

PARTE PRIMERA.

DE LOS TESTAMENTOS Y HERENCIAS.

Importa mucho, al hablar de una materia tan extensa como es la de testamentos y herencias, repartirla en varios puntos, á fin de facilitar su estudio y comprension, cuidando mucho de proceder en la exposicion de las diversas doctrinas con el mejor órden lógico que sea posible. En tal virtud, dividiré esta primera parte en siete capítulos, ocupándome en el primero de explicar la definicion, origen y divisiones del testamento; en el segundo examinaré los requisitos generales del testamento solemne; en el tercero hablaré del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo; en el cuarto, del testamento escrito ó cerrado; en el quinto, del testamento privilegiado; en el sexto, del testamento de los extranjeros; y en el sétimo trataré de la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas.

CAPITULO I.

Definicion, origen y divisiones del testamento.

Definicion del testamento.

Se llama testamento la declaracion legal que uno hace de su última voluntad, disponiendo de sus bienes para despues de su muerte. (L. 1, tít. I, P. 6.) Esta declaracion ha de ser legal, esto es, hecha con las formalidades pocas ó muchas que exigen las leyes, segun los casos, para evitar los fraudes y suposiciones de testamentos que pudiera formar la codicia; y como la disposicion que contiene el testamento es de última voluntad, no empieza á tener efecto sino despues de la muerte del testador, y puede siempre revocarse por él hasta el último instante de su vida. La voluntad del testador es el alma de su testamento, así como la voluntad del legislador es el alma de la ley, y debe respetarse hasta en las expresiones ambiguas que la ocultan, sin que causen obstáculo alguno á su cumplimiento las nubes en que esté envuelta, siempre que de algun modo pueda descubrirse y conocerse.

Origen del testamento.

La palabra *testamento* viene de las voces latinas *testatio mentis*, testimonio de nuestra voluntad, porque efectivamente es una manifestacion de

nuestra voluntad hecha delante de testigos. (L. 1, tít. I, P. 6.)

El derecho de hacer testamento ó de disponer de nuestros bienes para un tiempo en que ya no existiremos, no nos viene por cierto de la naturaleza (*Antonio Gomez á la ley 3 de Toro*), pues en el derecho natural, el hombre muere, sus bienes quedan vacantes, y se apodera de ellos el primero que llega; mas las leyes civiles de todas las naciones, despues de fijar el derecho de propiedad y de hacerle comunicable mediante los contratos, le hicieron tambien trasmisible en el instante de la muerte, abriendo así la puerta á los testamentos y sucesiones; de modo que no contentas con determinar á quién habian de pertenecer los bienes vacantes, han permitido al hombre determinarlo, hasta cierto punto, por sí mismo, para que mediante la justa distribucion de su hacienda, pueda recompensar á unos, castigar á otros, alentar á los que se inclinan al bien, y dar consuelos á los que experimentan las desgracias de la naturaleza ó los reveses de la fortuna.

No faltan quienes reprueban la facultad de hacer testamento, mirándola como causa y origen de infinitos males que afligen á la sociedad; pero hay tres razones poderosas que la justifican: 1ª La ley sobre sucesiones no puede menos de ser siempre muy imperfecta, pues no puede acomodarse á la diversidad de casos y circunstancias, y solo el propietario es capaz de tomar en conside-

racion las necesidades que tendrán respectivamente despues de su muerte las personas que dependen de él y el grado de afecto que le tienen. 2ª Revestido el propietario de esta facultad ó poder, que debe considerarse como una rama de la legislacion penal y remuneratoria, puede ser visto como un magistrado establecido para fomentar la virtud y reprimir el vicio en el pequeño estado que se llama familia, pues hasta el hombre mas vicioso desea la probidad y buena reputacion de sus hijos. 3ª Este poder hace mas respetable la autoridad paterna y asegura la sumision de los hijos; bien que para no convertir al padre en tirano, se ha establecido lo que se llama legítima, de la cual no se puede privar á los hijos sino por causas señaladas en la ley y probadas judicialmente.

Si el propietario no tiene herederos naturales, se le permite dejar sus bienes á quien le parezca, pues conviene que pueda cultivar la esperanza y recompensar el cuidado de un criado fiel, mitigar los pesares de un amigo, y sobre todo, atender á la suerte de una mujer á la cual solo ha faltado una ceremonia para ser llamada su viuda, y de unos huérfanos que son sus hijos á los ojos de todo el mundo, menos á los del legislador.

Divisiones del testamento.

El testamento es de dos especies: *solemne* y *privilegiado*: aquel es el que se otorga con las formalidades prescritas por las leyes, como debe

hacerse generalmente; y éste es el que ningun otro requisito exige, sino que conste de algun modo la voluntad del otorgante. El testamento solemne se divide en *nuncupativo ó abierto y escrito ó cerrado*: el nuncupativo ó abierto es el que se hace ante escribano y testigos, ó solo ante testigos sin escribano, en cédula ó memoria, ó de palabra; y el escrito ó cerrado es el que el testador escribe ó redacta en secreto por sí ó por medio de otro, y le presenta luego cerrado ante escribano y siete testigos que lo firman con él mismo en la cubierta. (L. 1, tít. I, P. 6.)

Dada ya la definicion de testamento, y explicados su origen y divisiones principales, pasemos á la segunda parte de este capítulo.

CAPITULO II.

Requisitos generales del testamento solemne.

Division de los requisitos.

Para la validez de un testamento solemne, es preciso que se cumplan los requisitos ó solemnidades que exigen las leyes, y cuyos requisitos se dirigen, ó á las personas que intervienen en el testamento, como el testador y los testigos, ó á la forma, y entonces se refieren al contenido del instrumento y al papel en que este se extiende.

Requisitos del testador.

Comencemos, pues, con los requisitos que las leyes exigen en la persona del testador.

Puede hacer testamento cualquiera persona de uno ú otro sexo á quien la ley no lo prohíba. Tienen prohibicion legal las personas siguientes:

1º El que no haya cumplido catorce años, siendo varon, y doce siendo hembra. (L. 13, tít. I, P. 6.)

2º El demente ó loco mientras lo está; pero vale el testamento que hubiese hecho antes de la locura, y el que hiciere durante sus lúcidos intervalos, con tal que lo perfeccione dentro de ellos, pues no valdria si antes de la conclusion volviese á su fatal estado. (L. 13, tít. 1, P. 6.) Para evitar dudas y controversias sobre este punto, suele practicarse lo siguiente: Los parientes presentan escrito al juez manifestándole que el paciente se halla algunas veces en su acuerdo, y solicitando se autorice al escribano para que con asistencia de médico y cirujano (de dos médicos por lo comun) vea si se halla en estado de otorgar testamento, y proceda en su caso á examinar su voluntad. Obtenida la facultad judicial, declaran con juramento los facultativos si el loco está ó no en su juicio, extiende el escribano la declaracion á continuacion de la providencia del juez, y á presencia de aquellos y de los testigos prevenidos

por la ley, hace al testador las preguntas concernientes á su última disposicion, extiende el testamento, que deberán firmar el testador y todos los concurrentes que supieren, y evacuado todo, se presentará al juez con escrito pidiendo lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los que asistieron al acto.

3º Tampoco puede testar el pródigo á quien se ha puesto intervencion judicial, prohibiéndosele la libre administracion de sus bienes; pero será válido el testamento que hubiese ordenado antes de dicha prohibicion. (L. 9, tít. 1, P. 6.)

4º El sordo-mudo de nacimiento, á no ser que sepa declarar su voluntad por escrito, pues en tal caso no hay razon para que se le prohíba. (La misma ley cit.)

