

do de los confesores: el sentido es igual en unas y otras palabras.

Parientes del testador: luego no están exceptuados los simplemente afines del testador, porque no median los mismos afectos de la sangre.

ARTICULO 613.

La prohibicion del artículo anterior alcanza á los confesores del testador en su última enfermedad, á los parientes de ellos dentro del cuarto grado, y á sus iglesias, cabildos, comunidades ó institutos (1).

Conforme con los artículos Frances, Napolitano y Holandes citados en el anterior, aunque hablan solo del ministro del culto y de sus parientes en cuarto grado. La ley recopilada, citada en el mismo, habla de deudos ó parientes en general, y añade lo de *Iglesia, religiones y conventos:* de este modo, dice la ley recopilada, "se evitarán las persuasiones, sugerencias y fraudes, con que turban al enfermo y truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia."

En el espíritu de nuestro artículo entra tambien la prohibicion del Real Decreto de 30 de Mayo de 1830, para que no puedan encargarse á los confesores en la última enfermedad ni á sus parientes, y si fuesen religiosos, ni á sus religiones ni conventos, los sufragios que de cualquier modo mande hacer el testador.

ARTICULO 614.

El escribano y testigos de un testamento abierto, sus esposas y parientes ó afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en aquel se disponga á su favor.

Lo mismo se observará, respecto de los testigos del testamento hecho sin escribano, con arreglo al art. 572 (2).

1. Véase la nota anterior.—N. de los EE.

2. Por presuncion de influjo contrario á la verdad ó integridad del testamento, son incapaces de suceder el notario y los testigos que fueren instituidos en aquel, en cuyo otorgamiento y autorizacion hayan intervenido. Art. 3436, cap. 3, tit. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.

La comision dice: que á los notarios y testigos que autorizan un testamento los declaró en el art. 3436 incapaces para heredar porque ellos pueden de varios modos oscurecer, ocultar y aun

El artículo 975 Frances prohibe que en el testamento abierto sean testigos los legatarios y sus parientes ó afines dentro del cuarto grado; de consiguiente, con arreglo al art. 1001, el testamento seria nulo, y así lo decidió el tribunal de Casacion segun Rogron. Lo mismo se lee en los arts. 1585 y 1586 de la Luisiana, en el 901 Napolitano, en el 594 Austriaco y en el 991 Holandes; pero el rigor literal de este parece estar templado y deberse explicar por el 954 que dice: "El notario que ha recibido un testamento abierto y los testigos que han asistido á él, no podrán aprovecharse de las disposiciones que contenga; por manera que será nula la institucion ó manda á favor de ellos, pero no el testamento." Igual es el sentido del art. 133 Prusiano, parte 1, título 12; y el art. 800 Sardo lo dispone con la mayor expresion y claridad, limitándose á declarar la nulidad de la institucion ó legado: el de Vaud dispone lo mismo en el art. 655.

He tenido siempre esto último por mas razonable, aun antes de haber visto los Códigos citados. Un testamento es cosa muy grave y respetable para declararlo absolutamente nulo por la simple sospecha de intereses personal que pueda recaer en una de sus mandas, sin afectar en nada para los demas la veracidad é idoneidad del testigo; la disposicion del artículo satisface todos los escrúpulos y salva todos los inconvenientes.

Por Derecho Romano el heredero no podia ser testigo; el legatario, sí, párrafos 10 y 11, título 10, libro 10, Instituciones; la razon de la diferencia que se da en ellos, tiene mas de sutil que de sólida: la ley 11, título 1, Partida 6, copió al Derecho Romano, comprendiendo en la exclusion del heredero á sus parientes hasta el cuarto grado: en el espíritu del artículo la prohibicion de los legatarios alcanza á los herederos.

La posicion del escribano que autoriza el testamento es igual, y aun mas desfavorable que la de los simples testigos: por Derecho Romano el que en testamento ageno escribano contrariar enteramente la verdad, falsificando así la voluntad del testador.—N. de los EE.

bia un legado ó fideicomiso para sí ó para aquellos que tenia en su potestad, quedaba sujeto á las penas de falsario, y el legado se tenia por no escrito; leyes 1, párrafo 7, 14, párrafo 1, y 15 al principio, título 10, libro 48 del Digesto, y 1, título 8, libro 34.

No se ha admitido el artículo 907 Frances, copiado en el 713 Sardo, y otros Códigos, inhabilitando al tutor para percibir nada del testamento de su menor.

El artículo Frances mantiene, con ligeras diferencias, lo que estaba ya dispuesto por el artículo 276 de la *Costumbre de París;* los motivos que se dan para esta prohibicion en el discurso 55 no convencen, y se prefirió, por lo tanto, mantener lo vigente. El testimonio del padre ó la madre garantizan al tutor testamentario, y el del consejo de familia al tutor dativo; por algo habrán sido preferidos en uno y otro caso á los parientes. ¿Y por haber merecido mayor confianza para ser nombrados, se desconfia luego de ellos hasta el punto de no poder recibir una muestra de gratitud por su celo y oficios semipaternales? La prohibicion relativa á solo el tutor podria ser ineficaz, no comprendiendo á algunos de sus parientes; el ascendiente del marido sobre su muger menor de edad es generalmente mayor que el del tutor; y sin embargo, los legisladores franceses dejaron en libertad a los menores para estos casos.

