser varios (Notas comparativas del Lic. Macedo).

Finalmente; si el intestado no fuere absoluto, se debe deducir del total de la herencia la parte de que legalmente haya dispuesto el testador, y el resto se debe dividir en los términos que establecen los preceptos cuyo estudio hemos venido haciendo (art. 3,866, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

A primera vista parece enteramente inútil esta última regla, supuesto que ordena que la división de la herencia en el caso de intestado parcial, se haga según las reglas precedentes; pero una ligera reflexión basta para comprender que tal regla no se limita á hacer la referencia indicada, sino que recuerda los principios que rigen la legítima forzosa, declarando que se debe descontar del total de la herencia la parte de que legalmente haya dispuesto el testador, el quinto, si deja descendientes, ó el tercio si deja ascendientes.

Es decir, que según la regla indicada, en la sucesión legítima parcial, en tanto se respeta la voluntad del testador, en cuanto no perjudica las porciones á que tienen derecho los herederos forzosos.

<sup>1</sup> Art. 3,608, Cód. Civ. de 1884.

## IV.

## DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.

Al principio de esta lección dijimos que son cinco los órdenes de herederos á quienes la ley llama á la sucesión legítima, y que estos diversos órdenes son llamados jerárquicamente, ó lo que es lo mismo, que el primero es llamado con exclusión del segundo, éste con exclusión del tercero, y así sucesivamente.

También dijimos que los herederos son llamados á la sucesión legítima por cabezas ó por derecho propio, por estirpes ó por derecho de representación, y por líneas ó series de personas, entre las cuales no tiene lugar este derecho.<sup>1</sup>

Pues bien, siguiendo rigurosamente este sistema respecto de los ascendientes, establece el Código Civil las reglas siguientes:

1<sup>a</sup> A falta de descendientes, suceden el padre y la madre por partes iguales (art. 3,868, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta regla no es más que una consecuencia del principio sancionado por la ley, según el cual los parientes más próximos excluyen á los más remotos, y cuando concurren dos ó más del mismo grado, deben dividir entre sí la herencia por partes iguales, y se funda en el presunto afecto del autor de la herencia, que hace creer que éste no ha tenido cariño más intenso, después de aquel que profesó á sus hijos, que el de sus padres á quienes debe la vida y la educación y de quienes es deudor de una inmensa gratitud:

<sup>1</sup> Pág. 357.

<sup>2</sup> Art. 3,610, Cód. Civ. de 1884.

2.<sup>a</sup> Si sólo hubiere padre ó madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia (art. 3,869, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla tiene los mismos fundamentos que la anterior, y es una consecuencia necesaria de los mismos principios.

3.<sup>a</sup> Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirán la herencia por partes iguales (art. 3,870, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

4.<sup>a</sup> Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales, y se aplicará una á los ascendientes de la línea paterna y otra á los de la materna (art. 3,871, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

5.<sup>a</sup> Los miembros de cada línea dividirán entre sí por partes iguales la porción que les corresponda (art. 3,872, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

En consecuencia, si vivieren los dos abuelos paternos y los dos maternos, se deben hacer dos partes, una para cada línea, y lo mismo debe hacerse si viviere uno solo de los paternos, ó al contrario.

Pero si existieren abuelos de una línea y bisabuelos de la otra, sólo heredarán aquéllos, supuesto que son los parientes más próximos y que en la sucesión legítima, como hemos dicho, domina el principio, según el cual los más próximos excluyen á los más remotos.

Todas estas reglas están subordinadas á la contenida en el artículo 3,843 del Código Civil, que declara, que en las herencias no se atiende al origen y naturaleza de los bienes del difunto, para arreglar el derecho de heredarlos, y por tanto, en ninguno de los casos á que esas reglas se refieren se debe hacer distinción de los bienes paternos y de los maternos para adjudicarlos á la línea de su procedencia, sino que

1 Art. 3,611, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,612, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,613, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,614, Cód. Civ. de 1884.

de todos ellos se debe formar una masa común que han de heredar indistintamente los herederos de una y otra línea.<sup>1</sup>

Las reglas mencionadas no hacen más que reproducir los principios sancionados por las leyes 1 y 2, tít. 20, lib. X de la Novísima Recopilación y 4, tít. XIII, Part. VI, y por tanto, el Código Civil no ha hecho más que seguir las tradiciones de nuestra antigua legislación.

6.<sup>a</sup> Concurriendo el cónyuge que sobrevive con ascendientes, tiene el derecho de un hijo legítimo, si carece de bienes, ó los que tiene al tiempo de abrirse la sucesión no igualan á la porción que á cada hijo legítimo debe corresponder en la herencia, según el artículo 3,884 del Código Civil.<sup>2</sup>

En su oportunidad nos ocuparemos en el estudio de esta regla, la cual hemos transcrito sólo por la referencia que á ella hace el artículo 3,873 del citado ordenamiento.<sup>3</sup>

7.<sup>a</sup> Respecto de los ascendientes ilegítimos, rigen las reglas siguientes establecidas respecto de la legítima forzosa (art. 3,874 Cód. Civ.):<sup>4</sup>

I. Los ascendientes ilegítimos tienen derecho de heredar á sus descendientes, si los han reconocido en la forma que establece la ley (art. 3,479, Cód. Civ.):<sup>5</sup>

II. Si el reconocimiento se verifica después que el descendiente ha heredado ó adquirido derecho á una herencia, ni el que reconoce, ni sus descendientes tienen derecho alguno á la herencia reconocida; y sólo deben pedir alimentos que se les deben conceder conforme á la ley (art. 3,480, Cód. Civ.):<sup>6</sup>

1 Art. 3,574, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,627, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la supresión de la palabra «ascendientes.» Véase la nota 3 pág. 347.

3 Art. 3,615, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 3, pág. 347.

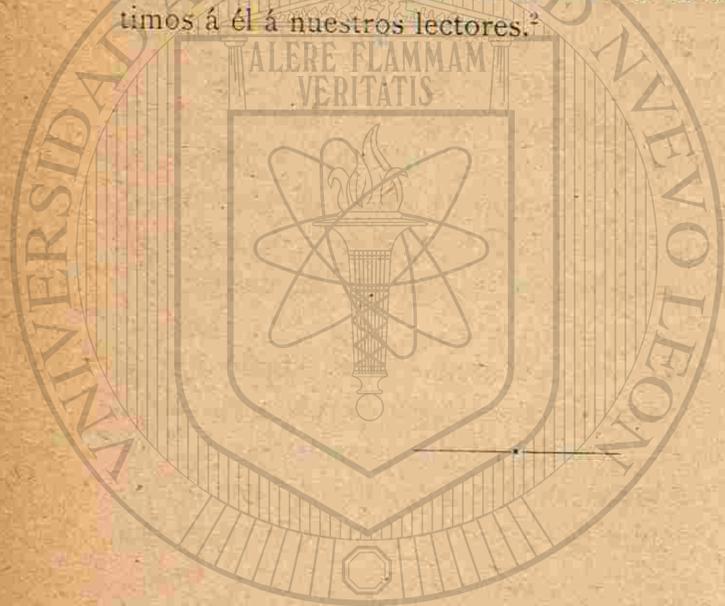
4 El art. 3,874 del Código Civil de 1870 fué suprimido en el de 1884.

5 Arts. 3,616, Cód. Civ. de 1884.

6 Art. 3,617, Cód. Civ. de 1884.

III. Tanto los hijos naturales como los espurios pueden dispensar en su testamento la falta de reconocimiento y dejar á sus ascendientes lo que por derecho les correspondería si no la hubieran cometido (art. 3,481, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Como ya hemos hecho el estudio de estas reglas, remitimos á él á nuestros lectores.<sup>2</sup>



<sup>1</sup> Véase la nota 1 pág. 112.

<sup>2</sup> Pág. 111 y sig.

## V

## DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES.

A falta de ascendientes, descendientes y cónyuge la ley llama á la sucesión á los colaterales dentro del octavo grado, según declara el artículo 3,875 del Código Civil.<sup>1</sup>

Explicando la Exposición de motivos el principio contenido en este precepto, dice: «Pareció prudente á la Comisión que el octavo grado fuese el límite de la sucesión de los colaterales; porque fuera de él ya no hay probabilidad en que fundar la presunción de sentimiento, que es la base de la herencia ab-intestato. Si un testador tiene parientes en el noveno grado, puede instituirlos libremente; y aunque entonces aparece falsificado el principio legal, como el caso es verdaderamente remoto, la disposición general conserva su fuerza.»

En este, como en los demás órdenes de herederos, se observa el jerárquico, y, por tanto, el pariente más próximo excluye al más remoto.

Fundado en este principio establece el Código Civil las reglas siguientes, respecto de la sucesión legítima de los colaterales:

1.<sup>a</sup> Si sólo hay hermanos legítimos por ambas líneas, suceden por partes iguales, es decir, suceden por cabezas (art. 3,876, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

2.<sup>a</sup> Si concurren hermanos enteros con medios hermanos, aquéllos heredan doble porción que éstos (art. 3,877, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,618, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,619, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,620, Cód. Civ. de 1884.

Esta regla se funda esencialmente en el afecto presunto del autor de la herencia hacia sus hermanos, que hace creer que es más profundo y tierno para los que son de padre y madre, que para los que lo son solamente de padre ó de madre.

3.<sup>a</sup> Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos, los primeros heredan por cabezas y los segundos por estirpes (art. 3,878, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

4.<sup>a</sup> A falta de hermanos legítimos, suceden sus hijos también legítimos, dividiéndose la herencia por estirpes y la porción de cada estirpe por cabezas (art. 3,879, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

En otros términos, cuando los sobrinos concurren con los tíos ó con otros sobrinos suceden en virtud del derecho de representación en el lugar y grado de sus padres, y por lo mismo, deben percibir la misma porción hereditaria que tendrían derecho de percibir éstos.

5.<sup>a</sup> A falta de hermanos legítimos, suceden los hermanos naturales, y á falta de éstos los espurios, unos y otros legalmente reconocidos: á falta de ellos sus hijos legítimos, observándose respecto de todos las tres reglas precedentes (art. 3,880, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

La Exposición de motivos funda la regla que antecede en los términos siguientes: «El vínculo que une á los hermanos ilegítimos con los legítimos es, socialmente hablando, mucho más débil que el de los sobrinos; porque en lo general los hermanos ilegítimos no conservan relaciones domésticas, y muchas veces ni aun se conocen. De aquí resulta, que siendo la presunción de afecto el fundamento de la ley, en el caso de que se trata, no tiene la fuerza suficiente para contrariar un sentimiento mucho más cierto y general.»

1 Art. 3,621, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,622, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,623, Cód. Civ. de 1884.

En esta regla como en la anterior, se aplica el derecho de representación, pues en virtud de ella se llama á los sobrinos á ocupar el mismo lugar y grado que sus padres, perciben la misma porción que percibirían ellos si vivieran, y se dividen la herencia por estirpes y la porción de cada estirpe por cabezas.

Los hijos de los medios hermanos gozan también del derecho de representación, y suceden en la parte que les corresponde, ya estén solos, ya concurren con sus tíos (art. 3,881, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

6.<sup>a</sup> A falta de los parientes designados en las reglas anteriores, suceden los parientes más próximos en grado, sin distinción de líneas, ni consideración á doble vínculo; y heredan por partes iguales (art. 3,882, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

La razón es, porque respecto de ellos no hay lugar al derecho de representación, sino que heredan por cabezas, esto es, por derecho propio y siempre en orden jerárquico.

Finalmente: concurrendo colaterales con el cónyuge, se deben observar las reglas contenidas en los artículos 3,886 á 3,890 del Código Civil, en cuyo estudio nos ocuparemos en el capítulo siguiente (art. 3,883, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

1 Art. 3,624, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,625, Cód. Civ. de 1884.

3 Arts. 3,629, 3,633 y 3,636, Cód. Civ. de 1884.

## VI.

## DE LA SUCESION DEL CONYUGE.

La ley ha tenido como base fundamental, no nos cansaremos de repetirlo, en la sucesión legítima la presunción del afecto que ha ligado en vida al autor de la herencia con los individuos llamados á ella, estableciendo un orden jerárquico para que hereden con preferencia aquellos individuos que se presume que han tenido un lugar privilegiado en el corazón de aquél.

En ese fundamento reposa la sucesión del cónyuge supérstite, pues aun cuando con frecuencia acontece que los consortes se pierden el afecto y viven en el más completo desacuerdo, la ley no puede tomar esta circunstancia en consideración, porque no puede penetrar á los secretos del hogar ni establecer excepciones á la regla general, que es la armonía y el afecto de los consortes.

«La ley, dice la Exposición de motivos, no sabe, ni debe, ni quiere saber los secretos del hogar doméstico: por consiguiente presume, que el cónyuge difunto conservó hasta la muerte los sentimientos que con el que sobrevive le unieron durante la sociedad más íntima que se conoce en el mundo.»

«Si se pudiera leer en los corazones, probablemente se encontraría equiparado el afecto conyugal con el paternal; porque si éste tiene su origen en la naturaleza, aquél lo tiene en la voluntad, siendo ambos la base más sólida de la familia, que á su vez lo es de la sociedad.»

Tales son los fundamentos que sirven de apoyo al artícu-

lo 3,884 del Código Civil, que declara, que el cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes ó ascendientes, tiene el derecho de un hijo legítimo si carece de bienes, ó los que tiene al tiempo de abrirse la sucesión no igualan la porción que á cada hijo legítimo debe corresponder en la herencia.<sup>1</sup>

En el primer caso previsto en el artículo citado, el cónyuge debe recibir íntegra la porción señalada; y en el segundo, sólo tiene derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción referida (art. 3,885, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Explicando estas reglas, la Exposición de motivos dice: «Por consiguiente, deben traerse á colación las donaciones, y computar la dote, los gananciales y los demás bienes que el cónyuge tenga al abrirse la sucesión á fin de calcular la parte de la herencia á que tenga derecho.»

Respecto de los colaterales en concurrencia con el cónyuge supérstite, el Código Civil establece las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Si el cónyuge que sobrevive, concurriere con un solo hermano, dividirá con éste la herencia por partes iguales (art. 3,886, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

2.<sup>a</sup> Si concurriere con dos ó más hermanos, el cónyuge tendrá un tercio de la herencia, y los dos tercios restantes se dividirán entre los hermanos (art. 3,887, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

3.<sup>a</sup> A falta de hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, el cónyuge sucede en todos los bienes, aunque haya otros colaterales (art. 3,888, Cód. Civ.):<sup>5</sup>

La Exposición de motivos explica estas reglas en los términos siguientes: «Cuando sólo hay un hermano, es justo

1 Art. 3,627, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 3, pág. 377.

2 Art. 3,628, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,629, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,630, Cód. Civ. de 1884.

5 Art. 3,631, Cód. Civ. de 1884.

que la herencia se divida entre él y el cónyuge; mas habiendo dos ó más, los hermanos tendrán dos tercias partes, sean los que fueren, y una el cónyuge, porque si la presunción de sentimiento obliga á hacer concurrir á éste con aquéllos, no puede igualarlos hasta el extremo de disminuir la parte del viudo en el caso de que los hermanos sean muchos, cuando lo más probable es que el testador prefiera á su cónyuge.»

Las porciones á que se refieren las tres reglas precedentes las debe recibir el cónyuge aun cuando tenga bienes propios, á diferencia de cuando concurre con descendientes ó ascendientes, que sólo tiene derecho á la porción que le señala la ley cuando carece de bienes propios ó los que posee no igualan á esa porción. En consecuencia, cuando concurre el cónyuge con hermanos y sobrinos representantes de hermanos premuertos, hereda íntegra la porción que le asigna la ley, y en todo caso, tenga ó no bienes propios (art. 3,889, Cód. Civ. de 1884).<sup>1</sup>

Las reglas enunciadas sólo tienen aplicación respecto de los hermanos legítimos y de sus hijos también legítimos; pues cuando el cónyuge concurre con hermanos ilegítimos, éstos sólo tienen derecho á alimentos, según lo declara expresamente el art. 3,890 del Código Civil.<sup>2</sup>

Esta regla se funda en los mismos motivos que expusimos al ocuparnos de las razones en que se fundan las reglas que norman la sucesión de los colaterales ilegítimos. En consecuencia, y valiéndonos de las palabras de los autores del Código, por equidad se les conceden alimentos: y los hermanos ilegítimos, y los legítimos y sus hijos, también legítimos, cuando tenga lugar el derecho de representación, son los que entran en concurrencia con el cónyuge, quien

<sup>1</sup> Art. 3,632, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,633, Cód. Civ. de 1884.

recibirá en este caso su cuota íntegra, aunque tenga bienes. «La razón es, que entonces los herederos legítimos no son forzosos, y por lo mismo, no hay la justa consideración á los vínculos que forman la cadena de ascendientes y descendientes.»

La tercera de las reglas enunciadas ha dado lugar á laboriosa contienda acerca de su inteligencia, pues algunos abogados han sostenido ante los tribunales que se debe entender combinada con la fracción III del artículo 3,844 del Código Civil, de manera que los sobrinos del autor de la herencia concurren con el cónyuge supérstite por derecho de representación aun cuando no concurren hermanos de aquél.

Otros, por el contrario, han sostenido que los sobrinos no heredan por derecho de representación en concurrencia con el cónyuge supérstite, sino cuando concurren á la vez hermanos del autor de la herencia. En otros términos, sostienen que el cónyuge supérstite excluye de la herencia del cónyuge premuerto á los sobrinos de éste cuando no concurren con tíos suyos, hermanos del difunto.

Diversas razones se han aducido en apoyo de la primera tesis, cuyo análisis no hacemos, porque no lo permite la naturaleza de estas lecciones, entre ellas, los precedentes históricos de nuestra actual legislación, y el estudio comparativo de las legislaciones de Francia y otras naciones. Pero, á nuestro juicio, nada prueban esos precedentes, y sólo han debido consultarse los principios que establece el Código Portugués sobre el derecho de representación, pues nuestro Código los sancionó copiándolos literalmente.

En efecto: el artículo 1,982 del Código Portugués declara que en la línea transversal sólo existe el derecho de representación en favor de los hijos de los hermanos del difunto, cuando concurren á la herencia con algún hermano

de aquél, que es el mismo principio sancionado por el artículo 3,854 de nuestro Código.

Pues bien, los comentaristas del Código Portugués, entre ellos Díaz Ferreira, entienden el mencionado precepto en el sentido de que los sobrinos sólo gozan del derecho de representación en concurrencia con uno ó varios tíos hermanos del difunto.<sup>1</sup>

Los precedentes de nuestra antigua legislación no prueban otra cosa, sino que el Código Civil se separó de ellos adoptando otro sistema diverso, pero no que según él los sobrinos en concurrencia con el cónyuge y sin que concurren también hermanos del difunto, gocen del derecho de representación.

Además, la combinación de los artículos 3,844 y 3,888 del Código Civil no conduce á concluir, como lo pretenden los sostenedores de la primera tesis, que los sobrinos gozan del derecho de representación en concurrencia con el cónyuge supérstite aun cuando no concurren con ellos tíos hermanos del autor de la herencia.<sup>2</sup>

En efecto: el primero de dichos preceptos no hace más que enumerar el orden jerárquico en que son llamados á la sucesión legítima los parientes del difunto, colocando en el mismo grado á los hermanos y á los sobrinos de él, no obstante que por la naturaleza se hallan éstos en un grado más remoto de parentesco que aquéllos, pero los ha igualado en virtud de una ficción que es la base y fundamento del derecho de representación.

El segundo precepto sólo determina que el cónyuge hereda todos los bienes hereditarios cuando no concurren con él hermanos y sobrinos del difunto, aquéllos por derecho propio, y éstos en virtud del derecho de representación;

<sup>1</sup> Tomo IV, pág. 351.

<sup>2</sup> Arts. 3,575 y 3,631, Cód. Civ. de 1884.

pero no deroga las reglas que sobre este derecho establece el Código Civil en el artículo 3,854, que declara, que en la línea transversal sólo tiene lugar el derecho de representación en favor de los hijos de los hermanos, cuando concurren con otros hermanos del difunto.<sup>1</sup>

Si, pues, los sobrinos sólo heredan en virtud del derecho de representación en concurrencia con el cónyuge supérstite, y si sólo gozan de ese derecho cuando concurren con sus tíos, hermanos del difunto; es claro que cuando no existen éstos, no son llamados á la sucesión legítima con el cónyuge, y por tanto, que éste los excluye de la herencia del cónyuge difunto, en la cual sucede aplicándose todos los bienes que la forman.

Otras muchas razones militan en contra de la primera tesis y en favor de la segunda, pero la naturaleza de estas lecciones no nos permite expenderlas, y por lo mismo nos limitamos á establecer que, según nuestra opinión, es indispensable que los sobrinos concurren en virtud del derecho de representación con sus tíos, hermanos del difunto, para que hereden los bienes de éste en concurrencia con el cónyuge supérstite, y por tanto, que, si no existen hermanos, éste excluye á los sobrinos y sucede en todos los bienes hereditarios.

<sup>1</sup> Art. 3,885, Cód. Civ. de 1884.

VII  
DE LA SUCESION DE LA HACIENDA PUBLICA.

Refiriéndose á ese orden de la sucesión legítima, dice la Exposición de motivos: «Cuando no hay heredero de ninguna clase, es natural, que la sociedad suceda en los bienes de uno de sus miembros, que acaso le debió en mucha parte su riqueza. Las excepciones de esta disposición se han fundado en su respectivo lugar.»

El artículo 3,891 del Código Civil á que se refiere el pasaje transcrito de la Exposición de motivos declara, que á falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores, sucede la hacienda pública; salvo lo dispuesto en los artículos 1,370, 2,736 y 3,256.

La lectura de dicho pasaje demuestra que no expresa la razón fundamental de la ley para llamar á la sucesión legítima al fisco á falta de descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales dentro del octavo grado; y tal circunstancia nos obliga á expender la razón que dan todos los jurisprudentes para fundar y motivar la regla contenida en el artículo 3,891, que está sancionada por todas las legislaciones del mundo civilizado.

El fisco sucede en todas las herencias á las cuales no tiene derecho persona alguna, porque lo que no pertenece á nadie, pertenece al cuerpo de la sociedad que representa á

1 Art. 3,634, 1,254, 2,618 y 3,116, Cód. Civ. de 1884. Reformado el primero de estos preceptos en los términos siguientes:

“A falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores, sucederán el fisco y la beneficencia pública por partes iguales, salvo lo dispuesto en los artículos 1,254, 2,618 y 3,116.”

la universalidad de los ciudadanos, en cuyo provecho redundará. Además, sucediendo el fisco en defecto de los herederos legítimos, previene los desórdenes consiguientes á las pretensiones de aquellos que intentaran apoderarse, á título de primeros ocupantes de los bienes de la sucesión vacante.

Sin embargo, el precepto citado señala las tres excepciones siguientes:

1.<sup>a</sup> Cuando se trata de la propiedad de las obras de la inteligencia, pues si el autor muere sin herederos legítimos, cesa la propiedad y la obra entra al dominio público, según lo declara el artículo 1,370 del Código Civil.<sup>1</sup>

La razón es, como dijimos al hacer el estudio de ese precepto, porque no pudiendo tener el Estado sino un dominio temporal y limitado sobre las obras de la inteligencia sólo para el efecto de reembolsarse de los gastos que en ellas hubiere impendido, es claro que cuando no ha erogado tales gastos no hay razón alguna por la cual adquiera y conserve tal propiedad con perjuicio del público.

2.<sup>a</sup> Cuando el donante muere sin disponer de los bienes que se haya reservado, y éstos se encuentran en su poder, le sucede en ellos, á falta de herederos legítimos, el donatario con exclusión del fisco, según el artículo 2,736 del Código Civil; porque en tal caso existe una presunción que nace de la conducta del donante, pues como dice la Exposición de motivos, «quien ha donado la mayor parte de su fortuna, ha manifestado una decidida predilección en favor del donatario:»<sup>2</sup>

3.<sup>a</sup> Cuando faltan herederos testamentarios y legítimos del último enfiteuta, pues en tal caso ordena el artículo 3,256 del Código Civil que se devuelva el predio al dueño; porque la conveniencia y el interés público exigen que la propiedad no permanezca en un estado anómalo é imperfecto

1 Art. 1,254, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 2,618, Cód. Civ. de 1884.

radicando en una persona el dominio directo y en la otra el útil, y que se consoliden esos derechos.<sup>1</sup>

Creemos que la salvedad que de los tres casos mencionados hace el artículo 3,891 del Código Civil, exceptuando los bienes á que se refieren es innecesaria; porque dicho precepto no importa la derogación de los artículos que establecen las excepciones contenidas en esos casos.

El artículo 3,892 del mismo ordenamiento hace una declaración importante, porque determina cuál es el límite de los derechos y obligaciones que adquiere el fisco cuando es llamado á la sucesión legítima, diciendo que los derechos y obligaciones del fisco, son de todo punto iguales á los de los herederos.<sup>2</sup>

«El Estado ó Fisco, como dice García Goyena, no puede ni debe ser de mejor condición que otros herederos, mas como para heredar ha de preceder inventario, juicio y sentencia, nunca responderá con más de lo que reciba.»<sup>3</sup>

Esta misma idea se halla consignada en el siguiente pasaje de la Exposición de motivos, relativo á dicho precepto: «Se previene también que los derechos del fisco son los mismos que los de los demás herederos, ya para que no responda por más de lo que hereda, ya para el caso de que haya legatarios.

<sup>1</sup> Art. 3,116, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,636, Cód. Civ. de 1884. Reformado solamente para ponerlo en armonía con el anterior que instituye al fisco en concurrencia con la beneficencia pública.

Además, el Código de 1884 introdujo el artículo 3,635, necesario á causa de la reforma indicada y para evitar cuestiones en el caso de que en la herencia hubiere bienes raíces. Dice así:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 3,301, el fisco y la beneficencia pública sucederán en el caso del artículo anterior, aun cuando en la herencia hubiere bienes raíces; pero entonces, á menos de que dichos bienes sean destinados al servicio público, serán enajenados conforme á la ley antes de hacerse la adjudicación por el juez que conozca del intestado, aplicándose al fisco y á la beneficencia pública el precio que se obtuviere.»

<sup>3</sup> Tomo II, pág. 196.

## LECCIÓN NOVENA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I

#### DE LAS PRECAUCIONES QUE DEBEN ADOPTARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA EN CINTA.

Desde la época de la legislación Romana hasta nuestros días se han preocupado siempre los legisladores acerca de las precauciones que deben tomarse con la viuda que queda en cinta á la muerte de su marido.

En aquella legislación se consagraron á tal objeto varios títulos, entre ellos, el 4.º lib. XXV del Digesto que lleva por epígrafe: *De Inspiciendo ventre custodiendoque partu*, y el 9.º lib. XXXVII, *De ventre in possessionem mitendo*, que establecían un verdadero lujo de precauciones para vigilar á la viuda que quedaba en cinta.

Nuestra antigua legislación siguió las tradiciones del derecho Romano, y así vemos establecidas en las leyes 16 y 17, tít. VI, Partida VI, especialmente en la última, un lujo extraordinario de precauciones, depresivas para la mujer, y algunas ultrajantes para su pudor, otorgándole, sin embargo, libertad para dejarse reconocer ó no, pero á condi-

radicando en una persona el dominio directo y en la otra el útil, y que se consoliden esos derechos.<sup>1</sup>

Creemos que la salvedad que de los tres casos mencionados hace el artículo 3,891 del Código Civil, exceptuando los bienes á que se refieren es innecesaria; porque dicho precepto no importa la derogación de los artículos que establecen las excepciones contenidas en esos casos.

El artículo 3,892 del mismo ordenamiento hace una declaración importante, porque determina cuál es el límite de los derechos y obligaciones que adquiere el fisco cuando es llamado á la sucesión legítima, diciendo que los derechos y obligaciones del fisco, son de todo punto iguales á los de los herederos.<sup>2</sup>

«El Estado ó Fisco, como dice García Goyena, no puede ni debe ser de mejor condición que otros herederos, mas como para heredar ha de preceder inventario, juicio y sentencia, nunca responderá con más de lo que reciba.»<sup>3</sup>

Esta misma idea se halla consignada en el siguiente pasaje de la Exposición de motivos, relativo á dicho precepto: «Se previene también que los derechos del fisco son los mismos que los de los demás herederos, ya para que no responda por más de lo que hereda, ya para el caso de que haya legatarios.

<sup>1</sup> Art. 3,116, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,636, Cód. Civ. de 1884. Reformado solamente para ponerlo en armonía con el anterior que instituye al fisco en concurrencia con la beneficencia pública.

Además, el Código de 1884 introdujo el artículo 3,635, necesario á causa de la reforma indicada y para evitar cuestiones en el caso de que en la herencia hubiere bienes raíces. Dice así:

«No obstante lo dispuesto en el artículo 3,301, el fisco y la beneficencia pública sucederán en el caso del artículo anterior, aun cuando en la herencia hubiere bienes raíces; pero entonces, á menos de que dichos bienes sean destinados al servicio público, serán enajenados conforme á la ley antes de hacerse la adjudicación por el juez que conozca del intestado, aplicándose al fisco y á la beneficencia pública el precio que se obtuviere.»

<sup>3</sup> Tomo II, pág. 196.

## LECCIÓN NOVENA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I

#### DE LAS PRECAUCIONES QUE DEBEN ADOPTARSE CUANDO LA VIUDA QUEDA EN CINTA.

Desde la época de la legislación Romana hasta nuestros días se han preocupado siempre los legisladores acerca de las precauciones que deben tomarse con la viuda que queda en cinta á la muerte de su marido.

En aquella legislación se consagraron á tal objeto varios títulos, entre ellos, el 4.º lib. XXV del Digesto que lleva por epígrafe: *De Inspiciendo ventre custodiendoque partu*, y el 9.º lib. XXXVII, *De ventre in possessionem mitendo*, que establecían un verdadero lujo de precauciones para vigilar á la viuda que quedaba en cinta.

Nuestra antigua legislación siguió las tradiciones del derecho Romano, y así vemos establecidas en las leyes 16 y 17, tít. VI, Partida VI, especialmente en la última, un lujo extraordinario de precauciones, depresivas para la mujer, y algunas ultrajantes para su pudor, otorgándole, sin embargo, libertad para dejarse reconocer ó no, pero á condi-

ción de que no se le entregaran los bienes del marido, aunque el hijo naciera y viviera; «á menos de ser probado que la criatura nasciera de ella, en tiempo en que pudiera ser fijo o fija de su marido.»

Nuestras costumbres actuales repugnan ese lujo de precauciones, y, sin embargo, nuestro Código Civil las adoptó en parte, con el objeto de evitar los fraudes, y aun los delitos que pudiera cometer la viuda inspirada por el afán de apoderarse de los bienes de su marido con perjuicio de sus herederos.

En efecto: las precauciones establecidas por el Código Civil tienen por objeto precaver la posibilidad:

1º De una supresión de parto por la viuda que, instituída heredera universal por su marido, pudiera hacer que su hijo desapareciera para evitar la reducción de su porción hereditaria:

2º De una suposición de parto, en el caso de que la viuda se supusiera en cinta en el momento de la muerte de su marido, para simular después un parto, con el objeto de que los bienes de éste pasaran al hijo supuesto, con perjuicio de los herederos testamentarios ó legítimos:

3º De una sustitución de parto, en el caso en que la viuda que diera á luz un hijo muerto ó no viable, lo sustituyera por otro niño, á fin de apoderarse de los bienes del marido con perjuicio de sus herederos.

En los tres casos enunciados se comprometen no sólo los intereses de los herederos del marido, sino también la seguridad del niño, y de aquí el origen de las precauciones establecidas por la ley.

Entre ellas, ordena el artículo 3,893 del Código Civil, que cuando á la muerte del marido la viuda queda ó cree quedar en cinta, debe ponerlo en conocimiento del juez dentro

de cuarenta días, para que lo notifique á los interesados en la sucesión.<sup>1</sup>

Este precepto impone á la viuda una obligación cuyo cumplimiento está sancionado por el artículo 3,900 del Código Civil, que faculta á los interesados para negarle los alimentos á que están obligados, sólo cuando tenga bienes, pues si carece de ellos deben ministrárselos. La misma sanción tienen las demás medidas que dicte el juez para cerciorarse de la verdad del embarazo.<sup>2</sup>

Pero la omisión de la madre no perjudica á la legitimidad del hijo, si puede acreditarse por otros medios legales, pues ya sea que tal omisión provenga de ignorancia de aquélla, ya sea el efecto de sus malas pasiones, si resulta cierto el embarazo, la verdad debe prevalecer sobre una y otras (art. 3,902, Cód. Civ. de 1884).<sup>3</sup>

El objeto del deber que la ley impone á la viuda es que los interesados, aquellos á quienes puede perjudicar el nacimiento del póstumo, tengan conocimiento de su estado para que ejerzan la facultad que les concede el artículo 3,894 del Código, de pedir al juez que proceda oportuna y decorosamente á la averiguación de la preñez; y el artículo 3,897 que ordena, que en cualquier tiempo se repita la averiguación. En consecuencia, los interesados á quienes se debe notificar el estado de la viuda son los herederos *ab-intestato* de grado más próximo, los sustitutos del hijo por nacer, en una palabra, aquellos que tienen un interés directo é inmediato en el nacimiento de éste.<sup>4</sup>

El artículo 3,894 del Código Civil que otorga tal facultad

1 Art. 3,637, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,644, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,646, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,648, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«El juez decidirá de plano toda cuestión de alimentos, conforme á los artículos anteriores, decidiendo en caso dudoso á favor de la viuda.

tad á los interesados no expresa de qué medios debe valer-se el juez para cerciorarse de la verdad del estado de la viuda; pero creemos, autorizados por los precedentes de nuestra legislación antigua, que deben consistir en el reconocimiento pericial practicado por dos ó más médicos, que deben hacerlo con el decoro y respeto debido al pudor de la mujer.

Pero los interesados no sólo gozan de la facultad mencionada, sino que además les otorga el artículo 3,895 del Código la de pedir al juez, aunque sea cierta la preñez, y ellos no la contradigan, que dicte las providencias convenientes para evitar la suposición de parto, ó que el hijo que nazca pase como viable, no siéndolo en realidad.<sup>1</sup>

Tampoco indica este precepto de qué medios debe valer-se el juez para evitar la suposición ó la sustitución de parto, y por lo mismo, creemos también que hay necesidad de ocurrir á los precedentes de nuestra antigua legislación sobre el particular, y que ese funcionario debe constituir en depósito á la viuda en casa de persona honesta y de su confianza. «Si los parientes del muerto, dice la ley 17, tít. VI, Partida VI, lo demandaren, el juez debe catar casa del alguna buena dueña e honesta, en que more esta mujer fasta que para.»

Somos, pues, de opinión, que el juez puede emplear el depósito de la mujer, su custodia y vigilancia, y cualquiera otra medida semejante que puedan conjurar el peligro de la suposición ó de la sustitución de parto; pero no de oficio, sino á instancia y petición de los interesados, como se deduce claramente del texto mismo del precepto á que aludimos.

Confirma nuestra opinión sobre este particular el artículo 3,896 del Código Civil que declara, que cuando el resul-

<sup>1</sup> Art. 3,649, Cód. Civ. de 1884.

tado de la averiguación fuere contrario á la certeza de la preñez, y la viuda insista en que es verdadera, podrá pedir al juez que, con audiencia de los interesados, *le señale casa decente donde sea guardada á vista y con todas las precauciones necesarias, hasta que llegue el tiempo natural del parto.*<sup>1</sup>

Por lo demás, el legislador ha establecido en el precepto mencionado una regla que la prudencia y la razón aconsejan, porque es sabido que los dictámenes periciales en los primeros meses del embarazo están expuestos á error, porque los síntomas que lo caracterizan son falibles. Además, no deben cerrarse las puertas á una demostración evidente que se puede tener con el parto, y que acreditara ó el error de los peritos, ó que su testimonio ha sido sugerido por una mala pasión.

Si el autor de la herencia reconoció en instrumento público ó privado la certeza de la preñez de su consorte, no podrá procederse á la averiguación; pero los interesados pueden pedir en tal caso que el juez dicte las providencias convenientes para evitar la suposición del parto, ó que el hijo que nazca pase como viable, no siéndolo en realidad, á las cuales se refiere el artículo 3,895 (art. 3,898, Cód. Civ. de 1884).<sup>2</sup>

La razón es, porque toda averiguación que se practicara contraria al reconocimiento del padre, sería atentatoria y opuesta á los principios que el mismo Código Civil establece respecto de la denegación de la legitimidad de los hijos, prohibiendo que el padre pueda negarla cuando expresa ó tácitamente ha reconocido al hijo; pero como esta circunstancia no evitaría el peligro de la suposición ó de la sustitución de parto, de aquí la facultad otorgada á los interesados para solicitar las providencias indicadas.

<sup>1</sup> Art. 3,640, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,639 y 3,442, Cód. Civ. de 1884.

Por derecho Romano se ponía en posesión de los bienes hereditarios á la viuda que quedaba en cinta, pero se proveía á éstos y al vientre de un curador, quien tenía obligación de dar alimentos á aquélla, *pro facultatibus defuncti, et pro dignitate ejus at que mulieris*.<sup>1</sup>

Aun cuando nuestra antigua legislación nada estableció acerca del nombramiento de ese curador, sin embargo, la ley 7<sup>a</sup>, tít. 22, Partida III, declara, que «la viuda deve ser apoderada de aquellos bienes que demanda en nome de aquella criatura de que es preñada; e puede vivir e mantenerse en ellos.»

Siguiendo en parte las tradiciones de estos precedentes, declara el artículo 3,899 del Código Civil, que la viuda que queda en cinta, debe ser competentemente alimentada, aun cuando tenga bienes.<sup>2</sup>

¿Por quién? No lo dice ese precepto, pero se infiere del texto del siguiente que faculta á los interesados para negarle los alimentos cuando tenga bienes, si no da aviso al juez de hallarse en cinta ó no observa las medidas dictadas por éste (art. 3,900, Cód. Civ. de 1884).<sup>3</sup>

De la combinación de estos preceptos se infiere:

1º Que los interesados, esto es, los herederos legítimos ó testamentarios que se hallan en la posesión de los bienes hereditarios, son quienes tienen obligación de prestar alimentos á la viuda:

2º Que esa obligación es independiente de las circunstancias pecuniarias de la viuda, ó lo que es lo mismo, que subsiste aun cuando ésta tenga bienes de fortuna; porque los alimentos se dan al vientre y por consideración suya, ó como dice la ley 19, tít. 9, lib. XXXVII del Digesto: «*Ne*

1 Ley 1, tít. 9, lib. 39, D.

2 Art. 3,643, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,644 Cód. Civ. de 1884.

*præjudicium fiat ei quod in utero est: partum iste alendum est:»*

3º Que la pensión alimenticia debe ser competente, esto es, proporcionada á las necesidades de la viuda, según su posición social, y á los bienes dejados por el marido: *pro facultatibus defuncti; et pro dignitati ejus atque mulieris*, como dice la ley citada y ordena el artículo 225 del Código Civil.<sup>1</sup>

4º Que si la viuda no da el aviso respectivo de su embarazo al juez ó no observa las medidas prescritas por éste, puede ser privada de la pensión alimenticia, pero sólo en el caso de que tenga bienes; de donde se infiere que cuando carece de ellos los interesados están ineludiblemente obligados á ministrarle alimentos aunque incurra en las faltas indicadas.

A nuestro juicio, esta sanción de las obligaciones que la ley impone á la viuda sufre la excepción indicada, porque la falta de cumplimiento de ellas no hace menos cierta la existencia del embarazo, y en todo caso, por el peligro que hay de que, siendo cierto, se cause un mal á la mujer y al feto, cuando aquélla ha sido tal vez omisa por ignorancia y sin malicia alguna.

Tal es el motivo por el cual también declara el artículo 3,901 del Código que, si por averiguaciones posteriores resultare cierta la preñez, se deberán abonar á la viuda los alimentos que hubieren dejado de pagarse.<sup>2</sup>

Haciendo una deducción lógica de las premisas que establecen los preceptos legales á que se refieren las observaciones que preceden, parece que debería llegarse á esta conclusión: luego la viuda debe devolver los alimentos que hubiere percibido, si resultare no ser cierta la preñez; pero el Código Civil no llega á semejante conclusión por conside-

1 Art. 214, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,645, Cód. Civ. de 1884.

raciones especiales, sino que declara en el artículo 3,903, que la viuda no debe devolver los alimentos percibidos, aun cuando haya habido aborto ó no resultare cierta la preñez; «salvo el caso en que ésta hubiere sido contradicha por la información pericial.»<sup>1</sup>

Fácil es comprender la razón sobre que descansa este precepto, pues el aborto no extingue el derecho que tiene la viuda para percibir alimentos, sino para lo futuro, y mientras no acontece subsiste tal derecho y las causas que lo motivan; y si no resulta cierta la preñez, no puede hacerse una imputación de fraude, por la dificultad que hay para probar que la mujer supuso á sabiendas la existencia del embarazo, cuando es notorio que es muy difícil comprobarla con toda certidumbre en los primeros meses de él, y por lo mismo, puede haber incurrido en un error inculpable. Además, el reconocimiento pericial, aleja la posibilidad de comisión de fraude.

No acontece lo mismo cuando hecho el reconocimiento pericial, resulta contrario á la certidumbre de la preñez y la viuda insiste, sin embargo, en que es verdadera; porque entonces sí hay motivo fundado para creer que insistió dolosamente y con ánimo de defraudar la pensión alimenticia, y por lo mismo, debe devolver las cantidades que hubiere percibido en virtud del principio de justicia que no permite á nadie aprovecharse de su propio fraude.

Y tanto más necesario se hace este precepto que obliga á la viuda á la restitución de los alimentos, cuanto que, inspirándose en los principios del derecho Romano, reproducidos por la ley 7.<sup>a</sup>, tít. XXII, Partida III, que refiriéndose á esta cuestión ordena que, «El judgador debe librar el pleito por sentencia llanamente maguer non sepa de raiz la verdad,» nuestro Código manda en el artículo 3,904 que el

1 Art. 3,647, Cód. Civ. de 1884.

juéz decida de plano todas las cuestiones relativas á los alimentos, en sentido favorable á la viuda, á fin de evitar, como dice la ley 1.<sup>a</sup>, §14, tít. 9, lib. XXXVII del Digesto: «*Ne præjudicium fiat ei quod in utero est.*»<sup>1</sup>

Ya se comprende que en todas las diligencias que se practiquen, ya con motivo de la prestación ó denegación de alimentos, ya en orden al reconocimiento ó averiguación del embarazo, depósito de la viuda, etc., debe ser oída ésta, toda vez que es personalmente interesada en ellas, y no es justo privarla de los medios de defensa que pudiere emplear; y así lo ordena expresamente el artículo 3,908 del Código Civil.<sup>2</sup>

Este mismo ordenamiento establece las dos reglas siguientes, que creemos innecesarias:

1.<sup>a</sup> La viuda que estuviere en el ejercicio de la patria potestad, continuará en la administración de los bienes que correspondan á sus hijos menores (art. 3,905, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

2.<sup>a</sup> Si no tuviere hijos ó fueren mayores, el albacea administrará los bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 2,201, que declara, que muerto uno de los cónyuges, continúa el que sobrevive en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la testamentaria, hasta que se haga la cuenta de partición (art. 3,906, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Creemos que la primera regla es innecesaria, porque el hecho del embarazo no priva á la viuda de la patria potestad que la ley le otorga sobre sus hijos menores; y si es una consecuencia forzosa del ejercicio de ese derecho la administración de los bienes de éstos, es fuera de toda duda

1 Art. 3,648, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,652, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,649, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,650, Cód. Civ. de 1884.

que es enteramente inútil la declaración contenida en dicha regla.

Otro tanto debe decirse respecto de la segunda; pues si la administración de los bienes hereditarios corresponde al albacea, según la ley, hasta la división de ellos, no hay motivo por el cual se le prive de ella por el embarazo de la viuda, que no adquiere mejores derechos sobre ellos por tal hecho, supuesto que aun teniendo hijos menores bajo su potestad no podría exigir tal administración, porque el autor de la herencia es libre para nombrar albacea á quien mejor le parezca, con exclusión de su mujer.

La salvedad que contiene la misma regla es también, á nuestro juicio, innecesaria; porque es perfectamente sabido, y así se halla expresamente sancionado por el Código Civil, que en tanto tiene el albacea la administración de los bienes que quedan por la muerte del marido, en cuanto á que su matrimonio se celebró bajo el régimen de la separación de bienes, pero que si no la hubo, está regido aquél por el de la sociedad legal, cuya administración corresponde al cónyuge supérstite hasta que se hace la liquidación de ella.

Si, pues, esa administración le corresponde á la viuda independientemente del hecho del embarazo, el cual no es por otra parte motivo legal para privarla de ella, es del todo inútil la salvedad que motiva esta crítica.

Finalmente, el artículo 3,907 del Código ordena que se suspenda la división de la herencia hasta que se verifique el parto; y declara que los acreedores pueden ser pagados con mandato judicial.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos funda este precepto en los términos siguientes: «Como la partición en este caso, no de-

<sup>1</sup> Art. 3,651. Cód. Civ. de 1884.

bería ser definitiva, puesto que el nacimiento del póstumo produciría necesariamente un desnivel entre los herederos, teniendo en consideración que el período nunca puede pasar de diez meses, la Comisión creyó más prudente suspender el término de la testamentaria con el objeto de evitar las graves complicaciones de que de otra manera pudieran ser causa de mayores males que la dilación, salvando en todo caso el derecho de los acreedores.»

La razón de la conveniencia que milita en el párrafo aludido no autoriza, á nuestro juicio, para subordinar el pago de los acreedores á la decisión judicial, porque si consta la legitimidad de sus créditos no hay motivo por el cual diferir su pago con perjuicio de los mismos acreedores y de los herederos, y porque aunque resulte cierta la preñez y nazca un hijo viable, no se extinguen ni modifican los derechos de aquéllos.

## II

## DE LA PORCIÓN VIUDAL.

El cónyuge viudo, sean cuales fueren las capitulaciones de su matrimonio disuelto, que se hallare sin medios propios de subsistencia, dice el artículo 3,909 del Código Civil, tendrá derecho á que se le ministren alimentos de los frutos de los bienes que el cónyuge difunto dejare.<sup>1</sup>

Expresando la Exposición de motivos la razón que tuvieron los codificadores para establecer las reglas relativas á la porción viudal, que no se hallan sancionadas por ningún otro Código, dice: «Como no siempre hay gananciales ó dote, el cónyuge supérstite tiene derecho á alimentos si carece de bienes y nada le corresponde en la sucesión.»