5º El religioso profeso. Los religiosos profesos pueden hacer testamento antes de la profesion; pero no lo pueden hacer despues, pues no teniendo cosa suya, como dice la ley, por haber dejado las del mundo, no pueden dar ni mandar lo ajeno; y si algo tienen, pertenece al convento. No obstante, los religiosos que sirven de capellanes en el ejército ó armada, tienen facultad de disponer libremente de todas las cosas y bienes que hayan adquirido con motivo del empleo y durante él, siempre y en cualquier tiempo que quisieren, así en vida como en muerte, á favor de cualesquiera personas, con tal que dejen alguna manda, proporcionada á sus facultades, para que se invierta

en destinos piadosos. (*Breve de Pio VI, á que se refiere la ley 9, tit. 27, lib. 1 Nov. Rec.*) Los religiosos del orden militar de San Juan de Jerusalem, llamados caballeros de Malta, ya sean baillíos, comendadores, priores ó capellanes de encomiendas, ya estén en el claustro, ya con empleo fuera de su convento, ya en sus casas, no pueden testar estando profesos, sin licencia de su gran maestre, pues son verdaderos religiosos, hacen voto de pobreza, y no tienen voluntad propia. Es de advertir aquí, que los religiosos que se secularizan, tienen derecho á que el convento les restituya los bienes que le hubieren dejado en testamento ú otra disposicion hecha antes de profesar, como igualmente los que poseyere por cualquiera otro título en representacion suya; pues las renunciaciones, trasposos ó disposiciones hechas por los religiosos á favor del convento, no se suponen simples y absolutas, sino limitadas, por la tácita condicion de que hayan de perseverar y morir en el instituto que abrazan; de suerte que si despues dejan de ser súbditos é individuos de la religion ú orden, cesa la causa ó título que tenia el convento para poseer los bienes, los cuales, por consiguiente, hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, quien se estima en esta parte como si nunca hubiera sido religioso. No es necesario advertir que los religiosos secularizados pueden disponer de sus bienes en vida ó muerte del mismo modo que los seculares, puesto que han re-

cobrado su antigua libertad. Todos los regulares secularizados de uno ú otro sexo, están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquiera otro de sucesion, bien sea *ex-testamento* ó *ab-intestato*; entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, y sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas antes de la época expresada, cuya resolucion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religion. (*Decreto de las Cortes de 29 de Junio de 1832.*)

6º El menor, salvo que haya llegado á la edad de la pubertad, pues entonces puede testar sin licencia ni autorizacion de sus mayores ó tutores; y la mujer casada puede hacerlo tambien sin el consentimiento de su marido y sin la autorizacion de la justicia. (L. 4, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Los condenados á muerte ó deportacion pueden testar, entre nosotros, de todos sus bienes, pues la confiscacion no tiene lugar en México.

Pueden testar los que estén en rehenes, así como los prisioneros y cautivos, aunque estén en poder ajeno, pues conservan todos los derechos de ciudadanos. (*L. 4 de Toro: Vattel, Derecho de gentes, lib. 3.*)

Los arzobispos y obispos pueden disponer, por testamento, como quisieren de sus bienes patrimoniales y de los que les vienen por industria, donacion, herencia ú otro título semejante; pero no de los que adquieren por razon de sus obispados, dignidades ó beneficios eclesiásticos, aunque en vida tienen facultades para distribuirlos entre sus parientes, amigos, criados ú otras personas. (L. 8, tít. 21, P. 1.)

Los clérigos seculares pueden testar no solo de sus bienes patrimoniales y de los habidos por industria, donacion, manda ó herencia, sino tambien de los adquiridos por razon de iglesias, beneficios ó rentas eclesiásticas, aunque hayan sido religiosos profesos. (L. 12, tít. 20, lib. 10 Nov. Rec., y L. 6, tít. 12, lib. 1 Rec. de Ind.)

Pueden por fin y han podido siempre testar libremente los extranjeros, á pesar de que en otros Estados se atribuia antes al fisco los bienes que un extranjero dejaba en ellos por su muerte.

Hemos visto ya una de las solemnidades que las leyes exigen para la validez del testamento solemne con respecto á las personas que intervienen en él, esto es, la capacidad en el testador para disponer de sus bienes. Veamos ahora los requisitos que se refieren á los testigos.

Requisitos de los testigos.

Pueden ser testigos en los testamentos, aquellas personas á quienes no lo prohíbe la ley.

Tienen prohibicion para ser testigos en testamento ó cualquiera clase de última disposicion, los siguientes:

1º Los condenados por cantares, dictados ó libelos infamatorios, por hurto, homicidio ú otro delito igual ó mayor. (L. 9, tít. 1, P. 6.)

2º Los apóstatas que se hicieron moros ó judíos, aunque despues se conviertan. (L. 8, tít. 16, P. 3.)

3º Las mujeres. (L. 9, tít. 1, P. 6.)

4º Los hermafroditas que participen mas de la naturaleza de hembra que de la de varon. (L. 10, tít. 1, P. 6.)

5º Los menores de catorce años. (L. 9, tít. 16, P. 3.)

6º Los locos mientras dure la demencia. (L. 8, tít. 16, P. 3.)

7º Los pródigos con intervencion judicial.

8º Los mudos y sordos. (L. 9, tít. 1, P. 6.)

9º Los ciegos, porque no pueden ver al testador.

10. Los que no entienden el idioma del testador, aunque el escribano se los explique, pues serian testigos de este y no de aquel.

11. Los siervos, á no ser que á la sazón estuvieren reputados por libres. (En México no hay siervos.)

12. Los herederos mismos y sus parientes dentro del cuarto grado civil, por afinidad ó consanguinidad. (L. 11, tít. 1, P. 6.)

Los legatarios y fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas; pero será conveniente buscar otros si pudieren ser habidos. (L. 11 cit.)

Vistos ya los requisitos principales del testamento, que se dirigen mas directamente á las personas que intervienen en el acto solemne, pasemos á examinar los que se dirigen á la forma y ceremonial del mismo acto.

Requisitos de forma del testamento.

El instrumento solemne en que conste la última voluntad del testador, deberá contener:

1º El nombre, apellido, naturaleza y filiacion del testador, para que puedan los parientes hacer en su vista las pruebas que les convengan.

2º La invocacion divina, la protesta de la fé; y todo lo relativo al entierro y sufragios por el alma.

3º Las mandas ó legados forzosos y voluntarios, las mejoras, consignaciones y fundaciones que hiciere el testador.

4º La declaracion de sus deudas y créditos, de los matrimonios que hubiere contraido, de las dotes que hubieren llevado sus mujeres, de las arras que les hubiese dado ú ofrecido, de los bienes que hubiese traído á cada matrimonio, de la edad

y estado de sus hijos, de lo que les hubiese dado por dote ó donacion, etc., etc.

5º El nombramiento de tutores y ejecutores, testamentarios ó albaceas.

6º La institucion de herederos y sustitutos.

7º La revocacion ó confirmacion de otras disposiciones anteriores si las hubiere, etc.

Se duda si es requisito preciso para la estabilidad del testamento que el escribano dé fé de que conoce al testador, ó que depongan de su identidad dos de los testigos instrumentales, como se exige en los contratos, para evitar todo peligro de engaño. Unos tienen por indispensable esta circunstancia, para que se sepa si el testador es el mismo que manifiesta ser, fundándose en la ley 54, tít. 18, P. 3, que hablando del modo de ordenar los instrumentos, dice: *Et debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los homes á quien face las cartas, quién son, et de qué logar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño*: y en la ley 4, tít. 8, lib. 10 de la Nov. Rec., que manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no le haga, á menos que presente dos testigos que digan que las conocen; mas otros afirman lo contrario, ya porque dichas leyes no hablan sino de los contratos, ya porque las relativas á la solemnidad de los testamentos no exigen este requisito, ya porque seria cosa durísima que un hombre que se hallase á

punto de morir en paraje donde nadie le conociese, no pudiera declarar su última voluntad ni descargar su conciencia.

Estos son los requisitos que debe tener el testamento en general, y que se reducen en su esencia á que el testador exprese los bienes que tiene y los reparta entre las personas que mas estima, cuidando de aquellos señalamientos precisos que las leyes disponen.

En cuanto al papel en que debe extenderse esta disposicion última y solemne, se exige como requisito de forma por la ley de 30 de Abril de 1842, que para el protocolo se use, como siempre, el del sello tercero, y para la primera y la última foja de las copias, del sello primero si el heredero es colateral ó extraño, ó si aunque sea ascendiente ó descendiente, la herencia equivale á un capital que produzca un rédito anual de mas de dos mil pesos. En este último caso, si el rédito es de quinientos á mil cuatrocientos noventa y nueve pesos, se usará en dichas fojas del sello segundo, y del tercero si no llega á quinientos pesos el rédito. De este último sello se usará en los pliegos intermedios de los testamentos, si el primer pliego es del sello primero, y si este fuere del segundo ó tercero, los pliegos intermedios serán del cuarto. En los testamentos de los notoriamente pobres, se usará del sello quinto.

