

que su razon se haya extinguido: que cuando el juez no ha pronunciado la interdiccion, es porque ha reconocido que la persona conservaba un grado suficiente de inteligencia y discernimiento; y si bien creyó conveniente proveer á su debilidad por medio de la proteccion de la ley, no quiso con esto privarla de la participacion de los derechos civiles.

Art. 3421. Por falta del segundo de los requisitos mencionados en el artículo 3,412, 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 ó bienes de su cónyuge ó de sus parientes en cualquier grado.

Art. 3422. El testador que se encuentre en el caso del artículo que precede, podrá luego que cese la violencia y disfrute de libertad completa, revalidar su testamento con las mismas solemnidades que si lo otorgara de nuevo. De lo contrario será nula la revalidacion.

La importancia de estos artículos se manifiesta con solo decir, que ellos vienen á dar claridad y certidumbre á la legislacion, en un punto en que no las tenia. El derecho romano y el patrio distaban de ser tan explícitos como las anteriores disposiciones. No es que guardaran silencio sobre un vicio tan radical en el ejercicio del derecho de testar, como la violencia impuesta al testador respecto al modo de ordenar su última voluntad; la ley 1ª, tít. 24, lib. 6º del Código, y la 27, tít. 1º, Partida 6ª, no solo reprueban, sino castigan enérgicamente ese grave ataque á la libertad del hombre, que desvirtúa uno de los actos mas interesantes de la vida civil. Pero sus términos no eran tales, que excluyeran toda duda ó ambigüedad, impidiendo la discusion acerca de la trascendencia de quel vicio, sobre la suerte del testamento dictado bajo el imperio de semejante influjo. Autores hay que declaran sin valor la disposicion, como minada en su misma base: *testamentum metu factum vel aliqua coactione interveniente, cum non contineat liberam testandi facultatem non valet.* (Espino, *Speculum testament. gloss. Rubr. 2 part., núm. 5.*) Mas otros, como Gregorio López en sus Glosas á la ley citada de Partida, sostienen que la institucion se debia tener como válida, perdiendo sin embargo el instituido por efecto de coaccion ó violencia, todos los derechos que pudiera tener por cualquier título á los bienes del testador, con destino al fisco, como lo previene esa ley. Dichos artículos dirimen ahora esta cuestion, con negar al que se halla bajo la presion que impone el temor, la capacidad de testar, sin cuyo requisito no puede tener consistencia el acto; y más decisivamente la resuelven todavía los arts. 3,659 y 3,660, declarando nulo el testamento otorgado por violencia, ade-

más de calificar ésta de delito punible, con arreglo al código penal y que causa, en perjuicio de su autor, la pérdida del derecho hereditario.

No es tampoco comun que los códigos modernos se hayan explicado terminantemente, como el nuestro, sobre la anterior causa de incapacidad. El frances no la menciona; pero la tiene allí en cuenta la jurisprudencia, por vía de interpretacion del art. 901 de ese código. El 3,421 del mexicano la establece en el grado que dictan la razon y los principios filosóficos. Hé aquí algunas de las reflexiones expuestas por los jurisconsultos, que pueden ser útiles para mejor penetrar su espíritu y el del artículo 3,412 á que se refiere.

La violencia inhabilita al hombre para testar, cuando ella es capaz de hacer impresion en su ánimo perturbándolo, y obra sobre su voluntad como causa final de sus últimas disposiciones; lo cual depende de muchas circunstancias, como la edad, el sexo, y la condicion de las personas, que solo pueden apreciarse por la prudencia y buen criterio del juez.

