estranjeros y conforme á las leyes de éstos; cuyos testamentos se declaran válidos en España por los artículos del 585 al 588 de su código, en Francia por el 999 del suyo, en la Luisiana por el 1,589, en Vaud por el 659, en Nápoles por el 925, en la Cerdeña por los 797, 798 y 799 y por el 1,000 holandés.

CAPITULO TERCERO.

De las personas capaces de otorgar testamento.

Hemos hasta aquí visto qué es propiedad, cuáles y cuántas son sus especies, qué es dominio y de cuántos modos se le considera; qué es testar, y cuál es el orígen de esta facultad; cómo se manifiesta para que en el fuero civil se tenga por válida tal manifestacion, ó qué es testamento, cuáles y cuántas sus especies y cuáles los requisitos para su existencia ó fuerza probatoria. Es, pues, llegado el caso de saber conforme al derecho civil quiénes pueden otorgar testamento. Esto no nos es difícil si recordamos lo que tenemos dicho, á saber: que el que tiene dominio puede otorgar testamento. Mas como puede abusarse del dominio mismo ó no usarse de él como se debe, se hace indispensable saber á quiénes se les prohibe ya absoluta, ya relativamente, usar por medio de la testamentifaccion de su facultad de testar. Y esto lo conseguirémos en los párrafos siguientes.

PARRAFO I.

¿Quiénes tienen prohibicion absoluta de testar?

La ley prohibe absolutamente hacer testamento á aquellas personas que no tienen la rectitud, criterio y aplomo necesarios para usar y disponer como deben de sus propiedades. Por eso, por las 13 tít.

1º de la Part. 6ª, 19 tít. 1º lib. 28 del Dig. y 4 tít. 4º lib. 5º de la R., que es la 4 tít. 18 lib. 10 de la Nov. y 5 de Toro, no pueden testar los hombres menores de catorce años, ni las mujeres menores de doce; pues en unos y en otras supone la ley, y en lo general no se equivoca, que no está bien desarrollado su entendimiento, bien formada su voluntad, ni bien comprendido, sumiso y dirigido por la persuasion, la esperiencia y el conocimiento de la ley el uso de su libertad; pero pueden hacerlo los que pasen de esa edad, y aun cuando estén bajo el patrio poder, dicen las mismas leyes, ménos la romana en cuyo tiempo todo lo del hijo se tenia por del padre.

Igual prohibicion tienen por la misma ley los locos miéntras lo estén, y esto no porque les falta la edad, sino aun teniéndola, puesto que solo les ha servido para tener un largo sufrimiento, y para en este tiempo hacer padecer á los que los rodean. Hemos visto que tal prohibicion está basada en la falta de razon; ántes, pues, de perderla ó despues, si tiene lúcidos intervalos, es claro, y así lo dice la ley, que pueden testar, pues quitada la causa cesan los efectos.

La ley de Partida citada y su concordante romana que es el párrafo 4º de la ley 20 tít. 1º del Digesto, disponen: que cuando el demente tiene lúcidos intervalos, los interesados en que teste deben ocurrir al juez del lugar para que conceda la licencia respectiva para testar; y solo puede otorgarla cuando quede satisfecho por la declaracion del médico ó cirujano que al efecto asociado del escribano y testigos, ó de éstos y el mismo juez si no hubiere escribano, examinarán el estado del enfermo y con vista de él podrán decir si puede ó no otorgar su disposicion testamentaria, todo lo cual se hará constar por el escribano y en su caso por el juez receptor; y cerciorado el juez de la verdad de lo dicho y lo hecho y de que el testador concluyó durante el intervalo lúcido su disposicion, debe declararla válida y tenerse por buena para todos los efectos legales.