Es de advertir aquí, que aunque por lo pronto use el testador papel que no sea sellado ó que no

sea del sello correspondiente, despues pueden pedir el albacea ó los interesados que se protocolice, en forma, para que surta sus efectos, expresándose la causa de no haberse usado el papel respectivo.

Qué requisitos son esenciales al testamento y cuáles no lo son.

De las solemnidades del testamento que quedan explicadas, las que se dirigen á la capacidad del testador y á la de los testigos, son esenciales, de manera que si faltan, el testamento podrá anularse. Pero los que se dirigen á la forma del acto y que tambien quedan explicadas, no son esenciales, de manera que si faltan, se anule la última voluntad del testador. Es preciso tener presente en primer lugar, que no es de absoluta obligacion el hacer testamento, y que ya las leyes han previsto el caso de que no se haga, marcando las personas que deben heredar ab intestato, y el modo con que esto tenga lugar; y debe tambien recordarse que la institucion de heredero no es por lo mismo precisa, y que si falta en un testamento, la disposicion valdrá en cuanto á las mandas y legados, y pasarán los bienes á las personas designadas por la ley. (L. 1, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

CAPITULO III.

Del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo.

Definicion del testamento nuncupativo.

El testamento nuncupativo ó abierto, como ya dije antes, es el que se hace de viva voz, en pre-

sencia del escribano y testigos, ó solo en presencia de testigos sin escribano, oyendo todos su contexto, que el testador les manifiesta, ya de palabra ó ya mediante la lectura de alguna cédula ó memoria que se presenta escrita.

Modo de hacer, segun la ley, el testamento nuncupativo.

Si alguno ordenare — dice la ley 1, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec. — su testamento ú otra postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si lo hiciere sin escribano público, que sean allí á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos y escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciere el testamento.

Tiene, pues, libertad una persona para hacer testamento nuncupativo:

1º Ante escribano y tres testigos vecinos del lugar.

2º Ante cinco testigos vecinos, sin asistencia del escribano, aunque lo haya en el pueblo.

3º Ante solo tres testigos vecinos, cuando no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos ni escribano público en el lugar.

4º Ante solo siete testigos vecinos ó forasteros, aunque haya muchos vecinos y escribano público en el pueblo.

Cuestiones diversas sobre el testamento nuncupativo.

¿Bastarán tres testigos vecinos aunque no intervenga escribano, pudiendo haberle? Antonio Gomez sostiene la afirmativa; pero parece estar en oposicion con la ley que exige tres testigos vecinos, cuando no *pudieren ser habidos cinco ni escribano*, dando á entender con estas palabras que pudiendo ser habido escribano, no bastan los tres testigos.

¿Bastan dos testigos y el escribano cuando no pueden hallarse mas con facilidad en el pueblo? D. Juan Sala lo niega, fundado sin duda en que la ley pide tres testigos á lo menos cuando el testamento se ordena con escribano público; pero puesto que mas adelante se contenta la ley con tres testigos cuando no pueden ser habidos cinco ni escribano, parece que no encontrándose sino dos testigos y el escribano, se reunen ya los tres que busca la ley, pues el escribano debe reputarse á lo menos por un testigo, y un testigo que aunque tal vez no sea vecino del lugar, merece sin embargo tanta fé como un testigo vecino, por suponerse persona conocida en el distrito.

¿Bastan cinco testigos no vecinos y el escribano? Febrero (tom. 2, pág. 9, núm. 15) dice: que el escribano supone por dos testigos, que con los cinco, son los siete que pide la ley, y que por tanto, si el testamento hecho ante siete testigos no vecinos sin asistencia de escribano es válido, tambien debe serlo el otorgado ante cinco y el escribano, añadiendo que así se practica.

¿Cuál es el escribano que debe concurrir al testamento, el de número del pueblo, ó cualquiera otro? En México se puede elegir por el testador cualquier escribano que tenga su título y que sea de número.

Requisitos del testamento nuncupativo.

Las Partidas exigian que los testigos fuesen rogados por el testador, escribano ú otro en su nombre para asistir al testamento; pero como la Recopilacion no menciona esta circunstancia tomada antiguamente de las sutilezas del derecho romano, se tiene en el dia por bastante el que los testigos oigan y entiendan al testador, aunque no se les haya hecho ninguna especie de súplica al efecto. (*Greg. López, glos. 7 de la ley 1, tit. 1, P. 6, y Gomez en la ley 3 de Toro.*)

En cuanto á la vecindad de los testigos, se llama vecino el que tiene establecido su domicilio en algun pueblo con ánimo de permanecer en él, cuyo ánimo se reputa probado por el trascurso de diez años, ó por otros hechos que lo manifiesten,

como si uno vende sus posesiones en un lugar y compra otras en aquel adonde trasfiere su habitacion. (L. 2, tít. 24, P. 4, y L. 6, tít. 4, lib. 7 Nov. Rec.) Cuando se impugna un testamento, negando la vecindad á los testigos, debe probarla el que sostiene dicho testamento, porque cuando la ley exige alguna calidad en los testigos, no se presume si no la acredita el que se vale de ellos. (Véase lo que dije de la *negativa de calidad* en el capítulo de Pruebas.)

Dos requisitos tiene, además, el testamento nuncupativo ó escrito. El primero es que el testador no interrumpa su última voluntad, es decir, que haya unidad de contexto, que consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos como la celebración de un contrato con alguno de los testigos ó con otra persona; bien que no se opone á ella la interrupcion del acto de testar, ó por accidentes del testador ó por ocupaciones de los testigos. El segundo requisito consiste en que los dichos testigos entiendan clara y distintamente, todo el contexto del testamento, para que siendo interrogados, puedan deponer contestes, y que mientras se lee ú otorga el testamento, estén todos presentes sin faltar ninguno; por manera que no basta que algunos de los testigos oigan parte del testamento y los otros lo restante, ni que el testador les manifieste separadamente su voluntad, sino que todos ellos juntos, en un mismo acto, lugar y tiempo, sin intermision, lo han de oir íntegra-

mente de boca del mismo testador. (L. 3, tít. 1, P. 6, y L. 1, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Cuando el testador es extranjero que no sabe el idioma vulgar y quiere hacer testamento nuncupativo, lo mas conforme á la ley es que le sirvan de testigos tres intérpretes, y que autorice el instrumento el escribano; porque si se llamaran testigos que no supieran la lengua del testador y uno ó dos intérpretes, resultaria que los testigos lo serian de los intérpretes y no de aquel.

Lo que se practica comunmente para hacer testamento en México.

El testamento nuncupativo es el mas frecuente en México, y la práctica que generalmente se acostumbra para otorgarlô, consiste en que la persona que lo quiere hacer, llame á un escribano de su confianza y le diga los puntos principales de su última disposicion que quiere arreglar, ó se los dé escritos, para que el escribano extienda en forma el testamento. Formado este con los requisitos de estilo, lo leerá el referido escribano ante el testador y los testigos, y aprobado y firmado por el testador y los testigos, ó por solo estos, si aquel ya no pudo verificarlo, se entregará al albacea ó lo guardará el mismo testador, si aun está en buen estado de salud y quiere conservarlo.

Testamento nuncupativo del ciego.

Conviene advertir aquí, que el ciego no puede hacer sino testamento nuncupativo ó abierto, pa-

ra evitar una suplantacion que no puede temer el que tiene vista aunque no sepa leer. (L. 14, tít. 5, P. 6.) La ley de Partida disponia que el ciego no pudiese hacer testamento sino ante siete testigos y un escribano público; que lo otorgase á presencia de aquellos despues de escrito y leído; que lo firmase cada testigo ú otro por el que no supiese escribir, y que á falta de escribano concurriese un testigo más que lo escribiese, de manera que con él fuesen ocho testigos. La Recopilacion mandó despues que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, sin decir nada de escribano ni de las demas circunstancias. (L. 2, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

De aquí nacen varias dudas.

