

*Jure civile receptum est, quotiens per eum, cujus interest conditionem impleri, sit, quo minus impleatur: ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Quod plerique et ad legata et ad haeredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditione pareret.*—Leyes 24 y 81, tit. 1, lib. 35; 5, § 5, tit. 2, lib. 36; 3, tit. 7, lib. 28; 161, tit. 17, lib. 50, Dig.—Leyes de Part. citadas en el art. 3,387.

El art. 1,452, como el texto inserto del derecho romano, prescribe lo mismo para los contratos.

Entre el 3,396 arriba copiado, y el 3,387 de que ántes hablamos, que contienen disposiciones análogas, se advierten las diferencias siguientes: que el primero determina la clase de condicion, exigiendo que sea puramente potestativa; y el segundo no distingue cuál ha de ser la especie de condicion que el testador haya impuesto: aquel la tiene por satisfecha, con solo que el instituido ofrezca cumplir; y éste requiere que ponga todos los medios necesarios para llenarla: el uno, en fin, hace consistir el obstáculo para librar de la carga, en la resistencia de aquel á quien la condicion favorece; y el otro redime del gravámen al impedido que no puede vencer el inconveniente, sin expresar cuál debe ser la causa de donde provenga. De consiguiente, parece que el segundo comprende tambien las condiciones casuales y mixtas, y el supuesto de que no puedan cumplirse por caso fortuito, ó por hecho voluntario de un tercero que ni aun sea interesado en la institucion ó legado. De todas maneras, en punto á cumplimiento de condiciones, entra por mucho la voluntad prudentemente interpretada del testador, y debe tenerse muy en cuenta para la resolucion de los casos particulares, conforme al consejo de Papiniano en la ley 101, tit. 1, lib. 35 del Digesto; porque esta es materia vária y difícil, que ha dividido tanto á los antiguos intérpretes como á los escritores modernos.—Véase á Troplong, Donations et Testaments.—Cap. 1º, art. 900, núm. 326 y siguientes.

Todavía conviene hacer sobre dichos artículos dos importantes observaciones: 1ª, que el ofrecimiento á que se refiere el art. 3,396 ha de ser, como se dice en el lenguaje del derecho, una oferta ú oblation real que consiste en la presentacion material y efectiva de la cosa para extinguir la obligacion, á la manera de la que se hace á un acreedor del dinero que se le debe intimándole que lo reciba; de cuyo punto trata el cap. III, tit. IV, lib. 3º de este Código, concordante de la ley 8ª, tit. 15, Part. 5ª, que merece leerse con la glosa 4ª de Gregorio López. Segunda observacion: que el im-

pedimento á que alude el art. 3,387, ha de ser grave, legitimo é inculpable de parte del heredero ó del legatario; pues si es de los que se pueden superar fácilmente ó proviene del ejercicio de un derecho, no basta para que la condicion se dé por cumplida: *Non omne ab haeredis persona interveniens impedimentum, pro expleta conditione cedit*, (al decir de Paulo en la ley 38, D., De Statubil.) Troplong pone el ejemplo de que el legatario no haya podido pagar la cantidad designada por el testador, mediante embargo practicado en sus bienes, á justa solicitud de la misma persona á quien debia entregarla.

Art. 1,744 del Código portugues, y 969 del Estado de México. Artículos de otros códigos que tambien concuerdan, aunque se refieren á las obligaciones: 1,178 frances, 1,296 holandes, 1,131 napolitano, 2,035 de la Luisiana, 1,269 sardo, 874 de Vaud, 1,418 veracruzano.

