

apertura de la sucesión, se sigue que al verificarse la condición, el instituido debe considerarse como si jamás hubiera sido heredero, *conditio retrahitur ad initium negotii*. Teniendo, pues, presente la regla que hemos establecido, debería, en principio, considerarse válida la disposición testamentaria hecha por un italiano bajo condición resolutoria, y por lo tanto, al cumplirse ésta entender que había cesado el derecho atribuido al beneficiado. Se estimaría, por el contrario, como no puesta la condición resolutoria, si conforme á la ley reguladora de la sucesión, la disposición de última voluntad pudiera hacerse solamente bajo condición suspensiva y no bajo aquella otra.

Es necesario advertir además que aun cuando se deba aceptar, en general, que la ley que regula la validez intrínseca de la disposición de última voluntad hecha bajo condición resolutoria, ha de regir también sus efectos, tanto respecto al derecho atribuido al beneficiado como al ejercicio y goce del derecho mismo *pendente conditione*, sin embargo, cuando del uso de los derechos *pendente conditione* se derivasen relaciones tocante á los terceros que en el intervalo hubiesen adquirido derechos bajo el imperio de la ley extranjera, no se podría invocar la ley nacional del disponente, para decidir si debían respetarse ó resolverse estos derechos. Sería indispensable, por el contrario, atenderse á la ley del lugar donde los actos jurídicos se realizaron *pendente conditione*, ó donde se encuentren las cosas objeto del legado, para determinar los límites dentro de los cuales la realización de la condición resolutoria pueda producir sus efectos; y aun pudiera acontecer que merced á cuanto dispone la ley local, aquella produjese sus consecuencias solamente *ex nunc*, ó sea desde el día en que el cumplimiento de la condición lleve consigo la resolución, y no ya *ex tunc*, en conformidad con cuanto dispone la ley nacional del *de cuius*.

Esta regla debería aplicarse de igual suerte, en el caso de una condición suspensiva, cuando se trate de determinar sus efectos respecto á los terceros.

1.584. En lo que concierne á las condiciones imposibles es necesario advertir que deben considerarse como tales, no sólo las que lo son materialmente, sino también aquellas otras

cuya realización no sea posible á causa del obstáculo que oponga la ley del país extranjero donde hayan de cumplirse.

En todo caso, teniendo presente que conforme á la ley reguladora de la sucesión deben considerarse como no escritas las condiciones contrarias á las leyes, para decidir si una condición es ó no obligatoria ó si debe tenerse por no escrita, sería preciso atender á la legislación en vigor en el país del testador, é igualmente á la del país extranjero donde la condición se hubiera de verificar. Por consiguiente, la disposición que haga un extranjero con la condición de que emplee el beneficiado una parte de los bienes objeto de la herencia en establecer una fundación religiosa en Roma, se deberá considerar como no puesta, por ser contraria á la ley italiana bajo cuyo imperio habría de realizarse, á pesar de que dicha condición no pueda entenderse como contraria á las leyes, según la legislación á que se hallaba sujeto el testador (1).

1.585. Los mismos principios deben servir para determinar si una condición puede ó no considerarse ilícita.

El legislador italiano, por ejemplo, considera en general, ilícita la condición que impide tanto las primeras como las ulteriores nupcias (art. 850). En el Código francés no hay disposición equivalente y los jurisconsultos tampoco se encuentran de acuerdo respecto al valor de esta condición (2).

(1) Confr. el § 1.438.

(2) Favard de Langlade, *Rep. v.º Don. entre vifs. sec. I, § 2.º*, dice que la condición de no casarse no es contraria ni á las leyes ni á las buenas costumbres, y que por consiguiente, debe considerarse obligatoria para el donatario ó legatario. Es mayor el número de los que dicen lo contrario. Durantón, t. VIII, núm. 120; Aubry y Rau. *Note á Zacchariae*, § 692. La Audiencia de París entiende que corresponde al juez decidir, según las circunstancias, si la condición de no casarse debe ser válida ó nula. París 1.º Abril 1862 (*Journ. du Pal.*, 1862, pág. 949 y la nota allí existente de Labet) (a).