1ª ¿Es necesaria todavía la intervencion de escribano para el testamento del ciego? Muchos jurisconsultos la exigen, porque la nueva ley solo ha variado el número de testigos, sin meterse en hacer otras mudanzas; pero no faltan quienes se esfuerzan en probar lo contrario, y parece mas fundada la opinion de los primeros.

2ª No concurriendo, ó no pudiendo ser habido escribano, ¿deben hallarse presentes ocho testigos, como ordenaba la ley de Partida? Opinan generalmente los autores ser necesarios los ocho, porque la ley de Partida no está corregida por otra posterior; pero puesto que esta ley no pide en defecto de escribano, sino un testigo más que escriba el testamento, parece natural que habiéndolo

se rebajado por la ley de la Recopilacion á cinco testigos el número de siete que antes se requerian, basten ya seis testigos cuando no concurra escribano, sirviendo el sexto para escribir el testamento como antes servia el octavo.

3ª ¿Deben firmar los testigos todos, y el que sepa por el que no sepa? Aunque así lo previene la ley de Partida, generalmente lo que se practica es firmar uno de los testigos por el ciego, y el escribano por sí mismo como en todos los demas, nombrándose los otros testigos al fin del testamento, como en otra cualquiera escritura, sin que haya mas firmas.

4ª Los testigos ¿han de ser vecinos del pueblo en que se otorga el testamento? Se opina comunmente no ser preciso que lo sean, porque ninguna ley lo previene.

Pueden verse estas dudas tratadas con mas extension en Gomez, ley 3 de Toro, nn. 49 y 50; Greg. Lopez en la ley 3, tít. 12, P. 6, glosa 2 al fin; Acevedo, ley 2, tít. 4, lib. 5; Recop., nn. 25 y sig.; Febrero, tom. 2, pág. 9, núm. 15.

Testamento nuncupativo por poder ó por comisario.

El testador puede hacer su testamento por sí mismo, ó nombrar un *comisario* ó apoderado que lo haga, otorgándole al efecto el correspondiente poder, que por tener las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo conviene examinar

aquí. (LL. 31 y 39 de Toro, ó 1 y 8, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

El comisario nombrado para testar, no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio y quinto, ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlos vulgar, popular, ejemplarmente ó de otra manera, ni darles tutor, á no ser que se le hubiere dado facultad específica para ello; mas nunca se entenderá tenerla para nombrar heredero si el nombre de este no estuviese expresado en el poder, al cual debe ceñirse el comisario en estos casos, sin hacer otra cosa que la que especialmente se le hubiere encargado. (L. 31 de Toro, ó 1, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

Cuando el testador no expresó el nombre del heredero, ni dió facultad para hacer alguna de las cosas indicadas, sino solo para hacer testamento por él, puede el comisario pagar las deudas del testador, y repartir por su alma el quinto de sus bienes líquidos, debiendo entregar el remanente á los herederos ab intestato; ó bien disponer de él por causas pías en caso de no haber tales herederos, despues de dar á la viuda lo que por derecho le corresponda. (L. 32 de Toro, ó 2, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

El comisario debe usar del poder en el término de cuatro meses si estuviere en el lugar al tiempo en que se le dió; en el de seis meses si estaba ausente pero dentro de la nacion, y en el de un año

si estuviere fuera de ella, á menos que el testador hubiese coartado ó alargado el término. Pasados dichos términos perentorios, que corren tambien contra el comisario que ignorase su nombramiento, irán los bienes del testador comitente á sus herederos ab intestato ó al designado en el poder si le hubiere, los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos, estarán obligados á disponer de la quinta parte por el alma del difunto, y serán habidas por hechas todas las cosas que este hubiere encargado. (L. 33 de Toro, ó 3, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec., y Ant. Gomez en ella, y ley 36 de Toro, ó 13, tít. 20, lib. 10 Nov. Rec.)

El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho ni en todo ni en parte, á no estar en el poder esta facultad, ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder; ni despues de hecho el testamento puede hacer codicilo ni declaracion alguna por cualquiera motivo que sea, aunque se hubiere reservado libertad para ello. (L. 37 de Toro, ó 6, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

Cuando hay muchos comisarios nombrados por el testador, y alguno de ellos muere, ó no puede, ó no quiere desempeñar el cargo, queda refundido el poder por entero en los demas, y siempre se está á lo que hiciere la mayoría; mas en caso de no haberla por razon de empate, deben tomar por tercero al juez de primera instancia que residiere en el pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario,

para proceder todos reunidos á la ejecucion de lo contenido en el poder. Si hubiese dos ó mas alcaldes, y los comisarios no se convinieren en su eleccion, deberá entonces hacerse esta por suerte. (L. 38 de Toro, ó 7, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

Ejemplo de un testamento nuncupativo ó abierto.

Para que se comprenda mejor lo que es un testamento nuncupativo ó abierto, bueno será tener presente el siguiente ejemplo de la fórmula que debe contener.

Sello tantos, etc. — En el nombre de Dios Todopoderoso, uno en esencia y trino en personas. Yo, D. Fulano de tal, natural y vecino de tal parte, hijo legítimo y de legítimo matrimonio de D. N. y de D^a N., difuntos, naturales que fueron de tal parte, hallándome enfermo en la cama, de enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido enviarme, pero en mi entero juicio y cabal memoria; creyendo, como firmemente creo, todos los misterios de nuestra santa fé católica, en cuya fé y creencia quiero y protesto vivir y morir, y esperando en que la divina misericordia me perdonará mis culpas y pecados por la intercesion de María Santísima nuestra Señora, á cuyo patrocinio me acojo, para que con el Santo Angel de mi guarda, Santo de mi nombre y demas Santos de mi devocion, me amparen y favorezcan en el trance de mi muerte; hago, otorgo y ordeno este mi testamento en la forma siguiente:

Primeramente, encomiendo mi alma á Dios que la crió de la nada, y mi cuerpo á la tierra de que fué formado.

—En seguida se irán asentando todas las disposiciones del testador, relativas al entierro de su cadáver, misas que hayan de decirse, y sufragios que quiera que se le apliquen.

—Seguirán las declaraciones que haga de si es casado y con quién; si trajo dote su mujer, y en qué bienes y forma; si él ó ella trajeron capital al matrimonio, en qué cantidad, y si subsiste ó no; si dió arras ó donas, y á qué ascendieron.

—Si han tenido hijos, y cuántos; si alguno ó algunos se han casado; si les ha dado dote á las mujeres, y en qué forma y cantidad; si á los varones les han hecho donacion *propter nuptias*, ó de otra especie, con causa ó sin ella; y si algunos han percibido ya parte de sus legítimas, con todo lo demas que quieran que se tenga presente y se traiga á colacion por los partícipes.

—Si hubiere deudas pasivas se especificarán si se quiere, ó se remitirán al hablar de ellas á los libros de caja ú otras constancias.

—A continuacion se mencionarán los bienes de que conste el caudal, incluyendo las deudas activas, indicando sus respectivas constancias, ó remitiéndose á los documentos ó instruccion que se deje al albacea.

—Se asignará la cantidad que se deje á las mandas forzosas, se harán los legados y distribu-

cion del quinto ó tercio (segun fuere el testador) en los términos que disponga.

—Si aplicare el quinto, como debe, en favor de los hijos habidos fuera del matrimonio, ó de otros objetos reservados, podrá hacerse por medio de un comunicado secreto, á su albacea ó confesor, cuya cláusula puede extenderse en estos términos:

Mando que el quinto de mis bienes, deducidos los gastos que debe cubrir, se entregue cuanto antes á N., mi confesor, ó á N., mi albacea, para que con él ejecute lo que bajo secreto le dejo comunicado para descargo de mi conciencia, sin que persona ó juez alguno eclesiástico ó secular le pueda pedir cuenta de dicha cantidad; y solamente quiero que el señor juez de testamentos le pueda pedir que bajo el mismo sigilo se lo manifieste, para que le conste estar cumplida mi voluntad y lo declare así por un auto sin otra expresion.

—Despues de esto se pondrá la institucion de herederos, en lo que podrán tener lugar las siguientes cláusulas.

Institucion de herederos.

