

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 tranferint 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.

pone las de "haber impedido al difunto con violencias ó vias de hecho el testar ó revocar su testamento."

El Código Napolitano, artículo 648, admite los tres casos del Código Frances y añade otros dos: "Haber forzado á un testador á disponer no queriéndolo hacer, ó de otro modo que lo que él queria;" "Haber impedido con violencia al difunto que testara."

El Sardo en su artículo 709 pone las mismas cinco causas de indignidad que el Napolitano. Pero estraño que las ponga, así como las de incapacidad, al tratar de las sucesiones testamentarias. Fundo mi estrañeza en que dicho Código, despues de tratar de unas y otras sucesiones, pone un título especial sobre las disposiciones comunes á ambas; y en él debia tener lugar todo lo relativo á capacidad ó idignidad.

El Código Bávaro, artículo 20, capítulo 1, libro 3, admite con alguna mayor amplitud los dos primeros casos del Código Frances, y añade otros dos: "Los que forzaran al difunto á hacer ó no hacer alguna disposicion;" "los que le disputaron su estado."

El Código Austriaco, artículo 540, declara indigno al que ha cometido un atentado contra el honor, vida ó fortuna del difunto, de sus hijos, padres ó esposos, por el que puede ser castigado criminalmente: en el 542, al que forzó al difunto á testar, ó se lo estorbó dolosamente, ó suprimió el acto de última voluntad. Segun el 543, las personas convencidas judicialmente de incesto ó de adulterio, no pueden heredarse.

El artículo 762 del Código Prusiano declara indignos á los padres y parientes que no se cuidaron de dar alimentos á aquel de cuya herencia se trata.

Número 1. La ley 3, título 9, libro 34 del Digesto, dice: *Qui testatorem occidit, aut id egit, ut per negligentiam moretur.* La 7, título 20, libro 48: "Qui eum occiderunt, vel occidere curarunt."

Concuerta la ley 7, título 13, Partida 6: "Si el testador fuese muerto por obra ó por consejo ó culpa del heredero;" y la 4, título

9, libro 3 del Fuero Real, "Si lo matare (al testador), ó fuere en su muerte."

Si ha añadido lo del cónyuge ó descendientes, porque la ofensa parece cuasi igual, y de este modo se resuelve una cuestion dudosa entre los intérpretes, como la resolvió el artículo 540 Austriaco.

El espíritu del artículo no es comprender la muerte enteramente escusada, en cuyo caso no habrá condena, pero ni aun la simplemente culpable: todos los Códigos modernos suponen, á mi entender, esto mismo, aunque no lo expresan.

Las leyes Romanas y Patrias, que dejo citadas, parecen comprender tambien el caso de culpa; pero yo encuentro en esto excesiva dureza y ocasion de muchos y muy dudosos pleitos.

El párrafo 2 del artículo corta una cuestion, y esto solo seria una ventaja; pero además, en la legitima concurre la misma razon que en la herencia respecto del que no fuera heredero forzoso, y se guarda armonía con la dispuesto en el artículo 671.

Número 2. Conforme con las leyes 17 y 21, título 9, libro 34 del Digesto; la 6, título 35, libro 34 del Código, exceptúa á los menores de 25 años.

La ley 11 Recopilada, título 20, libro 10, copiando la 5, título 9 del Fuero Real, habla solo del heredero, "varon, de edad cumplida, y de matador sabido." La 13, título 7, Partida 6, era mas general, y habia admitido la distincion del Derecho Romano sobre la necesidad de acusar, en un solo caso, antes de aceptarse la herencia, y en los demas, dentro de cinco años.

El Código Frances no señala tiempo para acusar; el de Nápoles, artículo 648, seis meses; lo mismo el Sardo en el artículo 709; término á mi entender demasiado largo para la simple denuncia que es la sola cosa que exigen del heredero. La escepcion final del artículo se halla en el 728 Frances con alguna mayor latitud, y, como fundado en equidad y decoro, ha sido imitado por todos.

Es ademas conforme á la ley 2, título 1,

Partida 7, que, siguiendo al Derecho Romano, prohíbe la acusacion contra los ascendientes y hermanos.