(a) Por el art. 793 del Código civil español se dispone que la condición absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, se tendrá por no puesta, á menos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte ó por los ascendientes ó descendientes de éste.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España declara que no es

En el Código austriaco esta condición se considera obligatoria solamente para el viudo ó la viuda que tenga uno ó más hijos, y como no puesta respecto al heredero ó al legatario (artículo 700). Es claro, que á nuestro modo de ver conviene atenerse á la ley que ha de regular la sucesión, para determinar si tal condición debe considerarse obligatoria ó como no escrita.

Respecto á las condiciones que pueden reputarse contrarias á las buenas costumbres ó al orden público, precisa someterse á la ley vigente en el lugar donde hayan de cumplirse, para decidir si se deben ó no tener por obligatorias. En efecto, es natural que así como incumbe al legislador de cada país mantener incólumes las buenas costumbres y el orden público, y nadie puede, sin ofensa de las leyes que tienden á la conservación del mismo, llevar á efecto lo que aquéllas prohíben, por la misma razón debe considerarse como no puesta la condición que, según las leyes del país donde haya de cumplirse, no pueda ser realizada por ser contraria al orden público ó á las buenas costumbres.

Creemos oportuno advertir que cuando la condición sea posible y lícita, y se haya de decidir si debe ó no tenerse por efectuada, conviene referirse á las leyes de la naturaleza del testador cuando se trate de realización material, ó á las leyes vigentes en el lugar donde la condición deba ejecutarse para determinar si el hecho puesto como condición puede entenderse legalmente terminado. Bajo tal aspecto, la ejecución asume el carácter de hecho jurídico, y se debe decidir, con arreglo á la ley local, si el cumplimiento como acto jurídico se ha de considerar realizado.

1.586. Pasemos ahora á examinar el contenido verdadero y propio de la disposición testamentaria, es decir, su valor jurídico teniendo en cuenta lo que constituye su objeto y las personas á cuyo favor se ha hecho. Recordando que, en general, sólo puede ser objeto de una disposición á título gratuito lo que está en el comercio de los hombres, se deduce

contraria á la moral ó á las buenas costumbres la condición prohibitiva impuesta al heredero ó legatario de contraer matrimonio con determinada persona, siquiera median entre el agraciado y la persona á que la prohibición se refiera, relaciones íntimas. (S. 7 Diciembre 1899).

que cuando se trate de decidir acerca del valor de la misma por lo que se refiere á los objetos que la forman, es preciso atenerse á la *lex rex sitae* para determinar si la cosa debe considerarse dentro del comercio de los hombres y disponible por lo tanto, ó fuera é indisponible, á fin de deducir la validez ó nulidad de la disposición en relación á los bienes. Puesto que, como hemos dicho anteriormente (1), compete al Soberano del territorio determinar la cualificación y la condición jurídica de las cosas existentes en el país sujeto á su imperio, es natural que se decida de acuerdo con la *lex rei sitae* si las que constituyen la herencia se hallan ó no en el comercio de los hombres, y si como tales, pueden ó no ser objeto de la disposición á título gratuito:

Se debe además determinar con arreglo á la *lex rei sitae*, si los bienes objeto de la disposición testamentaria son ó no transmisibles á los herederos y si pueden constituir el legado; así como también, cuando se quisiera establecer si atendiendo al objeto de la disposición, se trata de un legado de cosa mueble ó de cosa inmueble. Controversia que pudiera tener cierta importancia en determinados casos, para decidir la competencia en materia de acciones sucesorias.

1.587. En lo que se refiere á la cosa individualmente designada y perteneciente á un tercero, la controversia que puede surgir sobre si el legado de cosa ajena es válido ó nulo, debe resolverse con arreglo á cuanto dispone respecto de este propósito la ley personal del testador, que regula la validez intrínseca de la disposición testamentaria.

Las disposiciones legislativas referentes á este asunto, no están de acuerdo. Según los principios del Derecho romano, se consideraba válido el legado de una cosa que el testador sabía que no le pertenecía, y en tal caso, como dice Ulpiano, el legatario podía ejercitar la acción para obtener el equivalente del precio en que aquélla se estimase (2). Según el Derecho italiano, el legado de cosa ajena es válido cuando el testador sabía

(1) Vol. II, §§ 765 y siguientes.