*Art. 3397. La condicion potestativa se tendrá por cumplida 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 prestacion; en cuyo caso no será ésta obligatoria sino cuando el testador haya tenido conocimiento de la primera.*

*Art. 3398. En el caso final del artículo que precede, corresponde al que debe pagar el legado, la prueba de que el testador tenia conocimiento de la primera prestacion.*

*Art. 3399. La condicion de no dar ó de no hacer, se tendrá por no puesta.*

*Art. 3400. Cuando la condicion fuere casual ó mixta, bastará que se realice en cualquier tiempo, vivo ó muerto el testador, si éste no hubiere dispuesto otra cosa.*

*Art. 3401. Si la condicion se habia cumplido al hacerse el testamento, ignorándolo el testador, se tendrá por cumplida; mas si lo sabia, solo se tendrá por cumplida, si ya no puede existir ó cumplirse de nuevo.*

Hablaremos ántes del 1º, 2º, 4º y 5º de estos artículos que son inmediatamente conexos; y reservaremos para despues el tercero que está intercalado entre ellos, rompiendo su natural y próximo enlace. La manera como han sido motivados por sus autores, en sus principales preceptos, es esta: "Puede suceder que el heredero haya ejecutado el hecho ó dado la cosa que sea objeto de la condicion, ántes de que se otorgue el testamento. La resolucion contenida en el art. 3,397 es conforme á la equidad y combina el interes del heredero con el justo respeto á la voluntad del testador. Lo mismo debe decirse de la disposicion del art. 3,400, en que se trata de las condiciones que no dependen enteramente de la voluntad del heredero."

Textos del cuerpo del derecho mas condu-

centes." *Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore: ut puta, si navis ex Asia venerit. Quaedam, quae non nisi post mortem testatoris: Si decem dederit; si Capitolium ascenderit.*—Ley 2, tit. 1, lib. 35 del Digesto.—*Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator; quae iterum fieri possunt, exspectentur, ut fiant: si vero nesciat, praesenti debeantur. Item sciendum est, promiscuas condiciones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant ut testamento pareatur. Non promiscuas, etiam vivo testatore existere posse.*—Ley 11, tit. 1, lib. 35 del Digesto.—Leyes 10, tit. 1, lib. 35; 45, pár. 2, lib. 31, Digesto; 7, tit. 25, lib. 6, Código.

Los citados artículos discrepan, pues, en principio del sentido de la jurisprudencia romana. Conforme á esos textos, bien vistos en sí mismos, y en la uniforme inteligencia que les han dado los intérpretes, se debe distinguir entre las condiciones potestativas que Paulo llama *promiscuas*, en una de aquellas leyes, y las casuales ó mixtas. Las potestativas solo podian cumplirse válidamente, despues de la muerte del testador, época que éste tiene siempre á la vista cuando hace su testamento, y á la cual se entiende racionalmente que ha querido referir el cumplimiento de sus disposiciones. Respecto de las casuales ó mixtas, por el contrario, no se pulsaba dificultad alguna en considerar libre de la obligacion al interesado, cuando ya habian quedado cumplidas en vida del testador. Pero esto no era sino bajo el concepto de que el testador ignorara, al tiempo de haber otorgado su testamento, que el hecho de la condicion estaba ya realizado; pues si tenia conocimiento de ello y se trataba de un hecho de los que pueden reiterarse, requeriase que éste se volviera á verificar, para que la condicion se reputara cumplida.

La razon de tal diversidad de derecho, para una y otra clase de condiciones respectivamente, la indica Ulpiano en la ley 2, citada del Digesto, exponiendo cuál es el fundamento de la doctrina que asienta en el fragmento de que está formada esa ley, con relacion al caso de condicion promiscua ó potestativa: *nam, ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam; nam, si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.* Esplayándola Troplong, dice con referencia tambien á Voet y Pothier: que en la condicion mixta ó casual, como se infiere de esas frases del jurisculto, entiéndese que el disponente tuvo solo en cuenta la realizacion del hecho mencionado en la condicion, sin cuidarse del modo; y no importa por tanto que se verifique casual ó intencionalmente, si la voluntad del testador queda cumplida una vez que el suceso se ha realizado. Mas en la condicion potestativa, que

