

cipio; luego nula, en su principio, seguirá siendo nula. Si-guese de aquí que si un menor, de edad inferior á diez y seis años, testa, y si muere en la mayor edad, el testamen-to será nulo. Será además nulo si, al otorgarse la escritura, el testador no estaba sano de espíritu, por más que, al fa-llecer, sea capaz de voluntad. (1)

380. El testador debe ser capaz de derecho, pero no de hecho, en el momento de su muerte. Que deba serlo de de-recho, lo dice el artículo 25 del código Napoleón. "Por la muerte civil, el sentenciado pierde la propiedad de todos los bienes que él poseía; su sucesión queda abierta en provecho de sus herederos, á los cuales se devuelven sus bienes de la misma manera que si hubiera muerto natu-ralmente y sin testamento. El no puede disponer de sus bienes sea por donación entre vivos, sea por testamento." Privado del goce de sus derechos civiles, el muerto civil-mente tiene sobre sí una incapacidad absoluta; luego no puede testar. Pero la incapacidad de hecho que sobre- vendría después de la confección del testamento no im- pediría que el testamento fuese válido; de suerte que si el testador estuviese incapacitado, el testamento produci- ría, no obstante, sus efectos. Esto se ha aceptado siempre, pero ¿cual es la razón? Pothier dice que la capacidad de hecho no se requiere sino para la válida confección del testamento, mientras que el estado civil se requiere, no sólo para poder hacer un testamento, sino para tener el de- recho de transmitir sus bienes por testamento; y como hasta su muerte es cuando se cumple ese derecho, síguese que debe disfrutar de ese derecho á la hora de la muer- te. (2) Creemos que la argumentación no es del todo deci- siva. El testamento no tiene valor á la muerte del testador

1 Coin-Delisle, pág. 88, núm. 3 del art. 962; Demolombe, t. 18 pág. 720, núms. 710 y 711 y las autoridades que él cita.

2 Pothier, "Tratado de las donaciones testamentarias," núm. 128.

sino como voluntad continuada del difunto; y ¿puede de- cirse que él continúa queriendo, cuando se halla en estado de querer? Domat contesta, y es la única contestación que puede darse á la objeción, "que las enfermedades que so- brevienen al testador después de su testamento, y que lo ponen incapaz de hacer otro nuevo, fijan su voluntad en el estado en que se hallaba en el último momento del uso que de ella pudo hacer." (1) En otros términos, el testamento permanece válido si no se revoca; ahora bien, el testador incapacitado no es ya capaz de revocarlo; luego el testa- mento es irrevocable y definitivo, como lo sería por su muerte. Y si se objeta que por la misma razón la incapaci- dad de derecho que sobreviene no debería perjudicar, se contesta que la transmisión de los bienes no se hace sino á la muerte, lo que implica que el testador debe ser capaz en esta época. En definitiva, á nosotros nos parece que si se mantiene el testamento á pesar de la incapacidad de hecho del testador á su muerte, es por favorecer los testa- mentos; en rigor de principios, debería decirse que la trans- misión de los bienes no operándose sino á la muerte del testador, éste debería ser en tal momento, capaz de dere- cho y de hecho.

381. Se admite también generalmente que la incapaci- dad intermediaria entre el testamento y la muerte no per- judica. ¿No es este un nuevo favor? Este favor data del derecho pretoriano; y este derecho, en esta materia como en otras tantas, era una reacción de la piedad contra el derecho estricto. A nuestro juicio, resulta de la naturale- za del testamento que la capacidad del testador debe exis- tir, tanto de hecho como de derecho hasta su muerte. El dispone para un tiempo en que ya no existirá; luego el testamento produce sus efectos por la voluntad continua

1 Domat, "Leyes civiles," parte 2ª, lib. 3ª, tít. 1º, sec. 2ª, núm. 16. P. de D. TOMO XI.—73.

da desde el momento en que se celebró la escritura hasta la muerte del testador; ahora bien, la continuación de voluntad exige el derecho y la capacidad de querer; luego desde el momento en que sobreviene una incapacidad, la voluntad se detiene en su curso, es decir, que cesa de existir; en realidad, los pretores daban efecto al testamento por una verdadera ficción. ¿Esta ficción existe aún en nuestro derecho moderno? Según el rigor de los principios, debe resolverse que la ficción ya no existe; ¿puede haber una ficción sin ley? ¿puede haber una excepción á los principios sin texto? Ahora bien, texto no lo hay. ¿Se dirá que en el silencio del código hay que recurrir al antiguo derecho? Es un error citar el antiguo derecho como obligatorio, porque ya no existe con tal título. Cuando hay un vacío en el código, hay que colmarlo por la aplicación de los principios generales, y no aplicando una legislación que está abrogada.