(2) Confr. L. 34, *De legatis*, XXX, I, § 7.º

que pertenecía á otro, en cuyo caso, si á la muerte del disponente la cosa no se encuentra en su patrimonio, tendrá facultad el heredero de adquirirla para entregarla al legatario, ó bien de pagar á éste su justo precio (1). Según el Código francés, por el contrario, el legado de cosa ajena se considera nulo, tanto si el testador sabía que la cosa pertenecía á un tercero, como si lo ignoraba (2) (a).

Para decidir acerca de la validez del legado, no se debe aplicar la *lex rei sitae*, supuesto que no pudiendo el propietario de la cosa ser expropiado por la sola voluntad del testador, y estando el heredero, por consecuencia de la negativa de vender la cosa ajena legada, obligado á pagar al legatario su justa estimación, nos parece que conviene referirse á la ley encargada de regular la eficacia intrínseca de la disposición testamentaria, para decidir si ésta debe considerarse válida ó tenerse por nula. Por consiguiente, en el caso que se discute se consideraría válido el legado de una cosa mueble situada en Francia perteneciente á un francés, si el disponente italiano sabía que legaba la cosa ajena y expresamente lo declaraba en el testamento. Aunque la controversia surgiese en tales términos ante los Tribunales franceses, como en Francia se acepta que para la sucesión mobiliaria ha de aplicarse la ley nacional del disponente, y en conformidad con nuestra ley el legado de que nos ocupamos se considera válido, como tal debería ser tenido por dichos Tribunales. Estos no podrían, ciertamente, obligar al propietario á enajenar la cosa legada, pero sí condenar al heredero á pagar al legatario el justo precio. Realmente no existe ninguna razón de orden público para fallar en sentido contrario. Pudiera, tal vez, sostenerse que la disposición sancionada en el art. 1.021 del Código francés se ha inspirado en razones de orden público, y principalmente para prevenir las cuestiones judiciales, tanto acerca del conocimiento por parte del testador de que la cosa era de otro, como acerca de su justo precio; pero no nos parece que se

(1) Artículo 837.

(2) Artículo 1.021.

(a) Lo mismo dispone el Código español en su art. 861 que el italiano.

podría justificar por esto el desconocimiento de la voluntad del testador, que en conformidad con su ley personal, sabiendo que puede imponer á su heredero la obligación de pagar al legatario la justa estimación de la cosa legada, si el propietario de ella rehusa enajenarla, hizo con tal intención su testamento.

Variaría el caso si se tratase de un legado de cosa inmueble; de igual modo que se admite en Francia que la sucesión inmueble se sujete á la *lex rei sitae*, y se debe, en conformidad con ésta, decidir respecto á la validez intrínseca de la disposición testamentaria relativa á los inmuebles existentes en la nación francesa, el legado de que hablamos debería declararse nulo merced á la disposición sancionada en el art. 121 del Código francés.

Aun en estas circunstancias, si la controversia naciese ante los Tribunales italianos, donde no puede tener valor alguno la máxima establecida en Francia *tot hereditates quot territoria*, sino que, por el contrario, de acuerdo con la regla sancionada por el legislador patrio en el artículo 8.º, debe aplicarse la ley nacional del disponente para decidir acerca de la validez de su disposición testamentaria, el legado de palabra se consideraría válido en virtud de la disposición sancionada por el legislador italiano en el artículo 837, y el heredero sería condenado á pagar al legatario el justo precio.

1.588. Todo lo que hemos dicho hasta ahora, se refiere, naturalmente, á las cosas ajenas de que se puede disponer y que estén en el comercio; porque si las que pertenecen á un tercero fuesen de tal naturaleza que por la *lex rei sitae* se consideraran fuera del comercio, en este caso el legado se tendría por nulo, según hemos dicho anteriormente.

1.589. En lo que se refiere al valor de la disposición testamentaria, teniendo en cuenta la libre disposición de los bienes que se encuentren en el patrimonio del disponente, conviene advertir que cuando, como ocurre en algunos países, las leyes niegan á ciertas personas la facultad de disponer de todo lo que constituye el caudal del testador, la ordenación testamentaria no sería eficaz más que respecto á la parte de los bienes de que aquél pueda disponer, conforme á la ley. Esta se llama general-

mente porción disponible, y la restante constituye las legítimas destinadas á garantir el derecho de las personas especialmente designadas como sucesoras.