consiste en un hecho dependiente de la facultad del legatario, es de suponer, que el testador ha tenido en cuenta, no tanto la realizacion del hecho, como la obediencia, sumision y buena voluntad del legatario en ejecutarlo: de consiguiente, no basta que el hecho se verifique; necesario es que el obligado lo cumpla con conocimiento de causa; conocimiento que no puede tener, hasta que la muerte del testador viene á dar lugar á que se conozcan sus disposiciones testamentarias; y no por que éstas resulten de casualidad satisfechas, se debe considerar que aquel las ha obedecido.—Ya Godofredo resumia las mismas observaciones, explicando el concepto de Ulpiano, en sus notas á la repetida ley 2.

Notemos tambien la razon del caso, en que la condicion no se daba por cumplida, porque el testador supiera que el hecho estaba verificado, y este era tal, que podia reiterarse: entónces era rigurosamente lógico pensar, que el testador no habia querido referirse al suceso ya acaecido, sino á otro semejante, que debiera sobrevenir de futuro, á cuyo tiempo mira en realidad la naturaleza de la condicion.

Justo es reconocer que ese modo de raciocinar no desdice de la sabiduría romana; y si el Código se ha separado de semejantes principios, no es acaso sino por haber mirado las cosas desde un punto de vista diverso: el de la voluntad del legislador, que aprecia la justicia ó la conveniencia en abstracto; y no el de la voluntad del testador que la ley debe solo interpretar, cuándo existe, para que se cumpla en el sentido que parezca mas conforme á su espíritu. La equidad es sin duda el norte y la norma reguladora de la ley; prudente es tambien legislando, conciliar los intereses legítimos. Pero en cuestiones de interpretacion, la intencion es todo; y el mismo legislador no decide sino como su intérprete, autorizándola tal cual se presume que ha sido por conjeturas fundadas. Ni en materia de disposiciones testamentarias, dictadas en ejercicio del libre derecho de testar, que el disponente puede restringir á su arbitrio, hay tampoco intereses que conciliar, del heredero instituido á título de liberalidad, puramente gratuito.

El proyecto de Código español, que tomó por modelo el nuestro, en sus artículos 710 y 712, aun en cuanto al accidente de la interposicion entre ellos del 711, abunda sin embargo en el mismo sentido del derecho romano. Los Códigos de Veracruz y del Estado de México lo han copiado casi literalmente, el uno en sus artículos 1,045, 1,046 y 1,047; y el otro, en los 971, 972 y 973. El artículo 701 austriaco, siguiendo tambien el sentido de la legislacion romana, adolece del grave defecto de estar redactado con mucha vaguedad:

“Si la condicion se ha cumplido—dice—antes de la muerte del testador, se decidirá segun la naturaleza de esta condicion, si debe cumplirse de nuevo, ó si debe dispensarse de ella al instituido.”

Ocupémosnos ya del 3,399 del Distrito, que nos reservamos examinar á su vez.

El precepto que contiene, introduce una verdadera innovacion, y es tanto mas notable, cuanto que abandona el dictámen, digámos así, de la jurisprudencia universal, poniéndose en contradiccion con ella. Pugna, en primer lugar, con el derecho romano, en las leyes 7, 18 y 79, D. de condit. et demonstr. 1, 35, y en la novela 22, capitulos 43 y 44: “*Is cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili deficiente conditione hoc legatum cave hereditas pertinere potest.*” Pugna igualmente con nuestro antiguo derecho patrio, en la ley 7, tít. 4, Part. 6ª: “Pero aquel que fuesse establecido so tal condicion, que non fiziesse alguna cosa señaladamente; este atal ha menester, que de atal recabdo, que sean seguros, que non faga aquello que le defendió el testador. E si esto non quisiere facer, non deve haber la herencia en que era establecido por heredero.”