No ha procedido ya de oficio: las leyes Romanas 17, título 9, libro 34 del Digesto, y 1, título 35, libro 6 del Código, declaran indigno al heredero, porque *sciens defuncti vindictam insuper habuit; necem testatoris inultam omisit*; el procedimiento de oficio, ya comenzado, y la creacion del ministerio fiscal desconocido entre los Romanos, hacen innecesaria la denuncia ó intervencion del heredero, pues que en tal caso no quedará la muerte sin venganza.

Número 3. El art. 648 Napolitano habla de acusacion capital; el 709 Sardo de acusacion calumniosa y de delito capital ó infamante; el 727 Frances, seguido por el 514 de Vaud, 885 Holandes y 958 de la Luisiana, habla de acusacion capital y calumniosa: el 20 Bávaro, capítulo 1, libro 3, concuerda con el Napolitano.

Por Derecho Romano solo se incurria en indignidad por la acusacion puesta contra el difunto despues de su muerte, leyes 1 y 5, título 9, libro 34 del Digesto.

Nuestras leyes Patrias no reconocen esta causa de indignidad, y sin embargo, con notable contradiccion, permiten desheredar al hijo por acusacion sobre pena capital, de destierro, ó infamante.

La controversia ó pleito sobre el estado era causa de indignidad entre los Romanos, ley 9, título 9, libro 34 del Digesto: entre los Códigos modernos solo ha sido adoptada por el Bávaro, artículo 20, número 5, capítulo 1, libro 3; y tal vez puede reputarse comprendida en la disposicion general del artículo 540 Austriaco arriba citado.

Pero hoy dia el pleito sobre libertad ó esclavitud, que era frecuente y el mas grave entre los Romanos, apenas puede tener lugar, y si solo, el relativo al estado de familia.

En medio de tanta variedad, ha parecido mas sencillo y acertado medir la indignidad por la gravedad de la pena fijándose en la

TOM. II.

de muerte ó cadena perpétua segun el nuevo Código penal.

Voluntariamente. Queda pues esceptuado el que acusa por razon de su oficio, como el fiscal y el tutor y demas que acusan en nombre y representacion de otros, *ex quadam officii necessitate*, segun las leyes 22, título 9, libro 34, 10, párrafo 1, y 22, título 2, libro 5 del Digesto: lo mismo deberá decirse cuando la acusacion haya sido por via de escepcion y en defensa propia.

Número 4. Concuerda con la ley 13, título 7, Partida 6, que habla del heredero testamentario, y con el 540 Austriaco que habla en general de atentados contra el honor del difunto. ¿Y puede imaginarse un atentado ó ultraje personal mas grave? Y si de resultas de la violencia muriese la muger de cuya herencia se trata, ¿podrian consentir la moral y la justicia, que el forzador recogiese premio de su criminal brutalidad?

Número 5. Las leyes 5 y 17, título 7, Partida 6, derivadas del Derecho Romano, hablan solo de los hijos y descendientes, y aplican la herencia al estraño que recogió y cuidó del loco.

Seguramente es mas fea é inhumana la negligencia en los descendientes; pero tambien son mas fuertes sus derechos, y sin embargo, pierden hasta su legitima: ¿por qué los otros parientes, aunque menos obligados, no perderán sus derechos menos favorables á los ojos de la ley y de la naturaleza?

Si esta consideracion es de algun peso, yo no alcanzo por qué los Códigos modernos, que admiten esta causa como de desheredacion contra los herederos forzosos, no la colcan como de indignidad contra los demas parientes.

Número 6. El Código Frances calla sobre las causas de este número.

En cuanto á su primera parte, el Código Napolitano, artículo 648, dice: "El que ha impedido con violencia al difunto hacer testamento." El Holandes, artículo 885: "El que por violencia ó vias de hecho ha estorbado al difunto hacer ó revocar su testamento." El Bavaro, artículo 20, capítulo 1, li-

bro 3: "Los que han forzado al difunto á hacer, ó no hacer una disposicion." El Código Austriaco, artículo 542: "El que ha forzado al difunto á hacer testamento, ó se lo estorbó obrando fraudulentamente para este efecto, ó ha suprimido el acto de su última voluntad."