A juicio de Furgole, citado por Troplong, no pueden equipararse en este punto los testamentos á los contratos. El derecho es diverso; pues mientras que para anular un contrato, se requiere que la violencia ó el miedo, sean de los que caen en varon constante, como se decia en el lenguaje jurídico; para anular un testamento, basta probar que el testador lo otorgó bajo el influjo de una violencia, sin la cual no habria arreglado sus disposiciones de la manera que lo hizo. Furgole se apoya (añade el mismo Troplong), en la ley 1ª del Código, *si quis alig. test. proh.*, que confirma efectivamente su opinion; y en vano se objeta que, segun Celso en la ley 184, D., *De reg. juris.*, es un principio de derecho que *vani temoris justa excusatio non est*, y el temor frívolo no merece atenderse. No es un temor frívolo el que impide al testador expresar su voluntad libremente, *sponte sua*, como dice la ley referida por Furgole. Todo es aquí relativo, y depende del carácter individual. El mismo título tiene una alma débil que una alma enérgica, para hacer uso de su libertad, y no debe ser perturbada por una fuerza extraña, en el ejercicio de ella.

Lo expuesto es todavía aplicable al sentido del artículo, siempre que la violencia que afecta al testador, sea con relacion á los objetos que expresa.

La violencia anula el acto en que ha intervenido, ya provenga de un tercero, ó de la persona interesada en el testamento; y no se presume, sino que debe probarse. (Ulpiano, ley 23, D., *Quod metús causa.*)

El artículo 3,422 resiste el concepto, de que

el vicio que imprime el miedo á una disposicion testamentaria, se pueda subsanar por la ratificacion tácita del silencio, por ejemplo, del testador que ha sobrevivido sin cambiarla; pues aquel exige que, si se revalida, se haga formal y expresamente, so pena de nulidad. Y así es por otra parte conforme á los dictámenes de la ciencia.

A diferencia de los contratos, en los que la ratificacion expresa ó tácita surte pleno efecto, (ley 28, tít. 11, Part. 5ª;) en los testamentos la segunda se considera insuficiente, porque la naturaleza de estos actos requiere mas escrúpulo en buscar una voluntad perfecta y libre. En principio, dice el repetido Troplong, la violencia pervierte la esencia misma del testamento. El testamento del loco es nulo, aunque despues de haberlo hecho llegue á recobrar el juicio; y su nulidad proviene de defecto de voluntad, ni mas ni ménos que la que deriva de violencia; de consiguiente hay completa paridad entre ambos.

En los términos del artículo 3,421, que no reconoce libre voluntad donde hay violencia, y sobre todo en los de su correlativo, el 3,412, que solo la reputa perfecta cuando está exenta de toda influencia moral, puede comprenderse otro vicio, que suele tambien incidir en los testamentos y desvirtuarlos, es á saber: la *captacion* y la *sugestion*, especie de artificio ó astucia, empleado para atraerse la benevolencia del testador en sus últimas disposiciones, con persuasiones, halagos ú otros medios semejantes.

No hablamos aquí del caso individual de captacion que propone el artículo 3,390, que ya dejamos en su lugar anotado. El código reprueba justamente esa forma de instituciones, que revela á las claras el intento calculado de especular con los sentimientos del hombre; y seria ocioso insistir en su falta de valor, despues que él mismo las declara *ipso jure* nulas. Nos referimos en general á las demás disposiciones, que pueden considerarse arrancadas á la voluntad de los testadores por los arbitrios de la malicia, y examinamos cuál es el sentido del código respecto de ellas, una vez que se justifica su procedencia.

La captacion y la sugestion se han considerado siempre en derecho, como elementos espúrios é incompatibles con la validez de las últimas voluntades; son resortes facticios que hacen violencia al libre albedrio del hombre, y como tales deben estar proscritos del acto de testar, porque la ley no respeta en este acto, mas que las determinaciones espontáneas del testador. Pero para que aquellas anulen los testamentos en que intervienen, es preciso que vayan acompañadas de dolo ó fraude: las inspiraciones sinceras, los consejos de buena fe,

las súplicas mismas expresivas, los testimonios de afecto, los miramientos y atenciones etc., aunque influyen en el ánimo, y provocan á veces la generosidad ó la gratitud, son medios honestos que ni la moral ni las leyes condenan, y no desnaturalizan en su causa ú origen las liberalidades testamentarias. Tal ha sido la antigua jurisprudencia, y tal es el espíritu y la letra del nuevo código.