Con arreglo á uno y otro derecho, la condicion potestativa de no hacer, era obligatoria y debia cumplirse para que subsistiera la disposicion. Mas en favor de las últimas voluntades, no suspendia el efecto de éstas, como lo exige la naturaleza de las condiciones; sino que la disposicion se hacia desde luego efectiva, entregándose la cosa al heredero ó legatario, bajo caucion de restituir lo percibido con sus frutos, si contravenia á la prohibicion. Esta caucion, llamada *Muciana*, del nombre del juriconsulto Quinto Mucio Scevola que la inventó, no tenia lugar en los contratos. En los testamentos se admitia, porque el cumplimiento ó no cumplimiento de una condicion negativa, no puede ser cierto hasta que muere el instituido; y el suspender hasta entónces el derecho de éste, importaria tanto como que no llegara á disfrutar de la herencia ó legado mientras viviera, lo cual se salva tomando aquella condicion como modo.

El Código sardo, en su artículo 862, sigue las anteriores doctrinas. El frances y los demás que se han formado á su ejemplo, no las sancionan expresamente, pero tampoco resuelven nada en contrario. Y Troplong, con referencia al segundo, dice respecto de ellas: Estas ideas y distinciones son tan racionales, que tenian autoridad en nuestro antiguo derecho, sobre la materia de testamentos, y aun hoy son la razon escrita. Solo que la caucion Muciana, de que el Código no habla, está derogada, y

los jueces no deben por necesidad exigirla, á no ser que tengan graves motivos para temer que el legado se dilapide; en cuyo caso procederá, no precisamente como tal caucion Muciana, sino á título de precaucion especial legitimada por el carácter de la persona.

El proyecto de código español, en su art. 711, que forma el 1,046 del de Veracruz y el 972 del Estado de México, ha adoptado por completo el derecho romano. El 1,848 del código portugues, se amolda á las prescripciones de este mismo derecho.

En la introduccion del nuestro, correspondiente á este libro, no figuran los motivos del nuevo principio que establece su artículo. Y en la desconfianza que sentimos de poder acertar con ellos, desvirtuando el espíritu de los redactores con vanas y estériles conjeturas, nos limitaremos á advertir: que aquel principio está circunscrito á las disposiciones testamentarias, pues el Código admite en su art. 1,451 la validez de la condicion negativa respecto de los actos convencionales; y que ésta se ha desterrado de dichas disposiciones, no obstante que el art. 3,405 reconoce la equivalencia que hay entre el modo y la condicion resolutoria, de cuya naturaleza participan las negativas; base sobre la cual descansaba la doctrina romana ántes expuesta.

Si creemos haber podido notar —y nos será lícito observarlo—que frecuentemente en el sistema de nuestro código, las dificultades graves, relativas al cumplimiento de los testamentos, se zanján por medio de decisiones radicales, absolutas y meramente autoritativas, más eficaces sin duda para remover esos inconvenientes de ejecucion; pero tan distantes del religioso respeto á la última voluntad del hombre, que tanto encarecian las antiguas legislaciones sábias, como de la consideracion que las modernas, mas célebres, dispensan á la facultad de testar; medida de la libertad civil y del grado de importancia, que tiene el derecho de propiedad en el estado social.

Art. 3402. La condicion impuesta al heredero ó legatario de tomar ó dejar de tomar estado, se tendrá por no puesta.

Art. 3403. Puede válidamente dejarse á alguno el usufructo, el uso, la habitacion ó una pension ó prestacion periódica por el tiempo que permanezca soltero ó viudo.

El espíritu de estas disposiciones está declarado de la manera siguiente: “El artículo 3,402 cierra la puerta á los 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, seria verdaderamente inmoral. Pero no tiene

inconveniente alguno el legado de un usufructo, ó de una pension, dejado á alguno por el tiempo que permanezca sin casarse; porque puede servir para la manutencion de la persona, y por esto lo autoriza el art. 3,403.”