De esta cortísima é insuficiente explicación deducimos que, en opinión de los codificadores, no pareció justo que el cónyuge supérstite, que carece de bienes de fortuna, porque no hubo gananciales, ó porque, si es mujer, no tiene dote, quede en la indigencia, y para evitarle que llegara á ésta le otorgó el derecho de que la sucesión de su consorte le ministre alimentos de los frutos de los bienes que éste dejare.

Del texto del artículo 3,909 que otorga al cónyuge derecho á alimentos se infiere, que éstos deben ser proporcionados á la cuantía de los frutos que producen los bienes de la sucesión y no á la de éstos; y por tanto, que no se puede

<sup>1</sup> Los artículos 3,909 á 3,913 del Código de 1870 fueron suprimidos en el de 1884, por innecesarios, supuesta la obligación que el artículo 3,324, fracción III, impone al testador de dejar alimentos al cónyuge supérstite.

aplicar en el caso la regla que rige respecto de la prestación de alimentos, según la cual deben ser proporcionados á las necesidades del que los recibe.

La razón es, porque si los bienes son valiosos, pero de productos que no correspondan á su valor y á las necesidades del cónyuge supérstite, se hace imposible la aplicación de dicha regla y la pensión alimenticia tendrá que ser exigua.

Esta teoría se halla sancionada por el artículo 3,913 del Código Civil, que declara, que los alimentos deben ser tasados por el Juez, atendidos los rendimientos de los bienes y la necesidad y circunstancias del viudo, á no ser que haya arreglo amigable, se supone, entre los herederos y éste.

Pero la concesión de alimentos cesa, si el cónyuge supérstite se halla en alguno de los siguientes casos de incapacidad para heredar que señala el artículo 3,428 del Código Civil:

1º Si ha sido condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á su cónyuge, á los padres ó á los hijos de éste:

2º Si hizo acusación contra su cónyuge de delito que merezca pena capital ó prisión, aun cuando aquélla sea fundada, á no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes, ascendientes ó hermanos:

3º Si ha sido declarado adúltero en juicio durante la vida del otro, ó estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio:

4º Si hubiere cometido contra el honor del cónyuge difunto, de sus padres ó de sus hijos, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente y así se declara en juicio:

5º Si es culpable de los delitos de supresión, suposición

ó sustitución de infante, siempre que se trate de los bienes que deben corresponder á éste ó á las personas á quienes haya perjudicado ó haya intentado perjudicar con tales actos (art. 3,910, Cód. Civ.).

Los alimentos deben durar mientras los necesite el viudo, y no pase á segundas nupcias ó no reciba la parte de herencia que conforme á derecho le corresponda; pues en tanto le son debidos en cuanto carece de elementos propios para la subsistencia, y deja de existir tal circunstancia cuando recibe la porción hereditaria que le corresponde de los bienes del cónyuge difunto, y cuando contrae segundas nupcias, porque este hecho demuestra que cuenta con elementos propios de vida, pues no de otra manera habría contraído un nuevo matrimonio y las obligaciones inherentes á él.

Finalmente el artículo 3,911 del Código Civil declara, que el derecho que tiene la viuda del testador á que se le ministren alimentos de los frutos de los bienes que éste dejare, no comprende aquellos de que haya sido simple usufructuario, declaración que juzgamos tan inútil como innecesaria.

En efecto, es inútil é innecesaria esa declaración, porque el usufructo es un derecho de tal manera inherente á la persona del usufructuario, que se extingue por la muerte de éste, y por lo mismo, no forma parte de la herencia, supuesto que ésta es, según el artículo 3,364 del Código Civil, la sucesión de todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones, que no se extinguen por la muerte.

Si, pues, ni los bienes usufructuados ni sus productos forman parte de la herencia, es claro que no fructifican para la sucesión, y por consiguiente, que es inútil é innecesario declarar que la viuda no tiene derecho para pretender que se le den alimentos de los bienes mencionados.

Además de ese defecto, tiene el precepto á que aludimos el de adolecer de una redacción deplorable, y de referirse exclusivamente á la viuda, cuando existe la misma razón para hacerlo aplicable al marido.

La verdad es, que tal precepto es tan ilógico como inútil.

## III

## DEL DERECHO DE ACRECER.

Derecho de acrecer, dice el artículo 3,914 del Código Civil, es el que la ley concede á un heredero para agregar á su porción hereditaria la que debía corresponder á otro heredero.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos, dice, refiriéndose á este derecho, que hay jurisprudencias que lo reprueban, sosteniendo que la parte del heredero que falta debe pertenecer á los herederos ab-intestato, principio que tiene un fundamento racional, porque lo es el que ordena que la parte que carece de heredero corresponda á la sucesión legítima; pero como ese mismo principio tiene por base la falta material de la institución, no es del todo conforme á las presunciones que sirven de fundamento en esta materia á la legislación, extenderlo á la falta accidental de la persona instituída.

Y luego agrega: «Cuando un hombre muere sin hacer testamento, puede muy bien presumir la ley, que la voluntad del difunto debió ser, que gozasen sus bienes sus parientes, atendidos los sentimientos naturales del corazón. Mas cuando ha instituído por herederos á individuos determinados, no sólo ha manifestado que su voluntad era que los instituídos gozasen sus bienes, sino que no los disfrutasen las personas llamadas por la ley. El simple acto de nombrar un heredero excluye á los demás: por consiguiente, no es cierto que deba valer la presunción de voluntad

<sup>1</sup> Art. 3,653, Cód. Civ. de 1884.

cuando falta la persona, del mismo modo que cuando falta la institución.»

«Por este motivo, y debiendo más bien suponerse, que al nombrar el testador á dos personas, quiso beneficiar á entrambas, la Comisión sostuvo el derecho de acrecer con las limitaciones y condiciones que le parecieron convenientes para evitar dificultades.»

Del pasaje transcrito de la Exposición de motivos resulta que el fundamento del derecho de acrecer consiste en la voluntad presunta del testador que por el hecho de haber instituído conjuntamente á los herederos y no á las personas que tendrían derecho de sucederle en caso de intestado, demuestra no sólo que ha querido favorecer á aquéllos, sino que ha sido también su voluntad excluir á éstos en todo caso.

Pero supuesto que la ley no hace más que presumir la voluntad del testador, se infiere que éste puede expresar una voluntad contraria á tal presunción, prohibiendo ó modificando como mejor le parezca el derecho de acrecer; porque toda presunción cede siempre á la verdad.

Tal es el motivo por el cual declara el artículo 3,925 del Código Civil, que el testador puede prohibir y modificar como quiera el derecho de acrecer, salvas las legítimas; pues respecto de las de los herederos forzosos no consiente la ley, como dice la Exposición de motivos, más alteraciones que las que ella misma tiene señaladas.<sup>1</sup>

La definición que da el Código Civil del derecho de acrecer, no es, á nuestro juicio, bastante clara por su extrema concisión, y por tal motivo nos permitimos transcribir la que dan comunmente los autores, diciendo que es la acción que compete á los coherederos ó legatarios llamados

<sup>1</sup> Art. 3,662, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras: «salvas las legítimas.»

conjuntamente á una misma cosa ó herencia para suceder en la porción del coheredero ó colegatario que resulte vacante por haberla renunciado ó por haber muerto antes que el testador.

Los requisitos que esta definición señala como indispensables para que haya lugar al derecho de acrecer los determina también el artículo 3,915 del Código Civil, que declara, que para que en las herencias por testamento tenga lugar el derecho de acrecer, se requieren:<sup>1</sup>

1º Que dos ó más sean llamados á una misma herencia ó á una misma porción de ella, sin especial designación de partes:

2º Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia ó sea incapaz de recibirla.

En consecuencia, según este precepto, son requisitos indispensables para la procedencia del derecho de acrecer:

I. Que haya herederos ó legatarios instituidos en testamento. Pero de ahí no se infiere que tal derecho no tiene lugar en los casos de sucesión legítima ó ab-intestato, pues el artículo 3,926 del Código declara expresamente, que en las herencias sin testamento, acrece á los demás parientes del mismo grado lo que alguno ó algunos no quisieren ó no pudieren heredar. Esto es, cuando por la ley son llamados varios parientes de un mismo grado procede el derecho de acrecer, cuando uno ó más de éstos es incapaz ó renuncia la porción hereditaria que le corresponde; pero solamente en estos casos:<sup>2</sup>

II. Que se haya dejado la herencia ó legado en común, esto es, que haya conjunción:

III. Que se haya dejado sin designación de partes:

1 Art. 3,654, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,663, Cód. Civ. de 1884.

IV. Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia ó sea incapaz de recibirla.

Los jurisconsultos exigen además, siguiendo los principios sancionados por la legislación anterior al Código Civil, que la herencia ó legado se dejen en una misma disposición testamentaria.

Antes de ocuparnos en el estudio de los mencionados requisitos, debemos advertir que al enumerarlos nos hemos referido en ellos á las herencias y legados, porque el derecho de acrecer tiene lugar y está regido por las mismas reglas en unas y en otros, como expresamente lo declara el artículo 3,923 del Código Civil.<sup>1</sup>

Volviendo al examen de los requisitos antes enunciados resulta del primero y del segundo de ellos, que para que haya lugar al derecho de acrecer es indispensable que haya conjunción, esto es, que dos ó más herederos ó legatarios sean llamados á la herencia ó á una porción de ella por una misma disposición testamentaria, es decir, en el mismo testamento, aunque la institución esté contenida en cláusulas distintas de él.

La razón es, porque si la institución estuviera contenida en testamentos distintos, otorgados en distintas fechas, habría tantas instituciones cuantos fueran aquéllos, de las cuales sólo prevalecería la del último, supuesto que es un principio elemental de derecho, sancionado por el artículo 3,670 del Código Civil, aquel según el cual, el testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte.<sup>2</sup>

La base, pues, del derecho de acrecer es la conjunción de los herederos ó legatarios, la cual puede tener lugar de tres

1 Art. 3,660, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,390, Cód. Civ. de 1884.

modos, según los principios del derecho Romano, reproducidos por nuestra antigua legislación: *re tantum*, *verbis tantum* y *re et verbis*.<sup>1</sup>

La real tiene lugar cuando en un mismo testamento se deja una misma cosa á dos ó más personas, pero en cláusulas distintas, como si el testador dijera: lego á Pedro mi casa habitación, y después agregara en otra cláusula: lego mi casa habitación á Antonio.

La conjunción *verbis tantum* ó verbal, tiene lugar cuando dos ó más personas son llamadas en una misma cláusula á la misma cosa, pero con señalamiento de partes. Por ejemplo, cuando el testador dice, dejo mi finca de campo X á Juan y Pablo á cada uno por mitad.

La conjunción *re et verbis* ó real y verbal tiene lugar cuando el testador deja en una misma cláusula una misma cosa sin designación de partes á dos ó más personas. Por ejemplo, si el testador dijera, lego á Juan, Pedro y Antonio mi casa habitación.

Según los principios del derecho Romano y de nuestra antigua legislación, sólo había verdadera conjunción, y por tanto sólo procedía el derecho de acrecer, cuando aquella era *re tantum* y *re et verbis*, esto es, en la real y en la mixta de real y verbal, pero no en la *verbis tantum*; pues los herederos y colegatarios no son en ésta conjuntos, sino en la apariencia, porque no es la misma cosa la que se les lega por el testador, sino partes distintas y conocidas de ella.

Según los preceptos del Código Civil, la conjunción y, por tanto, el derecho de acrecer, tiene lugar en los mismos casos que determinaban el derecho Romano y nuestra antigua legislación. En consecuencia, no hay lugar al derecho de acrecer, según el Código, en el caso de conjunción *verbis tantum*.

<sup>1</sup> Leyes 142, lib. 50, tít. 16, D. y 33, tít. 9, Partida VI.

El tercer requisito indispensable para que proceda el derecho de acrecer, es que se haya dejado la herencia ó legado en común, sin especial determinación de partes, acerca del cual ha habido antes de ahora serias discusiones entre los jurisconsultos; pues unos han sostenido que se debe distinguir si la designación de partes recae sobre la institución misma ó sobre la ejecución de la voluntad del testador, es decir, sobre la división que los herederos ó legatarios deben hacer de los bienes hereditarios ó legados.

Según ellos, si recae sobre la institución misma, esto es, si la voluntad del testador no ha sido otra que instituir á cada heredero ó legatario en la parte que le ha asignado, no hay conjunción, y por lo mismo, no hay lugar al derecho de acrecer, pues siendo instituido cada uno en una parte de la herencia ó de la cosa legada, no puede pretender más. Por el contrario, si la designación de parte recae solamente sobre la ejecución de la voluntad del testador, esto es, si queriendo éste instituir á los herederos ó legatarios en todos sus bienes ó en toda la cosa legada, fija la proporción en que deben repartirlos entre sí al hacer la división de ellos, procede el derecho de acrecer, porque no impide que cada uno sea llamado al todo.<sup>1</sup>

Otros jurisconsultos, entre ellos Proudhon, sostienen que la designación de partes, en cualquiera forma que se haga, excluye al derecho de acrecer, porque no hay diferencia alguna en que el testador diga que instituye sus herederos á Pedro y á Juan, en todos sus bienes por mitad, ó para que los dividan por partes iguales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Aubry y Rau, tomo VII, § 726, notas 34 y 35; Duranton, tomo IX, núm. 505; Toullier, tomo V, núm. 691; Merlin, Repertoire, v. Accroissement, núm. 2; Demolombe, tomo XXII, núm. 373; Laurent, tomo XIV, núm. 308; Thiry, tomo II, núm. 487; Baudry Lacantinerie y Colin, tomo II, núm. 2,906; Troplong, tomo IV, números 2,174 y 2,175.

<sup>2</sup> Droit D'Usufruit, tomo II, núm. 707.

Por fortuna nos encontramos nosotros fuera de esa discusión y de la incertidumbre que de ella pudiera nacer, porque nuestro Código Civil ha sancionado la primera de las opiniones mencionadas, que es la de la mayoría de los jurisconsultos, confirmada por la jurisprudencia de los tribunales, declarando en el artículo 3,916, que no se entiende que están designadas las partes, sino cuando el testador manda expresamente que se dividan ó cuando las designa con señales físicas; pero que la frase *por mitad ó por partes iguales*, ú otras, que aunque designan parte alícuota, no fijan ésta numéricamente, ó por señales que hagan á cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado no excluyen el derecho de acrecer.<sup>1</sup>

Refiriéndose Aubry y Rau á la teoría que nos ocupa, que, como hemos visto, ha merecido la sanción del Código Civil, dicen que la designación de partes hecha en la forma indicada no recae sobre la institución misma de los legatarios, sino únicamente sobre el modo de ejecución del legado en el caso de concurrencia real de los legatarios, y por lo mismo debe tenerse como no hecha, ó estimarse como sin objeto alguno, si ese caso no se realiza.

Y luego proponen el siguiente ejemplo: «Cuando el testador ha instituído en una misma disposición á muchas personas sus legatarios universales, ó lo que es lo mismo, cuando ha legado á muchos la universalidad de los bienes que deja con esta adición: *para que mis legatarios gocen y dispongan de mis bienes por partes y porciones iguales*; esta cláusula accesoria y de pura ejecución no restringe la vocación universal de los legatarios y no impide que el legado no sea universal, hecho conjuntamente á los diversos legatarios. En vano se objeta que esta manera de interpretar la cláusula adicional de que se trata tiende á privarla de todo efec-

<sup>1</sup> Art. 3,655, Cód. Civ. de 1884.

to, supuesto que, por derecho común é independientemente de toda declaración del testador, un legado hecho á muchas personas se divide entre ellas por partes iguales. Respondemos que una declaración ó cláusula superflua en un acto, y sobre todo en un testamento, no debe ser interpretada en un sentido que desnaturalice el carácter del acto ó de la disposición principal; que el testador ha podido, por ignorancia ó por exceso de precaución, creer conveniente determinar el modo de dividir un legado, y particularmente que declare de una manera expresa su intención de que concurren todos los legatarios por partes viriles.»<sup>1</sup>

Los autores sostienen también que esta misma teoría debe aplicarse *á fortiori* en los casos en que el testador señala á los herederos ó legatarios partes desiguales.<sup>2</sup>

El cuarto y último requisito consiste en que uno ó varios de los herederos ó legatarios llamados mueran antes que el testador, renuncien la herencia ó sean incapaces de recibirla; pues si la falta de ellos acontece después de haber aceptado la herencia, no hay lugar al derecho de acrecer, y su parte se trasmite á sus herederos, salvo el caso de que aquélla consista en un usufructo, que, como después veremos, siempre acrece al conjunto del usufructuario que falte (art. 3,919, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

La razón es perfectamente perceptible, pues en tanto existe el derecho de acrecer en cuanto hay una herencia ó parte de ella vacante, y tal circunstancia no concurre cuando el heredero ó legatario faltan después de haber aceptado aquélla; porque en virtud de su aceptación los bienes hereditarios ó legados pasaron á formar parte de su patrimo-

<sup>1</sup> Loco citato.

<sup>2</sup> Toullier, tomo V, núm. 692; Demolombe, tomo XXII, núm. 374; Aubry y Rau, loco citato.

<sup>3</sup> Art. 3,656, Cód. Civ. de 1884.

nio, y por lo mismo, pertenecen á sus herederos cuando mueren.

Según el sistema adoptado por el Código Civil, no puede tener lugar el derecho de acrecer entre los herederos forzosos más que respecto de las mejoras; porque en cuanto á la legítima, no se dividen los unos la parte de los otros en virtud de ese principio, sino con el más respetable carácter de herederos necesarios.<sup>1</sup>

Por tal motivo declara el artículo 3,918 del Código, que, si los herederos son forzosos, el derecho de acrecer sólo tiene lugar cuando se deja la parte de libre disposición á dos ó más de ellos ó á alguno de ellos y á un extraño.<sup>2</sup>

La explicación que hemos dado de este precepto, tomándola de la Exposición de motivos, está á nuestro juicio, fundada en distinciones verdaderamente sutiles, que ninguna consecuencia producen en la práctica; porque para el resultado de la división de los bienes hereditarios da lo mismo que los herederos perciban la parte que de aquéllos debería corresponder al coheredero premuerto en virtud del derecho de acrecer, ó como herederos forzosos del testador.

Juzgamos, pues, que el principio sancionado por el artículo 3,918 del Código Civil es innecesario y de ninguna utilidad práctica.

El artículo siguiente, es decir, el 3,919 del mismo Código, sanciona también un principio, que, á nuestro juicio, adolece de dos graves defectos, pues dice así: «La mejora que se deja á un solo heredero forzoso, ó á varios sin el requisito que se exige en la fracción I del artículo 3,915, acrece á los demás herederos.»<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Exposición de motivos.

<sup>2</sup> Los artículos 3,918 y 3,919 del Código de 1870 fueron suprimidos en el de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,654, Cód. Civ. de 1884.

El primero y más grave de los defectos de que adolece este precepto consiste en la obscuridad de su redacción, que impide que se entienda bien cuál ha sido la mente del legislador. Del estudio detenido de sus términos parece que éste quiso decir que, cuando se mejora á un solo heredero, y cuando se hace la mejora á dos ó más de ellos con designación de partes, la falta de uno de los mejorados no da lugar al derecho de acrecer á favor de los demás, sino que tanto en este caso, como en aquel en que la mejora se haga en favor de uno solo, acrece en favor de los herederos.

El segundo defecto de que adolece ese precepto consiste en que es absolutamente innecesario, pues si para que proceda el derecho de acrecer es requisito esencial que dos ó más personas sean llamadas á una misma porción de la herencia sin especial designación de partes, lógicamente se infiere que cuando el testador hace esa designación no hay lugar al derecho de acrecer entre los herederos mejorados, y que la porción caduca de la mejora debe formar parte de la herencia divisible entre todos los herederos instituidos.

Desde luego se comprende por todo lo expuesto cuáles son los efectos del derecho de acrecer, cuando falta uno de los herederos ó legatarios conjuntos; pues su parte aprovecha á los herederos ó colegatarios de él, proporcionalmente á la porción de la herencia que le corresponde á cada uno.

¿Pero el derecho de acrecer es facultativo ó forzoso, é importa para el coheredero ó colegatario el deber de cumplir las cargas y obligaciones impuestas por el testador al heredero ó legatario que falta?

Según los principios del derecho Romano, se distinguía entre los conjuntos *re tantum* y los conjuntos *re et verbis*. Para los primeros el derecho de acrecer era forzoso, porque se decía que toda la cosa se había legado; y el legata-

rio la obtenía más bien por decrecimiento que por acrecimiento, y por tanto no podía aceptar el legado en parte; pero no estaba obligado á cumplir las cargas impuestas á su colegatario, porque él recogía la cosa legada en virtud de su propio derecho, y como ninguna carga le había impuesto el testador, ninguna obligación reportaba.

Pero si los conjuntos lo eran *re et verbis* y faltaba alguno de ellos, podían los demás repudiar la parte de éste, porque no les había sido legada; pero si la aceptaban estaban obligados á cumplir la carga impuesta á aquél.<sup>1</sup>

Nuestro Código ha prescindido de esa distinción, declarando en el artículo 3,920, que los herederos á quienes acrece la parte caduca, suceden en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibir la herencia; y en el 3,921, que los herederos sólo pueden repudiar la porción que acrece á la suya renunciando á la herencia; á no ser que sean herederos forzosos.<sup>2</sup>

Sancionados estos principios, ha puesto fin nuestro Código á la controversia suscitada entre los jurisconsultos modernos que sostenían teorías contrarias, y no sin razón, porque el derecho de acrecer es voluntario, esto es, su aceptación depende de la voluntad del heredero ó legatario conjunto, quien si ha aceptado la herencia ó legado, no puede renunciar, porque su renuncia equivaldría á tanto como á repudiar aquello que había aceptado.

Esta es la razón por la cual declaró el artículo 3,921 que los herederos sólo pueden repudiar la porción que acrece á la suya renunciando la herencia. Sin embargo, pone como excepción el caso en que el heredero sea forzoso. ¿Por

<sup>1</sup> Thiry, tomo II, núm. 491.

<sup>2</sup> Arts. 3,657 y 3,658, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el segundo de estos preceptos por la supresión de las siguientes palabras: «á no ser que sean herederos forzosos,» que no se hallaban en armonía con el sistema de la libre testamentifacción.

qué motivo? A primera vista no se percibe la razón que ha inducido al legislador á establecer tal excepción; pero un ligero examen basta para descubrirlo.<sup>1</sup>

Ese precepto no es más que la sanción del que le precede y declara que los herederos á quienes acrece la parte caduca, suceden en todos los derechos y obligaciones que tendría el que no quiso ó no pudo recibir la herencia, á fin de evitar que los herederos rehusaran el cumplimiento de éstas, ó más bien dicho, se eximieran de él mediante la renuncia de la porción caduca.

Pues bien, esta sanción no es aplicable á los herederos forzosos, porque, según el sistema de la legítima forzosa adoptada por el Código Civil, no puede privarse á aquellos de la porción que les corresponde conforme á la ley como expresamente lo declara el artículo 3,461, y por lo mismo, pueden tales herederos repudiar con toda impunidad la porción caduca.

La verdad es que el precepto que sugiere estas observaciones sólo puede tener aplicación respecto de los herederos forzosos, en el caso de que se mejore á dos ó más de ellos, supuesto que, según el artículo 3,462 del Código, la legítima no admite gravamen, condición ni sustitución de ninguna especie.

Ese mismo precepto hace surgir otra cuestión, á nuestro juicio, importante. ¿Qué se debe hacer en el caso de que falte el legatario, instituido en la parte de libre disposición del testador y que los herederos forzosos repudien esa porción que acrece á la suya?

Juzgamos muy fácil la solución, pues en tal caso hay lugar á la sucesión legítima, según la fracción III del artículo 3,840 del Código Civil, á la cual serán llamados los herederos más próximos en grado del testador, excluidos los

<sup>1</sup> Véase la nota anterior.

repudiantes, y ellos percibirán la porción caduca, pero sin gravámenes y sin condiciones; porque la heredan, no por voluntad del testador que ha tenido facultad para imponer éstos á los instituídos por él, sino por determinación de la ley, que llama á los parientes más próximos sin gravamen ni restricción alguna.

▷ Cuando uno de dos legatarios instituídos, renuncia la herencia, ó es incapaz de recibirla, acrece el legado á los herederos, según lo declara de una manera expresa y terminante el artículo 3,924 del Código Civil. En otros términos, el derecho de acrecer procede en favor de los herederos instituídos respecto de los legados cuando éstos caducan por alguna de las causas que determina la ley. Y la razón es obvia, porque los bienes legados no pueden quedar vacantes, y deben venir, según la voluntad presunta del testador á aquellas personas á quienes profesaba un particular afecto, toda vez que las instituyó herederas de casi todos sus bienes.<sup>1</sup>

La sutil y difícil materia del derecho de acrecer ha dado siempre motivo para que se susciten sobre diversos puntos de ella serias y laboriosas controversias entre los juriscónsultos, que han sostenido tesis contrarias, y una de ellas es la relativa á si procede ese derecho cuando se ha legado el usufructo conjuntamente á dos personas y una fallece.

Todos los comentaristas del Derecho francés están de acuerdo en que tiene lugar el derecho de acrecer entre los coherederos ó colegatarios del usufructo de unos mismos bienes; pero se han dividido y sostienen opiniones contrarias respecto de la procedencia de ese derecho cuando los beneficiados entran en el pleno ejercicio del usufructo y uno de ellos renuncia ó fallece.

Unos autores sostienen la procedencia del derecho de

<sup>1</sup> Art. 3,661, Cód. Civ. de 1881.

acrecer, razonando en la forma siguiente: El usufructo, dicen, fundados en los preceptos del Derecho romano, ha sido legado por entero á cada legatario, y si vienen los dos instituídos al ejercicio de él, no podrán usufructuar sino una parte de la cosa legada, porque cada uno de ellos impide al otro que ejercite su derecho en toda su plenitud; pero éste es sólo un obstáculo temporal, á diferencia de lo que sucedería si se tratara de un legado de propiedad, y por lo mismo, si se extingue el usufructo de uno de los legatarios, nada se opone á que el otro goce plenamente de él, supuesto que se le ha legado por entero el goce de la cosa fructífera y tiene lugar el derecho de acrecer.<sup>1</sup>

Esta teoría ha sido contradicha por la mayoría de los juriscónsultos, quienes sostienen que el usufructo que se extingue se consolida con la nuda propiedad, y por tanto, que no procede el derecho de acrecer en el caso supuesto, esto es, cuando los legados han producido su efecto por haber entrado los legatarios al ejercicio del derecho de usufructo; porque el legado de éste, como cualquiera otro, se abre desde el día del fallecimiento del testador, y desde esta época se han fijado los derechos de cada uno de los legatarios; y si éstos son muchos, hay tantos legados de usufructo cuanto son éstos, según los principios generales del Derecho, los cuales no pueden sufrir excepción alguna en el caso propuesto, porque no lo establece la ley, y por tanto, la extinción de uno de ellos debe aprovechar al dueño de la nuda propiedad y no á otra persona.<sup>2</sup>

Nuestro Código Civil ha adoptado el principio que esti-

<sup>1</sup> Ley I, lib. 7, tit. 2, D.; Troplong, tomo II, núm. 2,184; Duranton, tom IV, número 655 y siguiente; Marcadé, tomo IV, número 199; Coin Delisle, sobre el art. 1,044, núm. 10; y otros.

<sup>2</sup> Merlin, v. Usufruit, § 5, art. 1; Toullier, tomo V, núm. 699; Baudry Lacantinerie y Colin, tomo II, núm. 2,923; Proudhon, tomo II, núm. 675; Aubry y Rau, § 796; Demolombe, tomo XXII, núm. 389; Colmêt de Santerre, tomo IV, núm. 199, bis VIII.

ma el legado de usufructo sujeto al derecho de acrecer como los demás legados, y sancionó la primera de las teorías mencionadas, por más que sea la más combatida, sin duda alguna porque se funda en los principios del Derecho romano, cuyas tradiciones han sido el fundamento principal de nuestra antigua legislación.

Por tal motivo, declara el artículo 3,922 del Código Civil que, cuando conforme á la ley, deba tener lugar el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente á un usufructo, la porción del que falte acrecerá siempre al otro, aunque aquél falte después de haber aceptado y aunque haya estado en posesión de su parte de usufructo.<sup>1</sup>

Aunque tal teoría no sea la más prestigiada entre los jurisconsultos modernos, sin embargo, el Código Civil ha prestado un importante servicio adoptándola, porque quita todo motivo de discusión y de duda, y evita la incertidumbre en la jurisprudencia.

1 Art. 3,659 Cód. Civ. de 1884.

## IV

DE LA APERTURA Y TRANSMISION  
DE LA HERENCIA.

Al comenzar este tratado, dijimos que el artículo 3,372 del Código Civil establece el principio en virtud del cual, la propiedad y la posesión legal de los bienes, y los derechos y las acciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos, en los términos que establece el mismo ordenamiento.<sup>1</sup>

También dijimos, y es preciso recordarlo, que según el sistema adoptado por el Código Civil, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios se adquieren por el heredero de pleno derecho, sin ningún acto de su voluntad, y aun contra ella, en el acto mismo en que la sucesión se abre, esto es, en el momento de la muerte del autor de la herencia.

Pues bien; el artículo 3,927 del Código Civil establece, ó mejor dicho, determina cuándo se abre la sucesión, declarando que esto tiene lugar en el momento en que muere el autor de la herencia, y cuando, conforme á lo dispuesto en el capítulo 5º, tít. XIII, lib. I del mismo ordenamiento, se declara la presunción de muerte de un ausente.<sup>2</sup>

Este precepto, que se halla consignado en todas las legislaciones, tiene un fundamento racional y justo; porque de la noción que tenemos de la herencia resulta que no puede haber sucesión de una persona viva, y que la muerte, que

1 Pág. 5.

2 Art. 3,664, Cód. Civ. de 1884.

ma el legado de usufructo sujeto al derecho de acrecer como los demás legados, y sancionó la primera de las teorías mencionadas, por más que sea la más combatida, sin duda alguna porque se funda en los principios del Derecho romano, cuyas tradiciones han sido el fundamento principal de nuestra antigua legislación.

Por tal motivo, declara el artículo 3,922 del Código Civil que, cuando conforme á la ley, deba tener lugar el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente á un usufructo, la porción del que falte acrecerá siempre al otro, aunque aquél falte después de haber aceptado y aunque haya estado en posesión de su parte de usufructo.<sup>1</sup>

Aunque tal teoría no sea la más prestigiada entre los jurisconsultos modernos, sin embargo, el Código Civil ha prestado un importante servicio adoptándola, porque quita todo motivo de discusión y de duda, y evita la incertidumbre en la jurisprudencia.

1 Art. 3,659 Cód. Civ. de 1884.

## IV

DE LA APERTURA Y TRANSMISION  
DE LA HERENCIA.

Al comenzar este tratado, dijimos que el artículo 3,372 del Código Civil establece el principio en virtud del cual, la propiedad y la posesión legal de los bienes, y los derechos y las acciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos, en los términos que establece el mismo ordenamiento.<sup>1</sup>

También dijimos, y es preciso recordarlo, que según el sistema adoptado por el Código Civil, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios se adquieren por el heredero de pleno derecho, sin ningún acto de su voluntad, y aun contra ella, en el acto mismo en que la sucesión se abre, esto es, en el momento de la muerte del autor de la herencia.

Pues bien; el artículo 3,927 del Código Civil establece, ó mejor dicho, determina cuándo se abre la sucesión, declarando que esto tiene lugar en el momento en que muere el autor de la herencia, y cuando, conforme á lo dispuesto en el capítulo 5º, tít. XIII, lib. I del mismo ordenamiento, se declara la presunción de muerte de un ausente.<sup>2</sup>

Este precepto, que se halla consignado en todas las legislaciones, tiene un fundamento racional y justo; porque de la noción que tenemos de la herencia resulta que no puede haber sucesión de una persona viva, y que la muerte, que

1 Pág. 5.

2 Art. 3,664, Cód. Civ. de 1884.

pone fin á la vida, lo pone también á los derechos que el hombre tiene sobre los bienes, que son un accesorio de aquélla, y por lo mismo, la transmisión de ellos debe operarse en el momento mismo en que el testador fallece y se halla en la imposibilidad de poseerlos, sucediéndole y reemplazándolo en esos mismos derechos sus herederos.<sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere que las palabras *abrir la sucesión*, no significan otra cosa que la transmisión de la herencia por testamento ó ab-intestato á los herederos testamentarios ó legítimos por el fallecimiento del autor de la herencia.

Cuando son varias las personas llamadas simultáneamente á la misma herencia, se considera indivisible el derecho que tienen á ella, tanto respecto de la posesión como del dominio, mientras se hace la partición. Es decir, que entre tanto no se hace ésta, el derecho de los coherederos á la posesión y propiedad de los bienes hereditarios es indivisible, porque no se puede determinar individualmente cuáles de ellos, ó qué porción especialmente señalada de ellos, le corresponde á cada uno, sino que la totalidad de ellos les pertenece en común (art. 3,932, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

De este principio se infiere una consecuencia importante: luego cuando no hay albacea nombrado, quien, como hemos visto antes, posee en nombre propio por la parte que le corresponde de la herencia y en nombre ajeno por la que corresponde á los demás herederos, y tiene obligación de asegurar los bienes hereditarios, cada uno de los herederos puede, durante la indivisión, reclamar la totalidad de la herencia que le corresponda juntamente con otros, sin que el demandado pueda oponerle la excepción de que la herencia

<sup>1</sup> Laurent, tom. VIII, núm. 511.

<sup>2</sup> Art. 3,665, Cód. Civ. de 1884.

no le pertenece por entero, según lo declara el artículo 3,933 del Código Civil.<sup>1</sup>

Díaz Ferreira da la razón de este principio comentando el artículo 2,016 del Código Portugués, literalmente copiado por el 3,933 del nuestro, en los términos siguientes: «El tercero no puede oponerse á la entrega, fundándose en que no pertenecen al actor todos los bienes hereditarios por haber más coherederos. Como es indivisible el derecho de herencia, tanto puede ser reclamada por uno, como por todos los copartícipes en la sucesión.»

Es decir, que la acción que el precepto citado otorga á cada uno de los coherederos, es una consecuencia necesaria de la indivisibilidad del derecho de herencia, que no atribuye á cada uno de los herederos llamados á ella, una parte individual y específicamente determinada.

Además, el derecho de uno de los herederos no debe ser perjudicado por la negativa ó la negligencia de los demás para reclamar la herencia. Esto es, no deben quedar subordinados sus intereses al capricho ó voluntad de los demás.

Pero si hay albacea nombrado, él debe promover la reclamación de la herencia, porque tiene, entre otras obligaciones, el aseguramiento de los bienes de la herencia y la defensa en juicio y fuera de él de ésta; y ni aun á pretexto de morosidad del albacea en el cumplimiento de esos deberes pueden los herederos ejercitar la acción, pues en tal caso sólo es permitido promover su remoción, para que, sustituido por otra persona en el albaceazgo, sea ésta quien en nombre de la sucesión reclame la herencia (art. 3,934, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Como todos los derechos en general, el de reclamar la herencia prescribe en veinte años y es trasmisible á los he-

<sup>1</sup> Art. 3,667, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,668, Cód. Civ. de 1884.

rederos, según lo declara expresamente el artículo 3,935 del Código Civil; porque el interés público exige que no permanezcan indefinidamente en la incertidumbre los derechos de los individuos que por cualquier título se hallan en posesión de los bienes hereditarios.<sup>1</sup>

Como ese mismo derecho forma parte del patrimonio del heredero, es transmisible como éste, á sus herederos y sucesores, según los principios más elementales del derecho; y por tanto, parece hasta innecesaria la declaración contenida en el mencionado artículo 3,935 del Código Civil.

Invadiendo éste el terreno exclusivo del Código de Procedimientos, y á pretexto de fijar reglas de competencia para evitar conflictos jurisdiccionales, que causan males de mucha trascendencia en el curso de los juicios testamentarios, establece el Código Civil las reglas siguientes:

1<sup>a</sup> La sucesión se abrirá en el lugar donde el difunto hubiere tenido su domicilio (art. 3,928, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

2<sup>a</sup> A falta de domicilio fijo se abrirá en el lugar donde estuvieron situados los bienes raíces que la forman (art. 3,939, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

3<sup>a</sup> Si hubiere bienes raíces en diversos lugares, la sucesión se abrirá en donde se halle la mayor parte de ellos, calculada por el pago de contribuciones directas (art. 3,930, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

4<sup>a</sup> A falta de domicilio fijo y de bienes raíces, la sucesión se abrirá en el lugar donde su autor hubiere fallecido (art. 3,931, Cód. Civ.):<sup>5</sup>

Estas reglas importan no sólo una invasión al terreno que es propio de la ley de enjuiciamiento, sino que son además

1 Art. 3,669, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 1,711, frac. I, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 1,711, frac. II, Cód. de Proced. de 1884.

4 Art. 1,711, frac. III, Cód. de Proced. de 1884.

5 Art. 1,711, frac. IV, Cód. de Proc. de 1884.

innecesarias, por cuanto á que se hallan expresamente sancionadas en el artículo 1,950 del Código de Procedimientos de 1870, y en el 1,827 del de 1880.

Además de éste defecto, adolecen del de notoria deficiencia, pues si bien son racionales y justas y tienden á prevenir y evitar conflictos jurisdiccionales, no determina qué juez es competente, ó mejor dicho, ante qué juez se abre la sucesión del ciudadano mexicano que fallece en alta mar, cuando deja solamente bienes muebles, que lleva consigo, y no tiene domicilio fijo.

Esta deficiencia debe ser el origen de dificultades y discusiones, que habrá necesidad de resolver, según creemos, aplicando los principios del derecho internacional.

### DE LA ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA.

En la lección primera de este tratado dijimos que, según el sistema adoptado por el Código Civil, la propiedad y la posesión de los bienes hereditarios se adquieren por el heredero de pleno derecho, sin ningún acto de su voluntad, y aun contra ella, en el acto mismo en que la sucesión se abre, esto es, en el momento de la muerte del autor de la herencia.<sup>1</sup>

También expusimos que esto no quiere decir que la adquisición de la herencia, que se opera de esta manera, sea irrevocable, porque el heredero no se hace definitivamente propietario de los bienes hereditarios, sino cuando los acepta de una manera expresa y terminante, ó implícitamente, ejecutando algún acto que haga conocer su voluntad, como si dispone de alguno de esos bienes ó de sus productos; ó lo que es lo mismo, que la determinación aludida de la ley, no priva al heredero del derecho de deliberar si le conviene ó no la aceptación de la herencia y de renunciarla si la estima perjudicial á sus intereses.

Hemos invocado estos precedentes, porque ellos condensan en pocas palabras todo el sistema adoptado por el Código Civil sobre los efectos de la institución de heredero y la apertura de la sucesión por la muerte del testador, sistema, según el cual, aunque se trasmite la posesión y la propiedad de los bienes al heredero por el verificativo de ese

<sup>1</sup> Pág. 5.

acontecimiento, sin embargo, deja al beneficiado en la más absoluta y completa libertad para aceptar ó repudiar la herencia.

La razón en que se funda ese sistema es enteramente racional y justa, porque la herencia es un beneficio y á nadie se puede beneficiar contra su voluntad, y porque pueden ser tales los gravámenes y obligaciones que reporte, que se convierta en una carga onerosa para el heredero y que aun le produzca la ruina.

Este sistema no es una novedad, pues desde el derecho Romano y por las consideraciones expuestas, se otorgó á los herederos la facultad de deliberar si aceptaban ó repudiaban la herencia, con tanta mayor razón, cuanto que, según los principios sancionados por ese derecho, los bienes hereditarios se confundían con los de los herederos, quienes por tal motivo quedaban obligados á satisfacer las deudas del testador, no sólo con el importe de aquéllos, sino con el de los suyos propios.

El mismo sistema siguió nuestra antigua legislación, la cual, á ejemplo de la de Roma, y por no ser bastante el derecho concedido á los herederos de deliberar para salvarlos del peligro de sufrir un grave perjuicio en su patrimonio por la aceptación de la herencia, les otorgó la facultad de hacer ésta bajo el beneficio de inventario, esto es, la de no quedar obligados á pagar las deudas del testador sino hasta donde alcance el valor de los bienes que la forman, y no con los suyos propios, que no se confunden con aquéllos.<sup>1</sup>

Adoptado este sistema por nuestra antigua legislación, el heredero llamado á una sucesión abierta á su favor podía adoptar uno de los tres medios siguientes:

- 1.º Aceptar pura y simplemente la herencia:
- 2.º Renunciarla ó repudiarla:

<sup>1</sup> Ley 5, tit 6, Part. VI.

3º Aceptarla bajo el beneficio de inventario.

Por el primero de los medios indicados se consolidaba y hacía irrevocable la adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios; por el segundo se despojaba de la cualidad de heredero y se desprendía de los bienes; y por el último, conservaba su cualidad de heredero, pero se sustraía á los peligros que ella podía producir para su patrimonio personal.

El Código Civil adoptó este sistema, pero introduciendo una novedad de trascendental importancia, pues bajo él puede el heredero aceptar la herencia simplemente, renunciarla ó aceptarla bajo el beneficio de inventario; pero aun cuando no exprese que se acoge á él, siempre se entiende que acepta con ese beneficio, y por tanto, la aceptación no produce en ningún caso confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero. Así lo declaran expresamente los artículos 3,967 y 3,968 del Código Civil.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos funda las declaraciones contenidas en los preceptos citados, en los términos siguientes: «Estando declarado que éste (el heredero) representa la persona de aquél, pudiera inferirse que legalmente se producía confusión de derechos é intereses; pero también está declarado que el heredero no responde más que hasta donde alcancen los bienes que hereda. Por consiguiente, sean cuales fueren las responsabilidades de la herencia, los bienes del heredero quedan independientes de ellas. Lo contrario sería injusto y daría lugar á que el heredero repudiara la sucesión para libertarse de los males que vendrían á afligirle, y que le serían tanto más penosos, cuanto que no era parte en las causas que las habían producido.»

«En el segundo de los artículos citados, se establece que

<sup>1</sup> Arts. 3,700 y 3,701, Cód. Civ. de 1884.

toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario, aunque no se exprese. Innecesario es, sin duda, recordar los pleitos, los disgustos y los perjuicios que se siguen de la necesidad que se tiene de expresar que la aceptación se hace con el indicado beneficio. Un descuido, una omisión involuntaria y aun consideraciones de respeto y de gratitud, pueden contribuir más ó menos directamente al mal. Conveniente y justo es, por lo mismo, quitar toda duda; porque de hoy en adelante nadie vacilará en aceptar una herencia, supuestas las disposiciones de este artículo y del anterior.”

Así, pues, el sistema adoptado por nuestro Código tiene por fundamento la conveniencia pública que demanda que las herencias no queden vacantes por la renuncia de los herederos, y que se eviten cuestiones acerca de si éstos aceptaron ó no la herencia con el beneficio de inventario porque usaron determinada fórmula al expresar su aceptación no siendo, por otra parte, justo que se confundan sus bienes con los del testador y que queden obligados á responder por obligaciones á las que fueron enteramente extraños.

De lo expuesto, resulta que el heredero puede aceptar pura y simplemente, ó con el beneficio de inventario: pero que aun cuando no manifieste de una manera expresa que se acoge á este beneficio, siempre se entiende que acepta bajo él, es decir, que cualquiera que sea la fórmula que emplee el heredero para manifestar que acepta, se entiende que se acoge á ese beneficio, y por tanto, que no necesita expresarlo de una manera categórica y terminante.

La aceptación de la herencia es el acto por el cual el heredero testamentario ó ab-intestato manifiesta su intención de conservar los derechos y obligaciones que se le han transmitido por ministerio de la ley en el momento en que se ha

abierto la sucesión, ó lo que es lo mismo, en el momento de la muerte del autor de la herencia.<sup>1</sup>

De esta definición se infiere una consecuencia tan racional y lógica como importante: luego la aceptación no es un medio de adquirir los bienes hereditarios, ni es tampoco una condición de esta adquisición, porque ésta se opera *ipso jure* y sólo por ministerio de la ley, en el momento mismo que fallece el autor de la herencia, sin ninguna manifestación de la voluntad de parte del heredero y sin que sea necesaria la aceptación.

Esta es considerada por todos los autores solamente como un medio de hacer irrevocable la adquisición de los bienes hereditarios que se ha operado por ministerio de la ley, la cual no es definitiva, porque el heredero no está obligado á conservar esta cualidad con los derechos y obligaciones que le son inherentes, sino que puede despojarse de ella por renuncia; y si, por el contrario, acepta, tal cualidad se hace definitiva, se consolida en su persona con aquellos derechos y obligaciones, de tal manera que se hace irrevocable.<sup>2</sup>

Este efecto determina una notable diferencia entre nuestro derecho actual y el Romano, según el cual los herederos voluntarios no adquirirían la herencia sino por la adición de ella, es decir, por la aceptación.

Esta y la repudiación de la herencia son, según el artículo 3,936 del Código Civil, actos enteramente voluntarios y libres para los mayores de edad, aunque sean herederos forzosos; porque la aceptación produce obligaciones, y nadie puede quedar obligado contra su voluntad; y la renuncia importa la pérdida ó abandono de bienes ó derechos, y á

<sup>1</sup> Viso, tomo II, pág. 521; Thiry, tomo II, núm. 105.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XIII, número 135; Laurent, tomo IX, número 362; Thiry, tomo II, número 102.

nadie se puede obligar á que abandone lo suyo sin su pleno consentimiento y conocimiento.<sup>1</sup>

El precepto aludido hace referencia á los herederos forzosos, declarando que aun cuando sean de esta especie gozan de la más plena y absoluta libertad para aceptar y renunciar la herencia; y tal declaración es, á nuestro juicio, innecesaria, porque de que la ley obligue al testador á instituirlos sus herederos forzosamente en determinada porción de sus bienes, no se infiere ni lógica ni legalmente que estén ellos obligados á aceptar de una manera ineludible la herencia, aunque ella les cause perjuicio en sus intereses.

Tal declaración, que pudiera ser de importancia en otros tiempos, es enteramente inútil en la actualidad. En efecto, la legislación romana distinguía á los herederos en *suyos, necesarios y extraños*, división que adoptó la ley 21, tít. III, Partida VI, la cual declaró expresamente que los herederos necesarios son los siervos, *a quien sus señores fazen herederos de lo suyo, en todo, ó en parte; e son llamados assi, porque son tenudos de otorgarse por herederos de su señor, maguer non quieran*, y les impuso la obligación de pagar las deudas y legados del testador con sus bienes propios, aun adquiridos después de la muerte de éste; pero en cambio, obtenían su libertad, cuyo precio era, sin duda alguna, el cumplimiento de esa obligación. Pero ahora que no hay esclavitud, no hay herederos necesarios, con los cuales no pueden confundirse los forzosos, que son los que antes se llamaban *suyos*, y por tanto, es innecesaria la declaración que criticamos.

