

Debe considerarse como intestado el fallecimiento de una persona cuando no se presenta un testamento ni consta legalmente su existencia (Sent. 8 Abril 1865).

Sólo á falta de herederos testamentarios entran á serlo los legítimos (Sent. 21 Abril 1866).

Debe entenderse que fallece intestado el testador cuyo heredero pierde el derecho á la herencia por no cumplir la condicion impuesta, y el sustituto nombrado fallece ántes que el sustituido heredero (Sent. 30 Junio 1866).

Segun la ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Recopilacion, es permitido á cualquiera el morir parte testado y parte intestado (Sent. 20 Diciembre 1866).

La herencia de un finado es lo que queda despues de satisfacer todas sus deudas y responsabilidades (Sent. 21 Junio 1869).

COMENTARIO

No se comprende el derecho de propiedad sin todas las facultades que les son inherentes. M. Thiers ha dicho que la propiedad no produce todos sus efectos, los mejores y los más fecundos, sino á condicion de ser completa, personal y hereditaria.

Nosotros creemos más; creemos que no solamente la propiedad sin estas condiciones dejaría de producir sus mejores efectos, sino que no constituiría una verdadera propiedad. Aquella propiedad de que el hombre no pudiera disponer entre vivos y para despues de su muerte, no llenaría inmediatamente los fines que la propiedad debe desempeñar en el derecho, en la vida y en la economía del hombre y de la sociedad.

El hombre que no pudiera donar ó vender una cosa, podría decirse con verdad que era dueño y propietario de ella?

La propiedad, por consiguiente, ha de ir acompañada del libre ejercicio de ciertas facultades que la hagan útil, que hagan posible el cumplimiento de su objeto.

¿Puede el hombre disponer para despues de su muerte?

Tal vez parezca ociosa la pregunta. Sin embargo, no falta quien haya puesto en dudá esta facultad, pues como ha dicho un querido catedrático nuestro, las escuelas que, pugnando contra la propiedad, no han conseguido destruirla, se proponen triunfar de ella mutilándola.

El derecho de disponer por testamento se deriva de la misma nocion de la propiedad.

Existe ésta en cuanto llena y satisface las necesidades del hombre; por tanto, mientras hay una necesidad que satisfacer, no puede negarse la propiedad. Pues una necesidad y necesidad imperiosa es en el hombre que abandona la vida entre sus hijos, entre sus parientes ó entre sus amigos cariñosos, mostrarles su afecto y su agradecimiento, entregándoles aquello que posee, último testimonio del corazón del hombre que procura ser generoso con sus semejantes, ya que él todo lo espera de la generosidad de la Providencia. ¿Cómo, por otra parte, podría sostenerse, sin incurrir en una falta de lógica, que el hombre que puede donar y vender, no puede testar?

¿Acaso son cosas esencialmente distintas la donacion y el testamento?

Pues qué, ¿en el testamento no se hace una donacion ó acaso una permuta por una persona libre, que tiene voluntad, usando de la cual hace á otro propietario de lo que es suyo, con una condicion suspensiva?

Es completamente inexacta la teoria de los que afirman que hay contradiccion en que se trasfiera el efecto de la voluntad cuando ésta ya no existe, y que disponga del dominio el que ha dejado de ser señor, porque cuando el testador dispuso su última voluntad era dueño, disponía de sus cosas; lo que hace es,—dice Gutierrez,—diferir la ejecucion de su voluntad para despues de su muerte, lo cual no se opone más á la razon natural, que si un propietario diese á otro sus bienes con la condicion de retener él durante la vida la posesion y el uso: por eso dice Grocio: *Testamentum vi ipsa nihil aliud est quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidenti ac fruendi* (lib. II de *Jur. bell. et pac.*, cap. VI, núm. 14).

Ignoramos cómo podría sustentarse la doctrina de que las obligaciones contraídas por un hombre no se extinguen con su muerte, y que las donaciones hechas durante la vida no caducan con el fallecimiento del donante, si había de sostenerse al mismo tiempo la nulidad de las disposiciones testamentarias; porque en último término, obligaciones hijas del cariño, de grandes servicios tal vez, son las que el testador reconoce y satisface, obligaciones de conciencia que se firman al borde del sepulcro, y que significarán no pocas veces satisfacciones dadas por errores ó agravios anteriores, ó deudas de aquellas que ni se justifican ni se reclaman ante los tribunales.

Si Mirabeau ha podido decir que hay muchos actos significados por los muertos á los vivos, en que la locura parece luchar con la pasion, y en los cuales el testador ordena tal disposicion de su fortuna, que no hubiera osado confiarla en vida á ninguna persona, y que, en una palabra, para permitirse semejante disposicion ha sido menester que el testador se desprenda completamente de su memoria, ó que haya pensado que el sepulcro sería su abrigo contra el ridiculo y las censuras, Bentham ha replicado con razon: «No cabe duda que del testamento puede hacerse mal uso; pero felizmente, cuando tal cosa acontece es por excepcion. Las pasiones podrán ocasionar extravíos accidentales; pero la ley debe guiarse por el curso ordinario de las cosas. La virtud es el fondo dominante de la sociedad; se ven con frecuencia padres corrompidos que se muestran tan celosos como los que más de la honradez y reputacion de sus hijos».