*Núm. 2. Del legatario.*

382. ¿El legatario debe ser capaz al otorgarse el testamento? En derecho romano, se admitía la afirmativa por aplicación de la regla catoniana; también se seguía la siguiente regla en los países de derecho escrito. "La regla catoniana, dice Furgole, quiere que el legado que no fuese bueno, si el testador llegara á fallecer inmediatamente después de haber testado, no pueda ser válido *tractu temporis*. Ahora bien, el legado hecho á una persona incapaz al hacerse el testamento, sería nulo si el testador falleciere entonces; luego permanece siempre nulo á causa de la incapacidad del legatario, y, por consiguiente, se requiere la capacidad en la época del testamento. (1) ¿Debe admitirse el mismo principio en nuestro derecho moderno? Todos

1 Furgole, "De los testamentos," cap. 6º, núm. 35, t. 1º, página 306).

los autores se pronuncian por la negativa, y con razón: la regla catoniana no se seguía en los países de derecho consuetudinario; Pothier la trata de sutileza, Domat y Ricard la combaten; (1) luego habría sido necesaria una disposición expresa para hacer de la regla romana una regla de derecho común. En el silencio del código no se podría admitirla sino cuando resultara de los principios; ahora bien, los verdaderos principios conducen á una regla diametralmente contraria. ¿Por qué se exige la capacidad del legatario? Porque para recibir se necesita ser capaz. Y ¿cuándo recibe el legatario? ¿Con el testamento? No; el artículo 896 dice, al contrario, que el testador dispone para un tiempo en que ya no existirá; al otorgarse el testamento, la disposición no produce, pues, ningún efecto en provecho del legatario; ¿por qué se había de exigir que sea capaz de recibir, cuando nada recibe? El recibe á la muerte del testador, luego basta que sea capaz á la muerte de éste. El artículo 906 confirma esta opinión, pues dice: "Para ser capaz de recibir por testamento, basta estar concebido en la época del fallecimiento del testador." En verdad que la no existencia es la más poderosa de las incapacidades; sin embargo, por los términos del artículo 906, un no ser puede ser instituido legatario. Con mayor razón, las demás incapacidades no pueden perjudicar al legatario que es capaz al fallecimiento del testador. (2)

La corte de casación ha decidido, no obstante, lo contrario, fundándose en la regla catoniana. Ella asienta como principio "que la capacidad, sea para donar, sea para re-

1 Pothier, "Introducción al título 16 de la costumbre de Orleans," núm. 41. Domat, "De las leyes civiles," parte 2ª, libro 1º, título 1º, sec. 2ª, núm. 31, nota (pág. 344). Ricard, "De las Donaciones," tomo 1º, pág. 309, núm. 829, 830 (1ª parte, cap. 3º, sec. 18).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legatario*, pfo. 3º, núm. 1 (t. 16, pág. 44). Toullier, t. 3º, 1, pág. 57, núm. 90. Grenier, t. 1º, pág. 630, núm. 140. Troplong, t. 1º, pág. 154 de la edición belga, núms. 435 y 436. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 154, nota 9 del pfo. 650.

cibir, debe existir tanto en el momento de la confección del testamento como en el de la apertura de la sucesión." (1) Ni una sola palabra para motivar esta resurrección de la regla romana: diríase que todavía estamos en país de derecho escrito. La sentencia de la corte es, en efecto, una de esas reminiscencias como á veces se hallan en sus decisiones, sin duda cuando los magistrados de los países de derecho escrito, se hallan en mayoría en una sala. En vano buscamos un motivo que pueda justificar el pretendido principio formulado por la corte. Todo lo que pudiera decirse, es que el legatario debe ser capaz en el momento del testamento, por la misma razón que el donatario debe ser capaz en el acto de la donación. El argumento sería pésimo; no hay ninguna analogía, bajo este concepto, entre el testamento y la donación. Esta es un contrato, mientras que el testamento es un acto unilateral. El donador hace una oferta al donatario; el testador hace un simple proyecto, la oferta que de él resulta no se dirige al legatario sino á la muerte del testador, luego sólo á su muerte es cuando él debe ser capaz de recibir dicha oferta.

383. Se subentiende que el legatario debe ser capaz al fallecer el testador, supuesto que su derecho se abre en dicha época. Cuando hablamos de capacidad para recibir, queremos siempre dar á entender la verdadera capacidad, la del derecho; pero importa que el legatario sea incapaz, porque su incapacidad la suple su representante legal. Por aplicación del principio, Pothier decide que el legado hecho á una comunidad que se halla revestida de cartas patentes al tiempo de la muerte del testador es válida, aunque no las haya conseguido después de la confección del testamento. (2) Esto implica que si la comunidad no estu-

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1848, t. 225.)