El sentido propio de ambos artículos, especialmente el del segundo, y sobre todo el contexto de la anterior explicacion, dan á conocer muy claramente que sus prescripciones se refieren solo al matrimonio; y no comprenden ni el estado eclesiástico, ni la posicion de las personas por motivo de empleo, oficio ó profesion, que otros códigos incluyen en sus artículos concordantes. Las condiciones que imponen obligaciones al heredero ó legatario bajo estos respectos ú otros semejantes, se rigen segun la combinacion que resulta de los preceptos de nuestro código, por el art. 3,399 cuando son negativas, y por el 3,388 sean positivas ó negativas, cuando atendido su objeto deban calificarse de legalmente posibles ó imposibles, conforme se relacionen con las leyes y las buenas costumbres, que es como las examinan y tratan extensamente los comentadores del derecho romano, del derecho antiguo español, y del código frances en su art. 900, juzgándolas con vista de los casos y sus circunstancias.

Ménos clara es la inteligencia del art. 3,402, en cuanto á su mayor ó menor extension dentro del caso mismo de matrimonio. ¿Las condiciones que prohíbe son las absolutas ó las relativas: las de tomar ó no ese estado en general, ó tambien las de enlazarse ó no con determinada persona? La generalidad de sus términos hace comprender lo primero, y esto mismo da á entender la expresion: “por el tiempo que permanezca soltero ó viudo” del art. 3,403, siendo tal el sentido en que han repugnado ordinariamente las leyes esas condiciones. Pero en la frase genérica de “tomar ó dejar de tomar estado”, tambien puede entrar el concepto de tomarlo ó no con cierta persona, que no excluye el artículo; y concurre por otra parte á fomentar esta duda, la referencia que se hace en la declaracion de motivos á “los odios de familia;” circunstancia que no puede aplicarse mas que á los inconvenientes de la condicion, que impone la necesidad de casarse ó no con determinada persona. La duda procede al ménos respecto de la condicion relativa, afirmativa, aun supuesto el contenido del art. 3,399.

Las leyes romanas prohibieron la condicion de no casarse, como contraria al órden público bajo el triple aspecto de los instintos naturales, de las conveniencias de la moral, y del interes político en el aumento de la poblacion, que las circunstancias de lugar y de tiempo exigian favorecer: *sobolis scilicet procreandæ causa*. Ella

no fué, con todo, objeto de esa reprobacion, sino en tanto que se impusiera de una manera absoluta; la relativa de no casarse con tal ó cual persona, era válida y debia ser obsequiada. Lo mismo estaba resuelto respecto de la condicion afirmativa, de contraer matrimonio con persona determinada; aquella jurisprudencia no vió en esta nada de censurable, ni creyó que era incompatible con los buenos principios porque deben regirse el individuo, la familia y la sociedad; á juicio de Papiniano es muy lícita una condicion que tiene por objeto invitar al matrimonio, sin coartar en manera alguna la libertad: *Aliud est enim eligendi matrimonii, pœnæ metu, libertatem auferri; aliud ad matrimonium certâ lege invitari*. En cuanto á la condicion impuesta al cónyuge de no volver á casarse, la ley Julia Micela, con el espíritu de fomentar la multiplicacion de la prole, proteger el matrimonio y combatir el celibato, permitió á las mujeres infringir la condicion de viudedad prescrita por el marido, y contraer nuevas nupcias dentro del año de la muerte de éste, jurando que lo hacian con la idea de tener hijos. Mas pasado el año sin que las contrajeran, la condicion subsistia, y para que la mujer obtuviera el legado, necesitaba prestar la caucion muciana de no volver á casarse. Justiniano, en obvio de los perjuros á que daba lugar dicha ley, dispensó primero, así el juramento como la caucion; y luego, adhiriéndose al espíritu del cristianismo que recomendó el estado de viudedad, confirmó la fuerza de la condicion de guardarla, privando del legado á la persona que no cumpliera ésta. Por lo demás, la condicion podia imponerse tanto á la mujer como al marido; y por uno de los consortes al otro, ó por un extraño interesado, ya en la memoria del difunto, ya en el bienestar de sus hijos. (Leyes 22, 63, 64, 71, y 101, D. de cond. et demonstr. 1, 35; leyes 2 y 3, De Indicta vid. 40, 6; Nov. 22, cap. 43 y 44.)