Se exige para la aceptación y renuncia de la herencia, que los herederos sean mayores de edad, porque la primera importa el reconocimiento y el deber de cumplir las obli-

<sup>1</sup> Art. 3,670, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la supresión de las siguientes palabras: «aunque sean herederos forzosos.»

gaciones del testador, y la segunda la enajenación de los bienes hereditarios en favor de los herederos llamados en su defecto por la ley; y es sabido que sólo pueden obligarse y enajenar las personas capaces, esto es, las mayores de edad, dotadas de pleno discernimiento y á quienes la ley les permite disponer libremente de sus bienes.

En cuanto á los menores de edad, como están sujetos á la guarda del tutor, que es quien los representa en todos los actos de la vida civil, en cuanto se refiere á la guarda y administración de sus bienes, el artículo 624 del Código Civil declara, que tiene obligación de admitir las donaciones, legados y herencias dejadas al menor; porque, respecto de las primeras, como dice la Exposición de motivos, es fácil conocer desde luego su utilidad, y respecto de las segundas y terceras, no hay peligro alguno, supuesto que en unas y en otras no queda el interesado responsable más que con los bienes que recibe, toda vez que toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario, aunque no se exprese.<sup>1</sup>

Ese mismo principio está reproducido por el artículo 3,942 del Código Civil, que declara, que la herencia dejada á los menores y demás incapacitados será aceptada por los tutores.<sup>2</sup>

Sin embargo, creemos conveniente observar, respecto de las donaciones, aunque no sea éste el lugar oportuno, que la obligación impuesta al tutor de aceptar las donaciones hechas al menor, se debe entender solamente respecto de las simples; pues la razón y la justicia exigen que no acepte las onerosas, cuyos gravámenes las hacen perjudiciales para los intereses del menor, lejos de producirle un beneficio.

<sup>1</sup> Art. 528, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 2ª, tomo I, pág. 379, de esta obra

<sup>2</sup> Art. 3,676, Cód. Civ. de 1884.

La aceptación puede ser expresa ó tácita, como hemos dicho antes (art. 3,937, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Es expresa la aceptación, si el heredero acepta la herencia con palabras terminantes; y tácita si se ejecuta algunos hechos de los que se deduzca necesariamente la intención de aceptar, ó aquellos que no podría ejecutar sino con la cualidad de heredero, según lo declara el artículo 3,938 del Código Civil.<sup>2</sup>

Algunos ejemplos harán más fácilmente perceptible la diferencia que existe entre la aceptación expresa y la tácita.

Si un individuo instituido heredero comparece ante el juez ante quien radica la sucesión y por medio de un ocurso manifiesta su voluntad de aceptar la herencia dejada por el testador, ó por medio de una escritura pública manifiesta esa misma voluntad, la aceptación será expresa.

Será tácita, si el heredero otorga un poder á favor de otra persona para que se apersona en el juicio testamentario y lo represente en él, facultándolo para que acepte la herencia en su nombre; ó si por medio de una escritura pública cede á favor de otra persona sus derechos y acciones en la sucesión á que es llamado.

Pero la ley exige de una manera clara y terminante que los hechos que ejecute el heredero sean de tal naturaleza que no podría ejecutarlos sino con esa calidad, esto es, que sólo pueden ser ejecutados por un heredero, como propietario, de los bienes hereditarios; pues si los ejecuta con otra calidad, se suscita la duda, y por lo mismo no puede decirse que tales actos supongan necesariamente la voluntad de aquél de aceptar.

Por ejemplo: si el heredero tiene á la vez la cualidad de albacea, y forma el inventario de los bienes hereditarios, co-

<sup>1</sup> Art. 3,671, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,672, Cód. Civ. de 1884.

bra los créditos activos ó ejerce algún otro acto de administración; porque ha podido ejercer todos esos actos, no como heredero, sino como executor testamentario de las disposiciones dictadas por el testador; y por tanto, no se puede inferir que haya ejecutado tales actos como heredero, y por consiguiente, tampoco se puede presumir su voluntad de aceptar.<sup>1</sup>

De lo expuesto se infiere, que pueden aceptar ó repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes, y que por los que no la tienen, como los menores é incapacitados, deben aceptar sus legítimos representantes, esto es, el padre, y en su defecto, el tutor (arts. 3,940 y 3,942).<sup>2</sup>

La razón es, porque aceptando la herencia se contraen obligaciones, y repudiándola se enajenan ó dejan de adquirir derechos, actos que demandan deliberación y la madurez de juicio de que carecen los individuos que se hallan bajo la patria potestad ó bajo la guarda de un tutor. Es, por lo mismo, necesario que su capacidad jurídica se integre mediante la intervención del ascendiente que ejerce la patria potestad ó del tutor en defecto de éste.

Aunque el Código Civil nada dice en el título que es objeto de este estudio, con respecto al ejercicio del derecho del menor para aceptar ó renunciar la herencia, por el padre ó ascendiente bajo cuya potestad se halla, es indiscutible que éste tiene plena facultad para aceptar, toda vez que, según el artículo 400 del mismo ordenamiento, el que ejerce esa potestad, es legítimo representante de los que están bajo de ella.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pothier, Des Successions, pág. 117; Laurent, tomo IX, núm. 301; Thiry, tomo II, núm. 111.

<sup>2</sup> Arts. 3,674 y 3,676, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 374, Cód. Civ. de 1884.

En cuanto á la mujer casada, no puede aceptar ó repudiar la herencia válidamente sin autorización de su marido, ó licencia judicial, ni el marido puede repudiar ni aceptar la herencia común sin el consentimiento de la mujer; pero el juez puede suplir ese consentimiento, según el artículo 3,941 del Código Civil.<sup>1</sup>

Ya hemos expuesto antes de ahora la razón que funda y motiva el principio sancionado por este precepto: el marido y la mujer que no celebran capitulaciones matrimoniales, quedan por ese solo hecho sujetos á las reglas que, para la sociedad legal, establece el Código Civil, y se consideran como socios, para el efecto de repartirse las utilidades y aprovechamientos adquiridos durante el matrimonio, de los cuales se deben deducir los créditos y otras cargas contraídas en el mismo período de tiempo.<sup>2</sup>

Por lo mismo, nada hay más lógico que el socio administrador, el marido, no pueda aceptar la herencia común, ó repudiarla, sin el consentimiento del otro socio, la mujer, cuyos intereses pueden sufrir perjuicio, ya porque aquélla pudiera traer consigo gravámenes y obligaciones onerosas, ya porque la renuncia importa la donación de los bienes hereditarios; y que, por la misma razón, la mujer no pueda aceptar ni repudiar la herencia sin autorización del marido, tanto más cuanto que, no puede adquirir por título oneroso ó lucrativo sin la licencia de éste, según el artículo 207 del Código Civil, ya por el respeto debido á la potestad del mismo marido y el deber de obediencia que aquélla tiene hacia él, ya por su debilidad é inexperiencia y por interés del matrimonio.

Los sordo-mudos que no estuvieren en tutela y supie-

<sup>1</sup> Art. 3,675, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Tomo III, págs. 237 y 238.

<sup>3</sup> Art. 198, Cód. Civ. de 1884.

ren escribir, podrán aceptar ó repudiar la herencia, dice el artículo 3,943 del Código Civil, por sí ó por procurador; pero si no supieren escribir, la aceptará á su nombre un tutor electo para el caso, conforme á lo dispuesto en los casos de interdicción.<sup>1</sup>

Este precepto no es en el fondo más que la reproducción del principio sancionado por el artículo 431 del Código Civil, según el que, tienen incapacidad natural y legal los sordo-mudos que no saben leer y escribir, de donde se infiere que no la tienen y que pueden administrar sus bienes y disponer libremente de ellos los que saben leer y escribir, y por tanto, que pueden aceptar ó renunciar la herencia que se les dejare.<sup>2</sup>

Creemos que la declaración contenida en este precepto es absolutamente innecesaria é inútil, porque siendo incapacitado el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, por cuya circunstancia está sujeto á tutela, se halla comprendido en el artículo 3,942 del Código, que ordena que la herencia dejada á los menores y demás incapacitados sea aceptada por los tutores.

Respecto de las sociedades, corporaciones y establecimientos públicos, sanciona el Código Civil las dos reglas siguientes:

I. Los legítimos representantes de las sociedades y corporaciones capaces de adquirir, pueden aceptar la herencia que á aquéllas se dejaren, mas para repudiar necesitan la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público (art. 3,955, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

II. Los establecimientos públicos no pueden aceptar ni

1 Art. 3,677, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 404, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,676, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,688, Cód. Civ. de 1884.

repudiar una herencia sin aprobación del gobierno (art. 3,956, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La primera de estas reglas está tomada del artículo 825 del proyecto de Código Español, que funda y motiva García Goyena en los términos siguientes: «Estas corporaciones ó establecimientos son asimilados á los menores; por eso es necesario para la aceptación el beneficio de inventario. . . . Pero los menores tienen un padre ó un tutor con su consejo de familia y la mujer tiene un marido: el celo y la prudencia de unos y otros, hace innecesaria la autorización judicial para repudiar la herencia: el caso de las corporaciones ó establecimientos es más desventajoso, y es preciso suplir esta desventaja con la indicada autorización, previa audiencia del Ministerio público.»

Hemos hecho la transcripción que antecede, porque á la vez que sirve de explicación á la regla primera nos sirve de fundamento para demostrar que la segunda parte de ella es innecesaria y se halla en pugna con el sistema adoptado por el Código Civil respecto de las personas morales, esto es, las sociedades y corporaciones, según el cual éstas no están asimiladas á los menores y no necesitan que se complete su capacidad por la intervención del juez y del Ministerio público; y tal es el motivo por el que declara el artículo 46 del mismo ordenamiento, que ni el Estado ni ninguna otra corporación ó establecimiento público gozan del privilegio de restitución *in-integrum*.

Si las corporaciones son públicas como los ayuntamientos, se podría explicar la necesidad del requisito que censuramos, por más que fuera extraño; porque sería lógico que otorgara su aprobación para la renuncia el gobierno de quien directamente depende; pero tratándose de otra clase

1 Art. 3,689, Cód. Civ. de 1884.

de entidades jurídicas creemos innecesario tal requisito, y que es una transacción que nuestros codificadores hicieron con el pasado.

La segunda regla se comprende y explica fácilmente, si se tiene en consideración que los establecimientos públicos dependen directamente del gobierno y están administrados por él, circunstancia que hace necesaria la aprobación de éste para la aceptación y renuncia de la herencia que se les deje.

Ya hemos dicho varias veces, y no nos cansaremos de repetirlo, que la posesión y la propiedad de los bienes hereditarios se adquieren por el heredero de pleno derecho, sin ningún acto de su voluntad y en el momento mismo en que fallece el testador. Pues bien, es consecuencia de este principio, que si el heredero muere, aunque sea un instante después de la muerte del testador, trasmite su derecho hereditario á sus propios herederos, tal como le pertenece, y por tanto, con el derecho de opción inherente á él, esto es, con la facultad de aceptar ó renunciar la herencia.

Esta consecuencia necesaria y lógica del principio enunciado ha merecido la sanción del artículo 3,945 del Código Civil que declara, que si el heredero fallece sin aceptar ó repudiar la herencia, se trasmite á sus herederos el derecho de hacerlo; y tal efecto se produce aun cuando aquél haya muerto ignorando que se había abierto la sucesión á su favor por disposición testamentaria ó por ser llamado á ella por la ley, pues su ignorancia no impide que le pertenezca la propiedad de los bienes hereditarios con los derechos que le son inherentes.<sup>1</sup>

En otros términos: en este caso tiene lugar la sucesión por transmisión, porque los herederos del instituido que mue-

<sup>1</sup> Art. 3,679, Cód. Civ. de 1884.

re ejercen un derecho hereditario que le pertenecía y que les trasmite por su muerte.

Pero ¿qué deberá hacerse en el caso de que los herederos no se convinieren sobre la aceptación ó repudiación de la herencia?

El artículo 3,944 del Código Civil resuelve la cuestión declarando, que pueden aceptar la herencia unos y repudiarla otros, pero que solamente los que acepten tendrán el carácter y los derechos de herederos; y tal declaración se funda en que la aceptación, lo mismo que la renuncia de la herencia son actos enteramente libres, y en que el acuerdo tomado por cualquiera de los herederos á este respecto en nada afecta á los demás, porque los derechos de cada uno son distintos y divisibles. En una palabra, el precepto citado es conciliador de los intereses de todos, porque evita perjuicio á unos, sin lastimar los intereses de los demás.<sup>1</sup>

Pero prescindiendo de la justicia de este precepto en la declaración conciliadora que contiene, adolece, á nuestro juicio, del defecto de contener otra redundante é inútil, que se refiere á considerar solamente con el carácter y los derechos de herederos á los que acepten la herencia; y creemos en la existencia de tal defecto, porque si, por virtud de la renuncia se despoja el instituido ó el llamado por la ley á la sucesión de su calidad de heredero y de todo derecho á la herencia, es evidente que es inútil que aquélla declare que no son herederos ni gozan los derechos de tales los que renuncian.

Hay que advertir que el precepto contenido en el artículo 3,944 del Código es general, y por tanto, que es aplicable en todo caso, esto es, ya cuando sean varios los herederos instituidos por el testador, ya cuando fallece uno de

<sup>1</sup> Art. 3,678, Cód. Civ. de 1884.

éstos, sin aceptar ni repudiar la herencia, y trasmite á sus propios herederos el derecho de opción; porque tal precepto está concebido en términos generales y sin hacer distinción alguna, y porque no hay razón por qué hacerla cuando la situación de los herederos es la misma en uno y en otro caso.

Para que pueda hacerse la renuncia eficazmente, esto es, produciendo los efectos jurídicos que le atribuye la ley, es necesaria la concurrencia de los requisitos siguientes:

I. Que la sucesión esté abierta, es decir, que haya fallecido el autor de la herencia, porque la aceptación consolida la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios, la cual no puede existir cuando ésta no se verifica por no haber muerto el testador:

Tal es el motivo por el cual, siguiendo las tradiciones del derecho Romano y de nuestra antigua legislación, declara el artículo 3,953 del Código Civil, que nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de aquel de cuya herencia se trata:<sup>1</sup>

II. Que el heredero sepa que la sucesión está abierta; pues, como dice Laurent, la aceptación es un acto de la voluntad, y ésta supone el conocimiento de lo que se quiere.

Este requisito, como el anterior, se deriva del artículo 3,953 del Código Civil, antes citado, que prohíbe aceptar ó renunciar la herencia sin que el heredero esté cierto de la muerte del autor de la herencia, y encuentra un firme apoyo en el artículo 3,954, concebido en los términos siguientes: *conocida la muerte* de aquel á quien se hereda, se puede renunciar la herencia dejada bajo condición, aunque ésta no se haya cumplido.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Leyes 23 y 93, tít. 2, lib. 29, D. y 14, tít. 6, Partida VI. Art. 3,686, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,686 y 3,687, Cód. Civ. de 1884.

De paso debemos advertir:

I. Que aunque este precepto se refiere única y exclusivamente á la renuncia, es aplicable también á la aceptación, porque cuanto se dice de aquélla, se dice también de ésta, por no haber razón alguna para establecer diferencia entre ellas, y porque la razón indica que, si se puede renunciar un beneficio, debe tener el beneficiado igual derecho para aceptarlo:

II. Que se puede aceptar y renunciar la herencia dejada bajo condición, aun cuando ésta no se haya cumplido, porque otorga al heredero algo más que una esperanza, le confiere un derecho eventual, un derecho irrevocable, aunque incierto, que forma parte de su patrimonio, del cual puede prescindir ó no, según convenga á sus intereses:

III. Que la persona que acepta la herencia sea llamada á ella, esto es, que sea heredera presunta del testador en el orden establecido por la ley; pues la razón natural, el sentido común, indican que ningún valor tiene, que ningún efecto jurídico puede producir la aceptación de un individuo que no es llamado á la herencia, ni por la voluntad del testador, ni por la ley, ó lo que es lo mismo, que no es heredero:

IV. Que la aceptación se haga pura y simplemente y de toda la herencia; pues el artículo 3,939 del Código Civil declara de una manera expresa, que ninguno puede aceptar ó repudiar la herencia en parte, con plazo ó condicionalmente, porque el que acepta lo útil debe también reportar lo oneroso, y porque el interés de los legatarios y de los acreedores de la sucesión demanda que ésta tenga un representante que esté íntegramente investido de los derechos y obligaciones del difunto contra el cual puedan ejercitar sus respectivas acciones.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,673, Cód. Civ. de 1884.

Además, los derechos de los acreedores no pueden depender exclusivamente del arbitrio y del capricho de los herederos, porque lo repugnan la equidad y la justicia; y la naturaleza del derecho de renunciar ó de aceptar la herencia, que es indivisible, impide que el heredero acepte una parte de la herencia y que renuncie otra.

En efecto: el testador ó la ley otorgan al heredero un derecho único sobre la herencia, y como todo derecho de esta especie es indivisible, se infiere que aquél lo es también. Además el heredero representa al difunto, y esta representación no puede producirse sólo en parte, según la opinión de los autores más reputados.<sup>1</sup>

V. Capacidad del heredero para aceptar, esto es, que sea mayor de edad y que tenga la libre administración de sus bienes; porque la aceptación produce el efecto de hacer irrevocables los derechos y obligaciones que se derivan de la cualidad de heredero y poner á cargo del aceptante el pago de las deudas de la sucesión.

Es decir, que por la aceptación contrae el heredero obligaciones, y es sabido que sólo pueden obligarse las personas que son mayores de edad y tienen la libre administración de sus bienes, motivo por el cual declara el artículo 3,936 del Código Civil, como hemos dicho antes, que la aceptación y la repudiación de la herencia son actos enteramente voluntarios y libres para los mayores de edad, aunque sean herederos forzosos.<sup>2</sup>

La renuncia es el acto por el cual el heredero instituido por el testador ó llamado por la ley á la herencia en el caso de intestado, manifiesta su voluntad de no ser heredero, de despojarse de esta cualidad y de los derechos y obligaciones que le son inherentes.

<sup>1</sup> Aubry y Rau, tomo VI, § 582, pág. 256; Laurent, tomo IX, núm. 282.  
<sup>2</sup> Art. 3,670, Cód. Civ. de 1884. (Véase la nota 1ª, pág. 435.)

A diferencia de la aceptación de la herencia, que puede ser expresa ó tácita, la repudiación debe ser expresa y en forma solemne, pues el artículo 3,947 del Código declara, que la repudiación debe ser expresa y hacerse por escrito ante el juez, esto es, aquel ante quien radica el juicio de sucesión.<sup>1</sup>

Declarando el Código Civil que la renuncia de la herencia debe ser expresa, se ha separado del sistema adoptado por la legislación de las Partidas, que, siguiendo los principios del derecho Romano, estableció en la ley 18, tít. 6º, Partida VI este precepto: «renunciar puede el heredero la heredad en dos maneras, por palabra ó por fecho,» es decir, que la renuncia podía ser expresa ó tácita.<sup>2</sup>

Se exige el primer requisito, porque importando la renuncia una verdadera enajenación, no puede presumirse, y es, por lo mismo, necesario que conste de una manera clara y terminante.

En cuanto al segundo requisito se exige á efecto de hacer pública la renuncia, no sólo para advertir á los acreedores que no pueden ejercitar sus acciones contra el heredero, sino también á los parientes más próximos, si no hay lugar al derecho de acrecer, que les es devuelta la sucesión, á la que son llamados por la ley, y para evitar los fraudes que sin las formalidades exigidas por ésta se podrían cometer.

La renuncia está sujeta para su validez á los mismos requisitos que la aceptación, y por lo mismo, es necesario:

- 1º Que la sucesión esté abierta:
- 2º Que el heredero tenga conocimiento de este hecho:
- 3º Que sea llamado á la sucesión:
- 4º Que la renuncia sea pura y simple:

<sup>1</sup> Art. 3,681, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Ley 95, lib. 29, tít. 2 D.

5º Que el heredero sea mayor de edad y tenga la libre administración de sus bienes.

Muchos autores, cuya opinión ha prevalecido en muchas de las legislaciones modernas, han creído que el heredero testamentario que repudia la herencia no debe tener derecho á los legados que le deje el testador, porque el que desaira y afrenta á éste en la parte principal del testamento, se hace indigno de la liberalidad subalterna con que se le honra.

Nuestro Código, siguiendo las tradiciones del derecho Romano, adoptó el sistema contrario, pues en el artículo 3,948 establece que la repudiación no priva al que la hace, si no es heredero ejecutor, esto es, albacea, del derecho de reclamar los legados que se le hubieren dejado.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos funda este precepto en los términos siguientes: «Aunque la repudiación de la herencia no debe privar al que la hace de los legados, se ha establecido una excepción respecto del heredero que sea albacea; porque es justo privar del beneficio al que se niega á corresponder á la confianza del testador.»

Esta explicación y el precepto á que se refiere no son fácilmente comprensibles á primera vista, y demandan un ligero examen para hacerse cargo de que aquél es una consecuencia lógica y necesaria del sistema adoptado por el Código Civil respecto de las personas que pueden desempeñar el cargo de albacea.

En efecto: según el artículo 3,675 del Código la ley sólo reconoce como ejecutores de las últimas voluntades, cuando hay herederos forzosos, á los mismos herederos. Si el albacea nombrado por el testador sólo puede ejercer el cargo por cuanto á que es heredero, es claro que cuando repudia la herencia, renuncia implícitamente ese cargo, y por

<sup>1</sup> Ley 10, lib. 29, tit. 4, D.: Art. 3,682, Cód. Civ. de 1884.

tanto que incurre en la pena que establece el artículo 3,696, según el cual, el albacea que renuncia sin justa causa su cargo pierde lo que le hubiere dejado el testador, salvo su derecho á la legítima, porque se presume que el legado es oneroso y que en tanto lo dejó aquél en cuanto impuso al legatario el cargo de albacea; y es sabido el principio axiomático, establecido por la ley, que prohíbe al legatario admitir el legado sin sus cargas y obligaciones.<sup>1</sup>

Así, pues, el artículo 3,948 del Código Civil, en la parte que se refiere al albacea, no es más que la reproducción del principio contenido en el 3,696, antes citado.

La repudiación de la herencia no priva al que la hace del derecho de reclamar los legados que se le hubieren dejado, por una razón que estimamos justa y racional: porque en virtud de la renuncia el heredero pierde esta cualidad y se despoja de los derechos que le son inherentes, de tal manera que se convierte en una persona enteramente extraña á la sucesión; pero esta circunstancia no le priva de su cualidad de legatario, de persona beneficiada por el testador, que no es incompatible con la de persona extraña á la sucesión, toda vez que la tienen todos aquellos que son instituidos legatarios, que son realmente acreedores de la sucesión.

En otros términos, el individuo á quien el testador deja un legado, además de la porción hereditaria que le asigna, tiene el doble carácter de heredero por ésta, y de acreedor por el importe de aquél; y como ambos caracteres no se confunden en uno, es claro que renunciando el de heredero puede subsistir el de legatario.

Pero el nombrado heredero en testamento y que al mismo tiempo tiene derecho de heredar por intestado, si repudia como heredero testamentario, pierde el derecho de su-

<sup>1</sup> Art. 3,719, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 2ª, pág. 277.

ceder por intestado, según el artículo 3,949 del Código Civil, excepto cuando renuncia el heredero forzoso la herencia, como dice el 3,951, que se le dejare con alguna condición ó gravamen sobre su legítima.<sup>1</sup>

En términos más claros y precisos: el que es llamado á una misma herencia por testamento y por intestado, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado también por el segundo; porque el legislador no podía consentir, como dice Navarro Amandi, que la voluntad del testador no fuera respetada por el heredero, sí, por ser llamado á la sucesión como pariente próximo, lejos de mostrar gratitud hacia el que le había instituído, renunciaba su derecho por testamento para heredar luego ab-intestato.<sup>2</sup>

Comentando Díaz Ferreira el artículo 2,038 del Código Portugués de donde está literalmente copiado el 3,949 del nuestro, dice: «La ley no puede premiar la malicia del heredero que repudia su derecho por testamento, para después tener ab-intestato los derechos del testador, cuya voluntad expresada en el testamento burló con la renuncia.»<sup>3</sup>

La excepción sancionada por el artículo 3,951 nos parece innecesaria y en pugna con los principios que forman el sistema de la legítima forzosa; y para convencerse de la justicia de esta apreciación basta recordar que el artículo 3,462 del Código Civil declara, que la legítima no admite gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie; porque el testador no puede privar á sus herederos de ella, y á tanto equivale imponerles gravámenes ó subordinarlas á contingencias y eventualidades. En otros términos, el gravamen ó condición impuesto por el testador sobre la legítima

<sup>1</sup> Art. 3,683, Cód. Civ. de 1884. El art. 3,951 del Código de 1880 fué suprimido en el de 1884, por no hallarse en armonía con el sistema de la libre testamentifaccción.

<sup>2</sup> Código Civil, tomo I, pág. 598.

<sup>3</sup> Tomo IV, núm. 229.

tima del heredero forzoso no produce ningún efecto jurídico, y se tiene por no puesta la cláusula del testamento que lo contiene.

Siendo esto así, resulta que es innecesaria la excepción que motiva estas observaciones, porque el gravamen ó condición impuesta sobre la legítima no puede obligar al heredero á renunciarla, toda vez que el gravamen ó condición no pueden subsistir, carecen de todo efecto jurídico, y por consiguiente, queda siempre íntegra y libre la legítima.

Pero el que repudia el derecho de suceder por intestado, sin tener noticia de su título testamentario, puede en virtud de éste aceptar la herencia; porque nadie puede renunciar lo que ignora (art. 3,950, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Establecidos estos precedentes, veamos cuáles son los efectos jurídicos que la ley atribuye á la aceptación y á la renuncia de la herencia.

Pero antes conviene advertir:

I. Que, según el artículo 3,952 del Código Civil, ninguno puede, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar la sucesión de persona viva, ni enajenar los derechos que eventualmente pueda tener á su herencia.<sup>2</sup>

Según la Exposición de motivos, las prevenciones de este precepto se fundan en el temor de que los actos que por ellas se prohíben, puedan ser dirigidos á defraudar los derechos de los acreedores; pero tal explicación es inexacta é impropia, porque no es exacto que por medio de tal precepto se corrijan los fraudes que se cometan en perjuicio de los acreedores, quienes están asistidos por la ley, como después veremos, con la acción Pauliana.

El fundamento de dicho precepto es otro, que ya expu-

<sup>1</sup> Art. 3,684, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,685, Cód. Civ. de 1884.

simos al ocuparnos en el estudio de las cosas que se pueden comprar y vender. La venta y la renuncia de una sucesión futura, que se equipara á aquélla, están prohibidas, porque se reputan contrarias á la moral pública y ofensivas á las buenas costumbres, y una amenaza constante contra la vida de la persona de cuya sucesión se trate.

Antes de ahora, y refiriéndonos al artículo 2,961 del Código Civil, que declara, que no puede ser objeto de la compra-venta el derecho á la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento, dijimos, que los comentaristas del Código Francés, que sanciona el mismo principio, han tratado de darle diversos motivos y fundamentos, sosteniendo, entre otras razones, que el derecho del futuro heredero es incierto, como lo es el emolumento que procura, circunstancias que pueden inducir á aquél á enajenar sus derechos hereditarios, que estima de poca importancia, por ser lejanos, por una cantidad insignificante, y por lo mismo, no ha debido permitirlo la ley que exige la igualdad en las obligaciones que se imponen los contratantes. Pero que Laurent y otros autores sostienen, con justicia, que esta teoría no se apoya en la tradición, y que si la ley prohíbe la venta del derecho á la herencia de una persona viva, es porque la estima inmoral y contraria al orden público.<sup>1</sup>

No es, pues, el temor de que se defrauden los derechos de los acreedores del heredero, los que fundan la prohibición contenida en el artículo 3,952 del Código, sino las consideraciones que hemos expuesto, y que son de un orden superior:

II. Que aunque el heredero llamado á la herencia por testamento ó por la ley es absolutamente libre para renunciar ó repudiar la herencia, sin embargo, el ejercicio de es-

<sup>1</sup> Tomo V, pág. 304; Laurent, tomo XVI, núm. 83

ta facultad no puede estar en suspenso indefinidamente y con perjuicio de otras personas que pueden tener algún interés en su decisión.

Atendiendo á este interés y con el objeto de evitar los perjuicios que pueden ocasionar la resistencia ó la tardanza, acaso maliciosa, como dice la Exposición de motivos, del heredero para aceptar la sucesión, declara el artículo 3,957 del Código Civil, que cuando alguno tuviere interés en que el heredero declare si acepta ó repudia la herencia, podrá pedir, pasados nueve días de la apertura de ésta, que el juez asigne un plazo, que no excederá de un mes, para que dentro de él haga su declaración, apercibido de que si no la hace, se tendrá por aceptada la herencia.<sup>1</sup>

Los intereses de los acreedores y legatarios no pueden estar á merced de la negligencia ó de la mala fe del heredero, que quiera retardar la aceptación ó la renuncia de la herencia. Por tal motivo, los legatarios, lo mismo que los acreedores, porque todos son interesados en ella, pueden pedir que le asigne un plazo para que acepte ó renuncie, bajo la conminación indicada.

Los acreedores ó legatarios deben hacer su petición al juez ante quien esté radicado el juicio de sucesión, no sólo porque él es el competente para conocer de todas las cuestiones que tienen conexión con ella, sino con el objeto de evitar la intervención de distintos jueces, cuando los herederos viven en distintos lugares, la cual podría producir conflictos y entorpecimientos.

Cuando los herederos tienen distintos domicilios, se les deberá notificar la prevención del juez para que acepten ó renuncien la herencia dentro del plazo que señale, sin exceder de treinta días, por medio de exhortos dirigidos á los jueces de los lugares en que viven; y si dejan pasar ese pla-

<sup>1</sup> Art. 3,690, Cód. Civ. de 1884.

zo sin aceptar ó renunciar, se entiende que aceptan, pero siempre bajo el beneficio de inventario, supuesto que toda herencia se entiende aceptada con este beneficio, aunque no se exprese, según el artículo 3,968 del Código Civil.<sup>1</sup>

Este no establece en qué vía y forma debe pedirse al juez que mande hacer al heredero la prevención indicada, porque esto es propio solamente del Código de Procedimientos; y como éste tampoco señala una forma especial para tal objeto, creemos que la petición debe hacerse en la vía de jurisdicción voluntaria, toda vez que no hay contención de causa.

El otorgamiento del plazo al heredero para optar entre la aceptación y la renuncia de la herencia, produce el efecto jurídico de que no pueda ser demandado por las obligaciones inherentes á ella; pues si bien es cierto que los acreedores pueden ejercitar sus acciones para evitar que se prescriban sus derechos, también lo es que el heredero puede oponerles como excepción dilatoria el plazo que se le hubiere señalado, antes de cuyo vencimiento no se le pueden hacer efectivas las obligaciones inherentes á esa calidad, por ignorarse si la aceptará ó no.

Pero no sólo, podría diferir la contestación de la demanda por este motivo, sino también porque antes de la formación del inventario de los bienes hereditarios, como en su oportunidad veremos, no pueden exigir los acreedores el pago de sus créditos.

Los efectos que la ley atribuye á la aceptación y á la renuncia de la herencia son los siguientes:

I. La aceptación y la renuncia obran siempre con efecto retroactivo, es decir, que sus efectos se retrotraen á la fecha de la muerte de la persona á quien se hereda (art. 3,946, Cód. Civ.).

<sup>1</sup> Art. 3,701, Cod. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,680, Cod. Civ. de 1884.

La Exposición de motivos explica este efecto diciendo, que como no siempre puede aceptarse una herencia luego que se abre, se ha dispuesto en el artículo 3,946, que los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte del testador, á fin de que legalmente no haya un instante en que los bienes carezcan de dueño.

Pero al hacer esta explicación tan poco satisfactoria, establece un principio enteramente falso y que se haya en abierta pugna con el sistema adoptado por el Código Civil, acerca de la trasmisión de la propiedad de los bienes hereditarios.

Según los principios del derecho Romano, el heredero no adquiriría la herencia por la muerte del testador, sino mediante la adición de ella; de donde surgió la necesidad de establecer una ficción, mediante la cual se retrotraía la fecha en que aquél aceptaba los bienes hereditarios á la de la muerte de éste; pues sin ella existía un intervalo durante el cual, desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación, no había pertenecido al heredero ni á alguna otra persona, lo cual era contrario á los principios más elementales.

Pero esta ficción es absolutamente innecesaria entre nosotros, supuesto que, según el sistema sancionado por el artículo 3,372 del Código Civil, la propiedad y la posesión legal de los bienes y los derechos y obligaciones del autor de la herencia se transmiten por la muerte de éste á sus herederos; de manera que, independientemente de su voluntad, por el hecho solo del fallecimiento del testador, y por ministerio de la ley se transmite la propiedad de los bienes hereditarios á los herederos instituidos en el testamento ó llamados por ésta á la sucesión.

Resulta de lo expuesto, que el efecto de retroactividad que atribuye el artículo 3,946 á la aceptación, ó más bien dicho, la declaración que contiene este precepto es absolu-

tamente innecesaria bajo el sistema adoptado por el Código Civil, según el cual la herencia se trasmite *ipso jure* y por ministerio de la ley al heredero en el momento mismo en que fallece el autor de aquélla, y la aceptación no es más que un medio de hacer irrevocable la adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios:

II. La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables y no pueden ser impugnadas, sino en los casos de dolo y violencia (art. 3,958 Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Es decir, que la aceptación produce efectos idénticos á los del consentimiento en los contratos, que una vez otorgado obliga de tal manera al contratante, que no le es lícito revocar y romper el vínculo jurídico que de una manera deliberada y voluntaria se impuso.

Pero la aceptación puede ser impugnada por las mismas causas que vician el consentimiento, que hacen nulos é ineficaces los contratos, esto es, cuando la aceptación ha sido arrancada por dolo ó por violencia; porque en uno y en otro caso no ha sido el fruto de una voluntad deliberada y libre.

En los contratos es necesario, para que el dolo sea causa de nulidad, que proceda de uno de los contratantes ó de un tercer interesado en el contrato, y que las maniobras practicadas por éste ó por aquél sean de tal naturaleza, que sin ellas no habría contratado el contratante engañado.

Pero estos requisitos no son indispensables para la nulidad de la aceptación, sino que basta simplemente que una persona, quien quiera que sea, acreedor, legatario ó persona extraña á la herencia, induzca por manejos malévolos al heredero á aceptar ésta, sin los cuales, sin duda alguna, no hubiera otorgado su aceptación, para que la pueda impugnar y obtener que se declare nula é ineficaz.

La razón de la diferencia es perfectamente perceptible,

<sup>1</sup> Art. 3,691, Cod. Civ. de 1884.

porque la aceptación no es un contrato en el que concurren las voluntades de dos ó más personas que se otorgan derechos y se imponen obligaciones, y por lo mismo, no puede estar regida por las mismas reglas que acerca del consentimiento establecen las leyes.

En cuanto á la violencia é intimidación, debemos decir, que anula é invalida la aceptación, por ser un vicio contrario al consentimiento, sujeta á las mismas reglas, ó mejor dicho, á los mismos principios que el dolo. Es decir, que produce la nulidad de la aceptación, cualquiera que sea la persona que la ejerce, interesada ó no en aquélla, pues lo que produce el vicio es la falta de consentimiento, y por tanto es indiferente la persona de quien proviene la coacción.

También puede el heredero revocar la aceptación, cuando por un testamento desconocido al tiempo de hacerla, se altera la calidad ó la cantidad de la herencia; porque se presume que, si el heredero hubiera tenido conocimiento de ese hecho, no hubiera aceptado la herencia, ó no la hubiera repudiado (art. 3,959, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Es decir, que la revocación se funda en las mismas razones por las cuales declara el artículo 3,380 del Código Civil, que la expresión de una falsa causa se debe considerar como no escrita; á no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habría hecho aquélla disposición, conociendo la falsedad de la causa.

Podrá decirse que el artículo 3,959 del Código Civil, que autoriza la indicada causa de revocación, es enteramente innecesaria é inútil bajo el sistema adoptado por aquel ordenamiento, según el cual se entiende aceptada con beneficio de inventario, y la aceptación no produce en ningún caso la confusión de los bienes del autor de la herencia y

<sup>1</sup> Art. 3,692, Cód. Civ. de 1884.

de los herederos, porque ningún perjuicio le puede resultar; pero ese precepto no tiene solamente por objeto evitar al heredero un daño en su patrimonio, sino también precaverlo de molestias, de trabajo, y contra la pérdida de un tiempo para él precioso, que demanda la liquidación de la herencia, por un beneficio exiguo que no puede compensarla de ninguna manera.

De los términos del mencionado precepto se infiere, que dos son las condiciones precisas para la procedencia de la causa de revocación á que se refiere:

1.<sup>a</sup> Que haya un testamento desconocido del heredero al tiempo en que éste acepta ó repudia la herencia:

2.<sup>a</sup> Que ese testamento altere la cantidad ó la calidad de la herencia.

En consecuencia, si falta alguna de estas condiciones no procede la revocación; pues si el heredero conocía el testamento, y sin embargo, aceptó la herencia ó la repudió, debe imputarse á sí mismo las consecuencias de su conducta irreflexiva, pues teniendo tiempo para deliberar sobre el partido que más conviniera á sus intereses prefirió aquel que después resulta perjudicial ó poco satisfactorio; y si el testamento no altera ni la calidad ni la cantidad de la herencia, no hay razón alguna de justicia ó de equidad que autorice la revocación.

Fácil es comprender que el heredero que hace la revocación, reporta la carga de la prueba, es decir, que está obligado á probar que llegó á su noticia el testamento que modifica ó altera la herencia en cantidad ó en la calidad, después de haber aceptado ó repudiado ésta, supuesto que es un principio elemental que establece que el que afirma está obligado á probar.

3.<sup>a</sup> Todos los autores sostienen que el efecto de la revocación de la aceptación es restituir las cosas al estado en

que se hallaban, y por lo mismo, el heredero está obligado á devolver los bienes hereditarios que hubiere recibido y sus frutos si la nulidad es relativa, sin que pueda objetar que es poseedor de buena fe, y que como tal tiene derecho de retener éstos; pues se aprovecharía así de un acto cuya nulidad demanda. Pero que si la nulidad es absoluta y ha sido declarada á instancia de tercera persona, entonces tiene el derecho de conservar los frutos, como todo poseedor, por su ignorancia de la nulidad.<sup>1</sup>

Nuestro Código no ha aceptado tales teorías, pues en el artículo 3,960 declara que, en el caso de que se revoque la aceptación cuando por un testamento desconocido al tiempo de hacerla, se altera la cantidad ó la calidad de la herencia, el heredero debe devolver todo lo que hubiere percibido de ella, y debe restituir ó conservar sus frutos conforme á las reglas relativas á los poseedores de buena ó de mala fe, según haya sido la posesión.<sup>2</sup>

En otros términos: el precepto citado otorga derecho al heredero para retener los frutos percibidos si ha obrado de buena fe, y le obliga á restituirlos en caso contrario; y para estimar su buena fe se aplican las reglas generales que respecto de los poseedores establece el Código Civil. Esta declaración del mencionado precepto es, á nuestro juicio, de imposible aplicación en la práctica; y en todo caso hará suyos los frutos percibidos el heredero.

En efecto: si los artículos 927 y siguientes del Código Civil declaran que es poseedor de buena fe el que posee ó cree fundadamente poseer en virtud de un título bastante para transferir el dominio, ó el que ignora los vicios de su título; si la herencia es un título traslativo de dominio; si el testamento, ó mejor dicho, la institución de heredero no

1 Demolombe, tomo XIV, núm. 563; Le Seyllier, tomo I, núm. 638, etc., etc.

2 Art. 3,693, Cód. Civ. de 1884.

adolesce de ningún vicio que produzca su nulidad; y si la revocación en el caso indicado se funda precisamente en la existencia de otro testamento desconocido al tiempo de la aceptación, que altera la calidad ó la cantidad de la herencia; es claro que el heredero será siempre de buena fe y que hará suyos los frutos percibidos.<sup>1</sup>

Y si suponemos que el artículo 3,960 del Código Civil, que motiva estas observaciones, ha querido decir otra cosa y declarar que el heredero hará ó no suyos los frutos percibidos, según que haya obrado ó no de buena fe; tropezaremos con la misma dificultad. Esto es, tal precepto será inaplicable en la práctica; porque si se concede la revocación, es á causa de que existe un testamento desconocido que altera la calidad ó la cantidad de la herencia, y en tal caso es notoria la buena fe del heredero, por su ignorancia, pues no de otra manera se le hubiera concedido revocar su aceptación; ó bien no resulta probada la existencia indispensable de aquel hecho, y entonces no se permite la revocación, y por tal motivo el heredero conserva su calidad de tal con todos los derechos inherentes á ella, entre otros, el de hacer suyos los frutos percibidos, por más que haya sido notoria su mala fe al pretender la revocación.

La verdad es que nuestro Código es defectuoso y deficiente en esta importante materia, y que por tal defecto puede dar motivo á serias y laboriosas contiendas; y que no hay otro modo para suplir esa deficiencia que ocurrir á las reglas generales sobre los efectos de la nulidad y rescisión de los contratos que establece el mismo Código Civil, declarando que la nulidad y la revocación de la aceptación de la herencia obliga al heredero á restituir los bienes hereditarios con los frutos que hubiere percibido.

<sup>1</sup> Art. 830, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 102 to.no II de esta obra.

Cuando el heredero llamado á una sucesión renuncia la herencia, hace un abandono gratuito de sus derechos. Pero como no es lícito abandonar una parte de los bienes cuando se tienen créditos que pagar, porque ellos son la garantía de pago que tienen los acreedores, cuyos derechos quedarían burlados por la renuncia, lo cual sería inicuo; la ley precaviendo ese abuso ha declarado, que si el heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, pueden éstos pedir al juez que los autorice para aceptarla en nombre de aquel (art. 3,961, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La Exposición de motivos dice, refiriéndose á éste precepto: «Acaso parecerá extraña la disposición del artículo 3,961; pero esa extrañeza desaparecerá si se considera, que muchas veces la mala fe llega al extremo previsto en el artículo; y que, por lo mismo, la ley debe poner el remedio. El que se propone en nada perjudica los derechos ajenos, y salva los legítimamente adquiridos con las prevenciones de los tres artículos siguientes.»

Esta explicación es del todo deficiente, y por lo mismo vamos á exponer con la mayor brevedad posible cuál es el origen y fundamento del derecho, ó más bien dicho, de la acción que el precepto citado otorga á los acreedores que resultan perjudicados por la renuncia de la herencia.

Al ocuparnos en el estudio de las reglas relativas á la rescisión de los contratos celebrados en fraude de los acreedores, dijimos que se obtenía por medio de la acción Pauliana, la cual se aplicaba no sólo á los contratos, sino á todo acto jurídico que producía aquel perjuicio; porque el artículo 1,801 del Código Civil declara, que los actos ó contratos realmente celebrados por el deudor en perjuicio de su acreedor pueden rescindirse á petición de éste, si del acto ó con-

<sup>1</sup> Art. 3,694, Cód. Civ. de 1884.

trato resulta la insolvencia del deudor, precepto que tiene por fundamento la consideración de que al contratar el deudor obliga sus bienes al cumplimiento de las obligaciones que se impone; y si puede privarles de esa garantía obrando de buena fe, no le es permitido despojarles de ella por medios fraudulentos, porque viola de una manera inmoral aquellas obligaciones.<sup>1</sup>

También dijimos que las palabras del artículo 1,801 del Código, que declara rescindibles los *actos y contratos* fraudulentos nos demuestran que la acción Pauliana procede no sólo contra los contratos ú obligaciones celebrados con perjuicio de los acreedores, sino contra toda clase de actos jurídicos de parte del deudor que importen enajenación y fraude contra los derechos de aquéllos, lo cual es enteramente conforme con los principios del derecho Romano, reproducidos por las leyes de las Partidas.<sup>2</sup>

Pues bien, hemos invocado estos precedentes, porque ellos nos conducen á establecer, que el artículo 3,961 del Código Civil que permite á los acreedores á quienes perjudica la renuncia, revocar ésta y aceptar la herencia en nombre del heredero, no hace más que reproducir el principio sancionado por el artículo 1,801 autorizando el ejercicio de la acción Pauliana, tal vez de una manera innecesaria.

Pero sea lo que fuere, la verdad es, que al referirse el Código al ejercicio de esa acción en el capítulo que trata de la aceptación y la renuncia de la herencia, sólo establece el principio aludido y tres preceptos más que determinan á favor de qué acreedores procede la acción Pauliana y qué efectos produce respecto de ellos. Por tal motivo, debemos advertir que el ejercicio de ella, en cuanto se refiere al objeto de estas observaciones, se rige por las reglas

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 367.

<sup>2</sup> Tomo III, pág. 369.

cuyo estudio hicimos al ocuparnos en el relativo á las enajenaciones hechas en fraude de los acreedores.

En consecuencia, para que los acreedores puedan ejercer el derecho que les otorga el artículo 3,961 del Código, es indispensable la concurrencia de los dos requisitos siguientes:

1.º Que la renuncia de la herencia cause perjuicio á los acreedores:

2.º Que el heredero haya renunciado con conocimiento de que iba á causar perjuicio en los derechos de los acreedores.

De donde se infiere que éstos tienen la obligación de probar que sufren tal perjuicio, que consiste, según el artículo 1,801 y 1,804 del Código Civil, en la insolvencia á que queda reducido el deudor por la renuncia, y por consiguiente, en la imposibilidad de pagar á sus acreedores, insolvencia que existe cuando la suma de los bienes y créditos de aquél no iguala al importe de sus deudas; y en tal caso la mala fe consiste en el conocimiento de ese déficit.<sup>1</sup>

Como no queremos incurrir en inútiles repeticiones, remitimos á nuestros lectores al estudio contenido en el capítulo III, Lección 5.<sup>a</sup> del tratado de obligaciones y contratos, en el cual expusimos cuanto se refiere á la procedencia y el ejercicio de la acción Pauliana: y sólo nos concretaremos á advertir:

1.º Que tal acción es subsidiaria y establecida en beneficio de los acreedores cuyos derechos han sido defraudados: de donde se infiere, que solamente procede cuando el heredero queda reducido á la insolvencia y en la imposibilidad de pagar á sus acreedores.

Se infiere también, y esta consecuencia es muy impor-

<sup>1</sup> Arts 1,687 y 1690, Cód. Civ. de 1884.

tante, que cesa la acción Pauliana luego que el deudor satisface su deuda, ó adquiere bienes con que cubrirla, ó que los favorecidos por la renuncia pagan á los acreedores, porque entonces cesa el perjuicio.