Despues de cumplido y pagado todo lo expresado del remanente de mis bienes muebles y raíces, derechos y acciones, instituyo por mis únicos y universales herederos á los expresados D. N., D. N. y D. N., mis hijos, y de la citada D^a Fulana, mi mujer, y á los demas descendientes legítimos

que tuviere al tiempo de mi fallecimiento y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su orden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por las leyes, con la bendicion de Dios y la mia.

Cláusula de desheredacion.

En atencion á que mi hijo Diego, de edad de tantos años, me dió atrevidamente una bofetada, me prendió, me infamó ó me acusó de delito, por el que fuí desterrado (ó la causa que fuere), usando de las facultades que me dan las leyes del tít. 7 de la Partida 6, le desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender, y quiero y mando que ni por razon de alimentos ni otro título ni motivo sea admitido total ni parcialmente á su goce, sin que por esta pretericion y desheredacion pueda anularse este mi testamento en tiempo alguno.

Cláusula de mejora.

A mi hija Fulana, casada con N., la dí en dote para su casamiento tal cantidad; y respecto á no poder ser mejoradas las hijas por contrato entre vivos, por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con sus hermanos la dote que le entregué; y no estando prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes,

que le consigno con tal y tal cosa, para que las haya y herede á mas de su legítima, haciéndose la deduccion conforme á la ley del estilo.

Institucion de heredero á un hijo natural á falta de descendientes legítimos.

Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural que reconozco, llamado N. N., que tuve en Fulana, siendo ambos solteros y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; sin embargo de tener ascendientes legítimos, usando de la facultad de la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de mis bienes, derechos y acciones, al expresado N., para que los haya y herede con la bendicion de Dios y la mia.

Nombramiento de tutor.

En atencion á que mis hijos N. y N. se hallan aún en la edad pupilar, en uso de la facultad de la ley 3, tít. 16 de la Partida 6, nombro por tutor y curador de sus bienes á Fulano, y en consideracion á su notoria honradez, buen manejo y afecto que me tiene acreditado, le relevo de fianzas, y le consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion; y suplico al señor juez ante quien se presentare testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y le discierna el cargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que así es mi voluntad.

Nombramiento de albaceas.

Nombro por testamentarios, albaceas y ejecutores de este mi testamento, á N. y N., y á cada uno de ellos *in solidum* doy todo mi poder cumplido, cuanto en derecho se requiere, para que puedan entrar y entren en todos mis bienes, y los vendan y rematen en pública almoneda ó fuera de ella, segun les pareciere conveniente, para que de su producto cumplan y paguen mis disposiciones dentro del término legal, ó el mas tiempo que necesiten, pues al efecto se los prorrogo; y les doy facultad para que puedan sustituir sus oficios y subrogar otros en su lugar, que lo lleven á debida ejecucion, á los cuales doy por nombrados, y les concedo la misma facultad y potestad que á los expresados.

—Si el nombramiento no fuere para que procedan *in solidum*, se omitirá esa cláusula, explicando los términos en que hayan de entrar en el encargo.

Calce del testamento.

Y por el presente, revoco y anulo cualquiera otro testamento ó testamentos, codicilo ó codicilos que yo haya hecho y otorgado, para que no valgan ni tengan efecto alguno en juicio ó fuera de él, ahora ni en tiempo alguno que parezca y sea mostrado, aunque tenga cláusulas derogatorias y palabras particulares de que haya de hacer

especial mencion, de las que al presente no me acuerdo, y doy por expresadas literalmente; y quiero y mando que el presente se cumpla y ejecute como mi última y deliberada voluntad, en la forma y modo que mejor haya lugar en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano público de esta ciudad, á tantos de tal mes y año, siendo testigos N., N. y N., vecinos de ella. Y yo, el escribano, doy fé que conozco al otorgante, quien á lo que parece se halla en su entero juicio, acuerdo y cumplida memoria, en testimonio de lo cual lo firmo.

Ejemplo de un poder para testar.

Tambien me parece conveniente poner aquí un ejemplo de poder para testar, pues de este modo se comprenderá mejor que dicho poder contiene en su esencia las mismas formalidades que el testamento nuncupativo ó abierto.

Sello tantos, etc.—En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, á quien doy fé conozco (aquí su naturaleza, filiacion y protesta de la fé, como en el testamento abierto), dijo: Que por cuanto tiene suma confianza y satisfaccion de que N., su íntimo amigo, hermano ó pariente, desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente el arreglo y disposicion de su última voluntad, conforme á los comunicados que le tiene hechos ó á la

memoria que le deja escrita; por tanto, otorga y confiere al citado N. poder tan amplio, firme y eficaz como en derecho se requiere, para que en su nombre y representando su persona, formalice y ordene su testamento y última voluntad, dentro (ó fuera) del término legal, haciendo en él los legados. (Aquí seguirán explicándose todos los actos para que da facultad el poderdante á su comisario, especificando especialmente aquellos para que no basta el poder general, como son las de hacer mejoras, desheredaciones, sustituciones, nombramiento de tutor y aun de herederos, teniendo presente que para esto último es necesario que se designen las personas por el poderdante; si no se extendiere á esto el poder, se insertará en él ó á continuacion de lo dicho la cláusula de institucion de herederos, y todas las demas de lo que dispusiere por sí mismo). Para todo lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y ampliaciones convenientes, y que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion para ello, para otorgar su testamento y para evacuar lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le proroga el término que el derecho prefine por el que necesite, sin limitacion. Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar, y demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en forma, para que ninguna valga ni haga fé judicial

ni extrajudicialmente, excepto este poder, y el testamento ó disposicion que en su virtud se ordene; que quiere y manda se tenga y cumpla por su última voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, siendo testigos (aquí los nombres de tres á lo menos) vecinos de esta ciudad: doy fé. La firma del otorgante y del escribano.

Ejemplo de testamento por poder.

Hé aquí un ejemplo de una disposicion testamentaria hecha por poder:

Sello tantos, etc. — En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, á nombre de Fulano, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella, á tantos de tal mes y año, por ante Fulano, escribano público, cuya copia original entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y cuyo tenor literal es el siguiente: (Aquí la copia del poder.) Concuerta el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fé; y asegurando el otorgante, como asegura y declara no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y que en uso de sus facultades, aceptándolo nuevamente, dijo: Que el mencionado Fulano falleció tal dia bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que él dejó ordenado y le tenia comunicado, se hizo tal dia su entierro

(aquí se expresan los términos en que esto se verificó y sufragios que se le aplicaron), por todo lo que se pagaron los correspondientes derechos.

— A continuacion se van explicando las determinaciones del difunto y el cumplimiento que les haya dado el comisario; las facultades que le hubiesen sido conferidas y el uso que haya hecho de ellas; y si alguna de las disposiciones del poderdante no se cumpliera, se expresará el motivo, y al fin se pondrá la conclusion.

Conviene observar aquí que en los lugares donde no haya escribano, autorizarán el testamento los jueces que actúen por receptoría con asistencia de dos testigos.

Del codicilo.

El codicilo consiste en una disposicion de última voluntad hecha antes ó despues del testamento, del cual se diferencia en algunas cosas. (L. 1, tít. 12, P. 6.) Puede haber codicilo sin que haya testamento. El codicilo es de dos clases, como el testamento, á saber: nuncupativo ó abierto, y escrito y cerrado; el primero deberá tener las mismas solemnidades que el testamento abierto ó nuncupativo (L. 1, tít. 12, P. 6, y l. 2, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.); y el codicilo cerrado deberá tener cinco testigos que lo firmen. (L. 3, tít. 12, P. 6.)

En el codicilo se pueden aumentar, disminuir ó variar los legados, y hacer cualquiera otra mo-

dificacion; como igualmente declarar el nombre del heredero instituido en el testamento, las condiciones anunciadas en él, y los agravios ó causas que dieron lugar á la desheredacion de los herederos forzosos; pero no instituir heredero directamente ni poner condicion al nombramiento hecho en el testamento, ni instituir, ni desheredar; bien que puede darse y quitarse indirectamente la herencia, encargando al heredero *ab intestato* ó al nombrado en el testamento, que entregue la herencia á otro, en cuyo caso se reservará la cuarta trebelianica (L. 2, tít, 12, P, 6), y aun segun opinan muchos autores, tiene el heredero legítimo ó testamentario, la obligacion de dar la herencia al nombrado en el codicilo, aunque no le sea hecho este encargo, porque la institucion directa de heredero hecha en el codicilo, se convierte, dicen, en fideicomisaria, con facultad, sin embargo, de reservarse la cuarta trebelianica. Mas no es fácil combinar esta opinion con la prohibicion legal de nombrar heredero en el codicilo.