Para la determinación de la porción disponible, no están de acuerdo todas las leyes de los diferentes países. Según la ley italiana (1), las liberalidades que se hagan por testamento, no pueden exceder de la mitad de los bienes del testador si deja hijos al morir, sea cualquiera el número de éstos. La otra mitad constituye la legítima en provecho de los hijos. El Código francés, por el contrario, permite disponer de la mitad si el testador deja un hijo á su muerte; si deja dos, solamente podrá disponer del tercio, y si deja tres ó más, sólo del cuarto (2). Según el Código español, los dos tercios del patrimonio del padre y de la madre constituyen la porción de los hijos y descendientes legítimos, pudiendo, no obstante, disponer los progenitores de uno de estos dos tercios para dejarlo como mejora en provecho de uno ó varios de los hijos ó descendientes legítimos. La parte disponible, por consiguiente, está constituida por el tercio del patrimonio (3). La reserva, pues, se determina de distinto modo por la ley italiana y por la de los demás países, en el caso de que falten los hijos (4).

1.590. Resulta evidente, pues, que la ley encargada de determinar la cuantía de la porción de que se puede disponer por testamento, debe ser aquélla por la que se regule la sucesión. La limitación se encuentra, en efecto, en relación con el derecho hereditario atribuído por la ley misma á ciertas y determinadas personas.

Es natural que aceptado el anormal principio *tot hereditates quot territoria*, y considerando que la sucesión inmobiliaria debe

(1) Artículo 805.

(2) Artículo 913.

(3) Código español, arts. 806-808; portugués, 1.784. La legítima se fija también en los dos tercios del patrimonio. Pero si el testador no deja más que ascendientes, descontados su padre y su madre, puede disponer de la mitad de su patrimonio.

(4) Confr. Código italiano, art. 807; francés, 915; español, 809-810; portugués, 1.787; holandés, 962; de Zurich, 970; chileno, 1.182-1.183.

ser regulada por la *lex rei sitae*, se admita que la porción de los bienes de que le es permitido disponer al testador, se determine conforme á la ley territorial. Un italiano, por consiguiente, no puede disponer de un modo eficaz de los bienes inmuebles que le pertenezcan y existan en Francia, más que de acuerdo con la regla establecida por el Código civil francés respecto á la parte disponible.

Se comprende fácilmente lo anómalo que es el principio relativo á la legítima en el sistema francés, en materia de sucesiones extranjeras; pero aun dada la anormalidad del sistema, atendiendo á que la ley que regula la sucesión tiene el carácter de estatuto real, es forzoso admitir lo que la jurisprudencia francesa ha establecido, esto es, que los preceptos legislativos que conciernen á la disposición de los bienes y que tienden á asegurar una porción del patrimonio del difunto á los herederos de la sangre, forman parte del expresado estatuto real (1). Con tal sistema, por consiguiente, para establecer el activo de la herencia, á fin de determinar la legítima, es menester considerar la sucesión inmobiliaria como distinta y separada, valorar los inmuebles existentes en Francia y no aquéllos situados en país extranjero, y calcular el importe de la reserva conforme al Código francés, teniendo en cuenta el total de los inmuebles que radican en Francia (2).

1.591. Más racional es, ciertamente, el concepto que informa el sistema italiano; puesto que atendiendo á la ley personal del *de cuius*, la cual regula exclusivamente su sucesión, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que estén situados, se decide conforme á la misma, no sólo quién puede ostentar respecto al *de cuius* la cualidad de heredero forzoso, sino que, considerando todo el patrimonio como un *universitas* en cualquier lugar donde estén situados los bienes hereditarios, determina además el importe de la legítima, ó sea la parte del

(1) Véase, en conformidad de esto, Cass. rej., 4 Marzo 1857 (*Dalloz*, 1857, I, pág. 102).