No creemos posible negar con fundamento la facultad de testar. Equivaldría á mutilar la personalidad del hombre, privarle de cumplir, siquiera sea tarde, obligaciones que contrajo en la vida.

Despues de lo dicho, excusado será añadir que, en nuestro concepto, la facultad de disponer por testamento tiene su origen, base y fundamento en el derecho natural, y de ninguna manera en el civil, como pretenden Escriche (1)

y Antonio Gomez (1), que se limitan únicamente á reconocerla y reglamentarla.

El precepto que se sostiene en nuestro artículo está reconocido en todos los Códigos antiguos y modernos: *quando potest ex testamento adiri hereditas, abintestato non defertur.* Ley 39, tit. II, lib. XXIX, Digesto.

Todo el mundo, pues, puede disponer de sus bienes por testamento con sujecion á las reglas que el Derecho civil ha establecido.

Quando el que falleció no hizo uso de este derecho y nada dispuso respecto á sus bienes, ó sus disposiciones son contrarias á la moral y al derecho, ó carece de capacidad para hacer disposicion testamentaria, entónces la ley, basándose en ciertos principios que se explicarán en otro lugar, ha establecido un orden sucesorio, al cual ha de ajustarse precisamente la distribucion del caudal hereditario.

De este precepto no será lícito deducir que un hombre tiene que morir del todo testado ó del todo intestado. Antes al contrario, consiente nuestro Derecho y así lo ha consignado tambien la jurisprudencia, que se disponga por testamento de cierta porcion de bienes, dejando la distribucion y adjudicacion de los demas á la voluntad de la ley, es decir, que se puede morir en parte testado y en parte intestado (Véase ley 1.ª, tit. XVIII, lib. X, Nov. Rec., y Sent. 20 Diciembre 1866).

CAPÍTULO II

DE LAS HERENCIAS POR TESTAMENTO

SECCION PRIMERA

DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DEL TESTAMENTO

Artículo 885.—El testamento es un acto revestido de las solemnidades que marca la ley, y revocable, por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para

despues de su muerte en favor de una ó más personas.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tit. I, Partida 6.ª

(1) *Dic. de Jur.*, tom. IV, p. 1092.

(1) *Com. Ley 2.ª, Toro.*

Ley 25, tit. I, Partida 6.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 895 Cód. Francia.—759 Italia.—1739 Portugal.—833 Rusia.—552 Austria.—308 Tesino.—572 Berna.—922 Holanda.—1445 Luisiana.—558 Vaud.—576 Valais —751 Friburgo.—Ley 1.^a, tit. I, lib. XXVIII, Digesto.

JURISPRUDENCIA

El hecho de que un testador haya intentado variar su testamento ó de que no tenga relaciones con el heredero de confianza que ha nombrado, no puede amenguar la fuerza legal del testamento reconocido como válido (Sent. 21 Abril 1860).

No hay ley ni doctrina admitida por los tribunales que sancione el principio de la irrevocabilidad de los testamentos dichos de mancomun que suelen otorgar los cónyuges, sobre todo cuando contienen pacto ó convenio que la establezca (Sent. 21 Mayo 1860).

Otorgado un testamento con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, puede el testador disponer de sus bienes en favor de otras personas, pero queda sujeto para hacerlo con éxito, á lo dispuesto en la ley 22, tit. I, Partida 6.^a, referente á la revocación de la citada cláusula (Sentencias 7 Mayo y 1.^o Octubre 1860).

La ley 25, tit. I, Partida 6.^a, que dispone que ningun home non puede fazer testamento tan firme que non lo pueda despues mudar cuando quisiere fasta el día en que muera, no es de un precepto tan absoluto que no deba subordinarse á lo que otras leyes del mismo Código tienen establecido para cerciorarse de la verdadera voluntad de los testadores (Sent. 1.^o Octubre 1860).

El testamento hecho de mancomun no impide al testador sobreviviente y heredero del otro, variar su disposicion cuando le parezca oportuno (Sent. 26 Marzo 1861).

Segun la ley 24, tit. I, Partida 6.^a, quebrantando a sabiendas el facedor del testamento alguno de los sellos, tajando alguna de las cuerdas, rayando las señales que hubiese fecho en la escritura el Escribano público, o rompiéndola, se desata el testamento: disposicion que facilita al testador el medio de dejar sin defecto en cualquier tiempo y sin formalidad alguna cuanto hubiese ordenado, si varia de voluntad (Sentencias 1.^o Febrero 1861 y 18 Noviembre 1865).

Los testamentos no son ni pueden estimarse sino en lo que disponen lícitamente con arre-

glo á las generales del reino (Sent. 25 Mayo 1865).

El hombre puede variar su voluntad hasta la muerte. Cualquiera excepcion de este principio debe interpretarse en sentido restrictivo, como todo lo que tienda á coartar el libre ejercicio en tan importante derecho (Sent. 22 Junio 1865).