*Leges odio habent*, dice Escaño, citando á Molina y Castillo, *adulationes, et suggestiones, et importunitates, et cetera alia, que fiunt testatoribus, ex quibus quocumque modo absoluta omnino liberaque voluntas eorum impeditur.* (*De testam. perfect. cap. 21, núm. 105.*) Conforme á la ley 1ª, tít. 3, lib. 11 del Digesto: *Persuadere est plus, quam compelli, atque cogi sibi parere.* Segun la ley 1ª, tít. 19, Part. 7ª: "como en manera de fuerza es, sosacar é falagar." Y la ley 2, tít. 8º, Part. 6ª, quiere que pueda quebrantarse el testamento del hermano, "si el heredero extraño fuere instituido por falago que fiziesse al testador." Pero en concepto de aquellos mismos autores: *Blanditiis et precibus flectere testatorem, ut aliquem heredem aut legatarium instituat, modo mendatia aut fraudes non interveniant, non efficit dispositionem invalidam.* Papiniano en la ley 70, tít. 5, lib. 28 del Digesto consulta, que las instituciones captatorias reprobadas no son: *eas que mutuis affectionibus judicia provocaverunt*; las leyes 3, D., 3, C., *si quis aliquem test. prohib.*, no repugnan las exhortaciones ó instancias puramente persuasivas, sino dolosas. Y la ley 27, tít. 1º, Part. 6ª, entraña el mismo sentido en aquellas palabras: "Empero, si fuerça, nin premia ninguna, nol fiziesse, mas rogándole por buenas palabras, lo aduxesse."

Estos principios no han dejado de ser los que hoy profesa la filosofía del derecho moderno. Troplong los expone al tenor de lo que dejamos dicho; y Coin-Delisle mas difícil en admitir la manera de influjo en cuestion, como legítimo impedimento para la eficacia de las últimas voluntades, dice refiriéndose á Domat y á Furgole: Mas en ningun tiempo se ha mirado la captacion y la sugestion como causa de nulidad, sino cuando median fraudes capaces de inducir al testador en un error casi invencible, respecto de las personas á quienes favorece. Los servicios, las oficiosas sollicitudes, caricias, lisonjas y obsequios, la interposicion de terceras personas para atraer al donatario la buena voluntad del testador, y conquistarle alguna disposicion en su provecho, pueden importar captacion y sugestion, pero no las fraudulentas. Estos medios, muchas veces vergonzosos, empleados en todos los tiempos por la codicia de los hombres, pueden ofender el honor y la conciencia, pero no son punibles por



las leyes. No lo es la captacion, porque los móviles de las acciones humanas se ocultan en el secreto de los corazones; y la verdadera adhesion, la amistad sincera y el sacrificio de sí mismo, se parecen en sus formas exteriores á la baja adulacion, á la amistad fingida y á la afectada abnegacion; porque los beneficios no deben medirse, como los contratos, por las reglas de una justicia estricta, y puede ser útil á la felicidad individual, que el interes privado estreche los vínculos de afecto, que los padecimientos, las enfermedades, la vejez y la oposicion de caracteres tienden á romper. No es tampoco punible la sugestion en general, porque ella no es mas que una persuasion, y á cualquiera le es lícito tomar consejos extraños para guiarse en sus negocios; porque las súplicas aun apremiantes ó importunas, no pasan de súplicas, que léjos de destruir la voluntad, la determinan; y en una palabra, no es necesario para que un acto sea espontáneo, que nazca de su autor la idea de ejecutarlo. La adopcion de las ideas de otro, mientras no sea obra de la violencia, el fraude ó dolo, es una operacion de nuestro juicio que produce un acto puramente voluntario.