Las compilaciones que hasta ahora nos han servido de derecho patrio, no registran ley alguna especial sobre esta materia. En resumen, los autores que largamente la han discutido, asientan: que la condicion general de no casarse impuesta á un célibe, se tiene por no escrita, mayormente cuando la persona gravada con ella es mujer; pero debe cumplirse si se prescribe á un viudo. Enseñan esta doctrina, como tomada del derecho romano y recibida en la práctica, por útil al Estado y conforme á las buenas costumbres; y añaden: que ella no se entiende de las cláusulas, muy comunes en los testamentos de los padres, que tienen hijas solteras y las mejoran mientras permanezcan sin casarse; porque no tienden á impedir el matrimonio, sino á socorrer á las hijas mientras carezcan del auxilio del marido, y

no son condicionales sino modales: que en consecuencia, se debe entregar dicha mejora á las repetidas hijas tan luego como fallezca el testador, para que la disfruten por el tiempo prefijado, sin necesidad de la caucion muciana. (Véase á Greg. López, en la ley 17, tít. 11, Part. 5ª; Gómez, ley 16 de Toro, núm. 8; Diego Perez, Ley 1, tít. 2, Lib. 5 del Ordenamiento real; y Covarrúbias, *De matrim.* part. 2, cap. 3, párr. 9.)

En Francia la ley de 5 de Setiembre de 1791, confirmada por la ley de 17 Nivoso, año II, dispuso: que toda cláusula testamentaria, ya imperativa ya prohibitiva, que coartara al donatorio, heredero ó legatario la libertad de casarse, aun con determinada persona, debia tenerse por no escrita. Mas tales leyes, que sabios escritores censuran, como un efecto del espíritu de exageracion predominante en esa época, quedaron derogadas desde que se expidió el código Napoleon, conforme á la ley del 30 Ventoso, año XII; y hoy á falta de providencia especial, está acreditada la jurisprudencia siguiente: que la condicion absoluta de no casarse es ilícita, porque reprime una vocacion natural, ataca la libertad del hombre, y puede dar lugar al desarreglo de costumbres; pero toca á la conciencia de los jueces aplicar esta regla con la discrecion conveniente, segun la diferencia que hay de los sentimientos actuales, y el estado presente de la sociedad, á las circunstancias de Roma; así es que nada impide que un testador tenga en cuenta el caso de celibato, y refiera á este caso sus disposiciones de beneficencia; nada impide, por ejemplo, que deje á una persona tal ó cual donacion, para que la disfrute mientras permanezca soltera; y siempre que la condicion se puede explicar por un motivo justo, como el interés del legatario ó la prevision legítima del testador, no debe desatenderse: que la misma condicion, cuando es relativa ó solo prohíbe el matrimonio con determinada persona, no se opone á las leyes, no afecta el orden público ó el respeto de otro, ni oprime la libertad personal, en tanto que deja á la eleccion del legatario una grande amplitud, y debe por lo mismo subsistir, á no ser que alguna razon de moralidad haga el matrimonio obligatorio: que la condicion afirmativa de casarse con cierta persona es válida, porque el testador ha podido tener buenos fundamentos para facilitar y favorecer ese matrimonio mejor que cualquiera otro, y estaba en su derecho hacerlo, así como está en el del legatario, renunciar el beneficio si no le conviene; no hay causa racional para preocuparse tanto por la libertad de éste, y cuidarse tan poco de la del testador; mas sí la hay para considerar que la persona designada en la condicion es interesada en el cumplimiento de