Adoptada la prohibicion de los tutores, seria preciso estenderla á los maestros, ayos, etc., con los que vivan los menores en clase de pensionistas, como lo dispone el art. 952 Holandes y se disponia en el citado de la *Costumbre de París,* abogado que aconsejó ó dirigió al difunto para hacer el testamento, como se dispone en el art. 825 Napolitano: la demasiada suspicacia del legislador hace poco honor á la moral existente, y daña casi siempre á la futura; á mas de que *casus adventitii non sum computandi,* segun la ley 6, título 9, libro 40 del Digesto, y por evitar un mal ó abuso raro, no se ha de prohibir el bien, ó recto uso en la generalidad de los casos.

Debo, por último, advertir que la incapacidad ó indignidad para adquirir por testamento obra igualmente, si hay términos hábiles, en las herencias sin testamento: vé el art. 745.

Este es el espíritu de todas, y la letra de casi todas las legislaciones, sea que hayan tratado de las herencias por testamento antes, ó despues que de las legítimas.

El Derecho Romano y Patrio tratan primero de las herencias por testamento, y en ellas fijan las causas de indignidad: sin embargo, nadie duda, y en las leyes 5 y 17, título 7, Partida 6, se espresa para el caso de que tratan, que la indignidad obra en las dos especies de herencias; los Códigos modernos, generalmente, siguen el orden inverso, pero con el mismo resultado.

ARTICULO 615.

El cónyuge viudo no podrá dejar por testamento á su viudo ó viuda, sino lo que puede dejar á un extraño. Tampoco podrá dejar á ninguno de sus hijos del segundo ó ulterior matrimonio, sino una porcion igual á la que haya de recibir el hijo ménos favorecido del primer matrimonio (1).

El 149 Sardo dice: "El viudo no puede dejar al nuevo cónyuge por cualquier título lucrativo, ó entre vivos ó de última voluntad mayor porcion de la que haya dejado al ménos favorecido de los hijos del primer matrimonio."

Este artículo trae su origen de la ley 6, título 9, libro 5 del Código:

"Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si expriore matrimonio procreatis liberis pater materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum novercæ, vel vitrici, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis hereditatis jure sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (quæ

1. Sobre este punto hablaremos más adelante al tratar de la institucion de heredero, de la sucesion conyugal y de la porcion viudal.—N. de los EE.

et si constante matrimonio civili jure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio, vel filia si unus, vel una extiterit. Quod si plures liberis fuerint: singulis æquas partes habentibus, minime plus quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non ex æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transferint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum novercæ, vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel ante nuptias donationis, titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen, ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis quæ de inoficioso excludunt querelam."

Por la ley 48 de las Cortes de Navarra de 1766 la prohibicion comprende al cónyuge é hijos del segundo ó ulterior matrimonio.

Pero como la parte de que los padres pueden disponer en perjuicio de los hijos, ha sido siempre en España, y es hoy tan corta, segun el artículo 642, será muy raro el caso en que al segundo cónyuge pueda dejarse más de lo que se deja al hijo ménos favorecido del primer matrimonio. Por esto, y por no hacer al segundo cónyuge de peor condicion que á un extraño, no se ha creído conveniente adoptar la prohibicion de los Códigos Romano y Sardo: la legitima de los hijos era mucho menor que la señalada en el nuestro.

El verdadero peligro para los hijos del primer matrimonio estaba en sus mediohermanos ó hijos del segundo matrimonio, que generalmente eran favorecidos ó mejorados en el tercio, y sin la prohibicion de este artículo lo serian con la doble porcion del artículo 654.

El presente artículo está fundado en este prudente temor confirmado por la esperiencia de todos los dias; la ley viene en socorro de unos hijos, ya huérfanos, postergados por la debilidad ó la injusticia.

ARTÍCULO 616.

Será nula la disposicion hecha en favor de un incapaz, bien se la disface bajo la forma de un contrato oneroso, ó usando el nombre de una persona interpuesta.

Se reputan personas interpuestas el padre, madre, hijos y descendientes, y el cónyuge del incapaz.

Es literal del artículo 911 Frances, 958 Holandes, 827 Napolitano, 572 de Vaud, 1153 Sardo y 1478 de la Luisiana.

Por Derecho Romano lo dejado indirecta y fraudulentamente, como por fideicomiso, á un incapaz se aplicaba al fisco, "in fraudem juris fidem accomodat, qui vel id quod relinquitur, vel aliud, tacite promittit restitutum se personæ quæ legibus ex testamento capere prohibetur." leyes 10 y 23, título 9, libro 24 del Digesto, trasladadas á la 13, versículo, la sexta, título 7, Partida 6.

No bastaria designar qué personas sean incapaces, si no se proveyese al mismo tiempo de medios para que la prohibicion de la ley no sea ilusoria, simulando ó dando la apariencia de contrato oneroso ó de reconocimiento de deuda al que en realidad sea un acto de pura liberalidad entre vivos ó por causa de muerte.