El codicilo no se anula por otro posterior, como no conste haber sido tal la voluntad del que le hizo; de modo que pueden ser válidos todos los codicilos de una misma persona, aunque sean muchos, si no se contradicen. (L. 3, tít. 12, P. 6.)

Pondré un ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto, para que se comprenda bien su naturaleza; y luego, al hablar del testamento cerrado, pondré ejemplo de codicilo cerrado.

Ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto.

Sello tantos, etc. — En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, dijo: Que en tal dia de tal mes y año, otorgó su testamento ante Fulano, escribano público, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras, y poniéndolo en ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mejor lugar haya en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.

—A continuacion se asentarán las determinaciones del testador, y concluidas, se pondrá la siguiente cláusula:

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma legal, y manda se guarde, cumpla y ejecute, y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última voluntad, y á la que con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga y firma, siendo testigos, etc.

CAPITULO IV.

Del testamento escrito ó cerrado.

Definicion del testamento cerrado.

Testamento escrito ó cerrado es el que se hace en escritura cerrada, signada en la cubierta por

escribano y firmada de este, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y testigos, ó á lo menos estos, su contenido. (L. 1, tít. 1, P. 6.)

Modo de hacer el testamento cerrado.

Llámase escrito ó cerrado este testamento de que voy hablando, porque el testador no le hace de palabra, sino que lo escribe por sí ó por medio de otra persona de su confianza en *poridad* ó secreto, como dice la ley 2, tít. 1, P. 6, y luego le cierra de modo que nadie pueda enterarse de su contenido; y así escrito en papel blanco ó sellado, y cerrado con lacre ú oblea, ú otra cosa que lo asegure, lo presenta al escribano y siete testigos, declarando que aquel es su testamento; el escribano extiende en la cubierta el otorgamiento que firman el testador, los siete testigos y el escribano con su signo. Si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos dirigiéndole alguno la mano trémula, debe firmar por él uno de los testigos; si algunos de estos no saben, firmará por ellos otro; y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa; primero por el otorgante testador, luego por sí como testigo, y despues por los demas, expresando el nombre y apellido de cada uno; de manera que ha de haber ocho firmas en el otorgamiento ademas del signo del escribano, y debe saber escribir un testigo á lo menos.

Requisitos del testamento cerrado ó escrito.

Este modo de proceder está conforme con los requisitos que exige la ley para el testamento cerrado.

« En el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, dice la 12, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec., mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con su escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. El escribano debe prevenir en el otorgamiento que tal testigo firmará por el testador, por sí ó por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder, y luego que él mismo lo signe y firme despues de todos, entregará el testamento así autorizado al testador para que lo guarde en su poder ó en el de la persona que elija, pues no puede parar este documento en poder del escribano como tal, hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público. » La intervencion del escribano se tiene entre los autores por absolutamente necesaria, aunque algunos sin fundamento quieren que pueda suplirse añadiendo un testigo mas, como en el testamento del ciego. No es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga el testamento; pero se ha de expresar

de dónde lo son para poder recibir sus declaraciones en el acto de la apertura. Un mismo testamento puede ser en parte cerrado y en parte abierto. A su tiempo veremos las diligencias que se practican para la apertura de un testamento.

Ejemplo de testamento escrito ó cerrado.

Hé aquí un ejemplo de testamento escrito ó cerrado para que se comprenda mejor:

En la ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, etc. (su filiacion), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido enviarle, y en su juicio y razon natural, á quien doy fé conozco, dijo: Que en aquel pliego cerrado se contenia su testamento y última voluntad, en el que tiene hecha la protesta de la fé católica, y deja señalada sepultura, herederos, albaceas y otras mandas y disposiciones testamentarias; que quiere subsista cerrado durante su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal y en los términos que indica; y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fé judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los siete testigos) llamados por él, y que tambien firmaron por ante mí el infrascrito escribano público.

(Aquí las ocho firmas del otorgante y testigos, supliéndose por los que sepan las de los que no sepan.) En fé de lo cual, lo firmo y signo. — En testimonio de verdad. — Fulano de tal.

Ejemplo de codicilo cerrado ó escrito.

Dije antes que para el codicilo cerrado ó escrito, se necesitan cinco testigos, lo cual, aunque no está expreso terminantemente en la ley 3, tít. 12, P. 6, que habla de este codicilo, pero se infiere de la razon de esa misma ley, y así lo explican perfectamente los autores. (Greg. Lopez, glosa 2 de la ley citada; Ant. Gomez en la ley 3 de Toro, núm. 69, y Febrero Mex. tom. 2, pág. 216, núm. 4.)

Hé aquí un ejemplo de codicilo cerrado:

En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino, etc., dijo: Que en tal dia, mes y año, otorgó su testamento cerrado ante Fulano, escribano, y como despues haya dispuesto revocarle, quitarle y enmendarle algunas cosas, y añadirle otras, como lo ha hecho por el codicilo cerrado, que expresó contenerse en este pliego cerrado, lo otorga por tal codicilo, y quiere que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad de derecho, y que su contenido valga, se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última voluntad, pues en lo que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo deja en su fuerza y vigor; y asimismo

revoca todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los cinco testigos) llamados y rogados por él, y que tambien firmaron por ante mí el infrascrito escribano público. (Aquí las firmas del otorgante y testigos.) En fé de lo cual, lo firmo y signo. — En testimonio de verdad. — Fulano de tal.

CAPITULO V.

Del testamento privilegiado.

Dijimos que el testamento se dividia en solemne y privilegiado, y que el solemne era nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. Habiendo, pues, considerado ambos, pasemos ahora á tratar del privilegiado.

Definicion del testamento privilegiado.

Testamento privilegiado es el que no está sujeto á las solemnidades que se requieren para la validez de los testamentos solemnes en general.

¿Qué testamentos privilegiados hay entre nosotros?

Propiamente entre nosotros no hay mas testamento privilegiado que el de los militares, concedido por la ley 4, tít. 1, P. 6, y hecho luego extensivo á todos los individuos que gozan el fuero de guerra por la ley 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.

Requisitos del testamento privilegiado.

Aunque el testamento privilegiado no está sujeto á las reglas y ceremonias del testamento solemne, tiene sin embargo sus requisitos esenciales que le marcan las leyes citadas. Segun la ley 4, tít. 1, P. 6, podia testar el militar y soldado estando en accion ó peligro de muerte, segun quisiese y pudiese, de palabra ó por escrito, y aun escribiéndolo con su sangre en su escudo ó armas, ó en la tierra ó arena, con tal que se probase con dos testigos presenciales y no de otra forma; pero fuera de la hueste, es decir, fuera de campaña, tenia que arreglarse á las leyes comunes. Posteriormente se dispuso en las Ordenanzas del ejército (Orden militar, trat. 8, tít. 11, art. 1 hasta el 4), que todo individuo que gozase del fuero militar, lo goce tambien tocante á testamento en cualquier parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña; que en el conflicto de un combate ó cerca de empezarle, en naufragio ú otro inminente peligro militar, pueda testar como quisiere ó pudiese, por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion que haga de su voluntad, como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad;—que se tenga por válida la disposicion del militar, escrita de su letra en cualquier papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que

pueda testar en paraje donde haya escribano, lo haga con este segun costumbre. Ultimamente se declaró que todos los individuos de fuero de guerra, puedan en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal. (L. 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Resulta, pues, que los requisitos del testamento privilegiado de que gozan los militares y todos los demas individuos del fuero de guerra, se reducen á que puedan hacer testamento, sea en campaña ó fuera de ella, de palabra ante dos testigos, ó por escrito en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo, ó bien ante escribano; pero en este último caso tendrán que sujetarse á las solemnidades del testamento solemne.