Esta consecuencia, que es enteramente justa y racional, ha merecido la sanción de la ley, pues el artículo 3,964 del Código Civil declara, que el que por la repudiación de la herencia deba entrar en ella, podrá impedir que la acepten los acreedores, pagando á éstos los créditos que tenían contra el que repudió: <sup>1</sup>

2º Que el efecto de la acción Pauliana es restituir las cosas al estado que tenían antes de la renuncia, de la misma manera que si no se hubiera verificado, y por una ficción de la ley hace entrar los bienes hereditarios en el patrimonio del deudor, para que los acreedores puedan ejercitar sus derechos sobre ellos.

En otros términos: por el ejercicio de esa acción se eliminan los derechos de los individuos llamados por la ley á la herencia que renunció el heredero y permite á los acreedores ejercitar los suyos sobre los bienes hereditarios como si no hubieran sido repudiados:

3º Que es una consecuencia de lo expuesto, que la rescisión de la renuncia aprovecha no sólo á los acreedores que intentaron la acción, sino aun á aquellos que no la han ejercitado; porque los bienes hereditarios que se restituyen al patrimonio del deudor son la garantía común de todos los acreedores y se les considera como si nunca hubieran salido del poder de aquél.

Sin embargo, los acreedores que fueren posteriores á la repudiación no pueden, según el artículo 3,963 del Código Civil, ejercer la acción y obtener que se les paguen sus crédi-

<sup>1</sup> Art. 3,697, Cód. Civ. de 1884.

tos con los bienes hereditarios reintegrados al patrimonio del heredero deudor. <sup>1</sup>

La razón es obvia; pues si el fundamento de la acción es el perjuicio á los acreedores por la renuncia fraudulenta del deudor, es claro que no pueden sufrir tal perjuicio los acreedores con quienes éste se obligó después de haber hecho aquélla, porque los bienes hereditarios no formaban parte de su patrimonio, y no eran, por lo mismo, garantía de los acreedores.

4º Que siendo el exclusivo objeto de la acción evitar el perjuicio de los acreedores, cuyos derechos resultan defraudados, se infiere que, si la herencia excede del importe de los créditos, el exceso pertenezca á los herederos llamados por la ley en lugar del que renunció.

En otros términos: los bienes hereditarios vuelven al patrimonio del heredero que renunció, sólo en cuanto bastan para pagar á los acreedores perjudicados.

Esta consecuencia ha merecido la sanción de la ley, pues el artículo 3,962 del Código Civil declara, que la aceptación de los acreedores en el caso de renuncia fraudulenta de la herencia por el deudor, sólo aprovecha á aquéllos para el pago de sus créditos; pero que si la herencia excediere del importe de éstos, el exceso pertenecerá á quien llame la ley, y en ningún caso al que hizo la renuncia: <sup>2</sup>

5º Que la aceptación de la herencia por los acreedores no produce el efecto de la aceptación ordinaria, porque no les otorga á éstos los derechos ni les impone las obligaciones propias de los herederos, sino que solamente adquieren el derecho de hacerse pagar sus créditos con los bienes que forman el haber hereditario del heredero deudor.

<sup>1</sup> Art. 3,696, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,695, Cód. Civ. de 1884.

Para concluir este capítulo debemos hacer las siguientes advertencias:

1ª Que según el artículo 3,966 del Código Civil, el que á instancia de un legatario ó de un acreedor hereditario haya sido declarado heredero, debe ser considerado como tal por los demás acreedores ó legatarios, sin necesidad de nuevo juicio.<sup>1</sup>

Este precepto tiene íntima relación con el artículo 3,957 del mismo Código, que faculta á los acreedores y legatarios para pedir al juez que estreche al heredero para que dentro de un plazo que no exceda de treinta días, declare si acepta ó no la herencia, y si no hace tal declaración, se tiene por aceptada ésta; y se funda en la consideración de que es ilógico é irracional considerar á un individuo como heredero en sus relaciones jurídicas con determinadas personas, y que no tenga esa misma cualidad respecto de otras.

Tal cualidad es indivisible, y por lo mismo, la declaración ó reconocimiento judicial de un individuo como heredero de otro le atribuye ese carácter respecto de todas las personas que tuvieron derechos y obligaciones con el autor de la herencia.

2ª Que en el Derecho Francés, así como en la mayoría de las legislaciones modernas, se establece una especie de aceptación tácita de la herencia, declarando que ésta tiene lugar cuando el heredero sustrae ú oculta maliciosamente algunos de los bienes hereditarios.

Nuestro Código se separó de ese sistema, sancionado también por la ley 12, tít. VI, Partida VI, y estableció en el artículo 3,965, que el heredero que por sentencia es declarado culpable de haber ocultado ó sustraído algo de la

1 Art. 3,699, Cód. Civ. de 1884.

herencia, es responsable de los daños y perjuicios, y queda sujeto á las prescripciones del Código Penal.<sup>1</sup>

Este sistema es, á nuestro juicio, mejor, pues si el heredero renuncia no tiene intención de aceptar, y su voluntad no se puede suplir por el hecho de haberse apoderado fraudulentamente de uno ó varios de los objetos que pertenecen á la sucesión, que sólo acredita su culpabilidad como autor del delito de robo y acreedor á la pena con que castiga á éste el Código Penal.

3ª Que fuera de lugar, y refiriéndose al artículo 3,503 del Código Civil, según el cual, el heredero no es responsable de las deudas de los legados ni de las demás cargas hereditarias y testamentarias, sino hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda, declara el artículo 3,969 del mismo ordenamiento, que tal precepto no se refiere á las obligaciones mancomunadas que hubieren contraído el heredero y el autor de la herencia.<sup>2</sup>

Creemos que este último artículo adolece de los dos defectos siguientes:

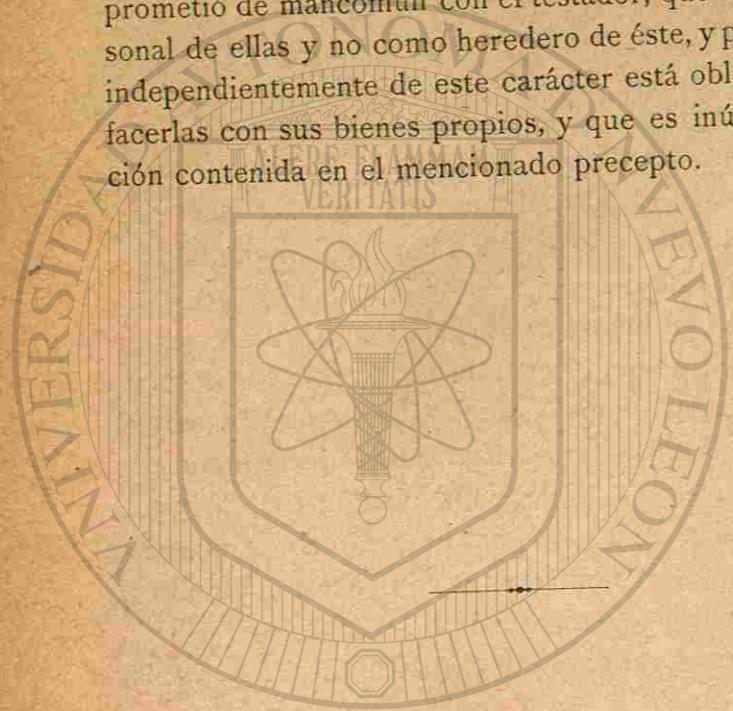
1º Que se halla colocado fuera de su lugar, pues estableciendo una excepción á la regla contenida en el artículo 3,503, y teniendo tan íntima relación con él, parece que lo más natural y conveniente habría sido colocarlo á continuación de él:

2º Que tal artículo, el 3,969 del Código Civil, es absolutamente innecesario, pues si el heredero se obligó mancomunada y solidariamente con el testador, y si, según los principios elementales del derecho, la mancomunidad pasiva es la obligación que dos ó más deudores reportan de prestar cada uno por sí, en su totalidad, la suma ó hecho material del contrato; es claro que el heredero está obliga-

1 Art. 3,698, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,339 y 3,702, Cód. Civ. de 1884.

de por sí por la totalidad de las prestaciones á que se comprometió de mancomún con el testador, que es deudor personal de ellas y no como heredero de éste, y por tanto, que independientemente de este carácter está obligado á satisfacerlas con sus bienes propios, y que es inútil la declaración contenida en el mencionado precepto.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## LECCION DÉCIMA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I

#### DEL INVENTARIO.

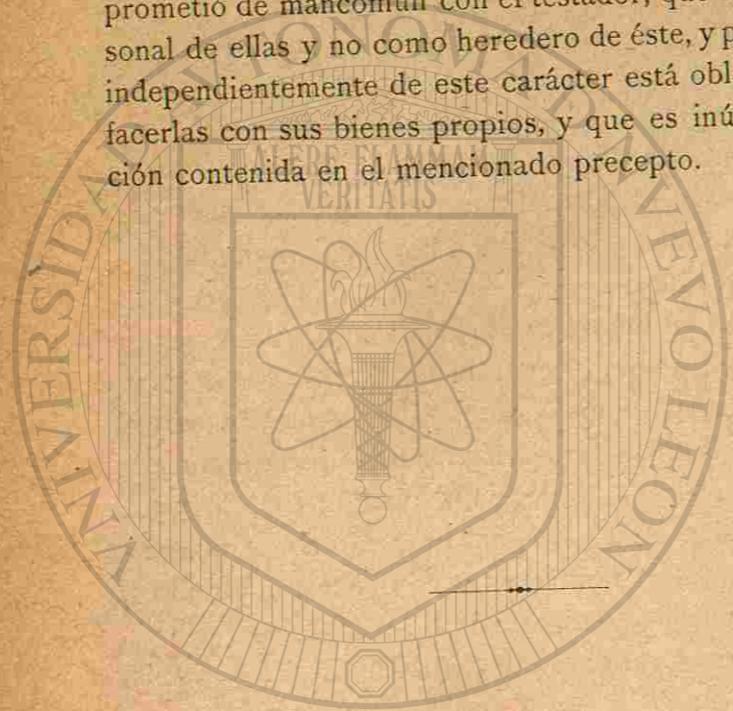
Inventario, dice la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 5, Partida VI, quiere decir escritura que es fecha de los bienes del finado. «E facen los herederos tal escritura, porque despues no sean tenudos de pagar las debdas de aquel que heredaron fueras en tanta cuantia quanto montaren los bienes del finado.»

Esta ley nos da la definición del inventario á la vez que nos expresa cuáles son sus efectos, esto es, la teoría sobre la cual reposa el beneficio de inventario, cuyos precedentes hemos indicado en la lección que antecede.

El beneficio mencionado no es otra cosa, según la ley de Partida, que el derecho otorgado al heredero para que no se le pueda obligar á responder de las deudas del autor de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes que la forman.

A este fin se hace necesaria la formación del inventario, según la ley citada, que es la escritura ó instrumento en que se anotan ó se hacen constar los bienes del autor de la herencia.

de por sí por la totalidad de las prestaciones á que se comprometió de mancomún con el testador, que es deudor personal de ellas y no como heredero de éste, y por tanto, que independientemente de este carácter está obligado á satisfacerlas con sus bienes propios, y que es inútil la declaración contenida en el mencionado precepto.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## LECCION DÉCIMA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I

#### DEL INVENTARIO.

Inventario, dice la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 5, Partida VI, quiere decir escritura que es fecha de los bienes del finado. «E facen los herederos tal escritura, porque despues no sean tenudos de pagar las debdas de aquel que heredaron fueras en tanta cuantia quanto montaren los bienes del finado.»

Esta ley nos da la definición del inventario á la vez que nos expresa cuáles son sus efectos, esto es, la teoría sobre la cual reposa el beneficio de inventario, cuyos precedentes hemos indicado en la lección que antecede.

El beneficio mencionado no es otra cosa, según la ley de Partida, que el derecho otorgado al heredero para que no se le pueda obligar á responder de las deudas del autor de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes que la forman.

A este fin se hace necesaria la formación del inventario, según la ley citada, que es la escritura ó instrumento en que se anotan ó se hacen constar los bienes del autor de la herencia.

Como el albacea posee los bienes hereditarios en nombre propio por la parte que le corresponde, y en nombre de los herederos por la porción que les pertenece, la ley le impone el deber de formar el inventario en primer lugar y como una obligación especial de su cargo, y por tal motivo ordena el artículo 3,971 del Código Civil, reproduciendo la obligación impuesta por el artículo 3,707 que el albacea promueva por sí mismo dentro de ocho días desde que supiere su nombramiento, la formación del inventario; y declara que el legal que él forme aprovechará á los demás interesados.<sup>1</sup>

Pero como los demás herederos tienen interés en la formación del inventario y sus gestiones encaminadas á este objeto pueden servir de poderoso estímulo al albacea, declaran los artículos 3,970 y 3,972 del Código Civil, que todo heredero, ya lo sea por testamento, ya por intestado, que acepta la herencia, tiene obligación de promover la formación del inventario dentro de ocho días contados desde que supiere su nombramiento ó tomare parte en la sucesión; y que si el albacea no promueve el inventario, puede hacerlo cualquiera heredero, y aprovecha á los demás aunque no sean citados.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,771 y 3,730, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 281.

<sup>2</sup> El art. 3,970 del Código de 1870 fué suprimido en el de 1884; y el 3,972 fué reformado por el 3,730 del Código de 1884 en los términos siguientes:

"Son obligaciones del albacea general:

- I. La presentación del testamento;
- II. El aseguramiento de los bienes de la herencia;
- III. La formación de inventarios;
- IV. La administración de los bienes y la rendición de la cuenta de albaceazgo;
- V. El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias;
- VI. La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios;
- VII. La defensa en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento, conforme á derecho;
- VIII. La de representar á la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre ó que se promovieren contra ella;
- IX. Las demás que le imponga la ley.

La declaración que contiene este último precepto es perfectamente lógica, porque si el objeto es hacer constar cuáles son los bienes que dejó el testador y su importe á fin de determinar hasta qué cantidad quedan los herederos obligados á pagar las deudas de aquél; poco importa que se promueva la formación por uno ó por todos aquéllos, supuesto que en todo caso se obtiene el resultado que la ley se propone, y que, según el sistema adoptado por el Código, toda herencia se entiende aceptada con beneficio de inventario, aunque no se exprese.

En el caso de que el albacea no promueva la formación del inventario ó de que no lo concluya dentro de noventa días ó de la prórroga que concede la ley, el heredero que la promoviere ó la conclusión del inventario, se considera como asociado al albacea; quien no podrá sin su consentimiento ejecutar ningún acto de administración (arts. 3,973 y 3,974, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Por este medio se crea un estímulo para que el albacea sea más activo en el cumplimiento de sus deberes, y un aliciente, ó mejor dicho, una recompensa para el heredero que por su diligencia evita el extravío de alguno de los bienes hereditarios y procura la pronta terminación del juicio hereditario.

Pero como el heredero ó los herederos llamados á la sucesión pudieran hallarse ausentes é imposibilitados, por lo mismo, de promover la formación del inventario dentro de los ocho días que señala la ley, ordenan los artículos 3,975 y 3,976, que el juez, durante el plazo indicado, con audiencia inexcusable del Ministerio público, y aun inmediatamente después de la muerte de una persona, si no está presente alguno de los herederos, dicte las providen-

<sup>1</sup> Arts. 3,772, Cód. Civ., y 1,792 Cód. de Proc. de 1884.

cias oportunas para que no se oculten ó pierdan los bienes.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos da como fundamento de estos preceptos la conveniencia pública en los términos siguientes: «Y la razón es muy clara; porque muchas veces el hombre muere fuera de su domicilio; otras se hallan los herederos á largas distancias; y en todos estos casos es urgente poner los bienes bajo la custodia de la autoridad pública.»

El inventario es *simple* ó *solemne*.

Es inventario *simple* el que se hace sólo con la asistencia de los interesados y de los peritos.

Es inventario *solemne* el que se forma con intervención del escribano, sin perjuicio de que el juez pueda concurrir á su formación en todo ó en parte, si lo considera necesario (art. 2,026, Cód. de Proced.)<sup>2</sup>

Por regla general el inventario sólo debe ser solemne en los casos siguientes, que fija el artículo 3,978 del Código Civil, regla que ha sido sancionada por el artículo 2,024 del de Procedimientos.<sup>3</sup>

1º Si la mayoría de los herederos ó legatarios así lo exige:

2º Cuando los acreedores hereditarios pidan separación de patrimonio, conforme á lo dispuesto en los artículos 2,065 y 2,066:<sup>4</sup>

1 Los arts. 3,975 y 3,976 fueron refundidos en el 1,713 del Cód. de Proced. de 1884 que está concebido en los términos siguientes:

“Mientras se presentan los interesados, aun inmediatamente después de la muerte del autor de la herencia, y sin perjuicio de lo prevenido en el art. 2,068 del Código Civil, el juez dictará, con audiencia del Ministerio público, las providencias necesarias para asegurar los bienes.

2 Art. 1,780, Cód. de Proced. de 1884.

3 El art. 3,978 del Código Civil de 1870 fué convertido en el 1,779 de Proced. de 1884.

4 Arts. 1,936 y 1,937 Código Civil de 1884. Véase la nota 1ª, pág. 141, tomo IV.

3º. Siempre que en la herencia hubiere confundidos bienes dotales:

4º. Siempre que la hacienda pública ó los establecimientos de beneficencia tengan interés en la herencia:

5º. En los casos de intestado de que hablan los artículos 3,710 y 3,713:<sup>1</sup>

La Exposición de motivos dice, que el inventario debe ser solemne en determinados casos, que son los expresados, en los cuales, por convenio ó por la naturaleza misma de los derechos, ó por la cualidad de las personas, debe exigirse la intervención judicial en los términos que establece el Código de Procedimientos.

Los casos que acabamos de señalar son otras tantas excepciones á la regla general á la que antes nos hemos referido, según la cual, los inventarios deben ser simples, y se fundan en consideraciones serias y dignas de tomarse en cuenta.

El primer caso se funda en la consideración de que cuando la mayoría de los interesados pide que el inventario sea solemne, es porque temen fraudes y ocultaciones en perjuicio de sus intereses, y no llenaría su objeto la formación de él si no interviniera la autoridad judicial hasta dejar inventariados y asegurados los bienes.

Además, si el juez, por regla general, no debe intervenir de oficio en los negocios que no están sometidos á su decisión, por el contrario, está obligado á prestar el auxilio de su autoridad á todo aquel que la invoca para la salvaguardia de sus intereses.

El segundo caso de excepción tiene lugar según la fracción II del artículo 3,978 del Código:

1 Art. 3,734, Código Civil de 1884. Reformado por la supresión del requisito de la firma de abogado. El art. 3,713 del Código Civil de 1870 fué refundido en el art. 1,716 del de Procedimientos de 1884.

1.º Cuando entre los bienes del deudor se hallan confundidos bienes muebles ó raíces adquiridos por sucesión y obligados por el autor de la herencia á ciertos acreedores, quienes pueden pedir que aquéllos sean separados y formar un concurso especial con exclusión de los demás acreedores (art. 2,065, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2.º Cuando entre los bienes del deudor hay algunos que pertenecen á alguna sociedad de que aquél es miembro, pues entonces deben separarse desde luego los bienes que correspondan á los otros socios, y sólo deben entrar en el fondo común del concurso los que fueren propios del deudor, incluyéndose en ellos los que le pertenezcan como socio (art. 2,068, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Al hacer el estudio de la materia relativa á la graduación de acreedores, explicamos los fundamentos en que se apoya la ley para establecer en los dos casos mencionados la separación de patrimonios, la cual nos vemos en la necesidad de recordar.<sup>3</sup>

La razón en que se funda la facultad otorgada á los acreedores en el primer caso, es la siguiente: no es justo que sus créditos y los derechos de prelación de que gozan, entren en competencia con los contraídos por el deudor común, ya porque son más antiguos, ya porque éste, heredero del que los contrajo, no es personalmente responsable de ellos, que han pasado á él con la herencia como cargas de ella.

En el segundo caso, la razón es, porque la sociedad forma una personalidad distinta del deudor, que no puede ser responsable de las obligaciones personales de éste; y por

<sup>1</sup> El art. 3,978 del Código Civil de 1870 fué convertido en el 1,779 del de Procedimientos de 1884: art. 1,936, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,939, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Tomo IV, pág. 140 y 141.

que los bienes de la sociedad no son suyos sino en una porción; y sería injusto despojar á sus socios para pagar créditos que no habían contraído.

Establecidos los fundamentos sobre los cuales reposa la separación de patrimonios en los dos casos indicados, fácil será comprender, por qué motivo debe hacerse en tales casos inventario solemne, á efecto de evitar ocultaciones y fraudes perjudiciales, ya á los herederos y legatarios, ya á los acreedores.

En la misma razón se funda el caso tercero de excepción señalada por el artículo 3,978 del Código, cuando en la herencia se hubieren confundido bienes dotales; pues como entonces están obligados los herederos á restituirlos á la mujer y ésta es acreedora de ellos, es precisa la intervención de la autoridad judicial para evitar fraudes y ocultaciones.

Como la hacienda pública y los establecimientos de beneficencia suceden como los demás herederos quedando obligados á pagar las deudas del autor de la herencia, y como su naturaleza y el objeto de su instituto exigen que no se vean complicados en litigios en todos sentidos perjudiciales á éste, es indispensable que se haga constar con intervención de la autoridad judicial, cuáles son los bienes hereditarios, y cuál es su valor.

La última excepción, que se funda en la misma consideración que las anteriores, tiene lugar en el caso de denuncia de intestado, en el que por ignorarse quiénes sean los herederos, ó si los hay, quién sea el albacea, surge la necesidad de asegurar y garantizar los bienes hereditarios contra todo atentado, mediante el nombramiento de un interventor á quien se le debe entregar los bienes por inventario solemne (arts. 3,712 y 3,713, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Refundidos en los arts. 1,715 y 1,716, Cód. de Proced. de 1884.

El inventario, sea simple, sea solemne, se debe formar con citación de todos los interesados ó de sus representantes legítimos, toda vez que ellos son quienes tienen un particular interés en cerciorarse qué bienes dejó el testador, de su importe, y en hacer toda clase de gestiones para evitar fraudes y ocultaciones (arts. 3,977 y 3,980, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero ¿quiénes son los interesados que deben ser citados?

Los artículos 2,027 del Código de Procedimientos y 3,980 del Civil, ordenan que se citen judicialmente para la formación del inventario:

- 1º Los herederos:
- 2º El cónyuge supérstite:
- 3º Los legatarios.<sup>2</sup>

El cónyuge supérstite está comprendido entre las personas que deben ser citadas para la formación del inventario, porque si contrajo matrimonio bajo el régimen de la sociedad legal, está interesado en la liquidación de ella, en el pago de sus deudas para que no se confundan con las personales del difunto, y en que se le entregue la mitad de los bienes que resulten libres y que hubieren sido adquiridos durante el matrimonio, así como los patrimoniales que aportó á él.

Si el matrimonio se celebró bajo el régimen de la sociedad voluntaria ó constituyendo dote, el cónyuge supérstite tiene el mismo interés, y por lo mismo, debe ser citado para la formación del inventario.

Como éste sólo debe ser solemne en los casos especialmente determinados por la ley, los cuales hemos indicado antes, se infiere que, por regla general, se debe hacer extrajudicialmente; pero ya sea solemne, ya simple y extra-

<sup>1</sup> Refundidos en los arts. 1,778 y 1,781, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> El art. 3,980 del Código de 1870 fué refundido en el 1,781 del de Procedimientos de 1884.

judicial, debe quedar terminado dentro de un plazo fijo y perentorio.

En efecto: el artículo 3,982 del Código Civil declara, que el albacea tiene obligación de concluir los inventarios dentro de noventa días contados desde que aceptó el nombramiento; y el 3,983 declara á su vez, que, si los bienes se hallaren repartidos á grandes distancias, ó si por la naturaleza de los negocios no se creyeren bastantes los noventa días, puede el juez ampliar hasta por nueve meses el término, con audiencia de los interesados y del Ministerio público.<sup>1</sup>

Es cierto que el interés de los herederos y acreedores, y aun el público, demandan que los inventarios estén terminados á la mayor brevedad posible; pero también lo es que ese mismo interés quedaría burlado, si por inflexibilidad de la ley debieran quedar concluidos siempre y en todo caso en un término breve y perentorio, pues las dificultades que surgieran por la clase de negocios que tenía el testador, la distancia á que se hallan situados, y otras circunstancias semejantes, harían que se presentaran los inventarios trancos y que surgieran por tal motivo contiendas entre los interesados, que hicieran más difícil y tardía la liquidación de la herencia.

Así, pues, esas circunstancias se imponen y exigen necesariamente la prórroga para la formación de inventarios, porque si ella es un mal, mayores y más trascendentales perjuicios ocasionaría su denegación.

El inventario solemne se debe formar en los términos que dispone el Código de Procedimientos que indicaremos después, previa citación de los interesados por un plazo que no pase de treinta días, para que, si quieren, asistan á la formación del inventario; pero si pasado dicho plazo no com-

<sup>1</sup> Convertidos en el art. 1,791 del Cód. de Proced. de 1884.

parecen los citados, debe continuar ésta con asistencia del Ministerio público, pues no sería justo que la negligencia de unos redundara en perjuicio de los otros, tanto más cuanto que los intereses de ellos quedan defendidos y garantizados por la intervención de esa magistratura á quien la ley encomienda su vigilancia (arts. 3,979, 3,980 y 3,981, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Estas reglas, así como otras que vamos á exponer, son usurpaciones que comete el Código Civil en materia que es propia y exclusiva del de Procedimientos, defecto que sólo puede disculparse teniendo en consideración que aquél y éste no se promulgaron á la vez, y que entretanto se formaba el segundo, hubo necesidad de que el primero sancionara reglas de la exclusiva competencia de éste, para prevenir los inconvenientes que en la práctica debería producir su falta.

Como el inventario tiene por objeto hacer constar cuáles son los bienes dejados por el testador y el valor que tienen, á fin de evitar que se confundan con los de los herederos y determinar la responsabilidad que por tal carácter tienen, respecto de las deudas de aquél, se infiere que tal documento se debe componer de dos partes, la enumeración ordenada de los bienes hereditarios y su valor.

Y como no es posible que el albacea restituya los bienes ajenos que se encuentren entre los hereditarios, de propia autoridad, sin que se constituya responsable de ese acto para con los demás herederos y los acreedores; de aquí la necesidad de que liste esos bienes en el inventario.

Estas consideraciones han servido de fundamento á las dos reglas siguientes:

1<sup>a</sup> El inventario debe comprender todos los bienes mue-

<sup>1</sup> Arts. 3,773, Cód. Civ. y 1,781 y 1,782, Cód. de Proced. de 1884.

bles é inmuebles del difunto; sus derechos y acciones, y sus deudas, con expresión del origen, naturaleza ó calidad de los documentos en que consten (art. 3,991, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2<sup>a</sup> Si el difunto tenía en su poder bienes ajenos prestados, en depósito, prenda ó bajo cualquiera otro título, se harán constar también en el inventario, con expresión de causa (art. 3,992, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Ambas reglas se justifican por sí solas, pues si el inventario tiene por objeto determinar cuáles son los bienes hereditarios, su valor y las responsabilidades que reportan; es evidente la necesidad de enumerar todos aquellos que se hallaban á su muerte en su poder, sin perjuicio del derecho que alguna persona tenga sobre ellos para recogerlos, justificando ese derecho, y de expresar las deudas, sus condiciones, su importe y las fechas de sus diversos vencimientos, para que así puedan los herederos decidir si aceptan ó no la herencia.

Complementando estas reglas ordena el Código de Procedimientos en el artículo 2,034, que todas las fojas del inventario estén divididas en dos columnas; y que en la de la izquierda se ponga la descripción pormenorizada de los bienes en el orden siguiente:

- 1º Dinero efectivo:
- 2º Alhajas:
- 3º Efectos de comercio ó industria:
- 4º Semovientes:
- 5º Frutos:
- 6º Muebles:
- 7º Raíces:
- 8º Créditos:

<sup>1</sup> Convertido en los arts. 1,782 y 1,788, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,787, Cód. de Proced. de 1884.

9.º Los documentos, escrituras y papeles de importancia que se encuentren:

10.º Los bienes ajenos.<sup>1</sup>

Aunque el Código de Procedimientos señala el orden expresado, porque la razón indica que es el más conveniente, no creemos que no pueda alterarse y que la alteración prive al inventario de los efectos jurídicos que la misma ley le atribuye. El objeto de ésta es que consten de una manera clara y precisa, á la vez que detallada, cuáles bienes forman la herencia y su importe, y tal objeto se llena listando esos bienes, cualquiera que sea el orden en que se coloquen en el inventario.

Sin embargo, es preferible seguir el orden indicado, porque así se facilita la formación del inventario y la aplicación de las porciones correspondientes á cada uno de los herederos.

La necesidad de valorizar los bienes hereditarios impone la de nombrar peritos valuadores, y ocurriendo á ella declara el artículo 3,984 del Código Civil, que el albacea al promover la formación del inventario, debe nombrar de acuerdo con los interesados, uno ó más peritos valuadores; y que si no hubiere conformidad con el nombramiento, sea la mitad de los peritos de elección del albacea y la otra mitad de los demás interesados.<sup>2</sup>

En este precepto se concilian perfectamente los intereses de todos los herederos, dejando á su arbitrio que un solo perito haga el valúo, si así lo convinieren; pues entonces no resulta ningún perjuicio para ellos, ó dos ó más, porque así obtienen mayor garantía, supuesto que el mayor número de peritos aleja la sospecha de punible colusión con al-

1 Art. 1,789, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,809, Cód. de Proced. de 1884.

guno de los herederos y hace presumir mayor acierto en el desempeño de sus funciones.

También prevé el caso de desacuerdo entre los herederos y el albacea en el nombramiento de peritos, y lo resuelve otorgándole á cada parte la facultad de nombrar la mitad de los peritos; y previendo el artículo 3,985 del Código Civil el desacuerdo de los peritos en el desempeño de su cargo, ordena que ellos, antes de comenzar sus trabajos, nombren un tercero para el caso de discordia; y si no hubiere acuerdo entre ellos, que se haga la elección por el juez.<sup>1</sup>

Los peritos deben estimar todos los objetos según su estado y valor actual, é incluir su dictamen en el mismo inventario, el cual deben firmar obrando en todo con honradez y buena fe; pues si son convencidos de dolo y mala fe, son responsables de los daños y perjuicios que por su culpa sufran los interesados (arts. 3,987 y 3,986, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

El Código Civil, siempre con usurpación de facultades propias del de Procedimientos, establece las tres reglas siguientes á las cuales deben subordinarse los peritos en el desempeño de sus funciones:

1.ª Deben valuar los predios rústicos y urbanos por el importe medio de sus productos en un quinquenio, deducidos los gastos de reparaciones y cultivo y cualesquiera gravámenes (art. 3,989, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

2.ª Si entre los bienes de la herencia hubiere predios sujetos á enfiteusis, no valuados según se previene en el artículo 3,243, se debe calcular el valor del dominio útil en los términos que establece la regla anterior; y el dominio directo se debe calcular capitalizando la pensión al tanto

1 Art. 1,824, Cód. de Proced. de 1884.

2 Arts. 1,817 y 1,852, Cód. de Proced. de 1824.

3 Art. 1,819, Cód. de Proced. de 1884.

por ciento estipulado, y á falta de convenio al seis por ciento anual (art. 3,990, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

3.<sup>a</sup> Los peritos deben declarar cuáles objetos pueden dividirse sin perjuicio (art. 3,988, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La Exposición de motivos justifica la primera regla, diciendo que, aunque no sea con exactitud matemática, á lo menos da una base más segura que los cálculos aventurados ó apasionados que se forman al estimar los bienes.

Creemos que esta regla está muy lejos de dar una base segura para estimar el valor de los bienes raíces, especialmente los rústicos, porque se hace depender su valor del importe de sus productos, siendo así que éste no siempre se halla en relación con aquél y depende del buen ó mal cultivo de ellos, del mayor ó menor número de trabajadores que se empleen en él, y por consiguiente, de la mayor ó menor extensión de terrenos que se cultiven y de otras muchas causas secundarias. Un predio puede ser muy productivo y de gran valor, por tener terrenos excelentes, y sin embargo, ser de productos exigüos por estar mal cultivado ó por no serlo en parte, y si se aplicara la regla que repugnamos, resultaría que se le estimaría en un precio muy bajo y que no se hallara en relación con el intrínseco.

En cuanto á la segunda regla, debemos recordar que, según los artículos 3,242 y siguientes del Código Civil, al constituirse el censo enfiteútico, se debe nombrar y describir en la escritura respectiva el predio, de modo que no se confundan sus límites con los de los predios vecinos, previo avalúo que se debe hacer con deducción del importe del dominio directo, capitalizando la pensión que por razón de él debe recibirse, al tanto por ciento convenido, y á falta de convenio al seis por ciento anual. Tales requisitos, como

<sup>1</sup> Art. 1,820, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,818, Cód. de Proced. de 1884.

hemos dicho en su oportunidad, tienen por objeto hacer constar la identidad de la finca sobre la cual se constituye el censo y evitar todo género de discusiones acerca de si el gravamen recae sobre tal ó cual finca y si ésta tiene mayor ó menor extensión, y determinar el valor del dominio directo.<sup>1</sup>

Pues bien, la regla á que aludimos no hace más que reproducir el precepto que exige que se determine el valor del dominio directo, capitalizando la pensión que por razón de él deba recibirse, á la vez que para estimar el dominio útil ordena la aplicación de la primera regla cuya crítica hemos hecho.

La Exposición de motivos justifica la tercera y última regla en los términos siguientes: «Una de las dificultades de esta clase de negocios consiste en la material división de las cosas que forman la herencia. Se previene, pues, que los peritos digan desde el principio cuáles objetos pueden dividirse sin perjuicio. De este modo los interesados tendrán tiempo suficiente para discutir y combinar el plan que más les convenga, ya para la aplicación de cada una, ya para la adjudicación ó venta de las cosas que no pudieren cómodamente dividirse.»

Antes hemos dicho que el otorgamiento del plazo que se le concede al heredero para optar entre la aceptación y la renuncia de la herencia, produce el efecto jurídico de que no pueda ser demandado por las obligaciones inherentes á ella, y que si los acreedores ejercitan sus acciones, puede oponerles la excepción dilatoria que nace del plazo que se le hubiere señalado.

Pues bien, gozan de igual excepción durante el plazo de noventa días ó de nueve meses que respectivamente le con-

<sup>1</sup> Arts. 3,102, 3,103 y 3,104, Cód. Civ. de 1884.

ceden los artículos 3,982 y 3,983 del Código Civil, pues expresamente declara el 3,993, que durante la formación del inventario no pueden los acreedores y legatarios exigir el pago de sus créditos y legados, con las excepciones siguientes:<sup>1</sup>

1.<sup>a</sup> Las deudas mortuorias cuyo pago puede hacerse, antes de la formación del inventario, como lo declara el artículo 3,997 del Código Civil:<sup>2</sup>

2.<sup>a</sup> Los gastos causados por la misma herencia y los créditos alimenticios (art. 4,000, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

3.<sup>a</sup> Pueden también los acreedores y legatarios demandar al albacea sobre cualquiera cuestión de dominio y posesión que se funde en títulos anteriores á la sucesión; así como el albacea puede demandar á los deudores hereditarios (art. 3,994, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

En la primera excepción y bajo el nombre de deudas mortuorias se comprenden los gastos del funeral y los que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia, que, por humanidad, siempre se han estimado de pago preferente, y que consisten en todos aquellos gastos que demanda la enfermedad del testador, tales como los honorarios del médico, el importe de las medicinas y los salarios de los enfermeros, y los relativos á la inhumación, como el valor del ataúd, del transporte del cadáver al panteón, del sepulcro, de las ceremonias religiosas, etc.

Esta excepción, así como el privilegio otorgado á los acreedores por los gastos mencionados, tienen por origen la humanidad y el interés y la salubridad públicos, que exigen que se atienda prontamente á aquellos individuos que

1 Arts. 1,791, Cód. de Proced. y 3,731, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 3,775, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,778, Cód. Civ. de 1884.

4 Arts. 3,730, frac. VIII, Cód. Civ. de 1884.

han cooperado á la prolongación de la vida del autor de la herencia y han procurado mitigar sus dolores, y que se facilite la pronta inhumación de los cadáveres en beneficio de la higiene y de la salubridad públicas.

La segunda excepción se comprende y explica fácilmente, si se tiene en cuenta que los gastos que causa la herencia y los créditos de alimentos no permiten por su naturaleza demora alguna, pues los primeros tienen por objeto la administración de los bienes hereditarios, y los segundos son indispensables para satisfacer las necesidades más apremiantes de la vida de los acreedores.

En cuanto á la tercera y última excepción se explica también, porque no tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de obligaciones contraídas por el autor de la herencia, sino de la restitución de bienes que no forman parte de ésta y cuya propiedad se funda en títulos anteriores á la fecha del fallecimiento de aquél, ó lo que es lo mismo, á la de la apertura de la sucesión.

Del precepto contenido en el artículo 3,993 del Código Civil, que prohíbe á los acreedores y legatarios exigir el pago de sus créditos y legados, durante la formación del inventario, han inferido algunos abogados que esa prohibición subsiste aun después de vencido el plazo que con este objeto señala la ley, cuando el albacea no ha presentado el inventario al juez para su aprobación.<sup>1</sup>

Nada autoriza para dar interpretación tan subversiva al precepto citado, y no nos ocuparíamos de ella, si, por desgracia, no hubieran tratado litigantes de mala ley de hacerla prosperar, sosteniéndola repetidas veces ante los tribunales.

La interpretación jurídica del artículo 3,993 del Código

1 Art. 3,731, Cód. Civ. de 1884.

es, que durante el plazo que la ley concede para la facción de inventarios no pueden los acreedores exigir el pago de sus créditos.

La prescripción de este precepto así entendido es perfectamente lógica y racional, porque el albacea y los herederos no conocen los negocios del autor de la herencia, necesitan de un plazo para imponerse de ellos, y la ley se los concede. En consecuencia, es racional que durante ese plazo no puedan ser demandados por ningún acreedor; pero que una vez transcurrido ese plazo, cese la causa por la cual se impuso esa prohibición, y por tanto, puedan los acreedores ejercitar sus acciones.

En apoyo de esta conclusión viene el absurdo que resulta de la teoría que combatimos. En efecto: si admitimos ésta, resulta que depende de la voluntad del albacea y de los herederos diferir para siempre el pago de las deudas hereditarias, pues no siendo parte los acreedores en los juicios de sucesión, no tienen facultad para exigir la presentación de los inventarios; y aquéllos pueden impunemente diferir la formación de éstos por un tiempo indefinido, y, en consecuencia, el pago de las deudas, lo cual es absurdo é in-moral.

Además, esa teoría es contraria á la que sancionó nuestra antigua legislación, reproduciendo los preceptos de la Romana consignados en la ley 22, § 11, tít. 30, lib. VI del Código; pues la ley 8.<sup>a</sup>, tít. 6, partida VI, dice: «Demientra que dura el tiempo que otorga el derecho para facer inventario, non pueden mover contra el pleyto, para demandarle ninguna cosa, aquellos a quienes oviesse mandado algo en su testamento, fasta que aquel tiempo sea cumplido.»

La razón en que se funda este principio es perfectamente perceptible, pues si el heredero no gozara de esta dilación, se vería tal vez en la imposibilidad de concluir el in-

ventario, y quedaría privado del beneficio que le otorga la ley, y tal es el motivo por el cual han sostenido todos los comentaristas de nuestra antigua legislación que durante el tiempo concedido á los herederos para la facción del inventario no se les puede demandar por el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el autor de la herencia.<sup>1</sup>

De lo expuesto resulta que, ni por los precedentes históricos, ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, podemos darle al artículo 3,993 del Código Civil la interpretación que hemos combatido, y que su verdadera inteligencia es, que durante el plazo que la ley concede para la formación del inventario no pueden exigir los acreedores el pago de sus créditos; pero que vencido ese plazo pueden ejercitar libremente sus acciones para que les sean pagados sus respectivos créditos.

El artículo 3,995 del Código Civil ordena que si los interesados no estuvieren conformes con el inventario, el juez decida con audiencia de todos ellos, en los términos que establezca el Código de Procedimientos.<sup>2</sup>

Los artículos 2,830 y siguientes de éste determinan que, en el caso indicado, mande el juez poner de manifiesto el inventario en la secretaría del juzgado por término de ocho días para que los interesados puedan formular las reclamaciones que estimen convenientes; y si se hace alguna debe citar á los interesados á una junta dentro de seis días para arreglar en ella los puntos de diferencia. Si se obtiene el arreglo, el juez debe condenar á los interesados á estar y pasar por él, con la reserva de que si aparecieren nuevos bienes, se agregarán en su lugar respectivo.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Gregorio López, glosa 1 á la ley citada: Carleval *De iudicis*, tomo II, tít. III, Disput. X, núm. 9; Antonio Gómez, ley 64 de Toro, núm. 5; Acevedo, ley 19, tít. 21, lib. 4. Recop. núm. 25; etc., etc.

<sup>2</sup> Suprimido en el Código Civil de 1884.

<sup>3</sup> Arts. 1,796 y sig., Cód. de Proced. de 1884.

En caso contrario se debe substanciar el incidente respectivo en la vía sumaria, entre el que reclame y el albacea; y la sentencia que recaiga es apelable en el efecto devolutivo.

Si los interesados dejan pasar el plazo de ocho días antes indicado sin formalizar reclamación alguna, el juez, previa citación, aprobará ó no el inventario, según fuere de justicia.

Los mismos trámites señalan los artículos 1,796 y siguientes del Código de 1884, sin otra diferencia que la substanciación del incidente que debe seguirse por las objeciones formuladas, el cual se debe regir por las reglas que establecen los artículos 861 y siguientes del mismo ordenamiento, según las que, se debe dar traslado al albacea por tres días de las objeciones; se recibirá á prueba el incidente por un término que no exceda de diez días, si alguna de las partes lo pidiere, concluido el cual se citará á las partes á una audiencia para que aleguen lo que á su derecho convenga, teniendo la citación para ésta los efectos de citación para sentencia, la cual debe dictarse dentro de cinco días.

La sentencia es apelable en ambos efectos, y la segunda instancia se debe substanciar con una sola audiencia verbal que debe verificarse á más tardar dentro de cinco días contados desde que se reciban los autos en el tribunal.

Los gastos de inventario son á cargo de la herencia, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa, por la misma razón por la cual deben pagarse al albacea de la masa de la herencia los gastos que eroga en el cumplimiento de su encargo, incluso los honorarios de los abogados y procuradores que ocupare; esto es, porque si los mismos herederos hubieran gestionado los negocios de la sucesión, habrían erogado esos gastos (art. 4,016, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 1,808, Cód. de Proced. de 1884.

La ley atribuye varios efectos jurídicos al inventario, y son los siguientes:

1º El inventario perjudica á los que lo hicieron y á los que lo aprobaron; pero no á los que no fueron citados para él, pues de no ser así se les imputaría y se les haría responsables de actos no ejecutados por ellos, contra las indicaciones de la equidad y de la justicia (art. 4,011, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2º El inventario hecho por el albacea ó por un heredero aprovecha á todos los interesados aunque no hayan sido citados, incluso los herederos por intestado y los sustitutos; porque la falta de citación no puede privarlos del beneficio que les resulta, cuando por otra parte no hacen reclamación alguna (art. 1,803, Cód. de Proced. de 1884.).

Resulta, pues, que el legislador no ha querido que el inventario perjudique á aquellos que no han sido citados para su formación y que no han tomado parte alguna en ella; pero que sí ha querido que les aproveche en cuanto les sea favorable, porque supone, con justicia, que aceptarán aquél, toda vez que les produce beneficio.

3º El inventario hecho por el heredero que después repudia, aprovecha al sustituto y á los herederos por intestado, según el artículo 4,010 del Código Civil.<sup>2</sup>

Este precepto no es más que la reproducción del principio sancionado por la jurisprudencia y la doctrina, según las cuales, si pasan al heredero sustituto ó ab-intestato todas las cargas del que repudió después de hecho el inventario, no hay razón por la cual no deban pasar también sus derechos y beneficios.

Comentando García Coyena el artículo 864 del Proyecto de Código Español, de donde está tomado el que motiva

<sup>1</sup> Art. 1,804, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,803, Cód. de Proced. de 1884.

estas observaciones, dice: que el inventario es un instrumento público, y como tal hace fe; los acreedores han sido citados para su formación, y no tienen motivo alguno de queja; la verdad debe prevalecer siempre y que dicho precepto es igualmente provechoso á los acreedores y legatarios, porque de otro modo no podría negarse á los sustitutos y herederos ab-intestato el derecho de formar inventario antes de aceptar ó repudiar la herencia, de lo que se seguirán menos gastos y dilaciones.<sup>1</sup>

En otros términos, el precepto aludido se funda en consideraciones de equidad y conveniencia pública, que no permiten que se demore la liquidación de la herencia por repetidas concesiones de plazos á los herederos sucesivamente llamados para hacer inventarios y deliberar si aceptan ó no aquélla, ni que se graven con los gastos que demanda la nueva facción de ellos, cuando es innecesaria, supuesto que tal deber se llenó ya por el heredero renunciante.

4º Aprobado el inventario por el juez ó de consentimiento de todos los interesados, no puede reformarse sino por error ó dolo declarados por sentencia definitiva, pronunciada en juicio ordinario (art. 4,015, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es, porque en uno y en otro caso existe el consentimiento ó conformidad de los herederos, expreso ó tácito, y no pueden venir en contra de él sino por una causa grave, que lo haga nulo é ineficaz, demostrando que lo otorgaron inducidos por un error ó por dolo de alguno de sus coherederos; y como sobre ese consentimiento ha recaído una resolución judicial aprobando el inventario y condenando á los interesados á estar y pasar por él, de aquí es que no pueda anularse sino mediante una sentencia ejecutoria pronunciada en un juicio ordinario, en el cual pueden los

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 241.

<sup>2</sup> Art. 1,807, Cód. de Proced. de 1884.

interesados, ó más bien dicho, deben producir las pruebas demostrativas de que han incurrido en error ó que han otorgado su consentimiento inducidos por dolo, pues de otra manera no procede la reforma del inventario.

Como los bienes del deudor son la garantía de pago que tienen sus acreedores, se infiere, como consecuencia necesaria de la formación del inventario, que los bienes en él listados son los que responden por el pago de las deudas hereditarias ó testamentarias.