De la misma manera y por la misma ley está prohibido testar á los pródigos, á quienes judicialmente se hubiere quitado la administracion de sus bienes; pues si no se tienen amor á sí mismos conservando los medios de su existencia propia, ni á sus familias á quienes

privan aun de los recursos necesarios á la vida, es seguro que continuando en el desbordamiento de sus pasiones, en la divagacion de sus sentimientos, en la embotacion de su vida, y, en una palabra, en el tortuoso sendero de su disipacion y quizá relajacion, no obrarán de acuerdo con el amor, la naturaleza y la ley, y que si algunos bienes conservan aún, los despilfarrarán y derrocharán, dejando en la miseria, en la mendicidad tal vez y espuestas á la prostitucion á sus familias, cuando de otra manera pueden ser mil veces mas útiles á sí mismos, á la sociedad doméstica, á la civil, á la política y á la religiosa á que pertenecen.

Y no se diga que la ley obra mal al intervenir en los bienes de los pródigos; porque la ley para serlo debe proteger al huérfano y sostener y apoyar la justicia que es la razon de su existencia y legitimidad; por lo mismo no debe, sino para impedir el mal ejemplo tan pernicioso á la sociedad y que el inocente se perjudique con la conducta del culpable, mandar que se intervenga judicialmente la persona y bienes del pródigo. Ademas hace esto por la facultad y obligacion que tiene de dirigir, reglamentar, perfeccionar y garantir la propiedad y su uso. Tambien puede decirse que la ley se los prohibe por imponerles una justa pena á su culpa, ya que no dejaron de hollar sus deberes por amor al bien, á la virtud y aun á la conveniencia propia. Esta prohibicion se entiende relativamente á la administracion y á la testamentifaccion.

Mas cuando el pródigo intervenido, arrepentido de sus locuras cierra con su enmienda el hondo abismo á que lo habia precipitado ó en que lo iba á hundir su desordenada conducta ¿puede hacer testamento? ¿y ha podido hacerlo ántes de su intervencion judicial? En uno y otro caso opinan los mas célebres autores que pueden legalmente hacer testamento los pródigos, y á la verdad que tienen razon para opinar así, aunque muchos no la esponen.

A los pródigos ántes de ser intervenidos judicialmente, no les está prohibida la administracion y disposicion de sus bienes, y por lo mismo pueden testarlos así como administrarlos; porque aun no se les llega la hora de la intervencion judicial, y por esto lo dispuso así

la ley 18 tít. 1º lib. 28 del Digesto y la ley 13 tít. 1º de la Partida 6ª Cuando cesa, porque se ha corregido en su conducta de dilapidacion, se le ha levantado la intervencion judicial no solo por ser ya innecesaria sino ofensiva á la libertad del propietario, y por estar conseguido el objeto de la ley, para alcanzar el cual, ha sido intervenido, que es el evitar el despilfarro y pérdida de los bienes del pródigo, su perjuicio personal, el de su familia y el de la sociedad á que pertenece; y como esta era la causa para que no pudiera administrar ni disponer de su fortuna, y segun va dicho ha terminado, y así se le ha hecho saber judicialmente, es evidente que legalmente puede testar despues de haber cesado la intervencion, como lo ha podido hacer ántes de haberla sufrido. Cuando no existe una causa no se conocen sus efectos; y cuando habiendo existido deja de existir, tambien desaparecen aquellos. Cuando, pues, no ha existido la causa de la prohibicion de testar hecha á los pródigos porque no han sido intervenidos judicialmente, ó aunque haya existido; ha desaparecido por su posterior buena conducta, han cesado ó no han existido los efectos que con la prohibicion relativa para testar habian de ser ó sido determinados á la existencia. Repetimos que los pródigos en ambos casos pueden testar, pues de unos no se ha sabido judicialmente que sean pródigos, y de los otros judicialmente se ha sabido que han dejado de serlo. Así lo dice y ordena la ley 13, tít. 1º Partida 6ª