Observaciones.

El privilegio de hacer testamento sin las solemnidades de estilo, puede ceder en perjuicio de las mismas personas privilegiadas, ó de sus parientes y amigos; pues así es mas fácil suponer testamentos de sugetos que realmente hayan muerto intestados; de lo cual se ve que las formalidades de que deben revestirse los testamentos, no se

prescriben como vanas fórmulas, sino como medios de evitar los fraudes.

Por fortuna no admiten nuestras leyes otro testamento privilegiado que el militar. Algunos autores dicen que es una especie de testamento privilegiado el de los que se llaman *indios*, como lo dicen Solórzano, Polít. ind., lib. 2, cap. 28, núm. 55; Montenegro en su «Itinerario para párrocos de indios,» lib. 1, tít. 11, sec. 3, núm. 2; Paz en sus consultas y pareceres, «clas. 9, cons. 6, part. 243, cuyos lugares pueden verse en el tom. 2, pág. 12, § 20 del Febrero Mex., quien inclinándose á esas opiniones que algunos corroboran con las leyes 9, tít. 13, lib. 1, y 32, tít. 1, lib. 6 Rec. de Ind., aun forma argumento con las palabras de la ley 9 citada, *porque ordinariamente mueren los indios sin testamento, y cuando disponen de sus haciendas, es en memorias simples y sin solemnidad*; que indican en cierto modo aquella costumbre de que hablan los autores referidos.

Me parece, sin embargo, que no debe considerarse como privilegiado el testamento de los indios, pues en primer lugar la ley no expresa terminantemente, como debia, que los dichos indios gocen el privilegio, y en segundo lugar, las palabras citadas de la ley se refieren á una costumbre, que en mi concepto será válida si cumple con los requisitos que exige la ley para los testamentos solemnes, pues muy bien pueden los indios hacer testamento por *memorias simples*, como se dice

en las palabras citadas de la ley, y muy bien pueden los albaceas ó herederos elevar á solemnes esas memorias simples, que de otro modo no serian válidas, haciéndose en este último caso la suesion ab intestato.

¿Qué cosa es testamento ológrafo?

El testamento *ológrafo* no tiene lugar en México mas que entre los militares, y por eso lo trato aquí.

Se llama testamento ológrafo al que está escrito por entero, fechado y firmado de la mano del testador, sin necesidad de otras formalidades. La denominacion de *ológrafo* se deriva de dos voces griegas, una de las cuales significa *solo*, y la otra *escribir*. Este modo de testar, que está admitido en algunas naciones, como por ejemplo en Francia, no se conoció entre los romanos, ni tampoco está en uso entre nosotros sino con respecto á los militares, los cuales pueden testar en esta forma ó en otra que mejor les parezca, como dije ya. La prueba de este testamento no puede hacerse sino comparando la letra y firma del testador con la letra y firmas hechas por él en otros papeles reconocidos por suyos; pero como hay muchas personas que saben imitar con la mayor perfeccion cualquier letra y firma de mano extraña, no puede quedar duda de que es poco seguro este género de prueba, y muy peligrosa por

consiguiente esta manera de consignar sus últimas disposiciones.

Al hablar de los testamentos de los extranjeros, explicaré el caso, que puede ocurrir, de que un mexicano hiciera en Francia testamento ológrafo disponiendo de los bienes que tenía en México.

CAPITULO VI.

Del testamento de los extranjeros.

Observaciones históricas.

Es un principio inconcuso que el derecho de testar proviene de la propiedad y del derecho civil, porque como ya observé antes, en el estado natural, muerto el hombre, se apodera de sus bienes el primer ocupante, por lo mismo que en dicho estado no hay garantías ni propiedad estable. Se sorprende, sin embargo, nuestro entendimiento, cuando al registrar los antiguos códigos de naciones que ya no estaban, de seguro, en el estado natural, encontramos desconocido el derecho de los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento solemne de la muerte; y todavía sorprende mas ver cómo aquellas mismas naciones entregaban al fisco las herencias de los extranjeros que tenían la mala fortuna de morir en ellas. Veamos aquí lo que dice Vattel sobre esta práctica contraria á los principios de justicia y de respeto á la propiedad:

Esta práctica—dice el citado autor en el § CXII, cap. 8, lib. 2 de su Derecho de gentes—se fundaba en cierto derecho que excluye á los extranjeros de toda herencia en el Estado, ya sea á los bienes de un ciudadano ó á los de un extranjero; y por consiguiente, no pueden ser sustituidos los herederos por testamento ni recibir ningun legado. Grocio dice con razon, que esta ley viene de los siglos en que se miraba á los extranjeros como enemigos. Aun cuando los romanos llegaron á ser muy cultos é ilustrados, no podian acostumbrarse á mirar á los extranjeros como hombres con los cuales tuviesen un derecho comun. Los pueblos—dice el jurisconsulto Pomponio—con los cuales no tenemos amistad, hospitalidad ni alianza, no son nuestros enemigos; sin embargo, si una cosa que nos pertenece cae en sus manos, son propietarios de ella; los hombres libres llegan á ser sus esclavos, y están en los mismos términos con respecto á nosotros. Es preciso creer que un pueblo tan sabio solo por retorsion necesaria, conservaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir de otro modo reparacion de las naciones bárbaras con las cuales no tenia ninguna amistad ni tratados. Bodino asegura que este derecho (el del fisco á la sucesion de los extranjeros) se deriva del mismo origen. En la mayor parte de los Estados civilizados se ha modificado y aun abolido sucesivamente. El emperador Federico II fué el primero que lo

derogó por un edicto que permite «á todos los extranjeros que fallecen en el territorio del imperio disponer de sus bienes por testamento, ó si mueren sin testar, dejar que los hereden sus parientes mas inmediatos.»

Lo que previene hoy el derecho de gentes en esta materia.

Como el derecho de testar de los extranjeros ó de disponer de sus bienes despues de muertos — dice Vattel en el lugar citado, § CXI — resulta de la propiedad, no puede quitársele á ningun extranjero sin injusticia; por consiguiente, tiene por el derecho natural la libertad de hacer testamento. Pero se pregunta: ¿á qué leyes está obligado á conformarse, ya en cuanto á la forma, ó ya en cuanto á las disposiciones mismas de este instrumento? 1º En cuanto á la forma ó á las solemnidades destinadas á justificar la verdad del testamento, parece que el testador debe observar las establecidas en el país en que lo otorga, á menos que la ley del Estado de que es miembro no ordene otra cosa, en cuyo caso está obligado á observar las formalidades que esta le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el paraje del fallecimiento; porque si un viajero le otorga y le envia cerrado á su país, es lo mismo que si lo hubiese hecho allí, y debe observar sus leyes. 2º Por lo que hace á las

disposiciones en sí mismas, ya hemos dicho que las que corresponden á los inmuebles, deben conformarse á las leyes del país en que están situados. El testador extranjero tampoco puede disponer de los bienes mobiliarios ó inmuebles que posee en su patria, sino conforme á las leyes de ella; pero en cuanto á los bienes mobiliarios, dinero y otros efectos que posee en otra parte, que lleva consigo ó que siguen su persona, es preciso distinguir entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Como el extranjero permanece ciudadano de su patria, está siempre sujeto á estas últimas leyes en cualquier paraje que se halle, y debe conformarse á ellas en la disposicion de sus bienes libres y mobiliarios de cualquiera clase que sean. Las leyes de esta especie del país en que se halla, y del cual no es ciudadano, no le obligan. Por eso un hombre que testa y muere en país extranjero, no puede quitar á su viuda la porcion de bienes mobiliarios que le asignan las leyes de la patria. Así, pues, un ginebrino, que está obligado por las leyes de Ginebra á dejar una legítima á sus hermanos ó primos, si son sus herederos mas inmediatos, no puede privarlos de ella testando en un país extranjero mientras permanezca ciudadano de Ginebra, y un extranjero que muera en ella, no está obligado en este punto á conformarse á las leyes de la República. Todo lo con-

trario sucede con las leyes locales, porque arreglan lo que puede hacerse en el territorio, y no se extiende fuera de él. El testador no está sometido á ellas despues que sale del territorio, ni afectan á los bienes que tiene igualmente fuera, porque el extranjero está obligado á observar estas leyes en el país en que está en cuanto á los bienes que posee en él. Por eso un ciudadano de Neufchatel, á quien están prohibidas en su patria las sustituciones de los bienes que posee en ella, sustituye libremente los que tiene consigo, que no están bajo la jurisdiccion de su patria, si muere en un país en que aquellas se permiten: y un extranjero testando en Neufchatel, no podrá allí sustituir ni aun los bienes mobiliarios que posee, á no ser que pueda decirse que el espíritu de la ley exceptúa los de esta clase.