Lo cierto es, que no fácilmente puede fundarse la captacion y sugestion, como motivo de nulidad de un testamento; y sin embargo se debe establecer plenamente para que sea atendible, porque: *dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*, segun la regla de la ley 6, C., *De Dolo*.

En el fondo de las cosas, entrañan la misma jurisprudencia, los artículos del nuevo código á que nos referimos, interpretados despues mas textualmente por el 3,659, que declara "nulo el testamento captado por dolo ó fraude;" y las anteriores reflexiones pueden muy bien servir de clave para su recta y acertada aplicacion.

*Art. 3423. Los extranjer os que testen en el Distrito y en la California, pueden escoger la ley de su patria ó la mexicana respecto de la solemnidad interna del acto: en cuanto á las solemnidades externas, deberán sujetarse á los preceptos de este Código.*

Los redactores manifiestan respecto de este artículo: "que deja en libertad á los extranjer os para sujetarse á la ley mexicana en cuanto á la sustancia, pero les exige su cumplimiento en cuanto á la forma; en virtud de ser convenientes ambas disposiciones, porque la primera es una consecuencia del estatuto personal, y la segunda tiene por objeto evitar pleitos sobre la validez del acto." En Roma, los extranjer os (*peregrini*) no tenian el derecho de testar, del que usaban solo los ciudadanos romanos como de un privilegio. (Ulpiano, *Frag.*,

t. XX, párrafo 14. Ley 1, *Ad legem Falcid.*, 35, 2.)

En Francia antiguamente estaban tambien impedidos de hacerlo, por consecuencia del derecho llamado "droit d'aubaine;" pero el código civil les reconoció aquel derecho á título de reciprocidad, siempre que por las leyes de su país, los franceses tuvieran el mismo derecho; y despues la ley de 14 de Julio de 1819, que es la vigente, derogó los artículos 726 y 912 del código, concediendo á los extranjer os la libre facultad de testar.

Entre nosotros, siempre se consideró que gozaban de tal facultad, por el antiguo derecho español, conforme á las leyes 30, tít. 1º, Part. 6ª, y 2ª, tít. 30, lib. 1º Nov. Rec.; consignándose además declaraciones particulares sobre esto, en los diversos tratados celebrados por nuestros gobiernos nacionales con las potencias de Europa y América.

En cuanto á la disposicion del artículo, sobre las reglas que deben guardarse por el extranjer o en el otorgamiento de su testamento, el código ha sancionado los principios dictados por la razon, y admitidos por el derecho de gentes. El extranjer o debe sujetarse, en punto á las solemnidades necesarias para expresar su última voluntad, á la ley del país donde lo hace: *Locus regit actum*. Foelix, Tratado de derecho internacional privado, núm. 49.) Esta es una necesidad de sus circunstancias, una condicion de la soberanía de los Estados, y una base de legislacion, sin la cual no seria posible el comercio entre las naciones. Respecto al contenido mismo del testamento, el derecho de gentes para fijar las reglas á que el testador debe conformarse, hace distincion entre las disposiciones testamentarias concier nientes á los bienes raíces, ó á los muebles; entre el lugar donde se hallan unos ú otros; y entre las leyes locales, y las que afectan la calidad de ciudadano. (Vattel, Derecho de gentes, lib. 2º, cap. 8º, párr. 111.) Pero seria inútil detenernos en exponer esas doctrinas, porque basta decir que dicho artículo es tan amplio y liberal, cual corresponde á los sentimientos de una nacion justa é ilustrada. Son conexos del mismo artículo el 13, 14, 15, 17 y 18 del código, que conviene tener presentes tambien al aplicarlo.

Concordancias: Artículo 999 frances, 26 y 702 sardo, 1,477 de la Luisiana, 570 de Vaud, 957 holandes, 828 napolitano, 26 y 604 del Proyecto español, 25 y 916 de Veracruz, 8 y 844 del Estado de México.