El Código Sardo, artículo 702: "Cualquiera que ha impedido al difunto, que ya habia testado, hacer un nuevo testamento, ó revocar el ya hecho, ó ha suprimido, cancelado, falsificado el testamento posterior."

"Cualquiera que ha forzado ó inducido con dolo á hacer un testamento, ó á cambiarlo: estos tales no pueden recibir á virtud del mismo testamento ni del anterior." (Véase por esto que el Código Sardo habla únicamente de las herencias testamentarias).

La ley 26, y siguientes, título 1, Partida 6, y la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, conformes con lo dispuesto en todo el título 26, libro 29 del Digesto, y en el 34, libro 6 del Código, excluyen de la herencia legítima ó testamentaria al que embargó al difunto á hacer testamento ó cambiar el ya hecho; y ponen no solo el caso de haberlo estorbado por fuerza hecha al mismo difunto, sino al escribano y testigos, ó de haber estorbado con dolo ó en otra manera semejante que estos asistieran.

Se ha conservado esta legislación, que es tambien la del Código Austriaco, por parecer mas ajustada á la recta razon y á la moral: el dolo ó fuerza para impedir la asistencia del escribano y testigos, llamados por el difunto que queria testar, surten igual efecto que la fuerza hecha al mismo y merecen igual reprobacion y pena.

En cuanto á la sustraccion ó ocultacion del testamento, se halla así dispuesto en la ley 17, título 7, Partida 6, conforme con la 25, título 37, libro 6 del Código Romano; pues aunque una y otra hablan de las mandas ó legados, la razon es igual en las herencias. El Código Austriaco y el Sardo lo han estimado así en los artículos arriba copiados; y el de Vaud en su artículo 514 califica tambien de indigno "al que es conven-

cido de haber sustraído el testamento ó codicilo del difunto."

Sobre la fuerza ó violencia hecha para testar hay conformidad con las rúbricas del título 6, libro 29 del Digesto, y del 34, libro 6 del Código. "*Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit*: la hay con la 3, título 9, libro 3 del Fuero Real, y con la ley 26, título 1, Partida 6.

Esta disposicion es consiguiente á la regla general de que la fuerza ó violencia inducen nulidad en todos los actos; y así la vemos espresamente consignada en los Códigos de Nápoles, Cerdeña, Holanda, Austria y Baviera segun lo arriba espuesto.

Por el artículo 56 se ha restablecido la prohibicion de casar la viuda consignada en la ley 3, título 11, Partida 4, aunque la hemos limitado á diez meses. La dicha ley, tomada de la 1 y 2, título 9, libro 5 del Código, copió entre sus penas la pérdida de las arras, donaciones hechas por el difunto marido, y de cuanto este le dejó en el testamento.

La ley 1, título 2, libro 3 del Fuero Juzgo, trasladada á la 13, título 1, libro 3 del Fuero Real, contenia igual prohibicion bajo la pérdida de la mitad de los bienes: pero todas fueron derogadas por la recopilada 4, título 2, libro 10.

Restablecida la prohibicion, parecia consiguiente restablecer sus penas é imponer aquí á la viuda una indignidad parcial respecto de su marido: la Comision no lo tuvo por conveniente y habrá de estarse á lo dispuesto en el artículo 390 del Código penal.

Podria tambien dudarse si convendria establecer alguna especie de incapacidad ó indignidad parcial contra los celibatarios voluntarios á imitacion de la introducida entre los Romanos por la ley Julia Papia Popena; pero las penas establecidas en ella fueron ya abolidas por la ley 1, título 58, libro 8 del Código, y no podia pensarse en esto despues del Canon 10 de la Sesión 24 del Concilio de Trento; aunque puede muy bien sostenerse por el matrimonio, sin ser *melius ac beatius* que la virginidad y el celibato, es

mas útil al Estado, y por esto nuestras leyes Patrias los han fomentado y premiado, como se ve en la recopilada 7, título 2, libro 10, y en la 7, título 3 del mismo libro por lo dispuesto en sus tres últimos párrafos.