A los sordo-mudos está igualmente prohibido hacer testamento; pues siendo éste la espresion legal y solemne de la voluntad del testador, cuando se carece de un idioma claro, preciso é inteligible, como lo es el comun ó usual, y solo se tiene el de las señas, en que puede haber equivocacion en el que las usa y mas en el que las interpreta, se espondria demasiado la verdad de un acto tan importante, y podria ademas no ser la manifestacion de la voluntad del testador, sino la demostracion de lo que se entendiera haber querido ser dicha voluntad, de que resultaria que no habia habido tal testamento. Esta prohibicion, conforme á la ley 13 tít. 1º Partida 6ª no es estensiva á los sordo-mudos por enfermedad, pues en éstos no hay la razon que en aquellos, cual es la carencia de medios seguros de co-

municacion, porque pueden tener el de la escritura; y si esta ventaja tuvieren á su favor los de nacimiento tambien pueden testar segun dicha ley y Sigüenza en su tratado de cláusulas lib 2º cap. 1º párrafo 9 que debe leerse.

Como en nuestro país no hay esclavitud, ni á los condenados á muerte está prohibida la facultad de testar por nuestra legislacion, no nos ocuparémos ni de unos ni de otros; pues los bienes de éstos no pueden ser confiscados conforme al artículo 475 de la ley de 29 de Noviembre de 1858 y á la constitucion de 1857, que era el caso en que les prohibia testar la ley 4ª de Toro, ó 3ª tít. 4º lib. 5º de la R., ó sea la 3ª tit. 18 lib. 10 de la Nov. y la ley 15 tít. 1º Part. 6ª

CONCORDANCIAS.

Por el artículo 600 del Código español pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que al hacerlo gocen de su cabal juicio: y los locos ó dementes que tengan lúcidos intervalos, tambien pueden disponer durante ellos. El Código francés en su artículo 904 no permite testar al menor de diez y seis años y al mayor de esta edad pero menor de la que lo hace *sui juris*, de mas que de la mitad de sus bienes disponibles. El artículo 820 del napolitano, el 701 del sardo y el 1464 del de la Luisiana, exigen en el testador la misma edad que el francés; pero no le ponen la limitacion que éste para disponer solo de la mitad de sus bienes en el caso referido. El 562 del de Vaud solo permite testar á la edad de 17 años; el 944 del holandés y el 569 del austriaco á la de 18 años; pero ninguno de estos tres últimos códigos pone limitacion á los bienes de que puede disponer el testador. El prusiano en sus artículos 17, 18 y 19 tít. 12 part. 1ª es igual al austriaco; mas ambos conceden al mayor de catorce y menor de diez y ocho años, testar de viva voz ante el tribunal.

PARRAFO II.

¿Quiénes tienen prohibicion respectiva de testar?

No se permite á los religiosos por razon de sus votos, hacer testamento, si no es que tuvieren la respectiva licencia de sus prelados ó superiores, porque entónces la razon de la prohibicion, que es el voto de pobreza, cesa, pues que se los dispensa la competente autoridad, ya para recibir, ya para dispensar los votos. Por lo mismo, como el Estado tiene necesidad por sus relaciones esenciales con la Iglesia, de proteger á ésta en sus disposiciones, debe hacerlo en los dos casos citados. Hoy no tienen lugar estas doctrinas, pues por las leyes de reforma han desaparecido los religiosos. De la misma manera está prohibido á los ciegos hacer testamento cerrado, mas no el abierto; y esto proviene de que en el uno puede ser engañado por quien se lo escriba, miéntras que no sucederá lo mismo en el abierto, pues están de por medio el escribano y los cinco testigos que segun vimos en su respectivo lugar, deben concurrir é intervenir en el otorgamiento de dicho testamento. Por eso la ley ha hecho muy bien en disponer dos cosas: primera, que los ciegos no puedan testar *in scriptis*, es decir, hacer testamento cerrado: y segunda, que para no perjudicarlos en el uso de su propiedad y sí normárselos y garantizárselos mas y mas, permitirles testar en testamento abierto y bajo las precisas condiciones de que éste deba ser hecho ante el escribano y cinco testigos por lo ménos, con lo que se evita el complot entre ellos ó con otro, en perjuicio del ciego ó de sus herederos.