2 Pothier, "Introducción al título 16 de la costumbre de Orleans, núm. 41.

viese reconocida al abrirse el testamento, el legado sería caduco, como hecho á un no ser. La jurisprudencia se halla en este sentido. (1)

384. ¿Qué debe decidirse cuando el legado es condicional? Los autores admiten generalmente la doctrina del derecho romano, que no exigía la capacidad sino al cumplirse la condición. Debería uno confiar del derecho romano al tratarse de testamentos; dicho hecho procuraba hacer válidos los actos de última voluntad, porque casi era una deshonra morir *ab intestato*. El espíritu de nuestro derecho moderno no es ya el mismo; si respetamos la voluntad del testador; respetemos más aun la voluntad de la ley. Cuando se hace á un lado la tradición romana la cuestión es sencillísima. El testador dispone para el momento de su muerte, en dicho momento la cosa legada pasa de sus manos á las del legatario; luego es preciso que sea capaz en dicha época. Aquí nos marcan el paso, y nos dicen que la conclusión suspende la existencia del derecho, que no existe realmente sino cuando se cumple la condición (artículo 1,040). Sin duda que sí, pero esto no impide que la propiedad sea transferida á la muerte del testador; porque éste es quien transmite la propiedad, y no puede transmitirla sino en el momento en que fallece. La retroactividad de la condición levanta la contradicción aparente de estas condiciones. Si llega á fallar la condición, nunca ha habido legado; si se realiza, el legado habrá existido desde la apertura de la sucesión; luego el legatario debe ser capaz en dicho momento. (2)

Desde que se abolieron las incapacidades absolutas, la cuestión casi no puede presentarse sino para las personas morales que no están reconocidas á la muerte del testador;

1 Véanse los autores citados por Dalloz, "Disposiciones," número 334, y por Aubry y Rau, t. 5º pág. 455, nota 10 del pfo. 650.

2 Demante, t. 4º, pág. 83, núm. 38 bis, Demolombe, t. 18, página 768, núm. 718.

¿pueden ellas recibir antes de estar reconocidas? Ya hemos decidido la cuestión negativamente (número 192).

*Núm. 3. Aplicaciones.*

385. En otro tiempo los principios concernientes á la época en la cual la capacidad debe existir, se aplicaban sobre todo á las incapacidades absolutas. De esto resulta alguna vacilación en la doctrina cuando se trata de aplicar los principios á las incapacidades relativas y cuando se trata de motivar las decisiones. A nuestro juicio, los principios se quedan los mismos, así como los motivos para decidir.

Hay una hipótesis en la cual la decisión no es dudosa. El padre de un hijo natural le lega todos sus bienes; en seguida lo legitima por subsecuente matrimonio. Incapaz al otorgarse el testamento, el legatario es capaz en el instante del fallecimiento. ¿Podrá él recoger el legado? Todos convienen en que se ejecutará el legado dentro del límite de lo disponible si hay otros hijos. Se funda esta decisión en el carácter de la incapacidad establecida por el artículo 908. Es, se dice, una regla de indisponibilidad más bien que de incapacidad; (1) luego el derecho de las partes interesadas debe arreglarse al fallecimiento del testador. Nosotros hemos enseñado la opinión contraria (número 360). Realmente es una incapacidad de recibir lo que consagra el artículo 908. Síguese de aquí, que basta que el legatario sea incapaz al abrirse la herencia. Esto se funda también en la razón; porque sólo hasta esa época se puede determinar la porción de bienes de que tiene el padre derecho á disponer en provecho del hijo natural.

386. La regla se aplica, además, sin dificultad al menor en los casos previstos por los artículos 903 y 904. Ya

1 Demolombe, t. 18, pág. 732, núm. 722. Aubry y Rau, t. 5º, página 456, nota 11 del pfo. 650.

hemos dicho que el legado hecho por el menor de menos de diez y seis años permanece nulo, aun cuando el testador falleciere en la mayor edad. Por idénticas razones el legado que él hiciere después de la edad de diez y seis años, se vería reducido á la mitad de aquello que al mayor le es permitido disponer, aunque el menor fallezca después de su mayor edad. Se trata aquí de una incapacidad de derecho que pesa sobre el testador; y éste debe ser capaz en el momento en que testa. Se ha objetado que los artículos 903 y 904 arreglan una cuestión de disponibilidad y no de capacidad; nosotros hemos contestado de antemano á la objeción (núm. 145).