ella, y se le hace una verdadera ofensa en permitirle: que por último, la condicion de viudedad impuesta por uno de los cónyuges al otro, debe ejecutarse; tanto el marido como la mujer tienen á su vez un título atendible para prescribírsele, cual es el del amor y consiguiente deseo de procurar el futuro bienestar á su consorte; el interés de los hijos, si los hay, es muy poderoso para temer un segundo matrimonio como pernicioso; y si el testador indemniza en cierto modo al obligado de su sacrificio, con otras ventajas que son tambien un testimonio de cariño, no es justo permitir que se aproveche esta compensacion sin someterse á la ley de que es la consecuencia, falseando así el espíritu de voluntades respetables. (Coin-Delisle, *Commentaire du titre II, Lib. III du Code Napoleon*, art. 900, núms. 30 á 39. Troplong, *Donations et Testaments*, núms. 237 y siguientes.)

El Proyecto de código español concreta en su artículo 713 las mismas doctrinas, que formula de esta manera: "La condicion absoluta de no contraer primero ó ulterior matrimonio, se tiene por no puesta, á ménos que lo haya sido al viudo ó viuda por su difunto consorte, ó por los ascendientes ó descendientes de éste;" agregando lo que dice nuestro artículo 3,403. Y su anotador observa sobre la palabra *absoluta*, que se hace uso de ella porque la condicion de no casar con persona ó personas determinadas, fué y debe ser siempre permitida: que la idea de limitar solo al difunto y sus parientes en línea recta el derecho para la condicion, es un término medio entre el artículo 822 sardo, que únicamente lo permite al cónyuge, y el Derecho romano que lo permitia aún á los extraños; y que lo del usufructo, uso etc., está tomado del mismo artículo sardo.

Este previene además: que en las disposiciones testamentarias de un cónyuge, que deja prole, á favor del otro, se sobreentienda de derecho la condicion de no casarse.

El artículo 700 austriaco dice: "La condicion de no casarse se tiene por no puesta, á ménos que el legatario sea viudo ó viuda, y y padre ó madre de uno ó mas hijos. La condicion de no casarse con cierta persona es válida."

El artículo 1,808 del código portugues, se expresa así: "La condicion que prohiba al heredero ó legatario casarse ó no casarse, se tendrá por cumplida, á ménos que se imponga al viudo ó viuda con hijos por el cónyuge difunto, ó por los ascendientes ó descendientes de éste."

Los artículos 1,048 de Veracruz, y 964 del Estado de México, siguen el sentido del Proyecto español.

Art. 3404. *La condicion que se ha cumplido, existiendo la persona á quien se impuso, se retrotrae al tiempo de la muerte del testador; y desde entónces deben abonarse los frutos de la herencia ó legado, á ménos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa.*

Nótese las palabras *existiendo la persona á quien se impuso*. La disposicion anterior es con esta calidad; porque conforme al artículo 3,450, al 3,529, y al 3,673 de que en otra parte ya hemos hablado, las últimas voluntades quedan sin efecto cuando el heredero ó legatario muere ántes de que se cumpla la condicion, y éste no trasmite derecho alguno á sus herederos.

En cuanto al principio general que contiene el artículo, ha sido la doctrina comun profesada por los intérpretes del Derecho romano y del nuestro, no sin controversia y oposicion de muy acreditados autores: *Conditio semel existens retrotrahitur ad initium, unde evenit ut actus cui adjecta fuerat conditio, purè initus censeatur*.