Para que el testamento pueda revocar el otorgado válidamente con anterioridad, es necesario que el segundo se halle revestido de todos los requisitos que para semejantes actos prescriben las leyes (Sentencias 26 Setiembre 1862 y 18 Noviembre 1865).

El testamento en todo lo que lícitamente dispone, es verdadera ley, á la cual deben atenerse los tribunales para fallar (Sents. 24 Marzo 1857, 23 Diciembre 1859 y 22 Mayo 1876).

COMENTARIO

¿Qué es testamento?

Nuestro artículo trascribe lo que la ley ha dicho.

«*Testatio et mens* son dos palabras de latin que quier tanto dezir, en romance, como testimonio de la voluntad del ome. E destas palabras... Ca en el se encierra o se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face; estableciendo en el su eredero e departiendo lo suyo en aquella manera quel tiene por bien que finque lo suyo, despues de su muerte...»

Dedúcese por consiguiente de esta ley:

- 1.^o Que el testamento ha de hallarse revestido de ciertas condiciones que la ley exige para su validez.
- 2.^o Que este acto es revocable.
- 3.^o Que no empieza á tener efecto sino despues de la muerte del testador.
- 4.^o Que es expresion fiel de la voluntad del testador.
- 5.^o Que en él se dispone del todo ó parte de los bienes.

Respecto á las solemnidades del testamento, son tan necesarias que sin ellas no existe verdadero testamento. No basta que se pruebe cuál fué la voluntad del testamento, es preciso que esta voluntad se haya manifestado bajo cierta forma y llenando ciertos requisitos. En artículos porteriores desarrollaremos estas indicaciones.

En cuanto á la revocabilidad del testamento, claro es que desde que afirma que es expresion de la última voluntad, ha de ser revocable, porque de lo contrario, podria resultar que no era la última voluntad del testador la que se cumplía.

ORÍGENES

Ley 1.^a, tit. I, Partida 6.^a

COMENTARIO

La voluntad del testador puede ser comun y especial. La primera es la que se otorga con arreglo á las leyes civiles. El especial es el que puede otorgarse con arreglo á las disposiciones de las Ordenanzas del ejército. De él nos ocuparemos oportunamente.

El testamento comun es siempre de un género; mas en cuanto á las solemnidades eternas que reviste puede ser de dos clases, el nuncupativo ó abierto, y el escrito ó cerrado.

El abierto puede tambien ser escrito, bien en protocolo, bien por cédula, pero puede hacerse oralmente. El cerrado siempre es escrito, como veremos oportunamente.

El Fuero Juzgo reconocía cuatro modos distintos de otorgarse el testamento; tales son: 1.^o, el hecho por escrito, firmado por el mismo testador y los testigos; 2.^o, el firmado únicamente por el testador ó por los testigos si aquél no firmaba; 3.^o, el otorgado por una persona que no supiese escribir, en cuyo caso bastaba que otra lo escribiese y firmase por él; 4.^o, el que se hacía oralmente ante testigos, sin escribir nada. Con arreglo al Fuero Juzgo se prescribía que la *manda del muerto que es fecha por escrito fasta seis meses debe ser manifestada ante el obispo*.

En cuanto al Fuero Real, dice le ley 1.^a, título V, lib. III: «Todo ome que fiziere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, fágalo por escrito de mano de los escribanos ó de alguno dellos que sean públicos, ó por otro escribano en que ponga su sello conocido: que sea de creer ó por buenas testimonias, la manda que fuere fecha en cualquiera destas cuatro guisas, vala por todo tiempo si aquel que la fizo no la desfiziere».

De las solemnidades hoy en vigor nos ocuparemos en los artículos siguientes.

A mayor abundamiento otra ley de Partida (la 25) dice: «la voluntad del ome es de tal natura que se muda en muchas maneras: e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar, quando quissiere, fasta el día que muera; solamente que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente».

La ley del Fuero Real (2.^a, tit. V, lib. III) dice: «Si alguno despues que fiziere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, e despues fiziere manda en lo non puede quier que sea de aquellas cosas de que primeramente habie mandadas, la postrimera manda vala...» (1)

Que el testamento no empieza á tener eficacia hasta despues de la muerte del que lo otorgó, se desprende de su naturaleza misma y de los fines que está llamado á realizar.

Que es fiel expresion de la voluntad, Modestino lo definió en estas palabras: «*Voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis mortem suam fieri velit* (ley 1.^a, tit. I, lib. XXVIII). ¿Qué otra cosa podía ser sino la voluntad del moribundo?

En cuanto á la disposicion de los bienes que de él se hace, debe tenerse presente; 1.^o, que no solamente se dispone de los bienes en el testamento, sino que se hacen, disponen ó mandan otras cosas que el testador desea que sean practicadas, tales como funerales, misas, nombramiento de tutores y curadores, etc., etc.; y 2.^o, que se puede disponer de todo ó parte de los bienes con arreglo al principio de que se puede morir en parte testado y en parte intestado, como dijimos en el artículo anterior.

Artículo 886.—El testamento es comun ó especial.

El comun puede ser abierto ó cerrado.

(1) Véase el capítulo «De la renovación ó ineficacia de los testamentos».