*Art. 3424. Para juzgar de la capacidad del testador, se atenderá al estado en que se halle al hacer el testamento.*

La doctrina de los intérpretes del derecho

romano, sobre el punto que decide este artículo, era que para la validez del testamento se necesitaba la capacidad del testador al tiempo de otorgarlo y al tiempo de su muerte, puesto que la última voluntad del hombre presenta esas dos épocas que considerar bajo el aspecto de su estado civil. Asentábase tambien conforme al expresado derecho, que la capacidad requerida al tiempo del otorgamiento debia ser plena, sin que faltara ninguna de las condiciones requeridas para constituirla, ni el acto pudiera legitimarse porque despues se adquiriera; mientras que con relacion al tiempo de la muerte, el testamento podia ser válido, aunque el testador hubiera perdido alguna de las cualidades necesarias para expresar una voluntad libre, porque esta incapacidad relativa no podia obrar retroactivamente sobre el acto anterior autorizado y perfecto (ley 8, § 1; y 20, § 4, D., *Qui test. facere possunt.*); á no ser que al verificarse la muerte, el testador hubiera sufrido algun cambio de estado, de los que privan al hombre de la facultad de transmitir sus bienes por testamento. (Ley 6, § 5, D., *De injusto fact. testamento.*) Es decir que, en resumen se distinguia entre la capacidad natural y la civil, exigiéndose la segunda en las dos épocas referidas, y la primera solo al tiempo de ejercer el acto de testar, por razones que son bien fáciles de comprender.

Por lo que toca al precepto del Código, está tomado del Proyecto español, y sobre él dice Goyena: "Este artículo (el 605) no seria absolutamente cierto por derecho romano y de Partidas; pero, abolida la confiscacion y no perdiéndose el derecho de testar por la sentencia de muerte, lo es tanto que podria suprimirse. El código frances lo suprime en efecto. Concuerdan el 1,418 de la Luisiana y 945 holandes.

*Art. 3425. Todos los habitantes del Distrito 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 con relacion á ciertas personas y á determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:*

1ª Falta de personalidad:

2ª Delito:

3ª Presuncion de influencia contraria á la libertad del testador ó á la verdad ó integridad del testamento:

4ª Falta de reciprocidad internacional:

5ª Utilidad pública:

6ª Renuncia ó remocion de algun cargo conferido en testamento.

Así como se necesita tener capacidad para testar, es necesario tenerla tambien para heredar, y el código despues de haber tratado de la primera, habla en este artículo y en los siguientes de la segunda, comenzando por enu-

merar con órden y bastante claridad las diferentes causas que privan de ella; si bien creemos encontrar algo de defectuoso en la redacion de dicho artículo, pareciéndonos que peca un tanto por el lado de la ideología. En efecto, sus términos no dejan de ofrecer algo de implicatorio en las ideas, atendido el valor de ciertas frases y palabras que difícilmente pueden conciliarse con el tenor del artículo 3,426, que es su conexo y debia guardar con él una perfecta consecuencia. Habla aquel de todos los habitantes del Distrito y de la California, para reconocerles en principio y en general la capacidad, y no admite que puedan perderla de un modo absoluto, sino solo con relacion á ciertas personas y bienes determinados. Mas desde luego los no concebidos, que el mismo artículo 3,426 declara incapaces de suceder, ni son habitantes de aquellas demarcaciones ó de alguna otra, ni tienen capacidad alguna que perder, sino á lo mas posibilidad de adquirir la que supone el artículo 3,427. Y la incapacidad de los que no nacen viables, mencionados tambien en el anterior, es siempre y necesariamente absoluta, por mucho que el expresado artículo 3,425 desconozca ésta, admitiendo solo la relativa. Su concepto es exacto en cuanto á la incapacidad pura y propiamente jurídica, porque abolida la muerte civil y la perpetuidad de las penas, no hay ya otra incapacidad de esa especie que pueda considerarse absoluta, pero como se ve deja de serlo con respecto al caso de incapacidad natural.