Pero si al exigir los acreedores hereditarios ó testamentarios el pago de sus créditos, designan como bienes pertenecientes á la herencia algunos no incluídos en el inventario, es de su cargo la prueba correspondiente, porque fueron citados para la formación de aquél, la cual se llevó á término con su concurrencia, y si no concurrieron, guardaron silencio cuando fué presentado para su aprobación (art. 4,012, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Es decir, que el inventario hecho en la forma que previene la ley y con citación de los acreedores, tiene la presunción de ser la expresión de la verdad mientras no se pruebe lo contrario, y por lo mismo, incumbe á los acreedores la prueba de que los bienes que designan, no incluídos en aquél, pertenecen á la herencia.

Si los acreedores obtienen sentencia favorable, y en la omisión hubo dolo por parte de los herederos, esto es, á sabiendas y con pleno conocimiento omitieron listar determinados bienes en el inventario para defraudar á los acreedores, debe el juez imponer á los culpables, por vía de pena, una multa de veinticinco por ciento sobre el importe de su parte líquida, además de la indemnización de los daños

<sup>1</sup> Art. 1,805, Cód. de Proced. de 1884.

y perjuicios que por su culpa sufran los acreedores (art. 4,013, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Obtenida la decisión judicial, dice el artículo 3,996 del Código Civil, ó estando conformes los interesados con el inventario, el albacea procederá á liquidar la herencia, toda vez que la formación del inventario tiene sólo por objeto determinar el importe de los bienes hereditarios, y por consiguiente hasta qué cantidad alcanza la responsabilidad de los herederos para con los acreedores hereditarios.<sup>2</sup>

De los términos de este precepto se infiere que la obligación que impone al albacea comienza tan luego como el juez aprueba el inventario ó que los herederos manifiestan su conformidad con éste; pero no es así, porque el artículo 2,109 del Código de Procedimientos de 1872 y el 1,867 del de 1884, que complementan á aquél, ordenan de una manera clara y precisa que, aprobados el inventario y el avalúo de los bienes, y terminados los pleitos á que uno y otro hayan dado lugar, se proceda á la liquidación del caudal.

A este respecto declara el Código Civil, que el albacea, concluido el inventario, no podrá pagar los legados sin haber cubierto ó asignado bienes bastantes para pagar las deudas; conservando en los respectivos bienes los gravámenes especiales que tengan (art. 4,006, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Esta regla no es más que la reproducción del principio, según el cual, la herencia es lo que queda después de pagadas las deudas del autor de ella, porque es lo único de que realmente puede disponer á título gratuito, supuesto que sus bienes son la garantía de sus acreedores. Si el albacea, con conocimiento de que el testador tenía deudas, paga los legados antes que éstas, obra de mala fe, ó por lo menos,

1 Art. 1,806, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 3,774, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,784, Cód. Civ. de 1884.

con imprudencia, y contrae una responsabilidad para con los acreedores, sin perjuicio de la acción de éstos contra los legatarios, si los bienes hereditarios no bastan para el pago total de sus créditos.

La segunda parte de la regla enunciada es absolutamente innecesaria, porque no depende de la voluntad del albacea conservar ó no los gravámenes que reportan cada uno de los bienes, pues estando constituídos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el autor de la herencia, no puede alterarlos ó extinguirlos sin el consentimiento de los acreedores, que no lo otorgarán si no son pagados en todo ó en parte.

En cuanto al orden en que deben ser pagados los acreedores, el Código Civil establece las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> En primer lugar deben ser pagadas las deudas mortuorias, si no lo estuvieren ya; pues pueden pagarse antes de la formación del inventario, por las razones que hemos expuesto antes (art. 3,997, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Se llaman deudas mortuorias, según el artículo 3,998 del Código Civil, los gastos de funeral y los que se hayan causado en la última enfermedad del autor de la herencia, y el pago de ellas se debe imputar, como lo ordena el artículo 3,999 en la parte libre, haya ó no dispuesto el testador de ella, y lo que excediere de esa parte, se debe pagar del cuerpo de la herencia.<sup>2</sup>

La razón es, porque bajo el sistema de la legítima forzosa, ésta no admite gravamen de ninguna especie, y por lo mismo, las deudas mortuorias no deben recaer sobre la porción que la ley asigna á los herederos forzosos, salvo el caso en que la porción disponible del testador sea insuficiente para pagarlas, pues entonces sería injusto que no fueran

1 Art. 3,775, Cód. Civ. de 1884; pág. 484.

2 Arts. 3,776 y 3,777, Cód. Civ. de 1884.

satisfechas cuando se habían contraído con el objeto de conservar la existencia de aquél y de que fueran sepultados sus restos.

Además, la razón y la justicia exigen que los herederos contribuyan al pago de esas deudas contraídas para objetos tan sagrados, especialmente los erogados en la última enfermedad del testador, ya que por los afanes de éste heredan sus sucesores un patrimonio.

2.<sup>a</sup> En segundo lugar se deben pagar los gastos causados por la misma herencia y los créditos alimenticios, que pueden también ser cubiertos antes de la formación del inventario; porque los primeros tienen por objeto la conservación y la liquidación de la herencia, y los segundos no permiten demora por su naturaleza, toda vez que están destinados á satisfacer las primeras y más apremiantes necesidades del alimentista (art. 4,000, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Si no hubiere dinero en la herencia para hacer los pagos á que se refieren las reglas anteriores, el albacea debe promover la venta de los bienes muebles, y aun la de los inmuebles, con las solemnidades que respectivamente se requieren por las leyes (art. 4,001, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La venta se impone en este caso como una necesidad imprescindible, porque el albacea no puede rehusar el pago, y si lo rehusara se le obligaría á él judicialmente, secuestrando alguno ó algunos de los bienes hereditarios y sacándolos á remate, circunstancia que haría más onerosos los créditos, pues se aumentarían con el importe de las costas y gastos de los juicios respectivos.

La venta en el caso indicado la debe hacer el albacea como lo ordena el artículo 3,720 del Código Civil, de acuerdo con los herederos, y si éste no fuere posible, con apro-

<sup>1</sup> Art. 3,778, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,779, Cód. Civ. de 1884.

bación judicial, para suplir el consentimiento de los herederos que por cualquiera circunstancia no puedan otorgarlo, ó por el disenso irracional de algunos; porque no es posible que el interés de todos quede subordinado al capricho de unos cuantos.<sup>1</sup>

La venta de bienes hereditarios para el pago de deudas y legados, dice el artículo 4,008 del Código Civil, se hará en pública subasta; á no ser que la mayoría de los interesados acuerde otra cosa. La mayoría debe estimarse en este caso, según la regla que el mismo Código Civil establece en el artículo 3,680, que declara, que la mayoría en todos los casos de que hablan los capítulos relativos á los albaceas y á las particiones, se debe calcular por el importe de los créditos y no por el número de las personas; á no ser que el mayor crédito corresponda á una sola persona.<sup>2</sup>

Esta regla, establecida por el artículo 4,009 del Código Civil se debe entender en términos hábiles, pues de otra manera se hallaría en pugna con la contenida en el artículo 4,005, que manda al albacea que pague á los acreedores en el orden en que se presenten: esto es, que no permite que delibere y determine qué créditos debe pagar preferentemente.

En consecuencia, creemos que el precepto citado no se refiere al pago de los créditos hereditarios, sino al de los legados y al de las deudas mortuorias y de las pensiones alimenticias.

Pero cuando los interesados en la herencia son menores y los bienes de cuya enajenación se trata son raíces ó muebles preciosos, se deben vender judicialmente en pública subasta, previo avalúo de peritos y oyendo á los interesados; y el producto de la venta se debe depositar en el es-

<sup>1</sup> Art. 3,741, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Arts. 3,786 y 2,705, Cód. Civ. de 1884.

tablecimiento público en que lo estén los demás fondos de la sucesión (art. 2,104, Cód. de Proced. de 1872).<sup>1</sup>

El remate en el caso indicado se debe verificar publicándose edictos de tres en tres días, y en casos muy urgentes basta uno solo publicado seis días antes del remate (art. 2,105, Cód. de Proced. de 1872).<sup>2</sup>

Estas solemnidades se exigen para garantizar mejor los bienes de los menores, evitando que se cometan fraudes en perjuicio de sus intereses:

3<sup>a</sup>. En tercer lugar se deben pagar las deudas hereditarias que fueren exigibles (art. 4,002, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Se llaman deudas hereditarias, según el artículo 4,003 del Código Civil, las contraídas por el autor de la herencia independientemente de sus últimas disposiciones, y de las que es responsable con sus bienes.<sup>4</sup>

Respecto al pago de las deudas establece el Código Civil las reglas siguientes:

1. Si hubiere pendiente algún concurso, el albacea no debe pagar sino conforme á la sentencia de graduación; porque no puede otorgar una preferencia que se disputa ante los tribunales, cuyas resoluciones se harían ilusorias é ineficaces si tuviera la facultad de pagar á los acreedores según le pareciera. Esto sería inicuo y subversivo del orden público, interesado en que los fallos de los tribunales sean obedecidos y respetados.<sup>5</sup>

Si infringiendo el albacea la prohibición contenida en la regla anterior, hiciere pago á unos acreedores con perjuicio de otros, otorgándoles una preferencia indebida, es responsable personalmente del pago de los créditos insolutos y de

1 Art. 1,862, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,863, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 3,780, Cód. Civ. de 1884.

4 Art. 3,781, Cód. Civ. de 1884.

5 Art. 3,782, Cód. Civ. de 1884.

los daños y perjuicios que cause á los acreedores, sin perjuicio de la acción que les compete contra los pagados indebidamente y con su daño.<sup>1</sup>

2<sup>a</sup>. Los acreedores, cuando no haya concurso, serán pagados en el orden en que se presenten; pero si entre los no presentados hubiere algunos preferentes, se exigirá á los que fueren pagados la caución de acreedor de mejor derecho (art. 4,005, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta regla fué establecida por la ley 22, § 4, tít. 30, lib. VI del Código de Justiniano, y reproducida por la 7<sup>a</sup>, tít. 6, Partida VI, de manera que el Código Civil no ha hecho otra cosa al reproducirla, que sancionar un principio tradicional entre nosotros, en cuanto al orden en que deben ser pagados los acreedores hereditarios; pues en cuanto á la fianza de acreedor de mejor derecho, se había establecido por la práctica para evitar que el albacea tuviera un pretexto para retardar el pago de créditos legítimos, quedando así garantizados los derechos de los acreedores preferentes.

Se llama caución ó fianza de acreedor de mejor derecho, aquella que se exige al acreedor á quien se paga el importe de su crédito para garantizar la restitución de éste en el caso de que se presente otro acreedor cuyo título sea preferente.

Los términos claros y precisos de la regla enunciada nos conducen á concluir que el albacea está ineludiblemente obligado á pagar á los acreedores en el orden en que se presenten, sean ó no privilegiados, pues ella no hace distinción alguna, y por tanto, que importa una derogación del dere-

1 Le Sellyer, tomo II, núm. 992; Laurent, tomo X, núm. 161; Aubry y Rau, tomo VI, § 618, nota 53; Demante, tomo III, núm. 133 bis 2; Demolombe, tomo XV, núm. 301; Thiry, tomo II, núm. 150; Rolland de Villargues, Repertoire, V. Benef. d'inventaire, núm. 204.

2 Art. 3,783, Cód. Civ. de 1884.

cho común, que exige que sean pagados preferentemente los acreedores privilegiados.

A nuestro juicio, no se puede explicar esta derogación de otra manera que aplicando el principio que dice: *Vigilantibus et non durmientibus jura subveniunt*. Esto es, que tal regla establece una recompensa para los acreedores diligentes; pero en muchas ocasiones no será la diligencia sino la casualidad la que obtenga tal recompensa, como en el caso de que uno ó varios de los acreedores residan en el lugar en que se abre la sucesión y otros en lugares lejanos.

La verdad es, que la regla enunciada apenas si puede justificarse, porque exige á los acreedores el otorgamiento de la fianza de acreedor de mejor derecho, si entre los no presentados hubiere alguno preferente; pues así se evita la comisión de fraudes á que ella se presta.

Ya se comprende que esta garantía es ineficaz cuando el albacea ignora la existencia de un crédito preferente, pues en tal caso no tiene derecho para exigir la caución; y que es enteramente innecesaria respecto de los acreedores hipotecarios, porque el carácter de singularmente privilegiados que les otorga la ley y la garantía que les da el inmueble hipotecado, les evita todo perjuicio, y el poseedor del inmueble le está siempre obligado al pago.

3.<sup>a</sup> Cuando no alcancen los bienes para pagar las deudas y legados, el albacea debe dar cuenta de su administración á los acreedores y legatarios (art. 4,014, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Según la teoría admitida por todos los juristas y condensada en el principio que dice: *Hæres administrat hereditantem tanquam suam, sed in utilitatem quoque creditorum*, el heredero está obligado á dar á los acreedores cuenta de su administración, porque si bien es cierto que los

1 Art. 1,869, Cód. de Proced. de 1884.

bienes hereditarios son de su propiedad, también lo es que son la garantía de los acreedores y legatarios.<sup>1</sup>

Además, aceptando la herencia con el beneficio de inventario, ha manifestado de una manera inequívoca que no quiere estar ligado á los acreedores con obligación alguna, y por tal manifestación se convierte en el administrador de los bienes que constituyen tal garantía; y por lo mismo, les debe dar cuenta de su administración.

Sin embargo, el deber de producir tal cuenta está limitado por el Código Civil sólo al caso en que los bienes sean insuficientes para pagar las deudas y legados; porque si son pagados unas y otras, se extingue el interés de los acreedores y legatarios y no hay ninguna razón legal ó de justicia que obligue al heredero albacea á producirles las cuentas de su administración.

La obligación indicada se explica además por la necesidad que existe en el caso de que los acreedores sepan á qué atenerse y resuelvan la manera de pago de sus respectivos créditos; porque hallándose la sucesión en estado de falencia, viene la formación de un concurso, con sus moratorias y gastos, que pueden evitar si tienen un acuerdo entre sí ó con los herederos.

Si los acreedores se presentan después de pagados los legatarios, sólo tendrán acción contra éstos, cuando en la herencia no hubiere bienes bastantes para cubrir sus créditos (art. 4,007, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es, porque no teniendo los herederos noticia de la existencia de tales créditos, han cumplido con el deber que la ley les impone de pagar á los acreedores en el orden

1 Chabot, tomo II, art. 803, núms. 1 y 2; Duranton, tomo VII, núm. 36; Aubry y Rau, tomo VI, § 618; Laurent, tomo X, núm. 174; Huc, tomo V, núm. 231; Baudry Lacantinerie y Wahl, tomo II, núm. 1,851 y sig., etc., etc.

2 Art. 3,785, Cód. Civ. de 1884.

en que se presenten, y por lo mismo, no han incurrido en responsabilidad alguna; y en cuanto á los acreedores que se han presentado antes y han sido pagados, nada les pueden reclamar; porque han recibido lo que se les debía.

En consecuencia, sólo tienen acción contra los legatarios, que conforme á las prescripciones expresas y terminantes de la ley no deben recibir sus legados sino cuando han sido pagadas todas las deudas, supuesto que la herencia consiste en realidad en lo que queda de los bienes hereditarios.

## II

## DE LAS COLACIONES.

Se entiende por colación, dice Viso, la agregación que los hijos y demás descendientes legítimos hacen al caudal paterno ó materno de los bienes que en vida les dieron sus padres, para que contándoselos en parte de su haber recibieran todos, si no hubiere mejoras, una porción igual de la herencia.<sup>1</sup>

El artículo 4,017 del Código Civil ordena, que las cantidades que los herederos forzosos hayan recibido antes de la muerte del testador por dote, donación ú otro título lucrativo, se consideren como existentes en la masa de la herencia para la designación de las legítimas y la cuenta de partición; y luego agrega: «esto es lo que se llama traer á colación.»<sup>2</sup>

De la definición dada por Viso y del precepto contenido en el artículo 4,017 del Código Civil, podemos deducir otra, á nuestro juicio más clara y concreta de la colación, diciendo que es la restitución que los herederos legítimos hacen á la masa de la herencia de los valores que les hubieren sido donados por el autor de ella, para determinar el importe de sus respectivas legítimas.

Establecido el sistema de la legítima forzosa, que obliga á los padres á dejar á sus descendientes y ascendientes igual porción de sus bienes, quedando en libertad para disponer

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 550.

<sup>2</sup> Todos los artículos relativos á la Colación fueron suprimidos en el Código Civil de 1884, por ser ésta contraria á la institución de la libre testamentación.

en que se presenten, y por lo mismo, no han incurrido en responsabilidad alguna; y en cuanto á los acreedores que se han presentado antes y han sido pagados, nada les pueden reclamar; porque han recibido lo que se les debía.

En consecuencia, sólo tienen acción contra los legatarios, que conforme á las prescripciones expresas y terminantes de la ley no deben recibir sus legados sino cuando han sido pagadas todas las deudas, supuesto que la herencia consiste en realidad en lo que queda de los bienes hereditarios.

## II

## DE LAS COLACIONES.

Se entiende por colación, dice Viso, la agregación que los hijos y demás descendientes legítimos hacen al caudal paterno ó materno de los bienes que en vida les dieron sus padres, para que contándoselos en parte de su haber reciban todos, si no hubiere mejoras, una porción igual de la herencia.<sup>1</sup>

El artículo 4,017 del Código Civil ordena, que las cantidades que los herederos forzosos hayan recibido antes de la muerte del testador por dote, donación ú otro título lucrativo, se consideren como existentes en la masa de la herencia para la designación de las legítimas y la cuenta de partición; y luego agrega: «esto es lo que se llama traer á colación.»<sup>2</sup>

De la definición dada por Viso y del precepto contenido en el artículo 4,017 del Código Civil, podemos deducir otra, á nuestro juicio más clara y concreta de la colación, diciendo que es la restitución que los herederos legítimos hacen á la masa de la herencia de los valores que les hubieren sido donados por el autor de ella, para determinar el importe de sus respectivas legítimas.

Establecido el sistema de la legítima forzosa, que obliga á los padres á dejar á sus descendientes y ascendientes igual porción de sus bienes, quedando en libertad para disponer

<sup>1</sup> Tomo II, pág. 550.

<sup>2</sup> Todos los artículos relativos á la Colación fueron suprimidos en el Código Civil de 1884, por ser ésta contraria á la institución de la libre testamentación.

libremente de una parte de éstos, surgió la necesidad de imputar á cada uno de los herederos los bienes que hubieren recibido en vida del testador para conservar la igualdad que la ley exige que haya entre ellos, y para que no se disminuya la parte de libre disposición que á él le corresponde.

Los comentaristas de nuestra antigua legislación infieren de los principios sancionados por ella, idénticos á los que establece el Código Civil, que para que haya lugar á la colación es necesaria la concurrencia de las circunstancias siguientes:

1.<sup>a</sup> Que el que la pide y aquel de quien se exige sean herederos legítimos del testador; porque la colación se ha introducido á efecto de conservar la igualdad que la ley establece entre los herederos llamados forzosos, pero no en favor de los testamentarios á quienes no les otorga ningún derecho y son llamados á la herencia sólo por la voluntad del testador, que puede asignarles porciones desiguales si así le place:

2.<sup>a</sup> Que sucedan á éste como herederos, y no como legatarios; por la misma consideración:

3.<sup>a</sup> Que los bienes cuya colación se exige procedan de la persona á quien se hereda:

4.<sup>a</sup> Que esos mismos bienes se hayan recibido por el heredero en vida del autor de la herencia, y no después por vía de legado; porque si los recibe así, quedan subordinados á las reglas que rigen respecto de los legados, que deben deducirse de la parte de libre disposición que la ley otorga al testador:

5.<sup>a</sup> Que el heredero á quien se exige la colación acepte la herencia, pues si la renuncia no está obligado á ella, aunque sí lo está á restituir el exceso, si lo recibido por él fuere mayor que lo que le correspondería por su legítima.

Esta circunstancia está expresamente consignada en el

artículo 4.018 del Código Civil que declara, que la colación no tendrá lugar entre los herederos legítimos, si el donante así lo hubiere declarado, ó si el donatario repudiare la herencia; salvo el caso en que la donación deba reducirse por inoficiosa.

La razón en que se funda este precepto es perfectamente perceptible á primera vista, pues si el heredero llamado á la sucesión no acepta la herencia, no hay el peligro de que se rompa la igualdad que quiere la ley que exista entre los herederos legítimos, la cual se conserva en todo caso, porque las donaciones que hubiere recibido del testador son reducibles cuando son inoficiosas, esto es, cuando exceden de la porción de que puede disponer libremente éste.

Cuando los nietos suceden á los abuelos, en representación de sus padres, deben traer á colación lo que éstos hubieren recibido, aun cuando ellos no los hayan heredado; y la razón es, porque concurren á la herencia ejercitando los mismos derechos, y reportando, por tanto, las mismas obligaciones que reportaría su padre si viviera; y como éste estaría obligado á traer á colación los bienes que hubiera recibido en vida del testador, es consiguiente que su hijo tenga la misma obligación.

Además, sería injusto que los hermanos del heredero difunto estuvieran obligados á colacionar las donaciones que les hubiere hecho el autor de la herencia, á favor de los hijos de aquél, y que éstos no tuvieran la misma obligación respecto de ellos. Justo es que la dilapidación, el derroche del padre perjudique á sus hijos, pero no que dañe á sus hermanos y sobrinos.

El padre no está obligado á traer á colación en la herencia de sus ascendientes lo donado á su hijo por aquéllos; ni el marido ó la mujer lo donado á su consorte por el suegro ó suegra, aun cuando el donante disponga expresamente lo

contrario, salva la limitación que el artículo 2,233 del Código Civil establece respecto de las donaciones antenupticiales (art. 4,020, Cód. Civ.).

La razón es, porque el padre que hereda en nombre propio, no puede ser responsable ni sufrir perjuicio en su legítima por lo donado á otro, aunque sea su propio hijo. Además, la colación tiene por objeto establecer la igualdad entre los coherederos, y por lo mismo, no debe colacionarse lo donado á quienes no tienen tal calidad.

Por la misma razón, ni el marido ni la mujer están obligados á traer á colación lo donado á su consorte por el suegro ó suegra, aun cuando el donante disponga lo contrario. El donatario no es heredero, y supuesto que la colación tiene por objeto conservar entre los herederos la igualdad que establece la ley en las legítimas que les asigna, igualdad que no se destruye por la donación, porque aquél no tiene derecho alguno á los bienes hereditarios; es fuera de toda duda que no existe el motivo por el cual exige la ley la colación.

Al hacer el artículo 4,020 del Código Civil la declaración de que no son colacionables los bienes donados al marido ó á la mujer por el suegro ó suegra, añade: «salva la limitación del artículo 2,233.» Estimamos esta salvedad fuera de propósito y de ningún efecto jurídico, porque nunca puede producir el de que se colacione el exceso de la donación á que este precepto se refiere.

En efecto: el artículo 2,233 declara que las donaciones antenupticiales, *entre los esposos*, aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la quinta parte de los bienes del donante, y que en el exceso la donación será inoficiosa. Si pues, las donaciones antenupticiales solamente tienen lugar entre los esposos, ¿cómo es que los suegros de cuyos bienes no han salido aquellos en que consisten tales donacio-

nes, pueden tener derecho á que éstas se acumulen al caudal que dejan á sus herederos forzosos?

El absurdo á que conduce la aplicación literal de los artículos 4,020 y 2,233, nos demuestra, que el primero no quiso decir que son colacionables al caudal de los suegros las donaciones antenupticiales hechas á la nuera ó al yerno, sino que las que ellos hicieren á éstos no pueden exceder de la quinta parte de sus bienes. Y entonces resulta enteramente inútil y extemporánea tal declaración; porque las donaciones hechas por los suegros, que no pueden tener el carácter de antenupticiales, sino el de simples, se rigen por el artículo 2,733 del Código Civil que declara, que son inoficiosas todas las que excedieren de la parte que la ley declara de libre disposición; y porque tratándose de la colación es inoportuno insertar los preceptos relativos al límite de las donaciones.

Tampoco son colacionables los gastos hechos por el padre en la curación de un hijo, aunque sean de grande importancia y extraordinarios, ni los de alimentos y educación primaria y secundaria que aquél reciba en la casa de su padre; porque, prescindiendo de que tales gastos se presumen erogados ó satisfechos con los productos del capital, y no con éste mismo, sería injusto obligar al heredero á traer á colación todo aquello que sin duda alguna le ha producido algún provecho ó beneficio, pero que no lo ha capitalizado, y por lo mismo no ha entrado en su patrimonio (arts. 4,021 y 4,022, Cód. Civ.).

Además, según el artículo 218 del Código, los padres están obligados á dar alimentos á sus hijos; y los artículos 222 y 223 declaran que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, y que respecto de los menores, los alimentos comprenden además los gastos necesarios para la educación primaria

del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte ó profesión honestos y adecuados á su sexo y circunstancias personales: de donde se infiere, que los hijos tienen derecho, ó más bien dicho, son acreedores de las cantidades que importan sus alimentos con todas las prestaciones indicadas, y por lo mismo, que las cantidades erogadas en ellas no son colacionables, como no lo son las pagadas á los demás acreedores.

Sin embargo, son colacionables los gastos que el padre haga en dar á sus hijos una carrera profesional ó artística, ó para el pago de sus deudas; pero rebajando de ellos los que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres, como lo ordena el artículo 4,023 del Código Civil.

Son colacionables tales gastos, porque son extraordinarios y muchas veces se hacen para mejorar la vida y la posición de un solo hijo con perjuicio del resto de la familia, que ningún bien obtiene del beneficio de aquél, lo cual es injusto; y se deduce del importe de tales gastos lo que el hijo hubiere podido consumir viviendo en la casa y compañía de sus padres, porque éstos tienen la obligación de ministrarle alimentos, bajo cuya denominación se comprenden, como hemos dicho repetidas veces, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en caso de enfermedad, y los gastos necesarios para su educación primaria y para proporcionarle algún oficio, arte ó profesión adecuados á su sexo y circunstancias personales.

El artículo 4,024 del Código declara, que el padre puede dispensar la colación de los gastos que haya hecho para dar á su hijo una carrera profesional ó artística, ó para el pago de sus deudas, á no ser que aun hecha la deducción de lo que éste habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres, excedan los gastos de la legítima.

Como se ve, esta facultad de dispensa está comprendida dentro de ciertos límites de los cuales no puede pasar el testador, límites que son la consecuencia natural del sistema de la legítima forzosa adoptado por el Código Civil, pues si, según éste, el padre sólo puede disponer libremente de parte de sus bienes cuando tiene descendientes legítimos, es fuera de toda duda que la dispensa á que se refiere el precepto indicado sólo puede tener lugar, cuando los gastos erogados, deducidos el importe de los que la ley designa con el nombre de alimentos, no excede de la legítima.

Los términos del artículo 4,024 son, á nuestro juicio, oscuros, y pueden dar lugar á serias discusiones. El estudio de ese precepto y de sus orígenes nos ha producido la profunda convicción de que no quiere decir otra cosa, sino que el padre tiene facultad de dispensar la colación de los gastos á que se refiere, siempre que el ejercicio de tal facultad, aun deducidos los gastos que determina, no redunde en perjuicio de la legítima de los demás herederos.

Entendido así el precepto mencionado resulta, que el padre puede dispensar de la colación de los gastos á que se refiere, siempre que su importe no exceda del de la parte de libre disposición que le otorga la ley, y que excediendo, aun deducido lo que el hijo habría gastado viviendo en la casa y compañía de sus padres, habrá lugar á la colación del excedente.

De manera que para llevar á la práctica el precepto del artículo 4,024 del Código, y no colacionar los gastos á que se refiere, hay necesidad de examinar si su importe cabe dentro de la parte de libre disposición que la ley otorga al testador; y si excede, deducido el importe de los alimentos, entonces hay lugar á traer á colación el exceso.

Creemos encontrar en el precepto que motiva estas ob-

servaciones, algo que no se compadece con los principios que rigen sobre las donaciones, según los cuales, cuando éstas exceden del importe de la parte de libre disposición, son inoficiosas en cuanto al exceso, es decir, están sujetas á reducción; pero la verdad es que, ya se trate de ésta, ya de la colación, el efecto es siempre el mismo, y por tanto, que ésta no es más que cuestión de palabras.

La colación debe hacerse, no incorporando precisamente á los bienes que forman la herencia las mismas cosas donadas, sino el valor que tenían al tiempo de la donación, aunque no se hubiere hecho entonces su justiprecio; y por tanto, el aumento ó deterioro que hayan sufrido, y aun la pérdida total, casual ó culpable, será á cargo del donatario (arts. 4,025 y 4,026, Cód. Civ.).

Esta regla se funda en dos consideraciones de igual fuerza. La colación tiene por objeto conservar la igualdad de las legítimas entre los herederos, la cual se obtiene incorporando á la masa hereditaria el valor de las cosas donadas, que no puede ser otro que el que tenían al tiempo de salir del patrimonio del testador, pues los aumentos que después hubieren alcanzado se deben ó á los cuidados del donatario ó á otras causas independientes de la voluntad del testador; y la donación fué una verdadera enajenación que trasmirió el dominio al donatario, para quien deben ser todos los aumentos y deterioros que haya tenido la cosa donada, sean cuales fueren las causas que los hayan producido, supuesto el principio elemental de derecho, según el cual, las cosas fructifican y perecen para sus dueños.

He aquí por qué motivo sólo es colacionable el valor de las cosas donadas, dándoles el que tenían al tiempo de la donación, aunque hayan sufrido aumentos ó deterioros, y aunque se hayan perdido totalmente.

Siguiendo el Código Civil el sistema establecido por la

ley 29 de Toro, que corresponde á la 5, tít. 3, lib. X de la Novísima Recopilación, declara en el artículo 4,027 que, respecto de las cosas dadas en dote que tiene la mujer la obligación de traer á colación, puede elegir para que se estime si excede ó no de su legítima el tiempo en que se constituyó la dote ó el de la apertura de la sucesión.

Este precepto deja en pie el privilegio que la mencionada ley otorgaba á la mujer, respecto de su dote, en compensación, como dice Gutiérrez Fernández, de los muchos favores que por otras causas recibían los varones, ó como afirma Goyena, comentando el artículo 1,252 del Proyecto de Código Español, de donde está tomado el que motiva estas observaciones, como un favor especial á las donaciones matrimoniales.<sup>1</sup>

En consecuencia, para estimar si la dote excede ó no de la legítima, se puede computar, al arbitrio de la mujer, estimando los bienes de su padre en la fecha en que se constituyó aquélla, como si entonces se hubiera hecho la división de sus bienes entre sus hijos, ó en la fecha de su muerte, cuando se abre la sucesión.

Si el valor de los bienes donados excediere de la porción legítima del donatario, y el testador ó la ley no hicieren aplicación de la parte disponible, y la donación se hubiere hecho por vía de dote, la mujer, dice el artículo 4,031, del Código Civil, no tendrá más opción para conservarla íntegra, que la que le concede el artículo 4,027, es decir, la facultad de elegir para la computación el tiempo en que se constituyó la dote ó el de la apertura de la sucesión.

Este principio viene á complementar el sistema que acerca de la colación de los bienes dotales establece el artículo 4,027; porque determina qué debe hacerse cuando tales

<sup>1</sup> Tomo I, pág. 519.

bienes exceden del importe de la legítima, y ni el testador ni la ley determinan qué aplicación debe tener la parte de libre disposición.

La mujer sólo puede conservar la dote, si cabe dentro de la legítima, ya en la fecha en que aquélla se constituyó, ya en la de la apertura de la sucesión.

Es también complemento del mencionado sistema el artículo 4,032 del Código, que declara que si la donación no fuere por dote, se debe considerar como mejora en la parte de libre disposición del testador; y lo que exceda de ésta y de la legítima se debe devolver á la masa de la herencia.

Del enlace de los artículos 4,031 y 4,032 del Código, se infiere:

1º Que si la dote excede del importe de la legítima y el testador no manda que el exceso se cargue á la parte de libre disposición que le otorga la ley, se incorpora á la masa de la herencia:

2º Que en cualquiera otra donación que no importe la constitución de la dote, se imputa á la parte de libre disposición del testador como mejora, y sólo que exceda del importe de ella, se devuelve, ó mejor dicho, el exceso forma parte del caudal hereditario.

Si hemos de decir la verdad, no alcanzamos á comprender las ventajas del sistema adoptado por el Código Civil sobre la colación, sin duda alguna porque no percibimos el motivo por el cual no deben imputarse el exceso de la dote sobre la legítima en la parte de libre disposición del testador, si éste no lo ordena expresamente, á diferencia de las demás donaciones que sí gozan de ese favor.

Suponemos que se ha negado éste á la dote, porque se ha estimado por el legislador que ya ha concedido un privilegio demasiado oneroso, permitiendo que la mujer elija la fecha para la computación de aquélla, y por lo mismo,

que no es justo que se estime el exceso, si lo hubiere, como mejora en la parte de libre disposición, si no lo ordena así el testador.

Pero esta consideración debería ceder á la no menos importante de que en muchos casos la dote excederá de la legítima; cualquiera que sea el tiempo que se elija para computarla, el de su constitución ó el de la muerte del testador.

Si hubiere diversos donatarios, y la parte de libre disposición no alcanzare para pagar á todos, se debe prorratear entre ellos; pero si el autor de la herencia hubiere aplicado esa parte á otro, heredero distinto del donatario, se debe tener por no hecha, según lo declaran los artículos 4,033 y 4,034 del Código Civil.

Explicando la Exposición de motivos este último precepto dice: "Cuando el padre ha hecho una donación y después por testamento aplica la parte libre á un heredero distinto del donatario, es justo que la nueva aplicación quede sin efecto. La razón es esta: aunque las donaciones deben traer-se á colación y reducción, y aun suprimirse del todo cuando son inoficiosas, la pérdida del donatario no puede depender más que de la comparación que se haga entre la donación y la legítima, no entre aquella y la parte libre. Por consiguiente, si la legítima no se ataca, la parte de libre disposición debe responder de sus respectivas cargas; y como la segunda aplicación viene á lastimar un derecho adquirido, es justo que si éste no queda cubierto, aquélla no subsista."

El artículo 4,033 está concebido en términos improprios, porque dice, que si hubiere diversos donatarios, se prorratee entre ellos la parte de libre disposición, siendo así que en realidad se refiere á los legatarios, pues no de otro modo se designan á los individuos á quienes se les hace una donación por testamento, supuesto que, según el sistema del

Código Civil, ya no hay donaciones *causa mortis*, y las que antes se designaban con este nombre, se rigen por las disposiciones relativas á los legados (art. 2,720, Cód. Civ.)<sup>1</sup>

En apoyo de esta tesis viene la consideración de que las donaciones entre vivos están sujetas á reducción cuando importan perjuicio para la legítima, en la forma y en el orden que señalan los artículos 2,772 y siguientes del Código Civil, y el artículo 2,774, sólo autoriza que se haga aquélla á prorrata cuando se hacen varias donaciones en el mismo acto ó en la misma fecha.

Además del defecto indicado, adolece el artículo 4,033 de otro indisculpable, y que consiste en que se halla fuera de su lugar; pues si se estima que establece una regla para el pago de donaciones *causa mortis*, ha debido incluirse en el capítulo relativo á los legados; y si se considera que fija una regla para la reducción de las donaciones entre vivos, es inútil porque importa la repetición de la contenida en el artículo 2,774, y en todo caso, ha debido estar contenida entre los preceptos relativos á aquéllas.

El artículo 4,036 del Código declara, que cuando el valor de los inmuebles donados excediere del haber del donatario, y éste los hubiere enajenado, los coherederos sólo podrán repetir contra el tercer poseedor por el exceso y previa excusión de los bienes del donatario.

Comentando García Goyena el artículo 891 del Proyecto de Código Español, copiado literalmente por el 4,036 de nuestro Código, se expresa en los términos siguientes: "El donatario era dueño y de buena fe; es por tanto preciso consultar á la estabilidad de la enajenación, y conciliarla en lo que sea posible con el sagrado derecho de la legítima que no pudo ser menoscabado por el donador: sólo, pues, podrán repetir los coherederos contra el tercero poseedor en

<sup>1</sup> Art. 2,602, Cód. Civ. de 1884.

cuanto la donación fuere inoficiosa y previa excusión en los bienes del donatario."

Por lo demás, el artículo citado adolece del mismo defecto que los que le preceden, y no se halla en armonía con los artículos 2,781 y 2,782 que refiriéndose á la revocación y reducción de las donaciones sanciona los siguientes principios:

I. Si los inmuebles no se hallan al tiempo de la revocación ó reducción en poder del donatario, éste es responsable del valor que tenían al tiempo de la donación:

II. Cuando el donatario se hallare insolvente, podrán los herederos reivindicar los bienes donados, si el tercer poseedor se negare á pagar el precio que dió por ellos.

Según estos principios, el donatario tiene la obligación de restituir los bienes donados si se hallan en su poder, y en caso contrario, debe pagar el valor que tenían al tiempo de la donación; y el tercer poseedor la obligación de pagar por segunda vez el precio que dió por los bienes donados, ó de restituirlos perdiendo ese precio.<sup>1</sup>

El artículo 4,036 es por tanto un complemento de los artículos 2,781 y 2,782, porque prevé y resuelve un caso no previsto ni resuelto por ellos, pero resulta que tal precepto se halla colocado fuera de su lugar, porque refiriéndose á las donaciones entre vivos, ha debido insertarse en el capítulo 3º, título XV, libro tercero del Código Civil.

Quando la donación es hecha por ambos cónyuges, sólo se debe traer á colación al inventario de cada uno de ellos, la parte con la que cada cual contribuyó á la donación; porque sólo esa parte disminuye la legítima de los herederos del donador (art. 4,035, Cód. Civ.).

Los comentaristas de nuestra antigua legislación distin-

<sup>1</sup> Véase lo expuesto acerca de dichos preceptos, tom. IV, págs. 169 y 170.

guían los tres modos siguientes de verificarse la colación, que exponemos, porque estamos persuadidos de que no se oponen á las reglas sancionadas por el Código Civil.

1.<sup>a</sup> La manifestación, que se verifica trayendo y manifestando el donatario la misma cosa que recibió, si existe y puede colacionarla:

2.<sup>a</sup> La liberación, cuando hubo promesa no cumplida por lo cual hay que satisfacerla al hacer la partición:

3.<sup>a</sup> La imputación, que consiste en cargar al donatario la cosa ó bienes que recibió para que se deduzca de ella su importe.

Este es el modo más usual y común en la práctica.

El primero de los modos indicados está sancionado por el Código Civil, que establece las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Los coherederos del donatario serán pagados en bienes de la misma especie y naturaleza que los traídos á colación si fuere posible (art. 4,028, Cód. Civ.):

2.<sup>a</sup> Los coherederos que no pueden ser pagados en especie, tienen derecho de ser igualados en dinero, si los bienes traídos á colación fueren raíces; en cuyo caso se venderán los que al efecto fueren necesarios (art. 4,029, Cód. Civ.):

3.<sup>a</sup> Si los bienes fueren muebles, sólo tendrán los coherederos derecho de ser enterados con otros muebles de la herencia, según su valor (art. 4,030, Cód. Civ.).

Se da por razón de la diferencia que establecen las reglas precedentes entre los bienes inmuebles y los muebles, que se estima que los primeros no han sido donados sino para gozar de ellos, con la obligación de restituirlos á la herencia; y los muebles se consideran donados en plena propiedad, con la obligación de restituir su valor.

El Código Portugués establece en los artículos 2,109 y 2,110 las mismas reglas, pues de ellos fueron literalmente copiados, y su comentarista Díaz Ferreira hace de ellas una

crítica severa, asegurando que el sistema que ellas sancionan es peor que el que regía antes de la vigencia de aquel ordenamiento; porque subordina la partición á la naturaleza de los bienes relacionados.

«Para pagar en bienes de la misma especie y naturaleza que los traídos á colación, dice, es preciso distinguir los predios rústicos, por ejemplo, viñas, olivares, tierras de sembradura, etc. Ahora bien, supongamos que fué traída á colación una casa, y que no hay en la herencia bienes de la misma especie para igualar á los coherederos, ¿se han de vender los predios rústicos, para comprar otras casas á dinero? Supongamos que se colacionó una casa, y que en la herencia sólo existe otra casa pero sin posibilidad de cómoda división, ¿se debe dividir de una manera inconveniente para que todos los coherederos sean pagados con bienes de la misma naturaleza?»

«Es lo que se deduce lógicamente de los artículos respectivos del Código. Pero este sistema pueda dar el resultado de que los herederos vean enajenar las mejores propiedades de la herencia cuya posesión preferirían al dinero.»

Prescindiendo de esta crítica severa, sólo podemos afirmar que nunca hemos visto aplicar en la práctica las tres reglas que son objeto de ella, en la que siempre se ha ocurrido al sistema de la imputación, cargando al donatario el valor de los bienes donados por cuenta de su legítima, con obligación de pagar á sus coherederos en dinero el exceso, si lo hubiere.

4.<sup>a</sup> Los bienes, por el solo hecho de traerse á colación, no causan réditos, ni producen frutos para la herencia, mientras no se hace la partición; porque entre tanto se ignora si excede ó no de la legítima del donatario (art. 4,037, Cód. Civ.).

5.<sup>a</sup> Si computado el valor de los bienes, resulta que hay

alguna parte que por exceder de cuanto podía aplicarse al donatario, debe ser devuelta por él, los intereses legales de esta parte ó los frutos se deben á la masa hereditaria desde el día en que se abre la sucesión (art. 4,038, Cód. Civ.).

El donatario hasta el momento en que tiene necesidad de colacionar los bienes donados, percibe de buena fe los frutos de ellos, y por consiguiente, los hace suyos; y si se le obligara á restituirlos, se le causaría la ruina, lejos de recibir un beneficio por la donación.

Además, los frutos ó intereses no pueden deberse á la herencia, sino desde el momento en que ella existe, y no comienza su existencia sino desde el instante en que se abre la sucesión testamentaria ó legítima, por la muerte del autor de la herencia.

El artículo 4,039 del Código Civil establece una regla de interés público, declarando que, aunque los herederos no estén conformes en lo que alguno de ellos deba de traer á colación, no se debe suspender la partición de la herencia, asegurándose previamente el derecho reclamado por aquéllos.

Hemos dicho que la mencionada regla es de interés público, y no sin razón, porque la comunión de los bienes es el origen constante de discordias entre los copropietarios, y la sociedad tiene interés en que no existan. Además la repartición de lo cierto y líquido no debe suspenderse por lo de lo incierto ó ilíquido.

## LECCIÓN UNDÉCIMA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I.

#### DE LA PARTICIÓN.

Cuando muchos herederos son llamados á la vez á la sucesión, son copropietarios *pro-indiviso* de todos los bienes que la forman, esto es, cada uno de los herederos tiene el derecho de propiedad sobre cada uno de esos bienes, pero por una parte que no está materialmente determinada.

La situación en que se encuentran los herederos es lo que constituye la comunidad ó indivisión, que es preciso no confundir con la sociedad de la cual se diferencia esencialmente.

En efecto: la comunidad se forma por hechos extraños á la voluntad de los comuneros, en tanto que la sociedad se constituye por la voluntad expresa de los socios, que ponen sus bienes en común con el fin de obtener utilidades y repartirlas entre sí, proporcionalmente al importe de los bienes aportados por cada uno de ellos.

La comunidad produce la necesidad de dividir entre los herederos ó copropietarios los bienes que forman á aqué-

alguna parte que por exceder de cuanto podía aplicarse al donatario, debe ser devuelta por él, los intereses legales de esta parte ó los frutos se deben á la masa hereditaria desde el día en que se abre la sucesión (art. 4,038, Cód. Civ.).

El donatario hasta el momento en que tiene necesidad de colacionar los bienes donados, percibe de buena fe los frutos de ellos, y por consiguiente, los hace suyos; y si se le obligara á restituirlos, se le causaría la ruina, lejos de recibir un beneficio por la donación.

Además, los frutos ó intereses no pueden deberse á la herencia, sino desde el momento en que ella existe, y no comienza su existencia sino desde el instante en que se abre la sucesión testamentaria ó legítima, por la muerte del autor de la herencia.

El artículo 4,039 del Código Civil establece una regla de interés público, declarando que, aunque los herederos no estén conformes en lo que alguno de ellos deba de traer á colación, no se debe suspender la partición de la herencia, asegurándose previamente el derecho reclamado por aquéllos.

Hemos dicho que la mencionada regla es de interés público, y no sin razón, porque la comunión de los bienes es el origen constante de discordias entre los copropietarios, y la sociedad tiene interés en que no existan. Además la repartición de lo cierto y líquido no debe suspenderse por lo de lo incierto ó ilíquido.

## LECCIÓN UNDÉCIMA.

### DISPOSICIONES COMUNES A LA SUCESION TESTAMENTARIA Y A LA LEGITIMA.

#### I.

#### DE LA PARTICIÓN.

Cuando muchos herederos son llamados á la vez á la sucesión, son copropietarios *pro-indiviso* de todos los bienes que la forman, esto es, cada uno de los herederos tiene el derecho de propiedad sobre cada uno de esos bienes, pero por una parte que no está materialmente determinada.

La situación en que se encuentran los herederos es lo que constituye la comunidad ó indivisión, que es preciso no confundir con la sociedad de la cual se diferencia esencialmente.

En efecto: la comunidad se forma por hechos extraños á la voluntad de los comuneros, en tanto que la sociedad se constituye por la voluntad expresa de los socios, que ponen sus bienes en común con el fin de obtener utilidades y repartirlas entre sí, proporcionalmente al importe de los bienes aportados por cada uno de ellos.

La comunidad produce la necesidad de dividir entre los herederos ó copropietarios los bienes que forman á aqué-

lla; y al acto de dividirlos es á lo que en el tecnicismo propio de la ciencia del derecho se le llama *partición*.

Así, pues, podemos definir á ésta diciendo que es la operación por la cual se determina la porción hereditaria que corresponde á cada uno de los herederos.

Una definición idéntica da la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 15, Partida VI, diciendo que la partición ó división de la herencia es el «departimiento que hacen los homes entre si de las cosas que han cumunalmente por ella.»

La experiencia ha demostrado cuanto tiene de perjudicial y antieconómica la indivisión, ya por las constantes disputas que suscita entre los copropietarios, motivo por el cual se decía desde los remotos tiempos de la legislación Romana, «*communio mater discordiarum*;» ya porque subtrae en cierta manera los bienes comunes de la circulación del comercio.