La simulacion en todos los Códigos anula tanto los contratos como las últimas voluntades; y como generalmente es de difícil prueba, se hace forzoso recurrir á presunciones más ó ménos fuertes cuya apreciacion solo puede hacer el Juez, atendidas todas las circunstancias de cada uno de los casos.

La simulacion puede hacerse, no solo por el medio indicado, sino por la interposicion de personas que tácita y clandestinamente se obliguen á entregar al incapaz lo que nominal y ostensiblemente se deja á ellos; y como la prueba de esto sea imposible por los medios ordinarios, ha sido forzoso determinar por una presuncion *juris et de jure* qué personas deban reputarse interpuestas para eludir la prohibicion de la ley.

El Derecho Romano abundaba en este mismo sentido, pero no llegó á determinar las personas. Segun la ley 25, título 9, libro

24 del Digesto, *sola ratio paternæ affectionis non admittit taciti fideicommissi suspicionem*; pero pone el caso entre yerno y suegro que no es de los comprendidos en nuestro artículo.

ARTÍCULO 617.

Son indignos y como tales no pueden adquirir por testamento:

1º *El condenado en juicio por delito ó tentativa de homicidio contra la persona de cuya herencia se trata, contra su cónyuge ó contra sus descendientes.*

Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causa de indignidad, pierde tambien su derecho á la legitima.

2º *El heredero mayor de edad, que, sabedor dentro de un mes de la muerte violenta del difunto, no la denuncia á la justicia, cuando esta no ha procedido ya de oficio sobre aquella.*

Si los homicidas fuesen ascendientes ó descendientes, marido ó mujer del heredero, cesará en éste la obligacion de denunciar.

3º *El que voluntariamente acusó ó denunció al difunto de un delito, que por la ley sea castigado con la pena de cadena perpétua ó la de muerte.*

4º *El condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto.*

5º *El pariente del difunto, que, hallándose este loco ó demente y abandonado, no cuidó de recogerle ó hacerle recoger en un establecimiento público.*

6º *El que para heredar estorbó por fuerza ó fraude, que el difunto hiciera testamento, ó renovara el ya hecho, ó sustrajo éste, ó forzó al difunto para testar.*

Las causas de indignidad, expresadas en este artículo, comprenden tambien á los legatarios (1).

1. Por razon de delito son incapaces de adquirir por testamento ó por intestado:—1º El condenado por haber dado, mandado ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesion se trate, ó á los padres, hijas ó cónyuge de ella.—2º El que haya hecho contra la persona referida acusacion de delito que merezca pena capital ó prision, aun cuando aquella sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, su cónyuge ó su hermano; á no ser que ese acto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, ó hermano ó cónyuge:—3º El cónyuge que sobreviva y haya sido declarado adúltero en juicio durante la vida del otro, ó que estuviere di-

Haré un extracto de lo dispuesto en los Códigos extranjeros sobre la materia de este artículo; así aparecerán la conformidad ó diferencias entre unos y otros; en los respectivos números añadiré lo dispuesto por las leyes Romanas y Patrias, dando los motivos de toda innovacion.

El Código Frances en el artículo 727 pone solo tres causas de indignidad ó de indignos; 1º el condenado por haber dado ó intentado dar muerte al difunto: 2º el haber enablado contra éste una acusacion capital, declarada en juicio calumniosa: 3º el heredero mayor de edad que noticioso de la muerte violenta del difunto no la denunció á la justicia.

El Código de la Luisiana ha adoptado las mismas tres causas ó casos: artículos 958 al 963.

El de Vaud, artículo 514, adopta las dos primeras y sustituye á la 3ª "el haber sustraído el testamento ó codicilo del difunto."

El Holandes, artículo 885, adopta tambien las dos primeras, y en lugar de la 3ª,

vorciado ó hubiere dado causa al divorcio, si se tratare de la sucesion del cónyuge difunto:—4º La mujer condenada por adúltera en vida de su marido, si se tratare de la sucesion de los hijos legitimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio:—5º El padre y la madre respecto del hijo expuesto por ellos:—6º El que hubiere cometido contra el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio:—7º El que usare de violencia con el difunto para que haga, deje de hacer, ó revoque su testamento:—8º El padre ó la madre respecto de sus hijos naturales y espúrios y de los descendientes de éstos, si no ha reconocido á aquellos:—9º Los declarados incestuosos siempre que se trate de la sucesion del uno respecto del otro:—10º El que conforme al Código penal fuere culpable de supresion, sustitucion ó suposicion de infante, siempre que se trate de la herencia que debia corresponder á éste ó á las personas á quienes se haya perjudicado ó intentado perjudicar con esos actos:—11º El cómplice del cónyuge adúltero siempre que se trate de la sucesion de éste, si ha recaído sentencia judicial ántes de la muerte del autor de la herencia.—En el caso de la fraccion 2ª del artículo anterior, si el difunto no fuere descendiente, ascendiente ni cónyuge del acusador, se necesitará que la acusacion sea declarada calumniosa.—Arts. 3428 y 3429, tit. 2, cap. 3, lib. 4, Cód. civ. vigente.—N. de los EE.