Hemos visto en el párrafo anterior que es absolutamente prohibido hacer testamento á los menores de doce ó catorce años segun sus sexos. Así lo dice la ley 13 tít. 10 de la Partida 6ª derogatoria de la 10 tít. 5º lib. 2 del Fuero Juzgo que permitia al pupilo de

diez años testar en caso de enfermedad; y del Fuero antiguo de Navarra que permitia á los hidalgos testar á la edad de siete años. Ahora debemos advertir que la misma ley prohibia hacer testamento á los hijos que aunque fueran mayores de dichas edades, estaban bajo la patria potestad, y aun cuando se les permitiera por sus padres, salvo los casos en que estos hijos fueran caballeros ó letrados, en cuyos supuestos podian disponer de sus bienes castrenses y cuasi castrenses. Mas esta disposicion está derogada por la ley 5ª de Toro que es la 4ª tít. 4º lib. 5º de la R., ó 4 tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. en estas terminantes palabras que la forman: "El fijo ó fija que está en poder de su padre seyendo de edad lejítima para hacer testamento *pueda fazer testamento como si estuviese fuera de su poder.*"

Hay otros á quienes por razon de los bienes de que podrian intentar disponer, se les prohibe testar. Tal sucede con los obispos y demas eclesiásticos de que habla la ley 8ª tít. 21 Partida 1ª En nuestro país, supuestas las leyes de reforma, pueden libremente hacerlo.

En el derecho canónico segun Murillo, tienen igual prohibicion. Mas como por una costumbre muy antigua han testado, y esta costumbre está mandada guardar por las leyes 13 tít. 8º lib. 5º de la Recop., 12 tít. 20 lib. 10 Nov. Recop. y 6ª tít. 12 lib. 1º de la Recop. de Indias, se les permite hacer testamento conforme á derecho.

A la mujer casada, segun Escriche, es permitido testar sin licencia de su marido ni autorizacion judicial; y aunque apoya su doctrina en la ley 4ª tít. 18 lib. 10 de la Nov., como ésta nada dice, carece de fundamento legal espreso. Para que la mujer casada haga constar cuál es su voluntad, no necesita licencia marital, ni ménos cuando ésta podria negarse y así ocasionarse con ó sin intencion, innumerables males. La disposicion testamentaria de la mujer no puede perjudicar los intereses de la sociedad doméstica, pues para que sea válida debe estar estendida conforme con la ley. La voluntad del testador debe ser manifestada libremente, y carecería de este requisito si debiera intervenir la licencia marital. Así lo deja entender Sigüenza en el número 25 del lib. 2º de sus cláusulas y al citar la ley 1 C *si quis aliquem prohiberet testare.* Navarr. in Manual part. 6ª núm. 7 y la ley 27 tít. 1º Partida 6ª que deben consultarse.

Mas tanto las personas á quienes en ningun caso prohiben las leyes hacer testamento, como las á que se les prohibe respectivamente ¿de qué cosas pueden disponer en testamento? Cuando los testadores son personas que no están sujetas á patria potestad y son ascendientes de sus herederos, pueden disponer para éstos de cuatro quintas partes y de la otra libremente, segun la ley 9 tít. 20 lib. 10 de la Nov. Cuando los testadores son descendientes y los herederos ascendientes, deben disponer á favor de éstos de dos terceras partes de su fortuna, y de la otra libremente conforme á la ley 1ª del mismo título, libro y código; y cuando los herederos son colaterales ó estraños, no tienen derecho sino á lo que gratuitamente se les deje por el testador, que en este caso, es libre para disponer de su fortuna, ó de parte de ella en favor de quien quiera: á diferencia de cuando mueren intestados, en cuyo caso tienen los derechos que verémos en su lugar. Todo esto está conforme con la ley de 10 de Agosto de 1857 en sus artículos 13 y 14.

CONCORDANCIAS.