Los dos géneros de capacidad que se exigen por el derecho en materia de sucesion, han dado lugar á la distincion doctrinal de los juriconsultos, que conforme á ley 16, tít. 1º, Lib. 28 del Digesto, dividen aquella en activa, ó sea para disponer, y pasiva que es la que se necesita para adquirir. Obvio es que muy bien puede existir una de ellas sin la otra, verificándose que una persona sea capaz para suceder sin serlo para testar, ó al contrario. Mas por lo que toca á la sucesion testamentaria, es preciso para que surta efecto que ambas concurren simultáneamente, requiriéndose que tengan capacidad á la vez el heredero y el testador; pues éste aunque la tuviera no podria instituir al que carece de ella, porque él mismo seria en cierto modo incapaz ó inhábil para hacerlo.

Antiguamente la legislacion distinguia tambien en la inhabilidad para suceder, la incapacidad de la indignidad, haciendo consistir ésta en las causas que importan actos culpables por parte del heredero, tales como los que especifica el artículo 3,428, y el derecho romano daba una grande importancia á esa diferencia. Hacíalo con razon, porque ella tenia entonces su fundamento, y era que el incapaz no podia



adquirir ni recibir la herencia, mientras que el indigno, aunque apto para lo uno y lo otro, no la podía retener, porque la ley lo privaba de ella en favor del fisco: *Indignus est capax jure, incapax effectu: incapax vero est incapax jure et effectu*, como dice Cujacio. De aquí, entre otras, la consecuencia de que el testamento otorgado en beneficio del indigno era en sí mismo válido, y transmitía al instituido un derecho que perdía, mientras que el otorgado en provecho de un incapaz, era *ipso jure* nulo.

Esta distincion igualmente cierta y marcada en el sistema de las Partidas, perdió mucho de su importancia desde que por los principios y leyes posteriores, fué ya innecesaria la institucion de heredero para la validez de los testamentos, y quedó además proscrita la pena de confiscacion. Su poco interes práctico hizo sin duda que despues se prescindiera de ella en la ley de 10 de Agosto de 1857, donde bajo el solo nombre de inhábiles están comprendidos, así los llamados indignos como los incapaces. Y ahora el código insiste por fin en abandonar dicha distincion, que sin embargo, no ha desaparecido completamente de los demas códigos modernos.

El cambio de las ideas ha introducido notables modificaciones, en la jurisprudencia relativa á las causas de incapacidad para suceder, que naturalmente debian figurar, y en efecto figuran, en los artículos correspondientes del mismo código.

Como lo hemos dicho ántes de la capacidad para disponer por última voluntad, la de heredar con igual y acaso con mayor razon, segun el tenor y espíritu de nuestro artículo, es un derecho comun ú originario de las personas, que todos disfrutan mientras que por disposicion expresa de la ley no han sido privados de él; y son de consiguiente aplicables á aquella segunda especie de capacidad, todas las observaciones que hemos hecho sobre este punto en el artículo 3,412.

Las concordancias del que anotamos ofrecen todas ese mismo sentido: "Todo ome á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, puede ser establecido por heredero," dice la ley 2, tít. 3, Part. 6ª La citada de sucesiones, de 10 de Agosto de 1857: "Para suceder se necesita no ser inhábil." El artículo 902 del código frances: "Todos pueden disponer y adquirir por donacion entre vivos, ó por testamento, ménos aquellos á quienes la ley declara incapaces." Artículos 700 y 709 sardos, 606 y 621 del Proyecto español, 917 veracruzano, 845 del Estado de México.

Art. 3426. Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, ó que aun cuando lo estén, no

sean viables conforme á lo dispuesto en el art. 327, ó nacieren despues de trescientos dias contados desde la muerte de aquel.