Las causas de indignidad. Concuerda este párrafo con los títulos 9, libro 34 del Digesto, y 35, libro 6 del Código. La ley 13, título 7, Partida 6, los imitó diciendo: "por las mismas razones que el heredero debe perder la herencia, por esas mismas perderian las mandas aquellos á quienes fuessen fechas." Lo mismo se lee en el Código Sardo, artículo 710, los motivos son iguales en ambos casos.

ARTICULO 618.

Pierden tambien todo derecho á lo que se les hubiere dejado en el testamento, el tutor testamentario y el albacea que se escusen de admitir su respectivo encargo, ó que sean removidos por sospechosos despues de haberlo admitido (1).

Amittere id quod testamento meruit etc., eum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela; ley 5, párrafo 2, título 9, libro 34 del Digesto: el que voluntariamente falta á la confianza del testador, no es acreedor á su liberalidad, que probablemente le fué hecha en atencion al mismo encargo con que se le gravó y honró: esta misma consideracion obra en los albaceas.

En el caso de ser removidos por sospechosos uno y otro, son mas culpables que en el de excusarse voluntariamente de su encargo: la ley 8, título 10, Partida 6, lo tenia así dispuesto del albacea removido por sospechoso: vé el artículo 740: otro caso parecido se encuentra en el 839.

ARTICULO 619.

Todas las exclusiones por causas de indignidad.

1. Por renuncia ó remocion de un cargo son incapaces de heredar en testamento, los que nombrados en él tutores, ó curadores, ó albaceas, hayan rehusado sin justa causa el cargo, ó por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.—Lo dispuesto en la primera parte del artículo anterior, no comprende á los herederos forzosos en su porcion legítima, ni á los que, desechada por el juez la excusa, hayan servido el cargo.—Arts. 3446 y 3447, tit. 2, cap. 3, lib. 4. cód. civ. vigente.—N. de los EE.

idad cesan respectivamente si el testador las sabia al tiempo de hacer el testamento; ó si, habiéndolas sabido despues, las remitió en instrumento público (1).

Doy por supuesto que este artículo solo es aplicable á los casos en que puede tener lugar la remision: la del número 2 del art. 617, "por ejemplo," como posterior á la muerte, no cabe en lo humano que sea remitida.

Ni en el Derecho Romano ni en el nuestro se halla previsto este caso; y solo podria ventilarse, si le es aplicable, ó no, la doctrina general sobre la remision tácita de las injurias.

Tampoco se halla previsto en el Código Frances, aunque puede realizarse en dos de sus tres causas de indignidad.

El Código Napolitano, artículo 650, dice: "El heredero que ha incurrido en la indignidad puede ser admitido á suceder, cuando el difunto le ha llamado espresamente (*habilitado*, relevado de ella): en el 651: "La rehabilitacion no puede resultar sino de un instrumento auténtico ó de un testamento hecho con plena libertad."

El Código Sardo, artículo 709, números 1 y 3, que vienen á ser los mismos de nuestro artículo 717, admite al heredero, cuando el testamento es posterior al delito ó acusacion, y el testador tenia noticia de ellos. Y bien puede decirse que en este caso hay tambien llamamientos ó perdon espreso.

Por el contrario el Austriaco, artículo 540, dice: "El que ha cometido un atentado contra el honor, la vida ó fortuna del difunto, etc., será indigno de suceder, mientras no resulte por algunas circunstancias que el difunto le perdonó."

1. Cuando la parte agraviada de cualquiera de los modos que espresa el artículo 3428, perdonare al ofensor, recobrará éste el derecho de suceder al ofendido por intestado, si el perdon consta por declaracion auténtica ó por hechos indudables.—La capacidad para suceder por testamento, solo se recobra si despues de conocido el agravio, el ofendido instituye heredero al ofensor ó revalida su institucion anterior, con las mismas solemnidades que se exigen para testar.—Arts. 3430 y 3431, tit. 2, cap. 3, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.