Tal es el motivo por el cual declara el art. 4,040 del Código Civil, que aprobados los inventarios y la cuenta de administración, el albacea debe hacer inmediatamente la partición de la herencia; y el art. 4,041, que á ningún coheredero puede obligarse á permanecer en la indivisión de los bienes, ni aun por prevención expresa del testador.<sup>1</sup>

La Exposición de motivos expresa el fundamento del segundo de los preceptos citados, en los términos siguientes: «En ningún caso ni aun por prevención expresa del testador, se puede obligar á un heredero á que consienta en que los bienes permanezcan indivisos. Además de los gravísimos y palpables perjuicios que ocasiona la indivisión, hay en su contra una razón incontestable. El heredero adquiere la propiedad desde la muerte del testador; por consiguiente, la orden de éste y cualquiera otra disposición re-

<sup>1</sup> Art. 3,788, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la sustitución de las palabras, «en seguida,» en lugar de «inmediatamente.»

lativa deben ser consideradas como un ataque á la libertad individual y aun á la propiedad misma, puesto que la indivisión forzosa en realidad lastima cuando menos el ejercicio de ese derecho.»

En otros términos, la división de los bienes es de interés público, y por lo mismo, no puede diferirse ó suspenderse, ni aun por la voluntad del testador, de cuyo arbitrio no puede depender ese interés.

Sin embargo, se puede suspender una partición en virtud de convenio expreso de los interesados, por un término que no pase de cinco años; porque el interés de los herederos puede exigir que la división se difiera, á fin de evitar perjuicios notorios que les resultaría si la llevaran á término inmediatamente (art. 4,042, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los términos del artículo 4,042 del Código Civil que establece esta excepción, nos autorizan para sostener, que vencido el plazo de cinco años por el cual se puede suspender la partición, no es prorrogable. De otra manera se burlaría la prohibición de la ley que impide la indivisión de los bienes, y se prolongaría indefinidamente, para lo cual bastaría que al vencimiento de los primeros cinco años, se renovara por otros cinco, y así sucesivamente.

El mismo efecto, esto es, la indivisión prolongada por un tiempo mayor de cinco años, se puede obtener sin incurrir en la violación de la ley, mediante la celebración de un contrato de sociedad, porque en virtud de la ficción de aquella, las sociedades constituyen personas morales distintas de cada uno de los socios considerados personalmente, las cuales son propietarios de los bienes aportados por éstos.

<sup>1</sup> Art. 3,790, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Sólo puede suspenderse una partición en el caso del art. 3,651, ó en virtud de convenio expreso de los interesados. Habiendo menores entre ellos, deberá oirse al tutor y al Ministerio público, y el auto en que se apruebe el convenio, determinará el tiempo que debe durar la indivisión.»

Se ha suscitado la controversia entre los comentaristas del Código Francés, que sanciona la misma excepción en su art. 815, sobre el efecto jurídico del convenio celebrado por los interesados en virtud del cual se obligaran á permanecer en la indivisión por más de cinco años; y la mayoría sostiene que tal convenio es nulo solamente en cuanto al exceso de ese tiempo, y que debe reducirse, ó mejor dicho, que debe valer por los cinco años permitidos por la ley; porque los herederos que consienten en permanecer en la indivisión durante diez años, con mayor razón otorgan su consentimiento por cinco.<sup>1</sup>

La división de la herencia se obtiene por medio de la acción conocida en el derecho Romano con el nombre de «*familia erciscunda*,» cuyos elementos constitutivos son los siguientes:

I. La calidad de coheredero del demandante, la cual debe probar acompañando el documento respectivo, esto es, el testamento en que fué instituído, ó testimonio de la declaración judicial reconociéndolo como heredero, en el caso de sucesión intestada:

II. Que el demandado ó los demandados, tengan también la calidad de herederos.

El objeto de esta acción, como ya lo hemos indicado, es obtener la disolución de la comunidad, que se repartan entre los coherederos los bienes hereditarios y que se arreglen los derechos y obligaciones que han surgido entre aquéllos con motivo de los mismos bienes; y tiene el carácter de doble, es decir, que cada uno de los herederos puede ejercitarla, de manera que puede ser actor ó demandado.

<sup>1</sup> Laurent, tomo X, núm. 239; Toullier, tomo IV, núm. 406; Demolombe, tomo XV, núm. 501; Hac, tomo V, núm. 283; Duranton, tomo VII, núm. 81; Baudry Lacantinerie y Wahl, Des successions, tomo II, núm. 2,768; Fuzier Herman, art. 815, núm. 72; Le Sellyer, tomo II, núm. 1,071; Jelvincourt, tomo II, pág. 45; nota 1ª, Thiry, tomo II, núm. 159, etc., etc.

Invadiendo el Código Civil el terreno propio del Código de Procedimientos, determina en los artículos 4,043 y siguientes á qué personas corresponde el ejercicio de la acción mencionada; y según esos preceptos pueden ejercitarla:

1º Todo coheredero que tenga la libre disposición de sus bienes, puede pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia (art. 4,043, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2º Por los incapacitados y por los ausentes deben pedir la partición sus representantes (art. 4,044, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3º El marido sólo puede pedir la partición en nombre de su mujer con el consentimiento de ésta, y la mujer sólo con la autorización del marido; el defecto de uno y otra se debe suplir por el juez (art. 4,045, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

Esta restricción se ha impuesto, porque la partición de los bienes es atributiva y no declarativa de la propiedad, é importa enajenación, porque constituye una especie de permuta en virtud de la cual cede el heredero los derechos que tenía sobre cada una de las cosas que forman el caudal hereditario por cosas que forman su haber y que en lo sucesivo le pertenecen exclusivamente.

Desde luego se comprende que en esta operación pueden resultar perjudicados los intereses de la mujer casada, y por tal motivo, que esté sujeta respecto de la partición á las mismas restricciones á que la somete el artículo 207 del Código Civil, que le prohíbe contratar y obligarse sin la autorización del marido:<sup>4</sup>

4º El acreedor de un heredero ó legatario que ha trabado ejecución en el derecho que éstos tienen en la herencia,

<sup>1</sup> Art. 1,874, Cód. de Proc. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,875, Cód. de Proc. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 1,876, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 198, Cód. Civ. de 1884.

y que ha obtenido sentencia de remate, puede pedir la partición, siempre que el pago no pueda hacerse con otros bienes (art. 4,050, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La Exposición de motivos funda este precepto diciendo, que si el acreedor de un heredero ha embargado legítimamente el derecho de éste y no hay otros bienes con que hacer el pago, debe tener facultad de pedir la partición, á fin de que no quede sin efecto el fallo dictado conforme á derecho.

5º El cesionario del heredero ó legatario puede pedir la partición (art. 4,051, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón es, porque en virtud de la cesión, se ha subrogado el cesionario en todos los derechos y acciones del heredero, y obra como ejercitando uno de esos derechos, el de hacer que cese la indivisión y que se repartan los bienes entre los coherederos en las porciones que determina la ley, si son forzosos, ó el testador si son voluntarios:

6º El heredero ó los herederos de uno de los coherederos del difunto.

El art. 4,052 del Código Civil declara que, si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando dos ó más herederos, bastará que uno de éstos la pida; pero que todos ellos deberán proceder de consuno y bajo una misma representación.<sup>3</sup>

Este precepto se funda en la misma razón que el artículo 44 del Código de Procedimientos, que ordena, que siempre que dos ó más personas ejerciten una misma acción ú opongan la misma excepción, litiguen unidas y bajo una misma representación por la necesidad de evitar que los interesados formulen peticiones múltiples y contradictorias

1 Art. 1,879, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,880, Cód. de Proc. de 1884.

3 Art. 1,881, Cód. de Proc. de 1884.

que enerven el curso del juicio y hagan difícil, si no imposible, la terminación de éste.

Si alguno ó algunos de los herederos han sido instituídos bajo condición, no pueden pedir la partición, sino hasta que aquélla se cumpla; porque entretanto no tienen ningún derecho sobre los bienes hereditarios (art. 4,046, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Pero sus coherederos pueden pedir la partición, asegurando competentemente su derecho para el caso de que se verifique la condición; y hasta que se sepa si ésta ha faltado ó no puede verificarse ya, la partición se tiene como provisional, locual se entiende en cuanto á la parte en que consista el derecho pendiente, y en cuanto á las cauciones con que se haya asegurado. La partición tiene también el carácter de provisional cuando el albacea hace la partición en uso de sus facultades, si hay uno ó varios herederos condicionales (arts. 4,047 á 4,049, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

En otros términos, cuando hay uno ó varios instituídos bajo condición, pueden los demás herederos, cuyos derechos no están subordinados á esta modalidad, pedir la partición de la herencia, y el albacea hacerla sin la gestión de ellos, en uso de las facultades propias de su cargo; pero siempre que se garantice competentemente el derecho de los herederos condicionales, á fin de que si se verifica la condición no quede burlado. Y como de realizarse ésta habría que entregar á los herederos condicionales sus porciones respectivas, de aquí la necesidad de que respecto de ellos sea la partición provisional.

La Exposición de motivos explica los principios expuestos en los términos siguientes: «El artículo 4,047 contiene una disposición que dicta la necesidad. Como sería un verdadero mal que la partición se dilatara hasta el cumpli-

1 Art. 1,877, Cód. de Proc. de 1884.

2 Art. 1,878, Cód. de Proc. de 1884.

miento de la condición que se haya puesto á algún heredero, se dispone: que los coherederos puedan pedir la partición, asegurando la parte que deba corresponder al condicional, y que mientras la condición se cumple, la partición se considera como provisional, en los términos que fija el artículo 4,049.»

En cuanto á la división de los bienes del ausente, dice el artículo 4,053 del Código Civil, debe observarse lo dispuesto en el título 13 del libro I.<sup>1</sup>

Como á este respecto hemos hecho ya las explicaciones correspondientes en el tomo I de esta obra, remitimos á ellas á nuestros lectores.<sup>2</sup>

Pero la acción para pedir la partición no es perpetua, sino que, como todas las demás acciones que otorga la ley, debe ejercitarse dentro de un plazo determinado, pasado el cual se extingue; porque así lo exige el interés público que no puede permitir que el dominio de los bienes que forman el caudal hereditario permanezca indefinidamente incierto.

Tal es el motivo por el cual declaran los artículos 4,102 y 4,104 del Código Civil, que la acción para pedir la partición de la herencia prescribe á los veinte años contra el heredero que ha poseído el todo ó parte de ella en nombre propio; y que el término para la prescripción se cuenta desde el día en que falleció el autor de la herencia.<sup>3</sup>

Estos preceptos se fundan en la presunción de que los bienes poseídos por uno de los coherederos á título de propietario exclusivo de ellos y sin contradicción de los demás durante el tiempo requerido por la ley, se le ha entregado en virtud de una partición hecha en la forma que prescribe la ley.

1 Art. 1,882, Cód. de Proc. de 1884.

2 Págs. 452 y sig., y 466 y sig.

3 Arts. 3,799 y 3,801, Cód. Civ. de 1884.

Pero si todos los coherederos poseen en común la herencia ó alguno en nombre de todos, no tiene lugar la prescripción, porque entonces falta uno de los requisitos esenciales que para ésta exige la ley (art. 4,103, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En efecto: si para la prescripción de las cosas y derechos es necesaria la posesión, y si ésta es, según el artículo 919 del Código Civil, la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos ó por otro en nuestro nombre, lógica y necesariamente se infiere que no pueden adquirir por prescripción aquellos que no poseen en nombre propio, sino en el de otras personas.<sup>2</sup>

La partición puede hacerse *judicial* y *extrajudicialmente*.

Según el artículo 4,091 del Código Civil, sólo será judicial la partición en los casos siguientes:

I. Si fuere menor alguno de los interesados:

II. Si la mayoría de éstos lo exigiere.<sup>3</sup>

En el primer caso debe ser judicial la partición, porque así encuentra mayor garantía el menor, por la necesaria vigilancia é intervención del Ministerio público y del juez; y en el segundo, porque siendo libres los herederos para pactar todo aquello que estimen más conveniente á sus intereses, los convenios que celebren sobre el particular deben ser cumplidos y encontrar el amparo y protección de la ley y de la autoridad judicial.

En el primer caso, cuando hubiere varios menores representados por un solo tutor, como entonces hay notoriamente oposición entre los intereses de ellos, hay necesidad de nombrarle á cada uno un tutor especial para que intervenga en el examen y revisión de la cuenta de partición, como lo ordena el artículo 535 del Código Civil, á fin de que uno ó

1 Art. 3,800, Cód. Civ. de 1884.

2 Art. 822, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 3,997, Cód. Civ. de 1884.

varios no obtengan ventajas con perjuicio de los demás (art. 4,092, del Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los acreedores hereditarios legalmente reconocidos pueden oponerse á que se lleve á cabo la partición mientras no se pague su crédito, si ya estuviere vencido el plazo; y si no lo estuviere mientras no se les asegure debidamente el pago.

Esta facultad, sancionada por el artículo 4,099 del Código Civil no autoriza á los acreedores para que impidan que se haga la cuenta de partición, sino para que, hecha y aprobada judicialmente, no se consume por la entrega á cada uno de los herederos de los bienes que se les hubieren adjudicado en ella; y tiene por objeto evitar á los acreedores los perjuicios que necesariamente se les ocasionarían, si tuvieran que ejercitar sus derechos contra cada uno de los herederos por la parte correspondiente de sus créditos, es decir, tiene por objeto evitar que haya en caso de falta de pago tantos juicios como son los herederos.<sup>2</sup>

El artículo 4,100 del Código complementa al 4,099, declarando que la garantía de que habla este precepto, debe ser la misma que aseguraba el crédito; y que si éste no estaba garantizado, se dará la que designe el juez, si no hubiere convenio entre los interesados.<sup>3</sup>

Ciertamente que no son dignos de alabanza los autores del precepto á que aludimos, ni por la forma de éste ni por su fondo; y desde luego llama la atención que facultando á los acreedores el artículo 4,099 para oponerse á que se lleve á efecto la partición mientras no se les garantice el pago de sus créditos por vencer, diga luego el artículo 4,100 que esa garantía debe ser la misma que aseguraba el cré-

<sup>4</sup> Arts. 432, Cód. Civ. de 1884. El art. 4,092 del Código de 1870 fué suprimido.

<sup>1</sup> Art. 1,901, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,922, Cód. de Proced. de 1884.

dito. Si ya está garantizado el pago de ésta, ¿á qué fin permitir al acreedor que suspenda los efectos de la cuenta de partición, sobre todo cuando la decisión judicial no puede ser otra sino que estando ya garantizado el pago no hay lugar á que se suspendan los efectos de dicha cuenta?

La verdad es que ese precepto se sancionó sin meditación alguna, y sin preveer su inutilidad y el resultado ridículo á que conduce su aplicación respecto de los créditos garantizados desde antes.

Ese mismo precepto faculta al juez para que, si no llegaran los interesados á un acuerdo con los acreedores acerca de la especie de garantía que se les debe otorgar, él mismo la designe. A nuestro juicio es exorbitante esta facultad y se puede prestar á abusos perjudiciales, ya para los acreedores porque la garantía decretada por el juez sea insignificante, ya para los herederos porque sea exagerada y gravosa.

Pero el arbitrio del juez cesa, si el acreedor estuviere sujeto á tutela, pues entonces el crédito se debe garantizar forzosamente con hipoteca, previa autorización de aquel funcionario, según expresamente lo declara el artículo 4,101 del Código Civil.<sup>1</sup>

Fácil es comprender que este precepto no tiene otro objeto que establecer un privilegio en beneficio de los menores é incapacitados, á fin de hacerles seguro el reembolso de sus créditos, y que aun la autorización del juez para la constitución de la hipoteca está encaminada al mismo fin, para que con la necesaria intervención del Ministerio público y de aquel funcionario se evite que la garantía sea ineficaz, ya por la clase de bienes sobre los cuales se constituye la hipoteca, ya por la insuficiencia de ellos.

<sup>1</sup> Art. 1,923, Cód. de Proced. de 1884.

La cuenta de partición se puede hacer extrajudicialmente por el testador y por convenio de los interesados, y judicialmente por el albacea.

En efecto: el artículo 4,054 del Código declara, que el dueño de los bienes que tenga herederos forzosos puede hacer la partición de aquéllos por acto entre vivos, sujetándose á las reglas siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Que todos los herederos sean mayores de edad:
- 2.<sup>a</sup> Que de hecho reciba cada uno de ellos los bienes que le corresponden:
- 3.<sup>a</sup> Que la partición se reduzca á escritura pública.<sup>1</sup>

Los tres requisitos indicados son indispensables, porque todos ellos tienden á garantizar los intereses de los herederos, á fin de que no perciban una porción menor de la que por derecho les corresponda por legítima, y de que la partición no sea nominal, sino real y efectiva, consumada por la entrega de los bienes que constituye el haber de cada uno. El tercer requisito es necesario muy especialmente si la partición comprende bienes inmuebles, por la necesidad que hay de inscribir en el Registro Público el cambio ó traslación de la propiedad, y porque la escritura es el medio más eficaz para que los herederos acrediten que se les ha transmitido el dominio de los bienes que se les asignaron en la partición.

En el caso de que el dueño de los bienes haga la partición de ellos por acto entre vivos, puede reservarse la parte que conforme á la ley es de libre disposición; y respecto de ellos y de cualesquiera otros bienes que adquiriera después de la partición, no tienen derecho los herederos

<sup>1</sup> Art. 3,791, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«Si el autor de la herencia hiciere la partición de sus bienes en su testamento, á ella deberá estarse, salvo derecho de tercero. También puede hacerse la partición por acto entre vivos, sujetándose á lo que este Código dispone sobre donaciones entre vivos.

forzosos sino en el caso de intestado, según lo declara el art. 4,055 del Código Civil.<sup>1</sup>

La mejor explicación que podemos hacer de este precepto es la contenida en la Exposición de motivos en los siguientes conceptos: «Quedaba en este caso la duda de si el dueño de los bienes podía disponer á su arbitrio, tanto de la parte libre que se hubiera reservado, como de los demás bienes que pueda adquirir, ó si á su muerte, considerándose este caudal como divisible debería quedar sujeto á las reglas comunes de partición. Desde luego pareció más justa y conveniente la primera solución; porque aceptada la partición por los herederos, de hecho renuncian á los derechos que podrían corresponderles sobre la parte libre y sobre los bienes futuros. De otra suerte la partición no produciría bien alguno, y por el contrario, sería una nueva fuente de disgustos. Y así como el dueño no debe tener parte alguna en los aumentos de las legítimas de sus herederos, así éstos deben de quedar excluidos de los que tengan los bienes de aquél, que desde que se hizo la partición quedaron enteramente separados de la antigua masa hereditaria. Puede, pues, el dueño en este caso, disponer libremente de todos los bienes que conserve al hacerse la partición y de lo que adquiriera en lo sucesivo. Pero si muere intestado, es justo que reviva el derecho de los herederos forzosos, y así se declara expresamente.»

Según la explicación que antecede, por el hecho de consentir los herederos forzosos en la partición de los bienes por acto entre vivos, renuncian á la parte de libre disposición que se reserve el dueño de ellos así como de los bienes que adquiriera después; y por tanto éste es perfectamente libre para disponer de ellos por acto entre vivos ó por testamento.

<sup>1</sup> Suprimido por ser contrario á la libertad de testar.

Pero si muere sin otorgar éste, entonces los bienes yacentes se deben repartir entre los herederos forzosos en las porciones que les asigna la ley; porque á falta de la voluntad expresa del autor de la herencia, se presume, como dijimos al ocuparnos en el estudio de las reglas que rigen á la sucesión legítima, que si éste hubiera podido otorgar su testamento, habría dejado sus bienes á esos herederos, á quienes sin duda alguna les profesa mayor afecto.<sup>1</sup>

Si los herederos no son forzosos, la partición hecha en vida por el testador se debe regir por las reglas que el Código establece para las donaciones entre vivos; pues como dice la Exposición de motivos, aunque el acto lleve el nombre de partición, no es en realidad más que una donación (art. 4,056, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero si la partición se hiciera por última voluntad, dice el art. 4,057 del Código Civil, se cumplirá en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos.<sup>3</sup>

La inutilidad de este precepto se hace perfectamente perceptible, teniendo en cuenta el contenido en el art. 3,461 del Código Civil, que declara, que el testador no puede privar á sus herederos de la legítima, sino en los casos expresamente designados en la ley; y nunca puede justificarse por la razón que en su apoyo expone la Exposición de motivos: «porque en este caso no hay diferencia substancial entre ella (la partición hecha por el testador) y la que deba hacer el albacea, supuesto que nunca pueden atacarse los derechos de los acreedores y del fisco en su caso.»

La única explicación posible que tiene ese precepto es, que el legislador ha querido establecer una nueva sanción en beneficio de la igualdad que exige que haya entre los

<sup>1</sup> Pág. 356.

<sup>2</sup> Suprimido en el Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Suprimido en el Cód. Civ. de 1884.

herederos forzosos, de manera que, aun cuando los que fueren perjudicados en sus legítimas no intenten la acción de inoficioso testamento para obtener esa igualdad, el albacea tiene el ineludible deber de observarla, cualquiera que haya sido la voluntad expresa del testador.

En otros términos: si el testador, con violación de la ley, señala para sus herederos porciones desiguales, el albacea no debe respetar su voluntad, sino que al practicar la partición de los bienes hereditarios, debe adjudicarles porciones iguales y en la medida que la ley señala á las legítimas, según que se trate de ascendientes ó de descendientes.

Se hace extrajudicialmente la partición por convenio de los interesados, cuando usando los herederos del derecho que les confiere el artículo 1,958 del Código de Procedimientos Civiles, se separan del juicio hereditario y por acuerdos amigables entre sí se reparten los bienes.<sup>1</sup>

En efecto: el precepto mencionado declara, que cuando los herederos sean mayores, y el interés del fisco, si lo hubiere, esté cubierto, podrán los interesados separarse de la prosecución del juicio y adoptar los acuerdos que estimen convenientes para el arreglo y terminación de la testamentaria ó intestado, salva la facultad que el artículo 4,042 del Código Civil les concede para convenir en la indivisión por un término que no exceda de cinco años.

Dos son, pues, los requisitos que exige el precepto citado del Código de Procedimientos, para que por convenio puedan hacer los interesados la partición extrajudicialmente: que sean mayores de edad, y que el interés del fisco, que en todos los casos lo hay, esté satisfecho.

Llenados estos requisitos, pueden convenir los interesados, de la manera que mejor les parezca, pues gozan de la

<sup>1</sup> Art. 1,720, Cód. de Proced. de 1884.

más amplia libertad, cómo han de dividirse los bienes hereditarios, sin que tengan que llenar otra formalidad, que la de hacer constar en escritura pública su convenio.

Pero para que el segundo requisito sea llenado es indispensable que antes sean aprobados los inventarios, pues el juez no los estima válidos, ni los aprueba sino después, de que, corrido traslado de ellos á los interesados, manifiestan éstos su conformidad, así como el Ministerio público y el Defensor Fiscal, y de que estando aquéllos conformes con la liquidación formada por éste, acreditan haber pagado su importe.

El Código Civil, con usurpación del Código de Procedimientos, establece varias reglas encaminadas á determinar la forma en que debe hacerse la cuenta de partición, ya por el albacea, pues según la fracción VI del artículo 3,707, tiene el deber de hacerla, así como el de adjudicar los bienes entre los herederos y legatarios, ya por otra persona á quien se designa con el nombre de contador, nombrado por el albacea de acuerdo con la mayoría de los herederos.<sup>1</sup>

A este respecto declara el artículo 4,064 del Código Civil, que el albacea debe formar por sí mismo el proyecto de partición, ó lo encargará á otra persona de acuerdo con la mayoría de los herederos; y el artículo 4,065, que si no hubiere mayoría, el juez debe nombrar al contador, escogiéndolo entre los que hubieren sido propuestos por el albacea ó por los herederos.<sup>2</sup>

Esta facultad que le otorga al albacea de encargar á otra persona la cuenta de partición, se funda en la consideración de que las operaciones de dicha cuenta, demandan, en la mayoría de los casos, conocimientos técnicos de derecho, que no siempre concurren en la persona del albacea.

<sup>1</sup> Art. 3,730, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1, pág. 281.

<sup>2</sup> Art. 1,885, Cód. de Proced. de 1884.

Antes de ocuparnos en el estudio de las reglas que deben presidir en la formación de la cuenta de partición, debemos advertir, que el Código Civil coloca entre ellas los artículos 4,058 y 4,059, á nuestro juicio, inútilmente, declarando que si alguno de los herederos estuviere ausente ó no tuviere representante legítimo, el juez debe proceder conforme á lo dispuesto en los artículos 697 á 706 y demás relativos; y que en tal caso la partición debe ser aprobada judicialmente, observándose además lo prevenido en los artículos 768 á 771.<sup>1</sup>

Decimos que dichos artículos se han insertado inútilmente, porque aun cuando no se hubieran comprendido entre los que respecto de la partición establece el Código Civil, serían de observancia inexcusable aquéllos preceptos, toda vez que el mismo ordenamiento los sancionó para regir los casos de ausencia y los derechos eventuales de los ausentes á una herencia.

Viniendo á las operaciones que el albacea ó el contador debe practicar, establece el Código Civil las reglas siguientes, que no necesitan explicación alguna, pues basta su simple enunciación para hacer comprender que son justas y que tienen por objeto la facilidad de las operaciones que aquél debe practicar.

1.<sup>a</sup> El albacea debe separar en primer lugar la parte que corresponda al cónyuge que sobreviva, conforme á las capitulaciones matrimoniales y á las disposiciones que arreglan los bienes dotales, y la sociedad legal (art. 4,060, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Esta regla tiene por objeto liquidar el capital del testador, separando los bienes de su cónyuge, parafernales ó dotales, que aportó al matrimonio, y determinar el importe de los gananciales habidos durante él.

<sup>1</sup> Art. 1,833, Cód. de Proced. 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,887, Cód. de Proced. de 1884.

2ª En seguida se debe deducir la parte que conforme á derecho fuere de libre disposición del testador, á fin de determinar el importe de las legítimas, si hubiere herederos forzosos, y si los legados caben dentro de aquélla (art. 401, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

3ª Con la parte de libre disposición se han de pagar los legados; observándose el orden y demás disposiciones sobre preferencia y reducción contenidas en el cap. 7º, tít. 2, lib. IV del Código (art. 4,062, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

4ª Lo que sobrare de la parte de libre disposición se debe de agregar al resto del caudal hereditario, y dividirse entre los herederos por partes proporcionales á sus legítimas ó á las cuotas que el testador les haya asignado (art. 4,063, Cód. Civ.):

5ª Las deudas contraídas durante la indivisión, serán pagadas preferentemente (art. 4,085, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

La Exposición de motivos funda esta preferencia diciendo, que por lo común esas deudas son el resultado de la necesidad, ya de alimentar á la familia, ya de cubrir gastos indispensables.

Esta explicación es, á nuestro juicio, incompleta, porque no hace conocer si la mente de los codificadores fué criar un verdadero privilegio en favor de los acreedores, de manera que deban ser pagados aún con preferencia á los del mismo testador. No creemos que sea así, ya porque el mismo Código, al ocuparse en los artículos 2,077 y siguientes de enumerar los acreedores privilegiados, no menciona aquellos á los cuales hace referencia la regla mencionada, ya porque tal privilegio redundaría en perjuicio de los acreedores del testador, que tienen un derecho perfecto á ser

1 Suprimidos los artículos 4,061 á 4,063 del Código de 1870.

2 Véase la nota anterior.

3 Arts. 1,888, Cód. de Proced. de 1884 y 3,793, Cód. Civ. de 1884.

pagados con los bienes que éste dejó con preferencia á los de los herederos que sólo pueden pretender que se les pague con los bienes de éstos.

Este resultado sería contrario á los principios elementales del derecho, según los cuales, la herencia es lo que queda pagadas las deudas, y además, injusto, porque es contrario á la equidad y á la justicia que se paguen con los bienes hereditarios las deudas contraídas por los herederos durante la indivisión, cuando no son de la herencia, y por lo mismo, deben responder de ellas solidariamente ó á prorrata aquéllos.

La verdad es, que la regla mencionada, ni es clara ni está en armonía con los verdaderos principios del derecho.

El proyecto de partición debe sujetarse, según el artículo 4,066 del Código Civil, á las reglas siguientes:<sup>1</sup>

1ª Si el testador hizo designación de partes, el albacea está obligado á observarla estrictamente, anotando el exceso ó defecto del precio de la cosa designada respecto de la legítima ó porción del heredero:

2ª Si no hay designación de partes en cosa determinada, se debe incluir en cada porción bienes de la misma especie, en cuanto fuere posible:

3ª Si los inmuebles de la herencia reportan gravámenes, se han de especificar indicando el modo de redimirlos ó dividirlos entre los herederos.

La partición, conviene tenerlo presente, contiene dos operaciones distintas, la liquidación que tiene por objeto pagar las deudas del testador y determinar cuál es el monto repartible del caudal hereditario, supuesto que la herencia es, según los principios elementales del derecho, lo que queda después de pagadas las deudas; y la adjudicación, que con-

1 Art. 1,888, Cód. de Proced. de 1884.

siste en la aplicación de bienes á cada uno de los herederos para pagarles el importe de su haber hereditario.

Pues bien, las reglas que anteceden son solamente aplicables á la liquidación de la herencia.

Respecto de la adjudicación establece el Código Civil, invadiendo el terreno exclusivo del de Procedimientos, las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> El albacea presentará el proyecto de partición á la aprobación de todos los interesados ó de sus representantes legítimos (art. 4,067, Cód. Civ.).

El Código de Procedimientos complementa en parte al Código Civil, ordenando en los artículos 2,020 y siguientes que el contador pida en lo privado á los interesados las instrucciones y aclaraciones que juzgue necesarias, ya extrajudicial, ya judicialmente, para lo cual debe ocurrir al juez para que cite una junta, que ha de celebrarse dentro de tres días, y en ella han de fijarse los puntos que aquél crea indispensables; y lo convenido se debe tener como una de las bases de la liquidación y partición. En caso de que no hubiere conformidad, el contador debe resolver las dudas como estime justo, siempre que no infrinja los preceptos legales.<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Si formadas las porciones algún heredero reclamare sobre la cantidad que se la haya designado, el juez, oyendo sumariamente al contador, decidirá confirmando la partición ó mandando reponerla; y contra su resolución no proceden más recursos que los que para los juicios sumarios establece el Código de Procedimientos, esto es, el recurso de apelación en el efecto devolutivo (arts. 4,068 y 4,069, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La claridad de esta regla excusa de toda explicación; pe-

1 Arts. 1,889 y sig., Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,899, Cód. de Proced. de 1884.

ro, á nuestro juicio, adolece del defecto de otorgar, siempre con usurpación del terreno exclusivo del Código de Procedimientos, el recurso de apelación contra el fallo del juez en el efecto devolutivo solamente, esto es, permitiendo que entretanto se ejecute.

Creemos que en ese punto es inconveniente la regla mencionada, porque ningún resultado benéfico produce á los demás herederos la ejecución del fallo del juez, supuesto que, si es revocado por el Tribunal Superior, habrá necesidad de formar una nueva cuenta de partición y de reducir los haberes de ellos para completar la parte del apelante. Parece que lo más conveniente y lógico sería otorgar el recurso de apelación en ambos efectos.

El precepto á que estas observaciones se refieren, se halla en abierta pugna con el artículo 2,135 del Código de Procedimientos que declara, que la substanciación de los recursos será la señalada para los que se interpongan en los juicios ordinarios:

3.<sup>a</sup> Si la reclamación fuere relativa á la clase de bienes asignados, y no hubiere convenio, los bienes que se disputen se venderán observándose lo dispuesto en los artículos 4,074 á 4,080 (art. 4,070, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Los preceptos á que alude la regla anterior se refieren al caso en que existan algunos bienes que fueren indivisibles ó que desmerezcan mucho por la división, respecto de los cuales establece el artículo 4,073 del Código que pueden adjudicarse á uno de los herederos con la condición de abonar á los otros el exceso en dinero, y preven el caso en que no pudiese realizarse esto.<sup>2</sup>

Antes de ocuparnos en el estudio de dichos preceptos, creemos conveniente hacer algunas explicaciones del ar-

1 Art. 1,900, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,903, Cód. de Proced. de 1884.

título 4,073 á que se refieren, que tiene por objeto evitar á los herederos graves y trascendentales perjuicios.

En efecto: el interés de los herederos exige que cuando los bienes no sean divisibles ó que desmerezcan mucho por la división, se adjudique á alguno de ellos por su precio, con la obligación de abonar á los demás el exceso en dinero: pues así ninguno de ellos recibe perjuicio en sus intereses, supuesto que deben percibir el importe íntegro de sus haberes hereditarios.

Como puede comprenderse á primera vista, la dificultad consiste en el caso propuesto en determinar cuándo admiten ó no cómoda división los bienes; pero á esa dificultad ocurre el artículo 4,077 del Código Civil ordenando que, si á pesar de que en la facción del inventario hayan declarado los peritos valuadores cuáles objetos pueden dividirse sin perjuicio, se suscitare cuestión sobre si los bienes admiten cómoda división; el juez debe oír la opinión de un nuevo perito que él nombre, y decidir lo que estime conveniente.<sup>1</sup>

Es decir, que se trata de una cuestión de hecho, sobre cuya decisión deja la ley cierta amplitud de facultades al juez, que está obligado á conciliar el derecho de los herederos á recibir las porciones que les corresponden en los bienes hereditarios, con el interés que tienen todos en que no se deprecien los bienes por su división.

Ahora bien; si ninguno de los herederos conviene en adjudicarse los bienes indivisibles ó que no admiten cómoda división, ó si no hubiere convenio respecto de los bienes que se disputen entre sí, y los herederos no convinieren en usufructuarlos en común ó en otra manera de pago; se debe proceder á su venta, prefiriéndose al heredero que haga mejor postura (art. 4,074, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 1,907, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,904, Cód. de Proced. de 1884.

Para realizar la venta establece el Código Civil las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> La venta se debe hacer en pública subasta y admitiendo licitadores extraños, siempre que haya menores ó de que alguno de los herederos lo pida (art. 4,075, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En otros términos: la venta se debe hacer licitando los bienes indivisibles ó que no admiten cómoda división entre los herederos, y deben adjudicarse al que ofreciere mayor precio por ellos; pero si entre los herederos hubiere menores de edad, ó alguno de ellos lo solicitare, la venta debe hacerse en pública subasta, admitiendo también licitadores extraños.

Estas mismas reglas son aplicables cuando hay alguna cosa que todos los herederos rehusan recibir, según lo ordena expresamente el artículo 4,082 del Código Civil.<sup>2</sup>

En el caso de que varios herederos pretendan la misma cosa de la herencia, se debe licitar entre ellos, y lo que se diere de más sobre su precio legítimo, entrará al fondo común (art. 4,081, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

El artículo 2,254 del Código de Procedimientos complementa la regla mencionada, ordenando que en el remate de bienes en que tienen interés menores ó incapacitados, no podrá admitirse postura que baje de las dos terceras partes del valor que los peritos hayan dado á los bienes que se traten de vender.<sup>4</sup>

Es una consecuencia de la regla indicada, que la diferencia que hubiere en el precio, aumente ó disminuya la masa hereditaria, ó lo que es lo mismo el caudal hereditario; y que en tales casos haya necesidad de modificar la cuenta de

<sup>1</sup> Art. 1,905, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,912, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 1,911, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>4</sup> Art. 1,462, Cód. de Proced. de 1884. Reformado en el sentido de que las posturas no pueden ser menores de las cuatro quintas partes del valor de los bienes.

partición, como lo ordena el artículo 4,076 del Código Civil:<sup>1</sup>

2.<sup>a</sup> Si verificadas tres almonedas no hubiere postor para los bienes que no admiten cómoda división, se deben sortear, y al que designe la suerte se le han de adjudicar por la mitad de su valor (art. 4,078, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Refiriéndose la Exposición de motivos á esta regla, dice: "Debe tenerse presente que antes de llegar á este extremo se ha tratado ya de adjudicar la cosa, de usufructuarla, de dividirla de varios modos y de venderla en lo privado y en tres almonedas. Cuando después de haberse agotado todos esos arbitrios, no hay postor, debe convenirse en que la cosa es realmente mala ó en que su valúo es excesivo. ¿Qué puede hacerse en tal situación? Bajar una mitad del precio y sortearla entre los interesados; porque no hay otro medio y es indispensable terminar la testamentaría ó el intestado:"

3.<sup>a</sup> Lo que exceda de la cuota del heredero adjudicatario, será reconocido por éste, salvo convenio en otro sentido, durante seis años, al seis por ciento, con hipoteca de la cosa adjudicada á favor de la persona á quien corresponda, según la partición (art. 4,079, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

4.<sup>a</sup> Si la cosa adjudicada no cubriere la cuota del heredero adjudicatario, y no pudiere completarse ésta con otros bienes, la diferencia se reconocerá sobre otro inmueble, en los términos establecidos en la regla anterior (art. 4,080, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Estas dos últimas reglas tienen por exclusivo objeto facilitar la partición, garantizando los intereses de los herederos, y al efecto prevé dos casos, aquel en que los bienes

1 Art. 1,906, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,908, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 1,909, Cód. de Proced. de 1884.

4 Art. 1,910, Cód. de Proced. de 1884.

adjudicados excedan del importe del haber hereditario del heredero que se los adjudicó, y aquel en que tales bienes no cubran el importe del haber. Para el primero impone el artículo 4,079 del Código, obligación al adjudicatario de reconocer con hipoteca de los bienes adjudicados, el importe del exceso, por el tiempo y con el interés que hubiere convenido con los demás interesados, y á falta de convenio, por seis años al seis por ciento anual.<sup>1</sup>

El precepto mencionado nos hace conocer que la regla que contiene se refiere única y exclusivamente, lo mismo que la que sanciona el artículo 4,078, á bienes inmuebles, supuesto que el excedente del haber hereditario se debe garantizar con hipoteca, y que según el artículo 1,940, ésta sólo se puede constituir sobre bienes inmuebles ó derechos reales.<sup>2</sup>

En el segundo caso, como la cosa adjudicada no cubre el valor del haber hereditario del que se la adjudica, están obligados los demás herederos á pagarle lo que falte para completarlo; y deben hacerlo en los términos y condiciones que convengan, y en defecto de éstos, en el plazo de seis años, con el interés al seis por ciento anual, constituyendo hipoteca sobre alguno de los inmuebles hereditarios que garantice el pago.

Conviene advertir que las dos reglas mencionadas no tienen aplicación en cuanto al plazo para el pago de la diferencia entre el valor de los bienes adjudicados y el haber hereditario del que se los adjudicó, sino en defecto de convenio expreso entre los interesados, pues tienen por objeto suplir las omisiones en que éstos hubieren incurrido:

5.<sup>a</sup> Cualquier heredero puede, aún después de sorteada la cosa, cuando sacada á subasta por tres veces no hubie-

1 Art. 1,909, Cód. de Proced. de 1884.

2 Arts. 1,918, Cód. de Proced., y 1,823, Cód. Civ. de 1884.

re postor, ó cuando todos los herederos rehusaren recibirla en pago de sus haberes, evitar la adjudicación por la mitad del precio, aumentando éste; y si hubiere varios pretendientes, habrá lugar á la licitación (art. 4,083, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta regla es en realidad un medio de defensa que la ley otorga á los herederos, para evitar el perjuicio que les resulta por la adjudicación de la cosa en el cincuenta por ciento de su valor, aumentando éste y dando lugar á que se entable la competencia entre ellos, mediante la licitación, la que sin duda alguna redundará en beneficio de todos:

6.<sup>a</sup> Si el testador hubiere legado una pensión ó renta vitalicia por cuenta de su parte disponible, sin gravar con ella en particular á algún heredero ó legatario, se capitalizará al seis por ciento anual y se separará un capital ó fondo equivalente, que se entregará al heredero ó legatario, quien quedará sujeto á todas las obligaciones de mero usufructuario (art. 4,087, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La Exposición de motivos explica esta regla en los términos siguientes: "La capitalización de las rentas vitalicias, dejadas por el testador, sin designación de bienes, es una necesidad imprescindible; porque de otra manera se dificultaría extraordinariamente la partición. En efecto: ¿con qué derecho se grava á un heredero y no á otro? Además: el gravado sin duda alguna exigiría compensaciones, que serían ocasión de nuevos disgustos."

Esta regla tiene relación con el artículo 2,922 del Código Civil, que declara que si la renta se hubiere constituido en testamento, sin designación de bienes determinados, el legatario tiene derecho á que el heredero señale bienes bastantes sobre los que haya de constituirse la hipoteca.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 1,913, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,794, Cód. Civ. de 1884. Reformado por la supresión de las palabras: "por cuenta de su parte disponible."

<sup>3</sup> Art. 2,794, Cód. Civ. de 1884.

De la combinación de la regla mencionada y del artículo 2,922 resulta que el legatario tiene dos derechos para hacer efectivo el legado de renta vitalicia, cuando el testador no hubiere designado bienes: primero, el de exigir que los herederos le constituyan hipoteca sobre bienes ciertos y determinados; segundo, el de exigir que se capitalice la renta al seis por ciento anual y se le entregue el capital ó un inmueble equivalente para que lo tenga en usufructo.

Los dos derechos se excluyen, á nuestro juicio, porque el primero tiene por objeto obtener una garantía de que se pagará la pensión, y el segundo conduce al perfecto cumplimiento de la voluntad del testador. Es decir, que á nuestro juicio, no procede el ejercicio simultáneo de uno y otro derecho, porque produciría un resultado absurdo, la constitución de la hipoteca para garantizar el pago de la pensión y la entrega del capital ó un inmueble al legatario en usufructo, con la obligación de otorgar la fianza que reporta todo usufructuario. El otorgamiento de una y otra garantía parece incompatible, sobre todo, el de la hipoteca, es innecesario, porque por la entrega del capital ó del fondo al legatario en usufructo, está no sólo suficientemente garantizado el pago de la pensión, sino cumplida la voluntad del testador.

Si los bienes de la parte de libre disposición del testador no alcanzaren para cubrir el importe de la renta capitalizada, pueden los herederos, á su arbitrio, entregar esa parte ó retenerla, pagando íntegra la pensión. La ley presume en este último caso que, cuando los herederos retienen los bienes de libre disposición, es porque producen lo bastante para pagar las pensiones de la renta vitalicia, pues de otra manera no tomarían sobre sí la molestia y la responsabilidad de ellos (art. 4,088, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Suprimido en el Cód. Civ. de 1884.

A fin de evitar que cuando se extinga la renta vitalicia haya necesidad de formar una nueva cuenta de partición, ordena el artículo 4,089 del Código Civil, que en el proyecto respectivo se exprese la parte que del capital afecto al pago de la pensión, deberá corresponder á cada uno de los herederos en el caso indicado.<sup>1</sup>

Todo heredero ó legatario de cantidad, tiene derecho de pedir que se le apliquen en pago bienes de la herencia; y la aplicación de ellos se debe hacer en tal caso por el precio que tengan en el avalúo.

Esta regla, sancionada por el artículo 4,071 del Código Civil, tiene por objeto facilitar el cumplimiento de la voluntad del testador, con provecho del heredero ó legatario, pues así no tendrán que esperar á la venta de bienes bastantes para pagarles, y con beneficio de los demás herederos que no quedarán expuestos á las contingencias de la venta, esto es, á la disminución del precio de sus bienes, que necesariamente la produce en el caudal hereditario.<sup>2</sup>

Además, el heredero ó legatario elige voluntariamente esta forma de pago, y obra así, sin duda alguna porque lo cree provechoso para sus intereses y sabiendo que los bienes se le adjudican por el precio de inventario, el cual conoce, supuesto que asistió á su formación.

Todo derecho supone necesariamente una obligación: de donde se infiere que, si el heredero ó legatario lo tienen para pedir que se les pague en la forma indicada, la sucesión, representada por el albacea, tiene obligación ineludible de pagarle su haber ó legado con bienes de la herencia; pero en esa obligación tiene á su vez la facultad de elegir la especie de bienes con que debe hacer el pago, excepto en el caso en que el testador hubiere dispuesto otra cosa, pues

<sup>1</sup> Art. 3,795, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 1,901, Cód. de Proced. de 1884.

no nos cansaremos de repetirlo, su voluntad es la suprema ley en las sucesiones (art. 4,072, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La facultad á que aludimos se funda en la consideración de que al cambiarse la manera de cumplir la obligación, obtiene una ventaja el heredero ó legatario, que es preciso impedir que redunde en perjuicio de los demás herederos, como acontecería seguramente si se le dejara amplia libertad de elección, porque ella le permitirá convertirla en abuso para apoderarse de los bienes de mejor calidad.

Rompiendo la armonía que en lo general preside en los preceptos en cuyo estudio nos hemos ocupado, y mezclando entre ellos materia que se refiere á la colación, declara el artículo 4,084 del Código Civil, que los coherederos deben abonarse recíprocamente las rentas y frutos que cada uno haya recibido de los bienes hereditarios; los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia ó negligencia.<sup>3</sup>

En efecto: el precepto mencionado se refiere á la colación de los bienes inmuebles, y tiene por objeto determinar las consecuencias de ella, á fin de que resulte la perfecta igualdad de las legítimas por cuyo beneficio se ha establecido aquélla; y no hace más que reproducir el principio establecido por la ley 6<sup>a</sup>, tít. 5, Partida VI.

Pero como esa igualdad no puede existir sino abonando los frutos que haya percibido el poseedor de los bienes colacionados, y abonándosele el importe de los gastos útiles y necesarios, así como los daños y perjuicios que hubiere causado por malicia y negligencia en esos mismos bienes; de aquí el motivo por el cual ordena el artículo 4,084 del Código que se abonen, ó mejor dicho, que se tomen en cuenta al hacerse la colación.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Art. 1,902, Cód. de Proced. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,792, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,792, Cód. Civ. de 1884.

El artículo 4,086 del Código contiene también otra regla que es enteramente extraña á las que rigen respecto de la partición, y que es, además, innecesaria. Según ella, un coheredero no puede enajenar ni gravar cosa alguna de los bienes hereditarios.<sup>1</sup>

Decimos que tal regla es enteramente extraña á la partición de los bienes hereditarios, porque ninguna conexión tiene con ella; y que es innecesaria, porque no hace más que repetir el principio contenido en los artículos 2,959 y 2,960 del Código Civil, según los cuales, ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad ó aquello á que tiene algún derecho legítimo, y la venta de cosa ajena es nula.<sup>2</sup>

Por lo demás, el artículo 4,086 del Código, se funda en la consideración de que cada uno de los herederos de una herencia pro-indiviso, no es el dueño exclusivo de los bienes de que se forma ésta, y por lo mismo, se necesita el consentimiento de todos para vender esos bienes ó parte de ellos.