Art. 3427. Será no obstante válida la disposicion hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al tiempo de la muerte del testador; pero no valdrá la que se haga en favor de descendientes de ulteriores grados.

En derecho se asimila siempre el acto de la procreacion al del nacimiento para los efectos civiles, y especialmente para las sucesiones. Por una ficcion legal el hijo que ya existe, aunque sea todavía en el vientre de la madre, se tiene por nacido, en todo lo que se trata de su utilidad y provecho: *Qui in utero sunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodis et utilitate agitur.* (Ley 26, D., De stat. homin., 6, 1; Ley 3, D., Si pars. hered. pet., 4, 5.) La ley 3, tít. 23, Part. 4ª dice: "Demientras que estoviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga ó se diga á pro della, aprovéchase ende, bien assí como si fuese nascida." La concepcion basta, pues, para dar capacidad de heredar y de adquirir derechos, porque á los ojos del legislador la criatura ya engendrada, es desde ese momento un sér que existe, que con el tiempo ha de entrar en el estado social, y que por lo mismo necesita de su proteccion y beneficios.

Pero el que ni siquiera está concebido, al tiempo de la muerte del autor de la herencia, que es el de la apertura de la sucesion, es inhábil para representar derecho alguno en ésta, no tiene ni puede tener capacidad, por la causa que expresa el primero de los anteriores artículos, por falta de personalidad, porque el que no existe no es persona, y ménos se puede considerar con algun carácter ó atributo: *non entis nullæ sunt qualitates*, como lo observa Antonio Gómez, lib. 1, variar., cap. 1, núm. 9. Y esto es lo que hacia decir al canceller d'Aguesseau, que el principio y fundamento de toda capacidad es la existencia, sin la cual no se puede ser hábil en derecho, porque no hay ley ni ficcion que puedan sobreponeerse á la naturaleza. La jurisprudencia romana consigna la misma declaracion en las Instituciones, lib. 3ª, tít. 1ª, párr. 8, y en la ley 6, tít. 3, Ley 28 del Digesto.

La capacidad sin embargo del que está solo concebido, no es por decirlo así definitiva, no es completa, sino dependiente de una condicion posterior del nacimiento. Para que sus derechos, reservados por entónces y en suspenso, sean efectivos, es preciso que llegue á nacer, y nazca viable, ó como decian nuestras antiguas leyes *vividero*, pues el que nace muerto no se tiene por nacido: *idem est non nasci, et natum mori: fuit quasi non esset, de utero translatus ad tumulum*. Otro tanto decidia la

ley 129 D., De verb. signif: *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt*, y traduciéndola la ley 8ª, tít. 33, Part. 7ª, dice: "Los hijos que nascen muertos son como non nascidos nin criados, et por eso non se quebranta por ellos el testamento que el padre ó la madre hubiese fecho."

Viable considera el artículo 327 del código, citado en el presente, al que "desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales." Exige pues tres condiciones, la primera análoga al requisito que prescribia el derecho romano en las leyes 12, tít. 2, Lib. 28 del Digesto, y 3 tít. 29, Lib. 6º del Código: *si execto ventre editus sit: si vivus ad orbem totus processit*, ó como se expresa la ley 13 de Toro: "cuando nació vivo todo," esto es, que salió íntegramente la criatura á luz del mundo. Y no importa que sea, como ya lo advierte Ulpiano en la ley 141, D., De verb. signif., por solo el esfuerzo de la madre en los momentos de un parto fácil y expedito, ó por medio de la operacion llamada cesárea, que su estado demanda algunas veces; siempre el hijo se reputa nacido y capaz de los efectos civiles, si ha llegado al desarrollo bastante para ser fruto natural del parto de que procede, y nace apto para vivir naturalmente. La palabra *desprendido* de que se sirve el artículo, parece aun empleada de propósito para darlo á entender así con toda claridad.