Hay una dificultad real cuando el menor dispone en provecho de un extraño no tutor, y después el legatario se vuelve el tutor del menor. ¿Será válido el legado? Conforme á los principios que acabamos de asentar, debe resolverse que el legado es nulo. En efecto, el artículo 907 establece una incapacidad de disponer; los términos de la ley son formales, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. Ahora bien, la capacidad de disponer debe existir en el momento del testamento y en el del fallecimiento. Luego, en el caso de que se trata, el testamento no puede valer, porque el donador, capaz cuando ha testado, es incapaz cuando fallece. Esto se funda también en la razón: como lo dice muy bien Ricard, el testador, en el caso de que se trata, estaba, á la verdad, en plena libertad cuando testó, pero es preciso que conserve su libertad en la época de su fallecimiento, porque debe morir en plena libertad de poder revocar su testamento. Tal era también la opinión de Pothier. (1)

Hay, sin embargo, una grave objeción. La incapacidad

1 Bayle-Mouillard sobre Grenier, t. 1º, pág. 634, nota d. Demolombe, t. 18, pág. 137, núm. 726, y los autores que él cita. En sentido contrario, Demante, t. 4º; pág. 841, núm. 39 bis 1º.

del enfermo tiene el mismo carácter que la del menor; no obstante se decide y nosotros hemos enseñado, que la disposición hecha por el enfermo en provecho de su médico es válida, cuando es anterior á su última enfermedad (número 342). Conforme á los principios, la disposición debería ser nula, porque el testador, aunque capaz al otorgarse el testamento, era incapaz al fallecer. ¿Cómo aplicar esta contradicción? Ella resulta del texto del artículo 909, y sólo se explica por la tradición. En el antiguo derecho, la incapacidad del enfermo no la pronunciaba la ley, como la del menor; era más bien de hecho que de derecho. La jurisprudencia la había consagrado, al presumir la captación del legatario. Luego podía decirse que el testador, capaz al otorgarse el testamento, estaba en seguida cargado con una incapacidad de hecho, la cual no perjudica. Pero en nuestros días, la incapacidad del enfermo ha venido á ser una incapacidad de derecho; habiendo cambiado la incapacidad de naturaleza, el legislador habría debido cambiar de principio; él ha mantenido la consecuencia que deriva de la antigua doctrina, á la vez que la modifica: esta es una inconsecuencia que el intérprete debe aceptar, porque está consagrada por la ley. (1)

387. Los mismos principios se aplican cuando el menor, llegado á la mayor edad, testa en provecho de su tutor antes de la compulsión de la cuenta y cuando fallece estando está compulsada. Se trata de una incapacidad de disponer, y, es preciso que el testador sea capaz á la hora del testamento y á la del fallecimiento; la incapacidad en una de estas épocas, vicia el testamento. Se objeta que el artículo 907 establece una incapacidad de recibir. Nosotros, de antemano hemos dado respuesta á la objeción (núm. 360). La corte de casación se ha colocado en este terreno en la sentencia que ha resucitado la regla catoniana, con gran

1 Compárese Demolombe, t. 18, pág. 739, núm. 727.

sorpresa de los intérpretes. Es claro, que la incapacidad de disponer implica una incapacidad de recibir; supuesto que hay una doble incapacidad, debemos atenernos á la mente del legislador. Ahora bien, en el caso de que se trata, esto casi no es dudoso: la ley presume que la voluntad del menor no es libre, á causa de la influencia que el legatario ha ejercido en su ánimo; ésta es ciertamente una incapacidad de donar. Cuando hay captación, se dice que el legado es nulo, porque el testador no estaba sano de espíritu, y no se dice que el legatario es incapaz. Pues bien, la incapacidad del artículo 907 no es otra cosa que la incapacidad del artículo 901; sólo que la incapacidad de hecho ha venido á ser una presunción legal, es decir una incapacidad de derecho. Por esto la corte de casación no necesitaba invocar la regla catoniana, en lo concerniente al legatario; ella tenía que decidir la dificultad ateniéndose á la incapacidad del testador; y en este terreno era inútil recurrir á la regla catoniana, supuesto que la definición del testamento es suficiente para juzgar la cuestión. (1)

#### SECCION IV.—Sanción de las incapacidades.

388. Cuando el legislador establece incapacidades, hay que esperarse á que las partes interesadas traten de eludir sus prohibiciones. Esto es sobre todo cierto de las incapacidades de disponer y de recibir á título gratuito; la pasión ciega á unos, el interés de otros los impele á defraudar la ley, y la experiencia confirma, desgraciadamente, que los fraudes son frecuentes y que los casos en los cuales se pueden burlar son raros; tales son las palabras del procurador

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1848 (Daloz, 1848, 1, 225. En sentido contrario, Demolombe, t. 18, pág. 735, núm. 725). Tal es la opinión generalmente adoptada (Aubry y Rau, t. 5, pág. 455, párrafo. 650).