El Código español en su art. 601 declara incapaces de testar á los religiosos profesos de Ordenes reconocidas por leyes del reino; pero les reconoce tal capacidad desde el momento en que vuelvan al siglo conforme á las mismas leyes. El mismo Código en su art. 602 niega el poder hacer testamento cerrado al ciego y al que no sabe ó no puede leer: en su art 603 permite al que no pueda hablar pero sí escribir, otorgar solo en testamento cerrado; en su art. 604 concede á los estranjeros la facultad activa y pasiva de testar y heredar que, conforme al art. 26 del mismo Código, se les concede á los españoles, y salvo lo dispuesto ó que se dispusiere por los tratados y leyes especiales; y en su art. 606 manda que para calificar la capacidad de testar se atienda únicamente al tiempo en que se

otorga el testamento. Con el primer artículo del Código español, salvas ligeras diferencias, están conformes los 714 y 715 del sardo, el 573 del austriaco y el 1.° cap. 3 lib. 3 del bávaro. El 602 español está conforme con la ley 8 tít, 23 lib. 6 del C., con el párrafo 3 tít. 10 lib 2 Ins., con la ley 14 tít. 1,° Par. 6, y con las 1, 2 y 3 tít. 18 lib. 10 de la Nov. Con este artículo español van de acuerdo el 978 francés, el 753 sardo y los 113, 114 y 115, tít. 12, parte 1.ª del prusiano. Con el 603 español están conformes el 979 francés, el 755 sardo, el 988 holandés y el 900 napolitano. Con el 604 español, están de acuerdo los 702 y 705 sardos, el 912 fransés, el 1477 de la Luisiana, el 570 de Vaud, el 957 holandés y el 828 napolitano. Debe tenerse presente que los artículos 796 y 912 franceces, están abrogados por el 1.° de la ley de 14 de Julio de 1819 en que se concede á los estranjeros el derecho de heredar, disponer y recibir del mismo modo que los franceses en toda la Francia. Y por último en cuanto á la calificacion de la capacidad para testar de que habla el art. 605 español, nada dicen los mas de los códigos modernos, á escepcion del de la Luisiana en su art. 1418, y el de Holanda en el 915.

CAPITULO CUARTO.

De los herederos.

Aquí tenemos que investigar ¿qué debe entenderse por herederos? ¿cuántas son sus clases? ¿quiénes no pueden serlo y quiénes sí? ¿cuáles son los derechos de cada clase de herederos, ó mejor dicho, en qué órden deben suceder al testador? ¿qué otros derechos tienen los testadores y herederos? Lo sabrémos en los párrafos siguientes

PARRAFO I.

¿Qué debe entenderse por herederos?

Toda persona que suceda á otra en todo ó en parte de sus bienes, derechos y acciones, se llama *heredero*. Lo bueno de esta definicion nos ahorra el trabajo de buscar otra; su claridad nos economiza el de esplicarla, y el conjunto de sus cualidades lógicas, nos hace adoptarla en esta obra.

Réstanos solo decir que es del todo conforme con la que nos da la ley 1.ª tít. 3.° de la Part. 6.ª

PARRAFO II.

¿Cuántas clases hay de herederos?

Sabido tenemos que la persona que sucede á otra en todos ó parte de sus bienes, se llama heredero. Pues bien: de esta definicion resultan las dos primeras clases de herederos que la ley 1.ª tít. 3.° de la Partida 6.ª fija y reconoce, y son universales y particulares.

La persona á quien se hereda, ó ha muerto despues de haber hecho manifestacion de su última voluntad, ó sin haberla hecho: en el primer caso, sus herederos lo son por testamento, y en el segundo *ab intestato*: he aquí otras dos clases de herederos, testamentarios y ab intestato.

Si estos tienen con el testador ó intestado las relaciones de parentesco en línea ascendente ó descendente, son llamados forzosos, pues tanto el testador como la ley les instituyen herederos, y por lo mismo lo son por testamento y ab intestato.