(2) Confr. Trib. civ. de la Seine, 21 Mayo 1879 (*Journal de Droit intern. privé*, 1879, pág. 599).

patrimonio del difunto, de que éste no pudo disponer, y que recogerán los herederos de la sangre. Tal sistema es el más racional, porque mantiene íntegro el concepto esencial de la legítima, que es el derecho hereditario de los parientes en línea recta, garantizado por la ley respecto á una determinada porción de bienes, contra la liberalidad de aquel á cuya sucesión son llamados por la ley. La legítima, por lo tanto, no representa otra cosa que un derecho de sucesión *abintestato*. El patrimonio de toda persona que deja herederos forzosos se divide de pleno derecho en dos partes, de las cuales una constituye la parte disponible libremente y la otra la legítima. La transmisión de la primera se encuentra en el campo de la autonomía del disponente; la de la segunda tiene lugar *ope legis* y se atribuye, independientemente de la voluntad del *de cuius*, á los herederos forzosos colectivamente. Así las cosas, ¿puede por ventura admitirse que el derecho hereditario basado en relaciones de sangre, dependa, respecto á la misma persona, de la circunstancia de que los bienes que constituyen su patrimonio se encuentren en este ó en aquel país, y que sea diverso según se trate de bienes muebles ó inmuebles? Considerando que tal derecho debe entenderse fundado en las relaciones de parentesco, bien se derive de la ley que regula y sanciona los derechos que de tales relaciones se deducen, ó bien, como otros sostienen, de la presunta voluntad del difunto, teniendo en cuenta sus naturales afecciones, ¿es admisible que deba fraccionarse y depender de circunstancias contingentes que no ejercen influencia alguna importante sobre la unidad y la individualidad natural de la relación misma? Hasta los jurisconsultos franceses reconocen la anomalía del sistema legislativo en vigor aun en Francia en virtud de la doctrina tradicional, pero no ciertamente racional (1).

En el sistema italiano se procede, sin duda, de un modo mucho más lógico. Considerando, en general, la unidad del derecho hereditario; la del patrimonio; la de la ley reguladora, cuando llega el caso de determinar la legítima y la parte dis-

(1) Confr. Renault, *De la succession des étrangers en France* (*Journal de Droit int. privé*, 1875, pág. 332, nota 3).

ponible; teniendo en cuenta que todo se reduce á fijar los derechos de los herederos consanguíneos respecto al patrimonio del difunto, y á establecer la parte de los bienes de que éste podía disponer según su ley personal, el Magistrado italiano, cuando sea llamado á ello y se estime competente, debe formar la masa activa del patrimonio, sin tener en cuenta la naturaleza de los bienes ni el lugar donde se hallen, con el único fin de calcular el importe de la legítima. Este es uno de los casos en que encuentra justa aplicación la máxima sancionada por el patrio legislador en el artículo 8.º del título preliminar, como hemos dicho antes (1).

Se puede discutir si la ley reguladora debe ser la del Estado de que el *de cuius* era ciudadano, la de su domicilio de origen ó la de su domicilio de hecho, y admitir uno ú otro de los dos sistemas, sin violar los principios fundamentales; pero no es aceptable, ciertamente, el sistema francés sin conculcar de un modo manifiesto los expresados principios.

1.592. Todo lo que hemos venido diciendo hasta aquí, debe servirnos también para determinar la porción de legítima establecida por la ley en consideración á los herederos legítimos, como son los ascendientes, el cónyuge supérstite y los hijos naturales. En el sistema francés se admite, en general, que, así como la ley que regula la transmisión de los inmuebles tiene el carácter de estatuto real, el caudal disponible respecto á los herederos reservatarios debe permanecer, en todo, sometido á la *lex rei sitae*, en lo que se refiere á los inmuebles existentes en territorio francés. Nosotros, por el contrario, atendiendo á que las restricciones impuestas á la disponibilidad de los bienes en interés de ciertas personas y en consideración á sus relaciones personales con el testador, se fundan en las relaciones de familia, entendemos que el legislador á quien compete regular tales relaciones y proteger los derechos y los intereses de las personas que constituyen la familia, debe regir también la parte de los bienes reservada á cada uno de los herederos legítimos. Por lo que reconocemos el carácter del esta-

(1) Véase tomo V, § 1.314, pág. 71.

tuto personal, en toda disposición legislativa que fije la parte disponible, respecto á los hijos legítimos, á los hijos naturales, al cónyuge y á los ascendientes.