Complementando al Código Civil, ordena el de Procedimientos en el artículo 2,125 y siguientes, que resueltos los incidentes sobre reclamación, el albacea presente al juez, autorizada con su firma, la cuenta de división, de la cual se debe dar traslado por seis días á cada uno de los herederos para que hagan las observaciones que estimen convenientes.<sup>3</sup>

Si los herederos hicieren oposición, el juez los debe convocar con el albacea á una junta para que acuerden lo que estimen más conveniente, y aquél reforme la división en los términos acordados; y si no hubiere conformidad, se substanciará un incidente en juicio ordinario en el cual debe con-

1 Art. 3,666, Cód. Civ. de 1884.

2 Arts. 2,830 y 2,831, Cód. Civ. de 1884.

3 Art. 1,894, Cód. de Proced. de 1884.

testar el albacea á las reclamaciones formuladas (arts. 2,128 y 2,130, Cód. de Proced.).<sup>1</sup>

Estando los herederos conformes con el proyecto de partición, el juez la debe aprobar, mandando protocolizarla, esto es, reducirla á escritura pública (art. 2,127, Cód. de Procedimientos).<sup>2</sup>

Si los herederos son mayores de edad y están conformes en el proyecto de partición, se debe reducir á escritura pública, y con ese solo requisito, surte todos sus efectos legales (art. 4,090, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Estas dos últimas reglas, conviene tenerlo presente, se refieren á dos formas distintas de hacer la cuenta de partición, la judicial y la extrajudicial.

La primera, como hemos dicho antes, sólo tiene lugar cuando hay algún heredero menor de edad, ó cuando la mayoría de los herederos lo exigiere.

En este caso se observa en la práctica, á fin de evitar trámites y dilaciones perjudiciales, que el albacea presente la cuenta de partición suscrita por todos los herederos ó sus representantes legítimos manifestando su conformidad con ella; y el juez, previa la ratificación de las firmas de los interesados, la apruebe mandándola reducir á escritura pública.

La segunda regla se refiere á la partición extrajudicial, que se lleva á término en la práctica en la forma siguiente. Aprobados los inventarios, se separan los herederos del juicio hereditario en uso del derecho que les otorga el artículo 1,958 del Código de Procedimientos, dándolo por terminado, para tomar los acuerdos que estimen convenientes,

1 Arts. 1,897 y 1,898, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,896, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 3,798, Cód. Civ. de 1884. Reformado en los términos siguientes:

«La partición constará en escritura pública siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa formalidad.»

esto es, para dividirse extrajudicialmente los bienes, y tales acuerdos son los que se reducen á escritura pública, y producen los efectos á que se refiere el artículo 4,090 del Código Civil.<sup>1</sup>

La escritura de partición debe contener:

1º Los nombres y apellidos de todos los herederos y legatarios:

2º Los nombres, medidas y linderos de los predios adjudicados, con expresión de la parte que cada heredero adjudicatario tenga obligación devolver si el precio de la cosa excede al de su porción, ó que recibir si falta:

3º La garantía especial que para la devolución del exceso constituya el heredero en el caso de la fracción que precede:

4º La enumeración de los muebles ó cantidades repartidos:

5º Noticia de la entrega de los títulos de las propiedades adjudicadas ó repartidas:

6º Expresión de las cantidades que algún heredero quede reconociendo á otro, y de la garantía que haya constituido:

7º La firma de todos los interesados.<sup>2</sup>

Esta escritura, así como todos los gastos que demande la partición, se deben bajar del fondo común, á menos que se hagan por el interés de alguno de los herederos ó legatarios, pues en tal caso se le deben imputar en su haber; pues nada hay más justo que el que ocasiona los gastos que redundan en su provecho deba lastarlos (art. 4,110, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

La ejecución de la partición consiste en la entrega á ca-

1 Art. 1,720, Cód. de Proced. de 1884, y art. 3,798 del Civil. (Véase la nota anterior).

2 Art. 1,915, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 3,807, Cód. Civ. de 1884.

da uno de los herederos de la porción de bienes hereditarios que se les han adjudicado en pago de sus haberes, la cual comprende necesariamente la entrega de los títulos de propiedad de esos mismos bienes que son el accesorio de ellos.

Los títulos, como dice Demolombe, no pueden ser ni el objeto de una partición ni de una venta, y por lo mismo, se impuso al legislador la necesidad de determinar lo que debe hacerse con ellos.

Tal es el motivo por el cual el Código Civil establece, respecto de ellos, las reglas siguientes, acomodándose á las tradiciones del Derecho Romano:

1ª Los títulos que acrediten la propiedad ó el derecho adjudicados, se entregarán al heredero ó legatario á quien pertenezca la cosa (art. 4,094, Cód. Civ.):<sup>1</sup>

2ª Cuando en un mismo título estén comprendidas fincas adjudicadas á diversos coherederos, ó una sola, pero dividida entre dos ó más, el título quedará en poder del que tenga mayor interés representado en la finca ó fincas; dándose á los otros copias fehacientes, á costa del caudal hereditario (art. 4,905, Cód. Civ.):<sup>2</sup>

3ª Si el título fuere original, deberá también aquel en cuyo poder quedare, exhibirlo á los demás interesados cuando fuere necesario (art. 4,096, Cód. Civ.):<sup>3</sup>

4ª Si todos los interesados tuvieren igual porción en las fincas, el título quedará en poder del que designe el juez si no hubiere convenio entre los partícipes (art. 4,097, Cód. Civ.):<sup>4</sup>

5ª En el título y en los protocolos relativos se debe ha-

1 Art. 1,916, Cód. de Proced. de 1884.

2 Art. 1,917, Cód. de Proced. de 1884.

3 Art. 1,918, Cód. de Proced. de 1884.

4 Art. 1,919, Cód. de Proced. de 1884.

cer constar la entrega de las copias á costa de fondo común (art. 4,098, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La claridad y precisión de estas reglas nos excusan de hacer explicaciones que resultarían innecesarias.

El Código Civil sanciona en el artículo 4,105, un principio que no tiene ninguna atinencia con la partición, y que por tal motivo se halla enteramente fuera de su lugar. Y es tanto más innecesario ese precepto, cuanto que contiene la inútil repetición de la prohibición ya establecida por otro, en el contrato de compra-venta.

En efecto: el artículo 4,105 declara que el heredero ó legatario no pueden enajenar su parte en la herencia, sino después de la muerte de aquel á quien se hereda; y el artículo 2,833 declara á su vez que no puede ser objeto de compra-venta el derecho á la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.<sup>2</sup>

Al hacer el estudio de este último precepto, expusimos las razones en que se funda la prohibición que contienen él y el artículo 4,105, á las cuales remitimos á nuestros lectores.<sup>3</sup>

Reproduciendo los artículos 4,106 y 4,107 del Código Civil, el principio contenido en el artículo 2,843, declaran que si hubiere varios herederos, el que quiera enajenar sus derechos hereditarios, debe instruir á los demás de la enajenación y de sus condiciones; y que los coherederos serán preferidos por el tanto, si usan de este derecho dentro de los tres días siguientes del aviso y cumplen las demás condiciones impuestas al cesionario extraño.<sup>4</sup>

Los comentaristas del Código Francés, cuyo artículo 841

1 Art. 1,920, Cód. de Proced. de 1884.

2 Arts. 3,802 y 2,705, Cód. Civ. de 1884.

3 Tomo V, pág. 304.

4 Arts. 3,803, 3,804 y 2,715, Cód. Civ. de 1884.

establece el mismo principio, lo fundan y explican diciendo que cuando un heredero cede sus derechos á un extraño, éste tendría como aquel, derecho de inmiscuirse en todos los negocios de la sucesión, de imponerse de todos los títulos y papeles, de penetrar todos los secretos de la familia; y por lo mismo es muy importante para los otros herederos poder alejar á este extraño, á quien la cupidez ó el deseo de perjudicar, ha podido solamente determinarlo á comprar los derechos hereditarios, y que produciría la discensión en todas las operaciones de la sucesión.<sup>1</sup>

Todos los comentaristas del Código Francés censuran el retracto creado por el artículo 841, como perjudicial á los intereses de los coherederos, que merced á él no encuentran á quien vender sus derechos sino á vil precio, y porque dicho precepto es muy fácil de eludir, ya dándole á la cesión un precio superior al en realidad pagado, ya simulando una cesión á título gratuito, ya, finalmente, teniéndola oculta mediante el otorgamiento de un mandato al cesionario, para que intervenga en las operaciones de la sucesión.<sup>2</sup>

De los términos de los artículos 4,106 y siguientes, del Código Civil, que establecen el retracto de que hemos hecho mérito, se infiere que, para su ejercicio, es indispensable que se llenen los requisitos siguientes:

1º Que se trate de una verdadera enajenación ó cesión de los derechos hereditarios del cedente, ya se trate de la totalidad ó de una parte de ellos:

2º Que la cesión se haga por uno de los coherederos en favor de un extraño.

Es de advertir que este requisito es indispensable, ya se

1 Chabot, tomo II, pág. 266; Demolombe, XVI, núm. 10; Aubry y Rau, tomo IV, § 359, ter; Baudry Lacantinerie y Wahl, tomo II, núm. 3,324 y siguientes.

2 Demolombe, tomo XVI, núm. 11; Aubry y Rau, tomo IV, § 621, ter; Laurent, tomo X, núm. 341; Huc, tomo V, núm. 319.

trate de los propios derechos del coheredero, ya de los que hubiere adquirido de alguno de los demás herederos que concurren con él á la misma herencia:

3º Que la cesión se haga en favor de una persona enteramente extraña á la sucesión, esto es, que no tenga la calidad de heredero ó legatario:

4º Que la cesión se haga á título oneroso, pues si se hace á título gratuito, no hay lugar al retracto.

Todos estos requisitos son necesarios no sólo porque su concurrencia se infiere de una manera lógica é incontrastable de los preceptos antes citados, sino porque el artículo 4,108 del Código, declara expresamente que el derecho de retracto á que se refieren los artículos precedentes, cesa si la enajenación se hace á un coheredero ó cuando se hace á un extraño, por donación.

Estos dos casos de excepción se han establecido porque en ellos cesa la causa por la cual se crió el derecho de retracto. El coheredero no es un extraño para la sucesión, y la donación hecha por él, destruye la presunción de cupidez ó el deseo de perjudicar á los demás herederos, por la investigación de secretos de familia.

Por virtud del retracto, el heredero ó herederos que lo consuman, se subrogan en los derechos del cesionario, pero á condición de reembolsar á éste previamente de las cantidades que haya pagado ó prometido pagar al cedente.

Desde luego se comprende que subrogándose los herederos en lugar del cesionario, se transmiten á ellos los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por éste, y en consecuencia, que si estipuló un plazo para el pago del precio de la cesión, los herederos gozarán del mismo plazo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Demolombe, tomo XVI, núm. 141; Sellyer, tomo III, núm. 1,379; Aubry y Rau loco cit; Baudry Lacantinerie y Wahl, tomo III, núm. 3,416; Laurent, tomo X, núm. 385.

La división ó partición de los bienes hereditarios, cuando no concurren todos los herederos en nombre propio, sino que unos heredan por cabezas y otros por estirpes, obliga á practicar las operaciones siguientes:

1ª Partición entre todos los herederos instituidos, para determinar la porción correspondiente á cada uno:

2ª Partición entre los diversos herederos que forman la estirpe de aquel de los instituidos por cuyo fallecimiento concurren á la herencia, para determinar el importe de su haber hereditario.

Pues bien, para cada una de las subdivisiones entre las diversas ramas de una misma línea, y después entre los diversos miembros de una misma estirpe, es preciso seguir las mismas reglas que para la división de toda la herencia, supuesto que son tantas las particiones cuantas son las estirpes.

Por tal motivo declara el artículo 4,109 del Código Civil, que las reglas dadas para la partición de la herencia principal, se deben observar también en la que se haga entre los que sucedan por derecho de representación.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,806, Cód. Civ. de 1884.

## II

## EFECTOS DE LA PARTICION.

La ley atribuye varios efectos jurídicos á la partición, siendo el primero y principal, la transmisión á los coherederos de la propiedad exclusiva de los bienes que se les hayan adjudicado.

En efecto, el artículo 4,111 del Código Civil declara, que la partición legalmente hecha, confiere á los coherederos la propiedad exclusiva de los bienes que les hayan sido repartidos.<sup>1</sup>

La razón es obvia; porque si la partición ha tenido por objeto hacer que cese la propiedad en común, para que cada uno de los coherederos perciba la parte que le corresponde en ella, es fuera de toda duda que esa parte le pertenece exclusivamente.

Como el artículo mencionado establece que la partición legalmente hecha produce el efecto indicado, se deduce de una manera lógica que cuando se practica sin sujetarse á las reglas que establecen las leyes, no produce el efecto de conferir la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados á cada uno de los herederos.

Otro de los efectos jurídicos de la partición, consiste en que los coherederos estén recíprocamente obligados á indemnizarse en caso de evicción de los objetos repartidos, y pueden exigir la constitución de la hipoteca necesaria, ejerciendo el derecho que les confiere el artículo 2,000, frac. I (art. 4,112, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,808, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,809, Cód. Civ. de 1884.

Seria controversia se ha suscitado entre los comentaristas del Código Francés, acerca de los fundamentos de este principio, también sancionado por él, porque unos sostienen que la partición no es atributiva sino declarativa de la propiedad, y otros la teoría contraria. Pero nosotros nos hallamos fuera de esa cuestión, porque según los principios del derecho Romano, reproducidos por nuestra antigua legislación, que no ha sido modificada por el Código Civil, la partición es atributiva de la propiedad, y por tal motivo se le ha equiparado con la compra-venta.

La ley 1.<sup>a</sup>, tít. 38, lib. 3.<sup>o</sup> del Código, establece este principio, en las siguientes palabras: «*Divisionem prædiorum, vicem emptionis obtinere placuit.*»

Si, pues, la partición es una enajenación recíproca que los herederos se hacen de los bienes hereditarios, y por tal motivo se le equipara á la venta; es natural que los coherederos queden obligados á la evicción de los que forman sus respectivos haberes, y por la misma razón por la cual el vendedor reporta la misma obligación respecto del comprador.

De aquí se infiere que los coherederos, como todo el que enajena, están obligados á responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en la cuenta de partición, pues como declara el artículo 1,605 del Código Civil, todo el que enajena está obligado á responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato.<sup>1</sup>

Sin embargo, la obligación de saneamiento no es absoluta, sino que cesa en los casos siguientes que el artículo 4,113 del Código Civil señala como excepción:<sup>2</sup>

1.<sup>o</sup> Cuando el mismo autor de la herencia haya hecho en vida la partición; pues entonces no existe el acto enajena-

<sup>1</sup> Art. 1,489, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Art. 3,810, Cód. Civ. de 1884.

torio de los herederos, que los obligue á la evicción, ni ha habido condominio entre ellos, que haya dado lugar á la partición:

2º Cuando al hacerse ésta se haya pactado expresamente que los coherederos no quedan obligados á la evicción; porque, como hemos dicho antes, la evicción no es una circunstancia esencial, sino accidental de los contratos que importan enajenación, y deja á los interesados en la más absoluta libertad para aumentar ó disminuir convencionalmente los efectos de la evicción y aun convenir que ésta no se preste:<sup>1</sup>

3º Cuando la evicción procede de causa posterior á la partición, ó fuere ocasionada por culpa del que la sufre, pues si en el momento de hacerse aquélla no existía ninguna causa de evicción, los herederos han satisfecho su obligación de transmitir la propiedad al coheredero, y no pueden ser responsables de lo que acontece después, y mucho menos si hay culpa de parte de éste.

Si se consuma la evicción, el que la sufre debe ser indemnizado por los coherederos, en proporción á sus cuotas hereditarias; pero la porción que deba pagarse al que pierda su parte, no debe ser la que represente su haber primitivo, sino la que le corresponda, deduciendo del total de la herencia la parte perdida (arts. 4,114 y 4,115, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La Exposición de motivos explica esta regla en los términos siguientes: «La porción que ha de pagarse al que pierda su parte por evicción; no debe ser igual á la pérdida, porque esto equivaldría á dar por completo el primitivo caudal, que de hecho se ha disminuído, en consecuencia de la evicción. Deducida, pues, esta parte, se hará nueva división del caudal restante, y el perjudicado recibirá la cuota que nuevamente le corresponda.»

<sup>1</sup> Tomo III, pág. 222.

<sup>2</sup> Arts. 3,811 y 3,812, Cód. Civ. de 1884.

En otros términos más concisos: por la evicción que sufre uno de los herederos, queda reducido el caudal hereditario, y por lo mismo deben reducirse también los haberes de cada uno de los herederos, proporcionalmente al valor de los bienes perdidos. Por ejemplo: el caudal hereditario importa cien mil pesos repartible entre cinco herederos, cada uno de los cuales recibe bienes por valor de veinte mil pesos. Si uno de ellos pierde por evicción su haber hereditario, debe ser indemnizado por sus coherederos y percibirá de ellos diez y seis mil pesos.

La razón es perfectamente perceptible. La evicción ha venido á demostrar que el caudal hereditario era menor, porque se habían considerado en él bienes que no pertenecían al autor de la herencia, y la necesidad de hacer la partición estimando aquél, deducción hecha de tales bienes.

Si alguno de los coherederos estuviere insolvente, la cuota con que debía contribuir, se ha de repartir entre los demás, incluso el que perdió su parte por la evicción; y los que paguen por el insolvente, conservan su acción contra él, para cuando mejore de fortuna, según declaran los artículos 4,116 y 4,117 del Código Civil.<sup>1</sup>

La razón en que se funda el último de los preceptos citados, consiste en que la obligación recíproca que reportan todos los herederos de indemnizarse en caso de evicción de los objetos repartidos, crea entre ellos una especie de sociedad, en virtud de la cual las pérdidas deben soportarse en común, esto es, proporcionalmente al haber de cada uno; y si la insolvencia de uno de los coherederos recayera únicamente sobre aquel que sufrió la evicción, no sería indemnizado, como debe serlo por cada uno de ellos, de la pérdida que le causó ésta.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Arts. 3,813 y 3,814, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Demolombe, tomo XVIII, núm. 365.

En términos más claros y precisos expresa Laurent el fundamento del precepto aludido, tomado del artículo 885 del Código Francés: «Esta disposición dice, deroga el derecho común, según el cual las deudas no solidarias se dividen entre los deudores, cada uno está obligado por su parte y no responde de la insolvencia de los demás deudores. ¿Cuál es el motivo de esta derogación? El que sufre la evicción debe ser completamente indemnizado de la pérdida que ella le causa, menos la parte que le corresponde. Pero no sería indemnizado si debiera soportar él solo la parte que el insolvente debía pagarle. Como esta insolvencia y el perjuicio que de ella resulta para el heredero que sufre la evicción es una consecuencia indirecta de ésta, es justo que el perjuicio se reparta entre todos los herederos solventes.»<sup>1</sup>

En las mismas razones que fundan y motivan el 4,112 del Código Civil, que ordena que los coherederos se indemnizan recíprocamente en el caso de evicción, se funda á su vez el artículo 4,120 que declara, que el heredero cuyos bienes hereditarios fueren embargados, ó contra quien se pronunciare sentencia en juicio ordinario por causa de ellos tiene derecho de pedir que sus coherederos caucionen la responsabilidad que pueda resultarles; y en caso contrario que se les prohíba enajenar los bienes que recibieron.<sup>2</sup>

La redacción obscura de este precepto no permite comprender fácilmente cuál fué la mente de sus autores; pero un examen detenido de él hace conocer que no quiere decir otra cosa sino que, en el caso de que fueren embargados los bienes adjudicados á un heredero, ya por deudas de la sucesión, ya por responsabilidades que reportan esos bienes, puede exigir el adjudicatario que sus herederos caucionen, esto es, que otorguen una fianza que garantice el

<sup>1</sup> Tomo X, núm. 452.

<sup>2</sup> Art. 3,817, Cód. Civ. de 1884.

pago de esas deudas ó de esas responsabilidades, ó bien pedir al juez que les prohíba que enajenen los bienes que recibieron en pago de sus respectivos haberes.

Este derecho que el artículo 4,120 otorga al heredero embargado, no es más que la justa y necesaria consecuencia de la obligación de evicción que reportan todos los herederos, y que les impone el deber de garantizar el cumplimiento de ella; pues de otra manera sería perfectamente inútil que se consignara por la ley la existencia de tal obligación, porque quedarían burlados los derechos del heredero, víctima del embargo ó de la sentencia que declara que los bienes que le fueron adjudicados reportan determinada responsabilidad.

Si se adjudica como cobrable un crédito, los coherederos no responden de la insolvencia posterior del deudor hereditario, y sólo son responsables de su solvencia al tiempo de hacerse la partición; pues si no se garantizara la solvencia del deudor habría desigualdad entre el adjudicatario y sus coherederos, porque éstos percibirían íntegros sus haberes hereditarios y aquel no, lo cual es injusto y contrario á los principios legales cuyo estudio hemos hecho.<sup>1</sup>

Esta obligación de los coherederos es una consecuencia necesaria del principio general que declara, que están recíprocamente obligados los herederos á prestar la evicción. Además, si se hubiera extinguido ya el crédito el día de la partición, el heredero adjudicatario se encontraría en la misma situación que tendría si no se hubiera hecho ésta, esto es, con un acto ineficaz por no tener objeto sobre que recaer.

Si posteriormente á la adjudicación del crédito se hace insolvente el deudor, ninguna responsabilidad reportan los coherederos del adjudicatario, por la misma razón por la

<sup>1</sup> Art. 3,815, Cód. Civ. de 1884.

cual no responden de los desperfectos ó destrucción de los bienes de otra especie que éste recibió en pago de su haber hereditario, posteriormente á la fecha de la partición; porque desde el momento en que ésta se consuma, se transmitió la propiedad de ellos al heredero, y sabido es que las cosas perecen para sus dueños.

Si los créditos son incobrables, no hay responsabilidad, dice el artículo 4,118 del Código Civil, porque en tal caso se ha hecho la adjudicación de ellos teniendo en cuenta esa circunstancia, y sólo para el efecto de que, si alguna vez mejoran los deudores de fortuna, puedan los herederos adjudicatarios hacer efectivo su cobro.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Art. 3,816, Cód. Civ. de 1884.

## III

## DE LA RESCISION DE LAS PARTICIONES.

La partición, dice Demolombe, es un convenio, y por lo mismo debe estar sometida á las mismas causas de nulidad ó rescisión á las cuales están sometidos todos los contratos.<sup>1</sup>

El Código Civil ha sancionado en parte este principio, declarando en el artículo 4,121, que las particiones hechas extrajudicialmente, sólo pueden ser rescindidas en los casos en que lo pueden ser los contratos en general.<sup>2</sup>

Decimos que el Código ha sancionado en parte ese principio, porque solamente lo establece para las particiones extrajudiciales, pues respecto de las hechas judicialmente, declara el artículo 4,122, que sólo pueden ser rescindidas en los casos y forma que establezca el Código de Procedimientos.<sup>3</sup>

Prescindiendo de que no hay motivo alguno justificado para que el Código establezca distinción entre las particiones judiciales y extrajudiciales, es digno de llamar la atención, que el Código de Procedimientos no sancione ninguna regla relativa á la rescisión de las primeras, y por lo mismo, que el artículo 4,122 está sin reglamentación alguna, circunstancia que debe producir necesariamente serias dificultades en la práctica.

En vista de esta deficiencia y de la carencia de motivo de los codificadores para establecer la distinción antes indicada, creemos que la rescisión de las particiones judicia-

<sup>1</sup> Tomo XVIII, núm. 384.

<sup>2</sup> Art. 3,818, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Art. 3,819, Cód. Civ. de 1884.

les se debe regir por las mismas reglas que las extrajudiciales; y como éstas se rigen á su vez por las que gobiernan á los contratos, debemos sostener que la nulidad y rescisión de las particiones judiciales se rigen también por las mismas reglas que la de los contratos.

En consecuencia, creemos que la rescisión de la partición tiene lugar en los mismos casos que en los contratos, y que como la de éstos, debe promoverse y seguirse en juicio ordinario, con todos los recursos que para los juicios de esta especie conceden las leyes.

Creemos también que los preceptos á que aludimos, usan de una mala locución, declarando que las particiones pueden ser rescindidas, porque la mente de los codificadores ha sido referirse á las causas que produce la nulidad de ellas; y sirve de apoyo á nuestra opinión los artículos 4,123 y 4,124 del Código, de los cuales el primero declara que la partición hecha con preterición de alguno de los herederos, no se rescindirá, á no ser que se pruebe que hubo dolo ó mala fe de parte de los interesados; pero éstos tendrán obligación de pagar al preterido la parte que le corresponda; y el segundo declara á su vez, que la partición hecha con un heredero falso, es nula en cuanto tenga relación con él y en cuanto su personalidad perjudique á otros interesados.<sup>1</sup>

Los actos jurídicos que se consuman, interviniendo dolo ó mala fe de parte de los interesados, ó con error acerca de las personas, no se rescinden, sino que se anulan, esto es, se les priva de toda eficacia, mediante la declaración de nulidad de ellos.

Si no es que adolece de una mala redacción el primero de los preceptos citados, fuera de los casos de dolo ó mala fe, la preterición de uno de los herederos en la cuenta de par-

<sup>1</sup> Art. 3,820, Cód. Civ. de 1884.

tición no da lugar á que se anule ó rescinda, sino que tal hecho produce solamente la obligación de los demás herederos, de pagarle la porción que le corresponde, ó lo que es lo mismo, debe recibir ésta fuera de la cuenta de partición.

Ciertamente nos parece muy extraño este procedimiento, y que puede presentar serias dificultades en la práctica, ya porque da lugar á la reclamación del preterido en juicio ordinario contra sus coherederos, si no se allanan á pagarle extrajudicialmente, ya porque el título de los bienes que reciba en pago, no será la cuenta de partición, como debiera ser.

Parece que lo más práctico y fácil debiera ser la modificación de la cuenta de partición, previas las diligencias breves y sumarias que tuvieran por objeto demostrar que el promovente de ellas había sido preterido.

La partición se debe anular en el caso á que se refiere el segundo precepto, porque la consideración de la persona del supuesto heredero, fué la causa principal de aquélla. Pero los demás puntos comprendidos en la división, no son rescindibles sino por otra causa legal, según lo declara el artículo 4,125 del Código Civil.<sup>1</sup>

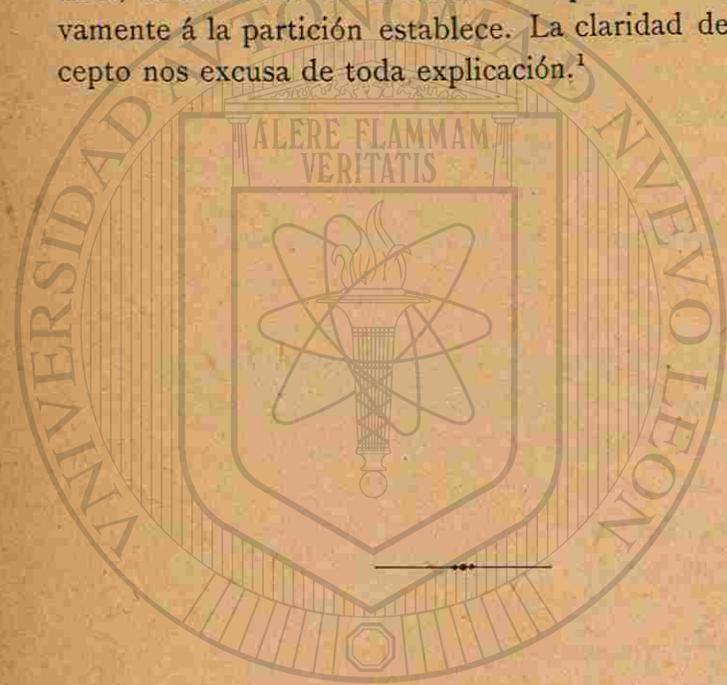
De los términos de este precepto se infiere que es nula la división hecha con un heredero falso, en cuanto se refiere á él, pero no en cuanto á los demás puntos que comprende. Como si la alteración que produce en la cuenta de división el hecho de suprimir un heredero, no la produjera, ó mejor dicho, no hiciera necesaria la reforma de toda ella.

La verdad es que nuestros codificadores estuvieron poco felices al consignar los preceptos que motivan estas observaciones.

Finalmente: concluye el Código Civil ordenando en el

<sup>1</sup> Art. 3,922, Cód. Civ. de 1884.

artículo 4,126, que si hecha la partición aparecieren algunos bienes omitidos en ella, que se haga una división suplementaria, en la cual se observarán las disposiciones que relativamente á la partición establece. La claridad de este precepto nos excusa de toda explicación.<sup>1</sup>



# U A N L

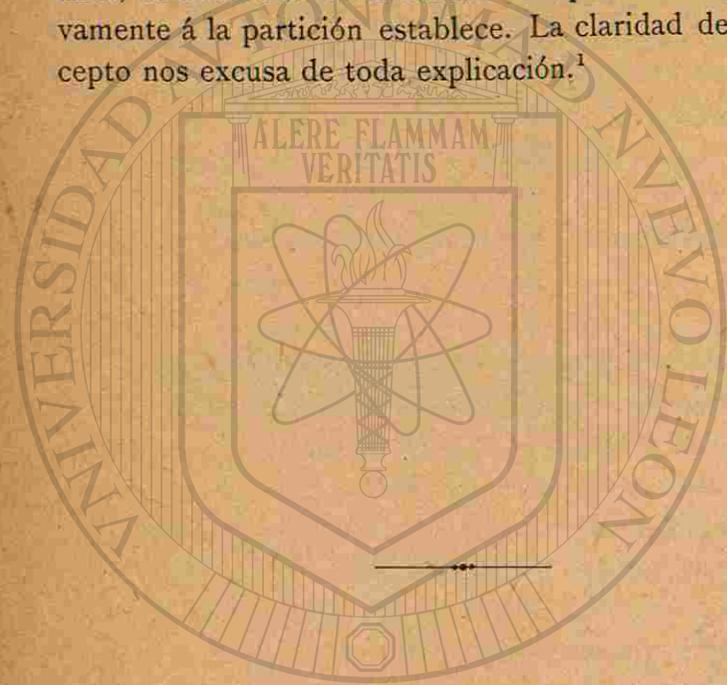
APÉNDICE

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

<sup>1</sup> Art. 3,823, Cód. Civ. de 1884.

artículo 4,126, que si hecha la partición aparecieren algunos bienes omitidos en ella, que se haga una división suplementaria, en la cual se observarán las disposiciones que relativamente á la partición establece. La claridad de este precepto nos excusa de toda explicación.<sup>1</sup>



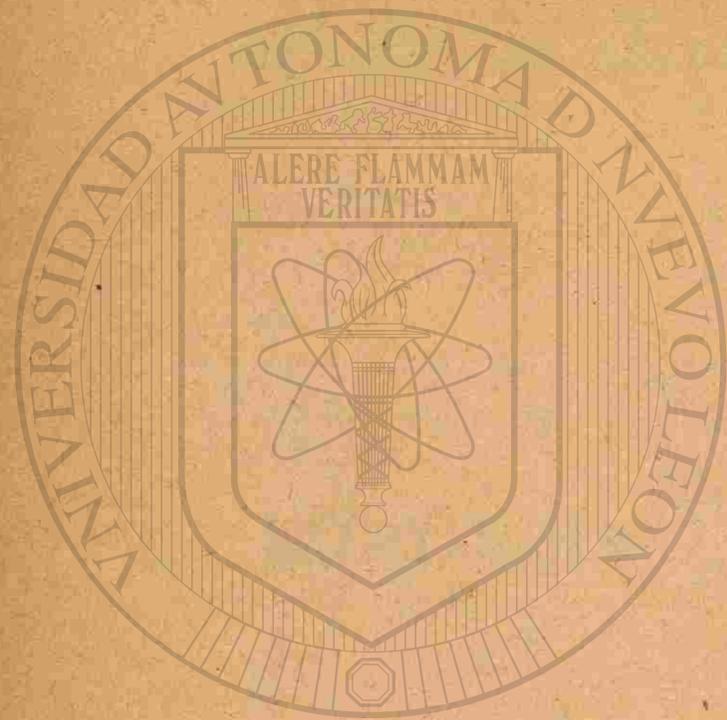
# U A N L

## APÉNDICE

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

<sup>1</sup> Art. 3,823, Cód. Civ. de 1884.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

---

## APÉNDICE.

---

En el Código de 1884 fueron suprimidos los artículos 3,460 y siguientes, que tratan de la legítima forzosa, por ser contraria á la institución de la libre testamentación adoptada y sancionada por él en los siguientes preceptos:

Art. 3,323.—Toda persona tiene derecho de disponer libremente de sus bienes por testamento, á título de herencia ó legado.

Art. 3,324.—Este derecho no está limitado sino por la obligación de dejar alimentos á los descendientes, al cónyuge supérstite y á los ascendientes, conforme á las reglas siguientes:

I. A los descendientes varones menores de veinticinco años:

II. A los descendientes varones que estén impedidos de trabajar, y á las mujeres que no hayan contraído matrimonio y vivan honestamente, unos y otras aun cuando fueren mayores de veinticinco años:

III. Al cónyuge supérstite, siempre que siendo varón esté impedido de trabajar, ó que, siendo mujer, permanezca viuda y viva honestamente: ®

IV. A los ascendientes:

Art. 3,325.—No hay obligación de dejar alimentos á los descendientes, sino á falta y por imposibilidad de ascendiente más próximo en grado. Tampoco hay obligación de dejar alimentos á los ascendientes, sino á falta y por imposibilidad de más próximo descendiente.

Art. 3,326.—No hay obligación de dejar alimentos cuando los descendientes, ascendientes ó cónyuge supérstite tengan bienes propios; pero si teniéndolos, su producto no iguala á la pensión

que debería corresponderles, la obligación se reducirá á lo que falte para completarla.

Art. 3,327.—Para tener el derecho de ser alimentado, se necesita encontrarse al tiempo de la muerte del testador en alguno de los casos fijados en el artículo 3,324; y cesa ese derecho tan luego como el interesado deje de estar en las condiciones á que se refiere el mismo artículo, observe mala conducta ó adquiera bienes propios, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 3,326.

Art. 3,328.—El derecho de percibir alimentos no es renunciabile ni puede ser objeto de transacción, la pensión alimenticia se fijará conforme á los artículos 211, 212, 214, 217 y 220 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada correspondería al que tenga derecho á dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del minimum antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente, no son aplicables á los alimentos debidos por sucesión las disposiciones del capítulo IV, título V del libro I.

Art. 3,329.—Las disposiciones del artículo 3,324, sólo comprenden á los descendientes legítimos y á los ilegítimos reconocidos ó designados, y á los ascendientes legítimos ó que hayan reconocido á los descendientes de cuya sucesión se trata.

Art. 3,330.—Cuando el caudal hereditario no fuere bastante para ministrar alimentos á todas las personas enumeradas en el artículo 3,324, se ministrarán en primer lugar á los descendientes y al cónyuge supérstite á prorrata, y sólo cubiertas íntegramente sus pensiones se ministrarán á los ascendientes á prorrata, y cualquiera que sea su línea ó grado.

Art. 3,331.—Es inoficioso el testamento en que no se deja la pensión alimenticia, según lo establecido en este capítulo.

Art. 3,332.—El ascendiente, descendiente ó cónyuge preterido, tendrá solamente derecho á que se le dé la pensión que le corresponda, subsistiendo el testamento en todo lo que no perjudique ese derecho.

Art. 3,333.—La pensión alimenticia es carga de la masa hereditaria, excepto cuando el testador haya gravado á alguno ó algunos de los partícipes en la sucesión.

Art. 3,334.—No obstante lo dispuesto en el artículo 3,332, el hijo póstumo tendrá derecho á percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiera testamento, á menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

Esta reforma tan trascendental se introdujo á iniciativa del Ejecutivo, por medio de su órgano el Ministro de Justicia, quien refiriéndose á ella se expresa en los términos siguientes:

«La libertad de testar no es más que el ensanche natural de la libertad individual y el complemento del derecho de propiedad. El individuo que con su trabajo y su industria adquiere una fortuna más ó menos considerable, debe tener el derecho de disponer de ella de la manera que crea conveniente, y cualquiera restricción que se le impone, enerva su actividad productora con perjuicio de la riqueza pública, pues así como la esperanza de que después de su muerte sus bienes serán de las personas á quienes designe libre y voluntariamente, lo alienta y estimula para redoblar sus esfuerzos y afanes, así también el temor de que suceda lo contrario, lo decepciona y desanima, inclinándolo cuando menos á la negligencia y al abandono.»

«Es verdad que el hombre, por su facultad generadora, adquiere obligaciones naturales para con los seres á quien da la vida, según sus circunstancias, hasta ponerlos en aptitud de llenar por sí mismos sus necesidades.»

«La teoría de que los padres tienen obligación de hacer ricos y opulentos á sus hijos, y de que el derecho de éstos á los bienes de sus padres es ilimitado y absoluto, es una teoría insostenible, porque no tiene en su apoyo ningún fundamento natural. Las leyes romanas y españolas, el Código francés y todas las leyes que han impuesto el principio de la herencia forzosa, descansan en una presunción que, por justificada que sea, nunca puede tomar la forma de preceptiva y obligatoria. En efecto, interpretando los sentimientos más grandes del corazón humano, se ha supuesto que todos los padres quieren que sus hijos sean sus herederos; pero observando que puede haber algún caso en que no quieran, y que ni aun en éste se atreverían á infamar y deshorrar á sus hijos, desheredándolos por la causa que fija la ley, se debe dejar á los padres en completa libertad, sin contrariarlos de una manera

tan arbitraria y tan violenta, porque en tales casos la ley civil tiene que callar, respetando el silencio de la naturaleza.»

«Además, ¿por qué no conservar á la autoridad paterna su verdadero y tierno carácter? ¿por qué se le quiere desnaturalizar con la dura intervención de la ley civil? Con este procedimiento se excluye hasta la gratitud del corazón de los hijos, que no ven en su padre al respetable y amoroso autor de sus días, sino al jornalero obligado á trabajar para legarles una fortuna. A pesar de la libertad de testar, los padres serán los herederos de sus hijos, y los hijos seguirán siendo los herederos de sus padres, no por la fuerza, sino por la voluntad; no en virtud de la ley, sino á impulsos del cariño; y de este modo los sentimientos se purifican, eliminando el interés que los mancha y los profana; se estrechan los lazos de la familia por el amor, y la autoridad paterna se engrandece y levanta á la respetable altura que debe ocupar en el hogar doméstico.»

«Entrando á otro género de consideraciones, llama desde luego la atención que los hijos de padres ricos, con la seguridad que han de heredar, no siempre se afanan por adquirir personalmente, y educados desde niños con todas las comodidades de la vida y hasta con los caprichos del lujo, se entregan á la ociosidad y al vicio, debilitando sus facultades morales y su constitución física. Si fuera posible tener á la mano datos estadísticos para comprobar este aserto, se notaría que, con honrosas excepciones, esos herederos, por su escasa inteligencia y su falta de aplicación, ocupan el último lugar en la escuela; que pasan desapercibidos en el colegio; que no siguen una carrera profesional; que huyen del taller como de un lugar infamante; que rechazan, en fin, todo trabajo moral y material, y consumen estérilmente su existencia, esperando con impaciencia la muerte de sus padres para entrar en posesión de la herencia y satisfacer las pasiones que los dominan.»

«La herencia forzosa puede enervar la actividad del padre y autoriza y constituye generalmente la ociosidad del hijo, es decir, que disminuye el poder productivo de la sociedad; y bajo este punto de vista, es incompatible con los principios de la ciencia económica. Los más célebres economistas modernos, reconociendo que el trabajo es la única fuente de la riqueza individual y pública, se oponen enérgicamente á todo aquello que tienda á mi-

nar la base sobre que descansa dicha ciencia. Stuard-Mill, como transacción entre sus ideas avanzadas en el particular y las costumbres y tradiciones dominantes, acepta la libertad de testar, y en los intestados la igualdad en las porciones hereditarias. Courcelle-Seneuil, en su tratado de economía política, lib. 1, capítulo 1, sostiene esa libertad con acopio de razones filosóficas, sociales y económicas. En uno de los párrafos relativos dice: «La lógica más simple basta para demostrar el inconveniente económico de la reserva. En efecto, si la propiedad individual es de todos los modos de apropiación el que más estimula al hombre al trabajo, es evidente que se pierde tanta más fuerza, cuanto más se reduce este poder del propietario sobre sus bienes. Es lo que sucede con la reserva, que ataca de la manera más directa y más grave el derecho de propiedad en el derecho de testar.» Luego agrega: «En Inglaterra no hay reserva. En Francia ha sido establecida principalmente para impedir á los padres de familia mantener por testamento el derecho de primogenitura que el legislador ha abolido. A una preocupación del antiguo régimen, el legislador ha opuesto otra.» Como se ve, no pueden ser más terminantes estos conceptos, y es seguro que se ha de fijar en ellos el Congreso, considerándolos como un nuevo y sólido fundamento del proyecto de reformas al Código Civil que somete á su ilustrada deliberación.»

«La Inglaterra ha sido siempre el modelo de las naciones mejor organizadas, y por su justa y respetable celebridad es oportuno recordar que la legislación inglesa, desde el «Estatuto de testamentos» de Enrique VIII, combinado con la abolición de las propiedades feudales decretada bajo Carlos II, consignó entre sus principios el de la herencia libre; y después extendiéndose más en favor de la libertad absoluta, permitió, por un estatuto de Isabel, que hasta las corporaciones, que antes estaban exceptuadas, pudiesen adquirir por legado, con la condición de que fuese para obras de caridad.» Algunos de los Estados de la Unión Americana han seguido el ejemplo de Inglaterra, prescribiendo en sus Códigos que el hombre es libre para disponer de sus bienes por testamento; y por último, han aceptado también esa libertad, como una verdadera conquista del progreso, las Repúblicas de Honduras y Guatemala, que tienen el mismo origen, las mismas costum-

bres y las mismas tradiciones que nuestra patria. Basta leer el brillante Informe con que fué presentado al Presidente de la República de Honduras el proyecto del Código Civil, para decidirse por la libertad de testar, cuyo principio se expresó en el artículo 1,036 de aquel proyecto en esta forma: «La testamentifacción es libre. No hay más asignaciones forzosas que los alimentos debidos por la ley á ciertas personas y la porción conyugal.» Para defender este artículo se aducen en el Informe incontestables argumentos, fijándose de preferencia en los económicos, que se desarrolla con la inserción completa de las doctrinas de Courcelle-Seneuil, que ya se han invocado también, aunque ligeramente, para fundar la reforma del Código Civil del Distrito Federal.»

«No es posible creer que en el Congreso mexicano se pretenda desechar el proyecto que propone la abolición de la herencia forzosa, porque además de las razones expuestas y de otras muchas que militan en favor de ese pensamiento progresista, viene hasta cierto punto á hacer indispensable su admisión el texto de la Constitución política de la República, que en su artículo 27 previene: que la propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización; pues si bien es cierto que el consentimiento puede naturalmente presumirse en caso de intestado, no sucede lo mismo cuando un hombre, queriendo expresarlo en el acto solemne de testar, se encuentra bajo el peso de una ley que se lo prohíbe y le impone por la fuerza herederos que han de ocupar su propiedad.»

«El origen del derecho de propiedad está en la naturaleza, y el primer título del propietario ha sido la ocupación. Después que se organizaron las sociedades humanas siguieron los títulos que se derivan del trabajo, y entonces la ley civil no hizo más que reconocer y dar forma al derecho primitivo. «La ley escrita, dice un publicista francés, no es el fundamento del derecho de propiedad: si lo fuera, no habría estabilidad ni en el derecho ni en la ley misma; por el contrario, la ley escrita tiene su fundamento en el derecho que es preexistente: ella lo traduce, lo consagra poniendo á su disposición la fuerza, en cambio del poder moral que de él recibe.» Como consecuencia se deduce que la ley civil no tiene facultad para imponer restricciones al derecho de propiedad, cuyo

único límite es el que marca el perjuicio de tercero, y mucho menos lo tiene en una nación que ha puesto al frente de sus instituciones fundamentales la inviolabilidad de ese derecho, con el cual está identificado el hombre.»

«Las leyes que establecen la herencia forzosa y sus defensores, incurrn en inconsecuencias que revelan la debilidad de sus opiniones. Así, por ejemplo, la legislación española, tomando del derecho romano la definición de la propiedad, conviene en que es el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas; que la ley lo creó mirándolo como el más identificado con nuestra existencia, y lo hizo estable al mismo tiempo, asegurándolo contra los conatos de la violencia; que después lo hizo comunicable dando origen á los contratos, y por último, trasmisible en el instante de la muerte, abriendo la puerta á los testamentos y sucesiones. Si la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas, ¿por qué la ley ha de coartar esa libertad en los momentos supremos en que más se necesita de ella? Para juzgar cuán deleznable es la razón en que se funda tal ley, no hay más que consultar el conocido diccionario de D. Joaquín Escriche, cuyos conceptos en el particular más bien podrían invocarse en defensa de la herencia libre, que en apoyo de la herencia forzosa. «Las leyes civiles de todas las naciones, dice, después de fijar el derecho de propiedad y de hacerla comunicable mediante los contratos, le hicieron también trasmisible en el instante de la muerte; de modo que, no contentas con determinar á quién debían de pertenecer los bienes vacantes, han permitido al hombre determinarlo por sí mismo para que mediante la justa distribución de su hacienda, pueda recompensar á unos, alentar á los que se inclinan al bien, y dar consuelos á los que experimentan las desgracias de la naturaleza ó los reveses de la fortuna. Hay tres razones poderosas que justifican la libertad de testar: 1.º que la ley de sucesiones no puede menos de ser imperfecta, pues no puede acomodarse á la diversidad de casos y circunstancias, y sólo el propietario es capaz de tomar en consideración las necesidades que tendrán respectivamente después de su muerte las personas que dependan de él: 2.º que revestido el propietario de esta facultad ó poder que debe considerarse como una rama de la legislación penal y remuneratoria, puede ser mirado como un magistrado establecido para fomentar la virtud y reprimir el vicio en el peque-

ño estado que se llama familia, pues hasta el hombre más vicioso desea la probidad y buena reputación de sus hijos; y 3<sup>o</sup> que este poder hace más respetable la autoridad paterna y asegura la sumisión de los hijos; *bien que para no convertir al padre en tirano*, se ha establecido lo que se llama legítima, de la cual no se puede privar á los hijos sino por causas señaladas en la ley y probadas judicialmente.»

«El más entusiasta sostenedor de la libertad de testar no hubiera defendido sus principios de la manera clara y elocuente con que lo hace una autoridad que nada tendrá de sospechosa ni de parcial para los amigos de la legislación civil vigente: y es muy sensible que con injustificable falta de lógica, eche por tierra sus sólidos razonamientos, únicamente por temor á la tiranía de los padres. Ante este enemigo imaginario se olvida la facultad de distribuir la hacienda para recompensar á unos, castigar á otros y alentar á los que se inclinen al bien; se olvida que sólo el propietario es capaz de tomar en consideración las necesidades que tendrán respectivamente después de su muerte las personas que dependen de él; se olvida lo del magistrado establecido para el fomento de la virtud y reprimir el vicio en el pequeño estado que se llama familia; se olvida todo, en fin, y se restringe y limita la libertad individual, y se ataca el derecho de propiedad, y se sustituye la voluntad del hombre con la obligación de la ley, y con la fuerza, el más respetable de los sentimientos, el amor paternal.»