De la segunda condicion hace mérito tambien el derecho romano, en las leyes 14, tít. 5, Lib. 1ª; 135, tít. 16, Lib. 50 del Digesto, y 3, tít. 29, Lib. 6º del código: *Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur*. Lo mismo resuelven las leyes 5, tít. 23, Part. 4ª, y 8, tít. 33, Part. 7ª: "Non deuen ser contados por hijos, los que nascen de la mujer é non son figurados como omes." Las criaturas monstruosas, *declinans ad monstrum vel prodigium*, "assí como si ouiesen cabeza, ó otros miembros de bestia," carecen de capacidad conforme á esas leyes. Mas no tienen ellas por tales á los que nacen con forma de hombre, aunque les sobren ó falten miembros. *Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, inter liberos connumerabitur*: "Mas si la criatura que nasce, a figura de ome, maguer aya miembros sobejanos, ó menguados, nol empesce, quanto para poder heredar los bienes de su padre."

Sobre la tercera condicion, el derecho romano nada disponia. Bastábale para reconocer la capacidad, que el hijo naciera vivo, y aunque muriera desde luego: *quamvis natus illico decesserit: si vivus perfectè natus est licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obs-*

*tetricis decessit*. Tampoco el código de las Partidas requería aquella condicion. Demandóla primero en España el Fuero Juzgo, por la ley 17, tít. 2 del Lib. 4º, exigiendo que la criatura viviese diez dias y fuese bautizada; despues la ley 3, tít. 6, Lib. 3 del Fuero real se limitó á exigir solo el bautismo; y por último la ley 13 de Toro (2, tít. 5, Lib. 10 de la Nov. Recop.) ordenó que para que el hijo se pudiese decir naturalmente nacido, habia de vivir veinte y cuatro horas naturales y ser bautizado.

Tal era la legislacion entre nosotros, cuando se expidió la ley de sucesiones de 10 de Agosto de 1857, y he aquí lo que ésta dispone en su art. 25, sobre los puntos á que nos hemos venido refiriendo: "Serán inhábiles para heredar ab-intestato:—1º El que todavía no esté concebido en el momento en que muera la persona de cuya sucesion se trate.—2º El que aun cuando esté concebido, fallezca ántes de nacer, ó no nazca *vividero*, esto es, con capacidad de vivir.—No se reputará *vividero* al que naciere con lesion ó defecto orgánico, que le impida vivir, ni al que naciere ántes de 180 dias contados desde el de la concepcion, sea cual fuere el tiempo que aquel y éste vivan. Fuera de estos dos casos, bastará para que la criatura herede, que viva un solo instante."

El nuevo Código, apartándose de dicha ley, en cuanto á este último punto de no ver en la mayor ó menor duracion del recién nacido un indicio de viabilidad, reproduce la ley de Toro sobre el modelo del Proyecto español, cuyo art. 107 copia textualmente, ménos respecto al término de 48 horas que éste fija. Y García Goyena expone las razones que sirvieron de fundamento al mismo artículo, como sigue: La comision creyó que este importantísimo punto para la materia de herencias no debia pender de un solo instante de vida, como lo establecieron las leyes romanas y de las Partidas: no nacer *viable* ó de vida, viene á ser á los ojos del legislador lo mismo que no nacer ó nacer muerto.—Creyó tambien contra los códigos modernos, que debian fijarse reglas ciertas para la *viabilidad*. ¿Cómo dejar las herencias en la incertidumbre, dar ocasion á un pleito en cada caso, y á fallos encontrados en diferentes y aun en los mismos tribunales, con mengua del legislador y de los jueces? Cuando no pueda llegarse á la seguridad y precision, es preciso atenerse á lo mas comun y verosímil.—Prefirió, pues, conservar en su fondo la verdadera legislacion española, que es en todo la de los Fueros: omitió el bautismo, como extraño á las leyes físicas y á los efectos civiles, y dobló el número de horas.—A decir verdad, debia parecer suficiente el de 24 señalado