Es natural que, para ser consecuentes, admitamos la necesidad de referirse á la misma ley reguladora de la sucesión, para decidir lo relativo á la devolución de la legítima y de sus efectos respecto á los derechos que competen á los reservatarios y á las acciones que éstos pueden ejercitar, al orden de suceder de los herederos legítimos y sus obligaciones, á las consecuencias de la renuncia á la sucesión y al derecho de acrecer, y á las acciones que los herederos legítimos pueden hacer valer para conseguir la reducción de las disposiciones testamentarias que traspasen la porción de los bienes de que el *de cuius* podía disponer á título gratuito, con el objeto de que sean declaradas ineficaces hasta dejar libre el importe de la legítima.

1.593. Pueden en tal caso surgir controversias, tanto acerca de la naturaleza y del carácter de los actos realizados por el *de cuius* durante su vida, como respecto á las consecuencias de la acción de reducción de las donaciones, por parte de los herederos legítimos. Para resolver esta cuestión no se puede aplicar siempre la ley que reglamente las sucesiones, sino que es necesario tener en cuenta los principios ya expuestos relativos á los hechos jurídicos llevados á cabo bajo el imperio de la ley extranjera, y los que exponemos más adelante cuando tratemos de las donaciones. Se puede, por ejemplo, dudar si considerando la naturaleza y el carácter del hecho realizado por el *de cuius* durante su permanencia en país extranjero, debe reputarse éste como una verdadera donación ó como acto de enajenación á título oneroso. Para resolver tal duda convendrá atenerse á la ley bajo cuyo imperio el hecho jurídico tuvo existencia y se perfeccionó, y no á aquella en que el heredero legítimo funde su acción de reducción. Cuando se trate de determinar la naturaleza y el carácter de un acto ó hecho jurídico, será necesario referirse á la ley bajo cuyo imperio se le dió ser, y no se podrá invocar ley diversa para atribuir á aquél otra naturaleza y otro carácter.

Por lo que respecta á la verdadera donación, aunque se hubiese hecho, no á beneficio del coheredero, sino de un tercero

que no concurra á la sucesión, no se podría admitir la autoridad de la ley reguladora de la sucesión para aminorar en su virtud los derechos adquiridos por el tercero, donatario, bajo el imperio de la ley extranjera.

1.594. Las leyes de ciertos países limitan también, en consideración á la condición de las personas, la porción de los bienes de que se puede disponer por testamento. Así, el legislador francés en el art. 904, estatuye que el menor que sólo está autorizado para testar cuando haya cumplido los dieciseis años, desde tal edad puede hacerlo disponiendo únicamente de la mitad de los bienes de que, según la ley, disponen libremente los mayores de edad. En virtud de lo expuesto, se encuentra sancionada una ley excepcional relativa á la disponibilidad de los bienes (1).

En Francia se acepta generalmente, merced á la teoría tradicional, que la mencionada regla es aplicable también á los menores extranjeros, distinguiendo la naturaleza de los bienes, y por consiguiente, se atribuye valor á la regla limitativa respecto al menor extranjero que, mediante testamento, quiera disponer de los inmuebles existentes en territorio francés, siempre por el irracional principio de que toda ley relativa á esta materia tiene el carácter de estatuto real. Nosotros sostenemos, por el contrario, que del mismo modo que la porción de bienes de que se pueda disponer debe depender de la ley reguladora de la sucesión, se aplicará ésta para resolver toda controversia respecto á la parte disponible, y entendemos, por tanto, que depende de la ley personal del *de cuius*.