«La tiranía de los padres no tiene ninguna significación para los que conocen el corazón humano y saben que es inagotable su ternura cuando se trata de los hijos, por cuya vida y felicidad no hay sacrificio que se omita, hasta el de la propia conservación. Invocar esta tiranía como única razón, es no invocar ninguna; y todos los padres la rechazarán instintivamente sintiendo que los impulsos de la naturaleza no admiten esa suposición que, en último análisis, vendría á constituir muy raras y monstruosas excepciones. La humanidad tiene sus debilidades; pero las menos frecuentes son las que se refieren al amor á los hijos; y aunque haya algunos padres tiranos, algunos padres desamorados, algunos padres criminales, que al poderoso de nuevas y desordenadas pasiones hagan uso de la libertad de testar con perjuicio de sus hijos, hay que repetir, que esos casos serían excepcionales, y que jamás pueden

destruir la regla general, casi unánime, que es la que debe inspirar y á la que tiene que dar forma la ley positiva.»

«Para prevenir todas las eventualidades, por remotas que se consideren, se ha reconocido y ratificado en el proyecto la obligación natural de los padres de dar alimentos y educación á los hijos durante su menor edad, y aun después, siempre que no estén en aptitud física ó moral de proporcionarse por sí mismos su subsistencia; y en cuanto al cónyuge supérstite, también quedan convenientemente asegurados sus derechos, porque su suerte no podía pasar desapercibida al reformarse la legislación civil en materia de sucesiones.»

«La libertad de testar es una reforma que se define por sí sola, y con enunciarla vienen espontáneamente á justificar su admisión incontestables consideraciones históricas, políticas, filosóficas, sociales y económicas. Lejos de constituir un elemento disolvente de la familia y de la sociedad, hay que aceptarla como un elemento de identificación, como el único medio de restablecer los lazos naturales de la unión, del cariño y del respeto. Es la reivindicación de la autoridad paterna. No debe olvidarse que precisamente en nuestra sociedad es en donde este principio marcará más su tendencia moralizadora, porque combatiendo la ociosidad que autoriza la seguridad de una herencia, refrenará el vicio y estimulará el trabajo, que es el que resuelve el problema del engrandecimiento y felicidad de los pueblos.»

La primera comisión de Justicia de la Cámara de Diputados adoptó la reforma propuesta, y la defendió y fundó en los términos siguientes: «Más grave que las reformas mencionadas y de mayor trascendencia, es la que la Comisión propone que se haga en el libro IV del Código Civil; hasta hoy, en nuestro país, se ha considerado que los descendientes tienen un perfecto derecho para suceder á los ascendientes en cierta parte de sus bienes y que á su vez los ascendientes tienen el mismo derecho para suceder á los descendientes, aunque la parte que se asigna á éstos sea menor que la que aquéllos deben heredar, en todo caso. El poder Ejecutivo ha iniciado sobre este punto una reforma radical, proponiendo que se deje completa libertad á las personas que hacen testamento para disponer de la totalidad de sus bienes, sin más restricción que la de asegurar los alimentos á los que tienen derecho á percibirlos,

y solamente por el tiempo que los necesiten. Sobre este punto tan capital se concentró de una manera especial el estudio de la Comisión, y no obstante las multiplicadas conferencias que sus miembros celebraron, tuvieron el sentimiento de no ponerse de acuerdo; de suerte que uno de ellos ha formado voto particular, y las ideas que vamos á emitir son exclusivas de la mayoría de la Comisión, sin que en ellas tenga participio ni responsabilidad la persona que suscribe el voto particular á que hemos aludido.»

«La antigua legislación romana consagraba el derecho de libre testamentifacción; por manera que todo ciudadano estaba facultado para disponer de sus bienes por testamento, dejándolos á quien le pareciera mejor, y la expresión de su voluntad era considerada y respetada como si fuera una ley. Hubieron de abusar sin duda de esta libertad algunas personas, dejando á sus descendientes en la miseria ó posponiéndolos á otros individuos que en aquella época se tenían como viles, ya por la profesión á que se dedicaban, ó ya por su posición social, y esto dió origen á que los descendientes atacaran por inoficiosos los testamentos de sus ascendientes en que eran olvidados ó preferidos. En el Digesto, libro V, título II, intitulado: *De inoficioso testamento*, se encuentra con todos sus pormenores la doctrina que profesó la antigua jurisprudencia con relación al derecho que tenían los hijos para reclamar la herencia de sus padres, jurisprudencia que fué confirmada por varias resoluciones judiciales que también se registran en el mismo Código. De estos monumentos respetables se deduce que la práctica de admitir á los descendientes á hacer esta reclamación, se fundaba en que se presumía que el testador no había estado en la plenitud de sus facultades mentales, cuando, sin razón plausible olvidaba el deber que tenía de atender á su progenitura, dejándola en el abandono y prefiriendo á otras personas que le eran extrañas. Pero esta presunción, como todas las de su clase, cedía ante la verdad, y no podía ejercitarse la acción de inoficioso testamento en todos aquellos casos en que no era completo el abandono de los hijos, cuando se razonaba la desheredación, ó cuando los hijos la habían aceptado de alguna manera. En todo caso, la legítima que los hijos podían reclamar no excedía de la cuarta parte del haber líquido hereditario, deducidos los créditos pasivos y los gastos de

funeral, como lo enseña Ulpiano en el § 9, ley 8, del título y libro citados del Digesto.»

«Así permanecieron las cosas hasta la época del Emperador Justiniano, el cual, con objeto de uniformar la legislación y reducirla á términos más equitativos, dispuso en el capítulo I de la Novela XVIII, que la legítima de los descendientes fuera de la tercera parte de la herencia, si aquéllos eran cuatro ó menos, y la mitad si eran cinco ó más. Desde entonces la ciencia dividía los herederos en tres clases; á saber: suyos, necesarios y voluntarios; se denominaban suyos á los que hoy se llaman herederos forzosos, porque, según decía un jurisconsulto, eran dueños de la herencia aun antes de la muerte de su causante, y con ésta adquirían la libertad de disponer de aquélla á su arbitrio. Herederos necesarios se llamaban á los esclavos, porque estaban obligados á aceptar cualquiera sucesión, si bien por ese hecho recobraban la libertad; y voluntarios eran los extraños, tanto porque el testador era libre para nombrarlos, como porque ellos disfrutaban de la misma libertad para aceptar ó no la herencia.»

«Entretanto que estas disposiciones regían en el Imperio Romano, las tribus bárbaras que comenzaban á invadir sus diversas provincias, profesaban por el hábito, aunque no por ley, el principio de la libre testamentifacción. La Península española que había quedado incorporada al dominio de Roma desde la época de Augusto, fué invadida por aquellas tribus en el siglo quinto de la era cristiana, durante la débil administración de Honorio; y á vuelta de guerras sangrientas y dilatadas, quedó en poder de los visigodos, que hicieron de España una nación respetable y poderosa. Las leyes romanas se observaban entre los antiguos habitantes del país conquistado, descendientes de los galos y de los romanos; pero tanto los conquistadores como los nuevos pobladores, seguían sus prácticas primeras, y obedecían á las leyes positivas que comenzaron á expedirse en el reinado de Eurico, hasta que Chindasvinto, gobernante que ha merecido elogios de la historia, consiguió la fusión y amalgama de las diversas razas, y estableció la unidad en la legislación, derogando las leyes romanas y ordenando que en todo el reino se observaran las disposiciones góticas.»

«Este rey fué el primero que estableció la herencia forzosa, tal como la tenemos hasta hoy, por medio de una ley, que más tarde

se incorporó por Egica al Fuero Juzgo, y es la I, título V, libro IV de aquel Código, el cuerpo más antiguo de la legislación nacional que tienen los españoles.»

«Chindasvinto no apoyó la herencia forzosa, como los romanos, en el falso supuesto de que pudieran estar dementes los padres que no instituían herederos á sus hijos, sino que ordenó que éstos fueran sucesores de los bienes de sus padres, á fin de que pudieran consagrarse al servicio del Estado sin tener necesidad de dedicarse al trabajo para procurar su subsistencia. Estas palabras, dicen los críticos, no tienen explicación, como no se suponga que la ley se publicó en favor de las clases privilegiadas, únicas á quienes podía convenirles vivir en la ociosidad, de donde infieren que fué una disposición particular. «A nosotros nos parece, añade el Sr. Gutiérrez Fernández, que la ley no recomendaba la exención del trabajo como beneficio de una clase, sino que buscaba el desahogo de todas, con el objeto de tenerlas más dispuestas, más aptas para el servicio público, que en una sociedad guerrera era principalmente el de las armas: que aun así, esto no debió ser obstáculo para que la disposición se generalizara, como sucedió con las arras y gananciales, por más que al establecerlos, tampoco había prescindido la ley de la diferencia de clases. Sobre todo es un hecho que desde esta ley, bien ó mal entendida, han sido legítima de los hijos ó descendientes todos los bienes, menos el quinto de que pueden los padres disponer libremente.»

«En efecto, en España estuvo esta ley siempre, y aun hoy está vigente: fué confirmada por el Fuero Real, por las leyes del Estilo y las de Toro; y entre nosotros jamás se ha reconocido ni practicado otra disposición. Es verdad que el sabio autor de las Partidas pretendió reducir las legítimas en los términos que prevenía la Novela de Justiniano; pero esta fué una de las disposiciones de aquel Código que jamás fué obedecida, y los autores nos enseñan que en la Península española ha sido constante é invariable la práctica de que los cuatro quintos del haber de los padres se tengan como propiedad forzosa de los descendientes, sin que se les pueda despojar de este derecho, más que cuando existen las causas precisas y gravísimas que las leyes señalan como motivos de desheredación.»

«Habiendo subsistido este sistema por tan largo tiempo, no de-

bemos admirarnos de que se encuentre sostenido por la mayoría de los jurisconsultos más eminentes, los cuales se identificaron con la idea de que sería injusto todo otro arreglo en las sucesiones hereditarias. El mismo Sr. Gutiérrez Fernández, á quien hemos citado, y que sin duda es uno de los más ilustrados comentadores del derecho civil español, no se atreve á formular una opinión precisa sobre esta delicada cuestión, y después de presentar importantísimas razones en contra de la herencia forzosa, concluye con estas palabras: «Nosotros no podemos menos de reconocer un fondo de justicia en la institución de las legítimas que florecen á distintas latitudes de civilización, que nace en la culta Roma y se arraiga en las salvajes tribus de los hijos de los Getas, que sobrevive á los imperios, marcha con los siglos, y es ley en España, ley en Francia y ley en otros países. No por eso nos declaramos enemigos de la libertad absoluta de testar donde quiera que exista. Para juzgar del valor de ciertas instituciones forales, necesitamos invocar el testimonio de la experiencia. Las leyes vistas en los Códigos parecen letra muerta; como mejor se conoce su poderío es apreciando el efecto que producen en las familias. . . . «Termina el autor manifestando las dificultades que habría para establecer en algunas provincias de España la libertad de testar.»

«Como se ve, esta reforma se hace temible más bien por lo que respeta al sentimiento, que porque deje de estar fundada en la razón. En Inglaterra la libertad de testar existe desde tiempo inmemorial y ha producido los resultados más satisfactorios. Nadie negará que esta grande nación puede presentarse como un modelo en sus adelantos, en su prosperidad y en las virtudes domésticas de sus habitantes; y todos los tratadistas convienen en que estas ventajas son debidas á la libertad social de que se disfruta en aquel país. La seguridad que tienen todos sus habitantes de que han de disfrutar de una manera tranquila y absoluta de aquello que pueden adquirir, les sirve de estímulo para consagrarse afanosamente al trabajo, y sabido es que el trabajo se considera, con justo título, como la fuente de las virtudes públicas y privadas. Sin haberse hecho ninguna declaración expresa sobre los derechos del hombre, es aquella nación la que más respeta el reconocido principio de que la libertad de cada uno debe extenderse hasta donde no perjudique el ejercicio de la libertad ajena. Las antiguas leyes

restrictivas de la libertad personal y del derecho de propiedad han ido desapareciendo poco á poco, ya sustituidas por una legislación mejor, ya heridas de muerte por la costumbre, hasta que en la actualidad es aquel país el más libre y quizá el más civilizado que se conoce.»

«No siempre fué libre la testamentifacción en Inglaterra, si hemos de creer al comentador de aquella legislación, cuya obra es más estudiada entre nosotros: hasta el reinado de Carlos I, se observaba una ley por la cual estaba prevenido que la tercera parte de los bienes del testador debía pertenecer á sus descendientes, la otra tercera parte al cónyuge supérstite, y solamente de la última tercera parte podía disponerse con libertad. Mas algún tiempo después, y sin que pueda designarse con exactitud en qué época, la práctica constante fué derogando aquella ley, y se introdujo la costumbre de que cada uno pudiera disponer por testamento de sus bienes con entera libertad. Esta costumbre ha sido confirmada con posterioridad por varias leyes positivas, y es ahora uniforme en todo el Reino Unido la legislación que autoriza la absoluta libertad de testar. Los tratadistas consideran este cambio como un adelanto en la vía del progreso, y aun atribuyen en gran parte la prosperidad material de la nación, á la facultad ilimitada que allí se disfruta para disponer por testamento de toda la propiedad.»

«Entre nosotros, que estamos habituados á la minuciosa reglamentación de todos nuestros actos, por haber sido éste el sistema de Roma adoptado por nuestra antigua Metrópoli, hay personas de recomendable ilustración que temen los resultados que esta reforma pueda producir; pero nadie duda que en el terreno de los principios y según las enseñanzas de la economía moderna, la libertad de testar es un complemento indispensable de las instituciones que nos rigen, y su aplicación práctica debe ser favorable al desarrollo de los elementos de riqueza en que abunda nuestro suelo. Los hábitos inveterados por el trascurso de los años nos han acostumbrado á estar tutelados por la acción del poder público, y esto hace que nos sobrecoja el temor á lo desconocido cuando se inicia una innovación radical que amplía el círculo de nuestra actividad individual; pero si examinamos las consecuencias que han tenido estas libertades en otros países, y si estudia-

mos los principios científicos de donde estas consecuencias se han derivado, debe cesar nuestro temor y acogeremos con confianza la innovación que se nos propone.»

«Considerado el hombre como un ser esencialmente social, el derecho de propiedad absoluto y libre sobre todo aquello que adquiere, le es enteramente indispensable, tanto para que lleve á efecto el pleno desarrollo de sus aptitudes, como para que la misma sociedad pueda conservarse tranquila y adelantar en la senda del progreso. No bastaría para la paz de la sociedad que la propiedad se limitara al uso de ella por el actual poseedor; es preciso que se respeten como legítimas las transmisiones que éste haga de lo que le pertenece: de aquí procede la facultad que tiene el hombre para contratar, para donar y enajenar sus bienes, como una consecuencia necesaria del ejercicio de la propiedad. Pero estos medios serían insuficientes para el bienestar de la sociedad si hubieran de terminar en el breve tiempo que dura la vida del hombre; porque si á la muerte de éste, sus bienes habían de entrar en la comunidad general, para que fuesen adquiridos por el primer ocupante ó distribuidos por la administración pública, la paz social estaría constantemente perturbada por estas continuadas modificaciones de la propiedad y no se obtendría el desarrollo de los elementos de riqueza que cada propietario hubiese acumulado, puesto que á su muerte había de producirse una disgregación que necesariamente sería funesta para la producción. Por otra parte, si el hombre tiene la conciencia de que á su muerte sus bienes han de tener una aplicación forzosa, en la que su voluntad no ha de ejercer intervención ninguna, limitará el ejercicio de su actividad á adquirir lo que baste para llenar las necesidades de su vida, sin preocuparse por lo que pueda suceder con los bienes que queden después de que haya dejado de existir. Estas consideraciones dieron origen al derecho de testar, que se encuentra consignado en los monumentos de la más remota antigüedad.»

«Supuesto, pues, que la facultad de testar es una derivación del derecho de propiedad, es claro que no debe sufrir, en principio, más limitaciones que las que se establecen para el ejercicio del mismo derecho durante la vida del hombre. Ahora bien; las leyes no imponen al padre con relación á sus descendientes otra obligación que la de educarlos convenientemente y ministrarles elemen-

tos mientras no puedan bastarse á sí mismos; los hijos, por su parte, están obligados á honrar á sus ascendientes y á alimentarlos cuando lo necesiten; esta misma obligación existe entre los consortes. Si estas obligaciones tienen los hombres mientras viven, si cumpliendo con ellas, son libres en todo lo demás para disponer de su propiedad, no hay razón que funde suficientemente la obligación que se impone á los padres para dejar todos sus bienes á sus descendientes, ni la hay tampoco para que aquéllos deban heredar forzosamente á sus hijos. Los deberes de piedad que tanto consideró y atendió la legislación romana, quedan cumplidamente satisfechos con la provisión de alimentos por todo el tiempo que los herederos los necesiten, y en la cuantía que baste para cubrir esta necesidad.»

«Pudiera suceder que, abusando el padre, el hijo ó el consorte, no dejare á sus herederos lo bastante para que pudieran recibir alimentos; pero á esto ha procurado remedio la Comisión en el proyecto que tiene la honra de presentar, proponiendo que los alimentos en ningún caso sean menores de lo que produciría la mitad de la herencia que debería corresponder por intestado; de esta suerte se fija y establece una base segura que relaciona la cuantía de los alimentos con el haber hereditario. Al mismo tiempo, y para evitar los abusos judiciales que pudieran cometerse en favor del alimentista y en contra del heredero, se determina que cuando el testador no haya señalado lo que por alimentos deba ministrarse y tenga el juez que hacer esta designación, la cantidad que fije no podrá exceder del total de lo que correspondería al heredero por intestado.»

«Fácil sería para la Comisión aglomerar en este dictamen todas las razones que los economistas aducen para apoyar el sistema hereditario que se propone en el proyecto; pero ellas son bastante conocidas y ha sido preciso omitirlas, tanto en gracia de la brevedad, como porque no puede ocultarse á la notoria ilustración de la Cámara. Baste decir que no hay autor alguno que combata la libre testamentifacción, si no es considerando este derecho con relación á países determinados y por circunstancias especiales, conviniendo la mayor parte de ellos en que el derecho de propiedad exige que esta libertad se conceda como un complemento de ga-

rantías individuales y como una necesidad para el fácil desarrollo de la riqueza pública.»

«Por último, no puede dejar de ser aceptado un sistema que cuenta en su abono con la opinión de Stuard-Mill entre los economistas, y de D. Carlos Calvo entre los jurisconsultos.»

Hemos transcrito literalmente todos los pasajes que anteceden, porque hemos querido que nuestros lectores conozcan perfectamente las razones que tuvieron nuestros legisladores para adoptar la libertad de testar, contraria á la institución de la legítima forzosa conocida entre nosotros desde la consumación de la conquista que hizo de México una colonia de España; pero persuadidos de que no siendo bastante explícitos los autores de los pasajes transcritos, no podrían producir un profundo convencimiento en las personas que estiman que la legítima forzosa es la mejor de las instituciones en materia de testamentos. Creemos por lo mismo, que es conveniente dar á conocer las razones que la ciencia moderna da para defender la libre testamentifacción, y que con maestría supo acopiar en breve razonamiento uno de los jurisconsultos más distinguidos del Foro de Jalisco, el Sr. Lic. José López Portillo y Rojas en un brillante discurso que pronunció en el Concurso científico Nacional.

«La familia, dice ese jurisconsulto, y la herencia, son los dos polos sobre los cuales gira el trabajo de la capitalización. En llegando á faltar cualquiera de esos dos puntos de apoyo, la producción cesa, desaparece el ahorro y no hay esperanza de progreso. El consumo diario y brutal de la producción sería el resultado de la desaparición de los hogares y de la extinción de la propiedad á la muerte de cada productor.»

«La propiedad privada trae consigo, como consecuencia ineludible, la herencia, ya por testamento, ya por intestado. En vano pretendería asignarse un origen histórico á la herencia; ha nacido con el hombre á la vez que la propiedad, y ambas proceden del instinto, que es ordenamiento y razón de lo creado dentro de cada esfera particular. El hombre no puede prescindir del instinto sólo por ser racional, pues se halla atado al universo por los vínculos de su organismo, y sujeto por lo tanto á las grandes leyes que rigen la marcha de todas las cosas tangibles. Cada ser está dotado de cuanto necesita para cumplir su destino y sigue en su con-

ducta consciente ó inconsciente las corrientes poderosas de la vida.»

«Sin propiedad no es posible la existencia, cada ser físico posee su cuerpo, esto es, la cantidad de materia que constituye su individuación, y, además, dispone de la facultad de asimilación respecto á la materia externa ora para integrar su forma, ora para crecer y desarrollarse, subsistir y reproducirse. Ahora bien, ningún acto de apropiación es tan completo como la asimilación. Esta significa no sólo el apoderamiento de la materia extraña, sino la incorporación de ella al ser que la atrae, por modo tan absoluto, que importa su absorción y trasmutación en la misma sustancia del ser que realiza el fenómeno. La necesidad misma de la existencia determina el hecho de la propiedad, supuesto que la asimilación no es más que una apropiación absoluta. Ahora bien, la asimilación es una ley del orden físico; luego la propiedad en esencia, procede de la naturaleza.»

«La propiedad social no es más que una prolongación de la asimilación, modificada por la naturaleza complexa del hombre. Lo que en el reino mineral es sólo combinación química, nutrición en las plantas y alimentación en los animales, es en el hombre, además de todo eso, atracción basta y múltiple de cuanto es necesario para realizar los varios fines de la especie, el sustento directo tomado de la naturaleza no satisface al hombre; necesita fuego y utensilios para prepararlos. Ni le bastan las cavernas naturales ó el arrimo de los árboles para guarecerse de la intemperie; ha menester casa y techumbre para su refugio y descanso. Ni tiene piel gruesa como los paquidermos, ni peluda como los cuadrúpedos, ni plumífera como los volátiles para precaver su organismo de las influencias externas peligrosas, malsanas ó molestas; está obligado á fabricárselas para cubrir su desnudez y para defenderse del frío, de la lluvia, de los abrojos y de los insectos. A fin de obtener todo esto, que parece sencillo, le es preciso sembrar el campo y cosechar vegetales; talar el bosque; extraer metales; ser pastor; hacer la trasquila; cardar; hilar y tejer la lana; y hacer, en fin, otras mil cosas para el apoderamiento de la tierra, plantas y animales destinados á la asimilación que reclama su naturaleza.»

«Si del orden físico pasamos al intelectual, ensánchase inmensamente el campo de la propiedad, porque el ser humano, para el

desarrollo de su parte psíquica, exige la asimilación de lo exquisito y hermoso, de lo elevado y opulento, que dan pávulo á su inspiración y alimentan sus ideales. No es propio de esta ocasión explicar tales conceptos. Básteme, por ahora, afirmar que la vida fisio-psíquica del hombre, necesita asimilarse todas las cosas de este mundo para el desenvolvimiento pleno de sus facultades y el cumplimiento de su misión.»

«Herencia y propiedad son dos formas de expresar la misma idea. Las cosas que han sido transformadas por el trabajo, que llevan ya el sello humano, conservan el signo que les ha sido impuesto, de un modo durable, y no pertenecen ya al dominio neutro é indiferente de la naturaleza; son patrimonio de la especie misma que ha determinado su metamorfosis. Las cosas trabajadas ó transformadas por el hombre, están preparadas ya para la asimilación humana, y deben ser conservadas en el estado en que se encuentran si se quiere evitar un desperdicio bárbaro de fuerza para beneficio de las generaciones.»

«La herencia, por lo tanto, no puede ni debe abolirse. Ha existido siempre, bien en forma colectiva ó bien en forma individual, para abolirla sería necesario destruir todo lo existente al fin de cada generación, para que cada una de éstas no gozase más fruto que el de sus propios esfuerzos.»

«Ahora bien, tan radical medida nadie la reclama, ni aun los comunistas; luego el principio de la propiedad humana y el de la herencia son aceptados por todos.»

«Pero ¿por qué medio debe ser transmitida la propiedad? Evidentemente de acuerdo con la voluntad del dueño de las cosas. El fué quien trabajó en ellas, quien las transformó, quien las hizo asimilables á la especie, y tiene derecho indisputable sobre la forma comunicada, la cual es inseparable de la materia en que radica. El que fabrica algún instrumento, construye un edificio, ó beneficia y planta un terreno, es el dueño evidente del instrumento de la casa ó de la plantación, puede permutarlos, venderlos ó donarlos sin menoscabar los derechos de nadie. La sociedad está interesada en que aquella riqueza no se pierda, sino antes bien crezca y se desarrolle.»

«Ningún medio más á propósito para obtener estos fines, que dejar al productor en libertad para que nombre el sucesor que le

plazca en el goce de sus bienes. El apego que les tiene, y el deseo de que no se evapore ni malogre el fruto de sus afanes, le harán combinar de tal modo sus disposiciones, que no sólo subsistan sus capitales acumulados, sino crezcan en el porvenir, como semilla fructífera. La obra del hombre es efímera si acaba con sus días; los capitales acumulados, las tierras beneficiadas, las industrias enriquecidas con experiencias adquiridas, los procedimientos, los métodos, la labor de la vida en una palabra, darán fruto escaso ó no darán ninguno, si el heredero no los aprovecha, y si se rompe la tradición del trabajo. La obra humana es nula si la ley no la consagra por la tradición, asegurándole la continuidad. Ahora bien, la continuidad del patrimonio es la herencia.»<sup>1</sup>

«Para que el derecho de testar tenga todo su desarrollo y para que la propiedad sea sinceramente respetada, es preciso dejar al dueño de la cosa en libertad absoluta de que la trasmita á quien quiera. La moral obliga al padre de familia á alimentar á sus hijos, educarlos y á instruirlos hasta que se hallen en aptitud de proveer á sus necesidades por sí solos; no les impone el deber de dejarles sus bienes en todo caso. La herencia procede del amor, no del mandato. Encomendemos á tan elevado sentimiento el cuidado de dejarla á quien convenga y en la cantidad debida.»

«La autoridad paterna es garantía de paz y de equidad. El derecho de testar es para ella un atributo necesario, que la eleva á una verdadera magistratura. Rehusar al padre la facultad discrecional de disponer de sus bienes por causa de muerte, es despojarlo de uno de los medios más preciosos de que puede echar mano para conservar la categoría de su posición y la eficacia de sus preceptos. Los pueblos anglosajones, que son los que más practican la libertad civil, así lo piensan y ejecutan.»

«La herencia forzosa se parece al mayorazgo en que se cohibe la libre acción del testador. Aquél manda que toda herencia vaya al mayor de los hijos: ésta que vaya por igual á todos los hijos, ninguna de las dos permite al autor de ella hacer la distribución según su espontánea voluntad. Bien está que, á falta de testamento, interprete la ley los deseos del difunto, es tableciendo la manera de repartir sus bienes conforme á lo que en tales casos acostumbra la mayoría de los hombres; pero no cuan-

<sup>1</sup> Béchaux. "Le droit et les Faits Economiques."

do el dueño de esos bienes dispone de tiempo para formular sus disposiciones, porque en tal caso, la ley se sobrepone á la voluntad, y la libertad perece á manos de la reglamentación. La herencia ab-intestato no es más que un artificio: es la voluntad presunta del propietario. La forzosa es la usurpación del artificio sobre la naturaleza: es el ab-intestato sobreponiéndose al testamento.»

«La disciplina económica de la familia reclama en favor del padre una libertad absoluta para disponer de sus bienes; la respetabilidad que da al jefe del hogar tal investidura, precave á los hijos de numerosos errores y debilidades. La incertidumbre de éstos respecto de su porvenir, obligalos por una parte á no desviarse del camino del deber y del respeto filial, y á no desatender por otra el trabajo y la producción para precaver el evento de la preterición hereditaria. De los herederos forzosos nacen los holgazanes, los dilapidadores, los viciosos, tal vez los criminales; la confianza en la herencia, inspirada por la ley, enerva los caracteres y debilita los brazos. La libre testamentación es un tónico de la moral y un reactivo contra la inercia; inspira constancia en el trabajo, eleva los caracteres é impide la degeneración de las familias y la pérdida de las fortunas.»

«No hay que temer que los padres cometan injusticias con su descendencia; podrán realizarse algunas á título de excepción; pero no de mayoría ni de regla. Los padres capaces de preterir á sus hijos legítimos para dejar sus bienes á la concubina ó á la descendencia espuria, serán los mismos que, bajo el régimen de la herencia forzosa, ocultan capitales, simulan contratos y fingen desfalcos en sus intereses para obsequiar con aquellos fondos subtraídos al hogar honrado, al bastardo ó á la mesalina. Pero esos monstruos son extremadamente raros. Si hay hombres que merezcan confianza, son los que tienen hijos. Aun siendo personas poco honorables en su vida común: tramposos, jugadores, falsarios: ó aun criminales de la peor calaña: incendiarios, ladrones, asesinos; en tratándose de sus hijos son mansos, cariñosos y rectos. Muchos de ellos se lanzan á la perdición llevados del amor á su descendencia. No hay, pues, que desconfiar. Tanto los buenos como los perversos quieren á sus hijos; son hombres malos y padres buenos.»

«Es absurdo tener más fe en la ley que en la naturaleza. La he-

rencia forzosa se inspiró en el amor paterno; no éste en aquélla. Ahora se pretende sustituir la ley al amor, por desconfianza á éste; que es como si se quisiera levantar un edificio sobre arena. El alma de la herencia es el deseo de perpetuidad de la raza y de patrimonio. He aquí la gran voz de la naturaleza. Dejémosla que se eleve con toda libertad, sin temor de que deje de resonar en los corazones humanos.»

«No hay que sacrificar la justicia y la naturaleza en aras de lo inusitado y monstruoso.»

«Desde el punto de vista de la riqueza pública, nada serio puede objetarse contra la libre testamentación. La herencia forzosa pulveriza las fortunas ordenando su reparto. Muerto el jefe de la familia, la gran negociación agrícola, el rico establecimiento mercantil, la industria próspera entran en liquidación y son repartidos en fracciones mínimas, ó son enajenados para distribuir sus productos entre los sucesores. Suponiendo la contratación de una compañía entre éstos, al fin concluye, ó alguno vende su parte, y se introduce en la negociación un elemento disímulo y perturbador. El conocimiento anticipado que tiene el autor de la herencia del fraccionamiento de sus bienes, ataja su iniciativa con harta frecuencia, temeroso de que le sorprenda la muerte antes de la conclusión de su obra, y recelando las pérdidas consiguientes á una empresa abortada.»

«Todas estas causas de perturbación en las fortunas y la parálisis de la producción, evítanse con la plena libertad de testar. El padre de familia que sabe le es lícito hacer con sus bienes toda suerte de combinaciones, los deja en cantidad y calidad á quienes mejor conviene para la continuación de la labor comenzada, y para la conservación y el incremento de la riqueza. El vicioso y el holgazán no recibirán fondos que malgastar y perder en la ociosidad ó en los excesos. Así se impedirá la evaporación de una parte considerable de los patrimonios. Así se evitará en gran parte el ejemplo desastroso de la ociosidad y de la disipación, que reclutan tantos imitadores en todas las clases sociales. Así finalmente se economizarán capitales y se aprovecharán esfuerzos infinitos en el trabajo humano.»

«La herencia forzosa tiene, además, el inconveniente de inclinar á los matrimonios á una relativa esterilidad.»

«La necesidad de dividir el patrimonio entre una prole numerosa, hace nacer en los esposos el designio de tener pocos hijos. El que posee un campo, una casa ó una industria, no admite la idea de que aquellas cosas se fraccionen en partes tan pequeñas que pierdan casi su valor. Tal desenlace, coronando los esfuerzos de toda su vida equivale para ellos á la disolución de su fortuna. Horrorizados por esa perspectiva, prefieren condenarse á tener un sucesión escasa. Este resultado no es una simple suposición, sino un hecho demostrado por la experiencia. Los estadistas atribuyen á esta circunstancia, en gran parte, el estacionamiento de la población de Francia. A medida que avanza el bienestar de los pueblos, aumenta en el corazón de los hombres el apego á la riqueza. El deseo de conservar las fortunas es imperioso y absoluto en los hombres avezados al industrialismo; todo lo posponen al deseo de perpetuar incólume á través del tiempo la masa de sus intereses. Consecuencia lógica de tal instinto es la reducción calculada de la descendencia, que trae consigo más ó menos tarde, la debilitación de los pueblos.»

«Un gran paso se ha dado por el legislador en pro de los intereses económicos de México, al consignar en el Código Civil la reforma trascendental que consagra la libre testamentación. No lleva muchos años todavía de implantada la enmienda, y ya se han hecho sentir por todas partes sus benéficos resultados. Es en vano que clamen contra ella algunos partidarios de la vieja escuela, pintando con negros colores el cuadro desastroso de las consecuencias que, según ellos, debe producir esta franquicia. Hostigados por presentimientos funestos, estos partidarios todo lo miran turbio en rededor: las conciencias manchadas por la iniquidad; rotos los vínculos de la familia; los padres, sordos á la voz de la naturaleza, legando su fortuna á gente indigna y extraña; los hijos abandonados y agonizando en medio de la miseria; la sociedad en general, sin camino ni brújula, despeñada en el desorden y en la ruina. Todos esos lúgubres vaticinios, han quedado por fortuna reducidos á la categoría de simples fantasías téticas; la elocuencia de los hechos se ha encargado de trocar en humo el rigor de tales conclusiones, demostrando prácticamente que el influjo de la disposición mencionada, es fecundísimo en bienes, y no en males, para la generalidad.»

«En efecto, desde que esa libertad fué valientemente reconocida, ha sido posible en nuestro país la conservación de muchas fortunas, que hubieran desaparecido sin duda, si la sombra de la nueva ley no las hubiese amparado. Todos hemos presenciado, en el círculo más ó menos extenso de nuestros conocimientos, sapientísimos arreglos testamentarios hechos por los jefes de algunas familias, debido á los cuales han podido evitarse graves escollos destinados á causar el naufragio inevitable de ciertos patrimonios. El haber de las familias, burlando la expectativa de los hijos derrochadores ó de acreedores sin conciencia que traficaran anticipadamente con la herencia de descendientes descastados, ha ido á parar á manos expertas y honradas, que han sabido conservarlo y acrecentarlo. No por esto ni el amor ni la justicia han salido perdiendo, pues los testadores, sin abandonar á su prole, se han limitado á hacer combinaciones hábiles, que han permitido la continuación de la fortuna, previo el aseguramiento ostensible ó reservado de la vida de los hijos incapaces de manejar un cuerpo de bienes. Ora es el cónyuge supérstite quien queda en posesión de la totalidad de los intereses y continúa desempeñando con equidad y perspicacia el papel de providencia de sus hijos; ora es el más apto y recto de éstos, quien recibe todo el caudal paterno, bajo la obligación de proteger á sus hermanos incorregibles, como lo harían los mismos padres; ora son los nietos directamente, preteridos los hijos, quienes reciben la institución hereditaria, con el fin de impedir que la parte corrompida de la primera descendencia dé al traste en poco tiempo con el caudal heredado, despeñando á la miseria sus propias vidas y las de sus hijos.»

«Si fuese posible formar un cálculo exacto acerca de la totalidad de los bienes que han sido salvados merced á la libre testamentificación, asombraría la enormidad de su masa, y se comprendería el gran alcance económico y los brillantes resultados de tan sabia franquicia. La estadística en este punto, constituye un argumento sin réplica en favor del nuevo sistema testamentario.»

«Los hechos han venido á demostrar asimismo la inconsistencia de los temores manifestados por los juristas de la vieja guardia. Abierta está la puerta ante los padres de familia para disponer de sus bienes según su beneplácito. ¿Se han precipitado abusi-

vamente por ella? ¿Han aprovechado esta coyuntura para cometer injusticias, volver la espalda á sus hijos é instituir herederos á las meretrices? No me atrevo á negar, por más que esto no me conste, que se haya dado algún caso de estos en la República; pero sí afirmo, sin temor de equivocarme, que tal caso habrá sido raro, singularísimo. De suerte que, comparadas esas monstruosidades esporádicas, esas aisladas excepciones, con la suma inmensa de testamentos bien meditados, equitativos y redentores del patrimonio, formulados á la sombra de la testamentificación libre; son como leves gotas perdidas en el inmenso océano. La misma insignificancia de estos acontecimientos, los hace indignos de ser tomados en cuenta, así por los economistas como por los juristas.»

«La libre testamentificación constituye uno de los más famosos triunfos contemporáneos de la Economía política en la Legislación. De tiempo atrás, aconsejada por la ciencia económica, tomó al fin esa reforma cuerpo de ley bajo un soplo vivificante. Pero el triunfo de los sanos principios económicos no se ha reducido á esto, á su transformación en mandato obligatorio prescrito por el poder público; sino que se ha hecho sentir principalmente en los efectos saludables que ha producido al funcionar prácticamente en el regimen hereditario.»

«Otros pueblos muy adelantados y más prósperos que el nuestro, luchan todavía por introducir esa novedad en su legislación. En Francia, por ejemplo, aun no se reconoce ni proclama, á pesar de que desde hace tiempo la predicán sus más preclaros economistas. Federico Passy se ha levantado contra la herencia forzosa, demostrando que el reparto obligatorio desconoce la autoridad paterna, lastima la justicia, perturba la igualdad, daña la buena distribución y la explotación de la riqueza y viola los derechos de propiedad y libertad individuales.<sup>1</sup> Dunoyer, Miguel Chevalier y Leroy Beaulieu sostienen la misma doctrina en sus autorizados escritos. Y el mismo Béchaux, aunque complaciente y timorato, se muestra partidario de la reforma, si bien restringiendo la libre testamentificación á la mitad del patrimonio de cada testador. Los juristas por su parte, representados por una de sus eminencias,

<sup>1</sup> Federico Passy. «Lecons d'Économie Politique,» tomo I.

apoyan las mismas ideas. El testamento, dicen, es el triunfo de la libertad en el Derecho civil. Intimamente ligada á ella, es disputado y desconocido cuando la libertad no está bien cimentada, y respetado cuando esa libertad ocupa en la sociedad el lugar que le corresponde. Un pueblo no es libre si no tiene el derecho de testar, y la libertad del testamento es una de las más grandes pruebas de su libertad civil.<sup>1</sup>

«Las cámaras de comercio francesas se han pronunciado en favor de la reforma. En 1874, la de Burdeos reclamaba como una necesidad nacional el derecho de disponer de los bienes por testamento con toda libertad. Citaba en apoyo de sus deseos el ejemplo de Alemania y de Inglaterra; atribuía á la herencia forzosa la inferioridad comercial y colonizadora de Francia; se alaba ese precedente, como una de las causas de la despoblación del país; y concluía diciendo que el simple aumento de la cantidad libremente disponible por testamento, no remediaría el mal, sino sólo la aplicación de la ley americana, que faculta al padre, después de haber cumplido en conciencia sus obligaciones naturales, para dar ó no dar á sus hijos lo que les plazca.»

«Gloria muy alta es para México, país nuevo, haber llegado tan pronto en este punto al grado de perfección que anhelan todavía y no pueden ver realizado muchas de las viejas y más ilustres naciones del globo; y la gloria también muy alta es para el actual gobierno de la República, representado por el Ministro de Justicia, haber prohiado la idea y presentado la iniciativa de la reforma á las Cámaras Legislativas.»

«Un examen atento de los artículos del Código Civil, proporcionaría una amplia demostración de que el legislador mexicano, no sólo en la libertad de testar, sino en otros muchos puntos de la mayor importancia, se ha mostrado sabio y altamente filosófico; de que ha formado ese cuerpo de preceptos de la más pura y fragante esencia científica; y de que muy especialmente en punto á Economía Política, se eleva en sus disposiciones á la altura de los más fecundos y progresistas principios.»

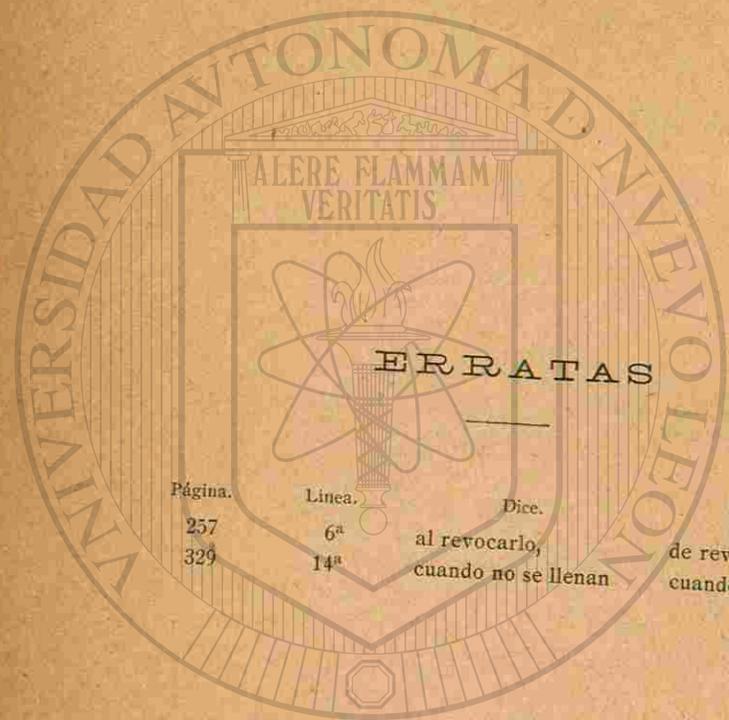
«Esta es una prueba palmaria de que tal Código es limpia ejecutoria de nuestra nobleza; brillante laurel conquistado por nosotros en los campos de la civilización.»

<sup>1</sup> Troplong. «Traité des donations»—Préface.

«Así lo reconocen los doctores y maestros del Derecho. Raul de la Gracerie dice: «Está animado (el Código Civil Mexicano) por un espíritu práctico y progresista, y penetrado de la ciencia jurídica contemporánea;»<sup>1</sup> y Amiaud le llama uno de los más completos y de los mejores que existen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Raul de la Gracerie—«Le Code Mexicain.»

<sup>2</sup> A. Amiaud—Aperçu de l'état actuel des législations civiles de l'Europe y de l'Amérique.»



Página.	Línea.	Dice.	Debe decir.
257	6 <sup>a</sup>	al revocarlo,	de revocarlo
329	14 <sup>a</sup>	cuando no se llenan	cuando se llenan

## INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO

### LECCIÓN PRIMERA.

Arts.	Págs.
De las sucesiones .....	3
Principios generales .....	3

### LECCIÓN SEGUNDA.

De la sucesión por testamento .....	11
I. De los testamentos en general .....	11
II. De las condiciones que pueden ponerse en los testamentos .....	24
III. De la capacidad para testar y heredar .....	43

### LECCIÓN TERCERA.

De la sucesión por testamento .....	93
I. De la legítima y de los testamentos inoficiosos .....	93
II. De la institución de heredero .....	126
III. De las mejoras .....	138

### LECCIÓN CUARTA.

De la sucesión por testamento .....	147
De los legados .....	147

### LECCIÓN QUINTA.

De la sucesión por testamento .....	209
I. De las sustituciones .....	209
II. De la desheredación .....	235
III. De la nulidad y revocación de los testamentos .....	242

### LECCIÓN SEXTA.

De los albaceas ó ejecutores de las últimas voluntades .....	266
--	-----

LECCIÓN SÉPTIMA.

Arts.	Págs.
De la forma de los testamentos .....	300
I. Principios generales .....	300
II. Del testamento público abierto .....	309
III. Del testamento público cerrado .....	314
IV. Del testamento privado .....	333
V. Del testamento militar .....	338
VI. Del testamento marítimo .....	343
VII. Del testamento hecho en país extranjero .....	347

LECCIÓN OCTAVA.

De la sucesión legítima .....	354
I. Principios generales .....	354
II. Del derecho de representación .....	366
III. De la sucesión de los descendientes .....	375
IV. De la sucesión de los ascendientes .....	379
V. De la sucesión de los colaterales .....	383
VI. De la sucesión del Cónyuge .....	386
VII. De la sucesión de la Hacienda pública .....	392

LECCIÓN NOVENA.

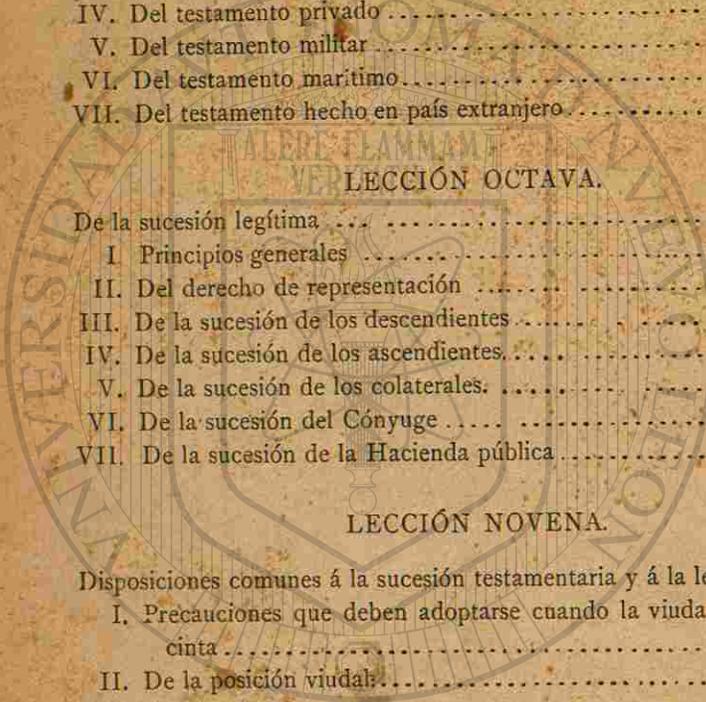
Disposiciones comunes á la sucesión testamentaria y á la legítima...	395
I. Precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda en cinta .....	395
II. De la posición viudal .....	406
III. Del derecho de acrecer .....	410
IV. De la apertura y trasmisión de la herencia .....	425
V. Aceptación y repudiación de la herencia .....	430

LECCIÓN DÉCIMA.

Disposiciones comunes á la sucesión testamentaria y á la legítima...	469
I. Del inventario .....	469
II. De las colaciones .....	501

LECCIÓN UNDÉCIMA.

Disposiciones comunes á la sucesión testamentaria y á la legítima...	517
I. De la partición .....	517
II. Efectos de la partición .....	554
III. De la rescisión de la partición .....	561
Apéndice .....	J



JUAN L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