Esta doctrina se ha fundado y desarrollado, en vía de conciliacion de los pareceres contrarios, exponiendo: que considerada la persona del legatario, su capacidad de heredar, y la de transmitir su derecho, no debe atenderse á la época del otorgamiento del testamento, sino á la del cumplimiento de la condicion. Y así no se necesita que el legatario condicional sea capaz de recibir el legado en el primer tiempo, siempre que lo sea en el segundo, (los artículos 3,448, 3,449 y 3,528 de nuestro código exigen que lo sea en ambos). De consiguiente, la condicion bajo ese aspecto no tiene efecto retroactivo. Pero si se considera el derecho del heredero para disponer de la cosa legada, con relacion á un tercero, no hay duda que el cumplimiento de la condicion produce tal efecto. La prueba es que conforme á las leyes 69, párr. 1, D., *De legat 1º*, y 105, D., *De cond. et demonstr.*, 1, 35, si el heredero, aunque propietario de la cosa legada durante el término de la condicion, la enajena, hipoteca ó le impone alguna servidumbre, luego que la condicion se cumple quedan insubsistentes estos actos, y la cosa se hace tan libre como estaba el día de la muerte del testador; lo cual demuestra que el cumplimiento de la condicion se retrotrae hasta esa fecha.

Creemos que la declaracion de nuestro artículo va aún mas léjos, porque establece que "desde entónces deben abonarse los frutos de la herencia ó legado, á ménos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa." Por derecho romano, en los legados hechos bajo condicion suspensiva, los herederos encargados de su entrega se consideraban dueños de la cosa legada, mientras la condicion no estaba

cumplida, y podian de consiguiente comprenderla en la particion de los otros bienes de la herencia, adjudicándola con su carga ó gravámen. Tenian la accion reivindicatoria contra cualquiera que la retuviera, incluso el mismo legatario á quien podian reclamarla, si de hecho á la muerte del testador estaba en posesion de ella, con los frutos que legalmente pudieran repetirse de él, como en el caso de tercer poseedor. Y hacian suyos estos frutos á nombre de tales poseedores, porque realmente lo eran con justo título y buena fe. El legatario tenia á su vez la facultad de ejercer los actos conducentes á conservar su derecho, y las dichas prerogativas que este le daba de hacer ineficaces, con el cumplimiento de la condicion, los ejecutados sobre la cosa por el heredero, mediante el carácter de la propiedad tambien condicional y revocable de este último. (Ley 12, *Famil. ersic.*, D., 2, 10; 66, *De rei vindic.*, 1, 6; 32, *De leg. 2*, 31; 11, *Quemadm. servit.*, 6, 8.)

Los códigos modernos establecen expresamente la regla que nos ocupa, de la retroactividad de la condicion, con referencia á los contratos. El Proyecto español la hace tambien extensiva, por su artículo 708, á los testamentos.

Art. 3405. *La carga de hacer alguna cosa, se considera como condicion resolutoria.*

Art. 3406. *Si no se hubiere señalado tiempo para el cumplimiento de la carga, ni ésta por su propia naturaleza lo tuviere, se observará lo dispuesto en el artículo 3395.*

Derecho romano: *Si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret: sub modo legatum videtur.—In legatis quidem, et fidei commisis etiam modus adscriptus pro conditione observatur.—Non mentem testatoris esse, ut libertas sub conditione suspensa sit, cum liberos eos monumento adesse voluit.* (Leyes 17, párr. 4, *De cond. et demonstr.*, D., 1, 35; 44, *De manum. testam.*, 4, 40; 1, C. *De his que sub modo leg.*, 45, 6.)

Derecho de las Partidas: "E á las vegadas fazen las mandas de otra guisa, á que llaman en latin, modo, que quiere tanto dezir, como manera. E esto es, como quando dize el testador: Mando á fulana mujer mil maravedís, porque case con tal home. E la manda que es fecha en esta manera, ó en otra semejante de ella, vale, é deve ser luego entregado della aquel á quien es fecha, dando recabdo, que se trabajará de cumplir lo que el testador le mandó; é gana el señorío de la cosa que le es assi mandada, luego que cumpliere lo que le manda fazer el testador." (Ley 21, tít. 9, Part. 6ª)