La soberanía del territorio donde se encuentran los bienes que son objeto de la disposición testamentaria, sean muebles ó inmuebles, no tiene ninguna importancia en lo que se refiere á limitar el derecho de disponer, atribuído por la propia ley per-

(1) Decimos relativa á la parte de los bienes de que se puede disponer, porque sólo de este modo nos parece que debe entenderse la disposición del Código francés. Si se quisiera entender como limitativa de la capacidad, no tendría sentido, supuesto que no se explicaría cómo el legislador francés podría conceder al menor la mitad de la capacidad.

sonal al hombre que haya cumplido una edad determinada. ¿Acaso puede encontrarse en la disposición limitativa, una regla de orden público que la haga aplicable hasta á los menores extranjeros? Es más racional admitir que no sólo la capacidad de cada uno para hacer testamento ha de sujetarse á la propia ley personal, sino que también la de disponer de ésta ó la otra cantidad debe subordinarse á la ley misma. Por consiguiente, aceptamos que el menor francés, llegado á la edad de dieciseis años, que deje á su muerte tres hijos, no puede disponer más que de los siete octavos de su patrimonio, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que lo constituyan y en cualquier lugar en que se encuentren, y que el menor italiano que haya cumplido los dieciocho años, debe tener el derecho de disponer hasta de la mitad de sus bienes, sea cualquiera el número de hijos que deje á su fallecimiento, en conformidad con lo establecido por la ley italiana. Creemos, por lo tanto, que la disposición testamentaria del menor de dieciocho años, conforme á la ley italiana, será considerada siempre eficaz; debiéndolo ser del mismo modo en Francia, no obstante la teoría tradicional. En la actualidad, á pesar del anormal sistema, la disposición del menor de dieciocho años, italiano, debe reputarse eficaz en Francia, por lo menos en lo que respecta á los bienes muebles, ya que no existe razón alguna de orden público para sostener la aplicabilidad á los menores extranjeros, de la regla sancionada por el legislador francés en el artículo 904.

1.595. Vamos ahora á examinar el valor de la disposición testamentaria, teniendo en cuenta las personas á cuyo favor se hace.

El legislador italiano limita la facultad de disponer á favor de ciertas personas. Así el art. 770, reduce la porción que el que se casa en segundas nupcias puede dejar á su nuevo cónyuge, la cual no podrá exceder de la que hubiese dejado al menos favorecido de los hijos del anterior matrimonio (1). En los artículos 771 y 772, declara de ningún efecto la institución y

(1) Confr. Cód. francés, art. 1.098; portugués, 1.235; español, 1.331, y holandés, 949.

los legados á favor del Notario ó de otro oficial civil, militar, marítimo ó consular, que haya autorizado el testamento público, y de la persona que escribiera el testamento secreto (1). Asimismo, considera también sin efecto las disposiciones testamentarias hechas por el administrado en favor del tutor, antes de la aprobación de las cuentas definitivas de la tutela. El legislador francés en el art. 909, dispone que los Doctores en Medicina ó en Cirugía, los oficiales de Sanidad y los farmacéuticos que hubiesen cuidado á una persona durante su última enfermedad, no pueden aprovecharse de las disposiciones testamentarias hechas en su favor, durante el curso de tal enfermedad, y comprende en estas disposiciones á los ministros del culto (a).

Los escritores consideran tales disposiciones como limitativas de la capacidad de disponer ó de recibir. A nosotros nos parece que la ley no se refiere á la capacidad, sino que regula la eficacia de la disposición testamentaria en consideración á las relaciones y á los vínculos existentes entre el disponente y la persona en cuyo favor se hace. Dándole el carácter de cuestión de capacidad, se discute, naturalmente, si en la hipótesis de que el *de cujus* sea ciudadano de un Estado y el beneficiado extranjero, será necesario atenerse á la ley del disponente ó á la del sucesor para decidir acerca del valor jurídico de la misma disposición.

1.596. Realmente nosotros hemos dicho que la ley que regule la delación de la herencia debe regular también la capacidad del sucesor (2), y por consiguiente, aun queriendo

(1) Confr. Cód. francés, art. 995; portugués, 1.772 y 1.773; español, artículo 754; holandés, 954, y mejicano, 3.299.

(a) El Código civil español declara sin efecto las disposiciones testamentarias á favor del sacerdote confesor durante la última enfermedad del testador, de los parientes de dicho confesor hasta el cuarto grado inclusive, de su iglesia, cabildo, comunidad ó instituto; del tutor por el pupilo, antes de aprobarse las cuentas definitivas; del Notario que autorice el testamento, su esposa, parientes y afines dentro del cuarto grado, y de los testigos del testamento.

(2) Véase §§ 1.419 y siguientes.