Lo que está vigente hoy en materia de testamento de extranjeros, y lo que se practica en México.

De las doctrinas expuestas del derecho de gentes moderno, se ve que las legislaciones de los países mas adelantados han comprendido ya en su verdadero punto de vista el derecho que tienen los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento de la muerte. Estas doctrinas del derecho de gentes se contienen en este principio:

«Se supone que el testador tuvo la intencion de referirse á sus costumbres y usos ordinarios y á las leyes del lugar de su domicilio, que son las

que le eran conocidas y las que tenia presentes en su memoria.»

Esta regla, fundada en la naturaleza misma del espíritu humano, está escrita en las leyes romanas. (L. 21, § 1, ff. *Qui test fac poss.*; L. 50, § 3, ff. *De leg. 1*; L. 75, ff. *De leg. III.*) Ha sido adoptada sin disputa por Menoch, Grocio, Paul Voet, Sande; sobre todo por Juan Voet, Rodenburg, Boullenocio, Hert, Vattel, Glück, el *Repertorio de Jurisprudencia*, Tittmann, M. M. Mittermaier, Eichhorn, Mühlenbruch, Rocco, Burge y la Cour royale de Paris. (Fœlix, Derecho internacional privado, lib. 11, tít. 1, cap. 11, sec. VI.)

La legislacion mexicana tiene arregladas á estos principios de derecho de gentes sus disposiciones legales sobre testamentos de extranjeros; y donde principalmente se encuentran estas disposiciones, es en los diversos tratados celebrados entre México y las naciones extranjeras. Así, en el artículo 9 de los tratados celebrados con la Inglaterra el 26 de Diciembre de 1826, en Lóndres, se encuentra lo siguiente:

« Por lo que toca á la sucesion de las propiedades personales por testamento ó de otro modo, y al derecho de disponer de la propiedad personal por venta, donacion, permuta ó de otro modo cualquiera, así como tambien la administracion de justicia, los súbditos y ciudadanos de las dos partes contratantes, gozarán en sus respectivos dominios y territorios los mismos privilegios, li-

bertades y derechos que si fueran súbditos nativos, y no se les cargará en ninguno de estos puntos ó casos, mayores impuestos ó derechos que los que pagan ó en adelante pagaren los súbditos ó ciudadanos nativos de la potencia en cuyo territorio residan.» Este artículo es literalmente el 9 del tratado con Hannover, publicado en 29 de Octubre de 1829, y el 13 del celebrado con los Estados-Unidos del Norte, publicado en 1º de Diciembre de 1832, y sustancialmente es el 10 del tratado con los Países-Bajos, y el 11 con Dinamarca, publicados en 16 de Junio y 29 de Octubre de 1829. Cuyos tratados se pueden ver en el *Derecho internacional mexicano*, páginas 97, 121, 158, 115 y 131.

Pero para comprender bien esta materia, es preciso saber perfectamente quiénes son extranjeros en México. El artículo 1º de la ley de extranjería de 30 de Enero de 1854, que está vigente, dice:

Son extranjeros para los efectos de las leyes:

I. Los que nacidos fuera del territorio nacional, sean súbditos de otro gobierno y no estén naturalizados por carta especial firmada del Presidente de la República.

II. Los hijos de extranjeros nacidos en el territorio nacional hasta la edad de veinticinco años, si se mantuvieren bajo la patria potestad.

III. Los mismos hijos de que trata el párrafo anterior, cuando emancipados declararen ante la autoridad política del lugar de su residencia y

dentro del año siguiente al de su emancipacion, que no quieren naturalizarse.

IV. Los hijos de mexicanos que residiendo con sus padres fuera de la República, dejasen pasar un año despues de la mayor edad de veinticinco años sin reclamar la calidad de mexicano. Se exceptúa el caso de que la residencia fuera de la República sea por causa de servicio público.

V. Los ausentes de la República sin licencia ni comision del gobierno, ni por causa de estudios ó de interes público, que dejaren pasar diez años sin pedir permiso para prorogar su ausencia. Este permiso no excederá de cinco años en cada vez que se solicite, necesitándose, despues de concedido el primero, exponer justas y calificadas causas para obtener cualquier otro.

VI. Los hijos de mexicanos mayores de edad y residentes fuera de la República, que habiendo perdido su padre la calidad de mexicano, no reclamaren para sí esta misma calidad, pasados cinco años desde la privacion de los derechos de su expresado padre. En caso de esa reclamacion, se obligará á establecer su domicilio en la República dentro de un año de verificar aquella.

VII. La mexicana que contrajere matrimonio con extranjero, por deber seguir la condicion de su marido.

VIII. Los mexicanos que sin licencia del gobierno aceptaren honores ó cargos públicos de soberanos ú otros gobiernos extraños.

IX. Los que se naturalicen en otros países.

X. Los que se establecieren fuera de la República con ánimo manifiesto y declarado de no pertenecer mas como súbditos de ella.

XI. Los que en la ocupacion de algunas ciudades ó poblaciones de la República por el enemigo extranjero, en caso de guerra con alguna potencia, enarbolaren en sus casas para su resguardo el pabellon de cualquiera nacion extraña, debiendo ser por este acto juzgados, y en caso de probada esta falta, expulsos del territorio nacional como extranjeros sospechosos contra la nacionalidad del país. Se consideran como parte del territorio de la República los buques nacionales sin ninguna distincion.

Tambien conviene saber cuándo se consideran como domiciliados los extranjeros en la República, y cuándo como transeuntes.

Dice el artículo 10 de la misma ley:

« Los extranjeros que residan en el territorio mexicano, siempre que su permanencia sea para largo tiempo por establecer casa abierta ó poblada, ó por adquirir bienes raíces, ó fundar alguna industria que suponga una residencia siquiera de tres años, se tendrán como domiciliados para los efectos de las leyes; mas si no tuvieren residencia fija ni hicieren una mansion larga en el país, se considerarán como transeuntes. »

Resulta, pues, de todo lo dicho, que en México los extranjeros pueden disponer de sus bienes

para despues de su muerte, arreglando su testamento á las leyes mexicanas en cuanto á los bienes raíces que tengan; y en cuanto á los bienes muebles, teniendo en cuenta la distincion ya explicada con respecto á las leyes puramente locales y á las que afectan la calidad de ciudadano.

Por supuesto que los extranjeros que se naturalicen en México quedan convertidos en ciudadanos mexicanos, y deben, por lo mismo, sujetarse en su testamento á todas las leyes mexicanas, ya sean sobre bienes raíces que tengan en México, ó sobre bienes muebles, en cualquiera parte que estén.

Conviene, pues, saber cuándo se tienen por naturalizados los extranjeros. El artículo 7 de la ley de extranjería citada, dice:

El extranjero se tendrá por naturalizado:

I. Si aceptare algun cargo público de la nacion, ó perteneciere al ejército ó armada.

II. Si casare con mexicana y manifestare querer residir en el país gozando de la calidad de mexicano. Esta declaracion la verificará dentro de un mes de celebrado el matrimonio, cuando este se haga en el territorio de la República, y dentro de un año si se hubiese contraído fuera.

Tambien se tienen, por supuesto, como naturalizados, los extranjeros á quienes se concede carta de naturaleza.

Cuestion del testamento ológrafo hecho en Francia por un mexicano ó por cualquier extranjero.

Hemos visto que en México solo pueden hacer testamento ológrafo los militares. Pues bien; se ofrece la cuestion probable de que un mexicano que no fuese militar en su caso, ni gozare por consiguiente del privilegio, hiciese en Francia testamento ológrafo disponiendo allí de los bienes que tenia en México.

Veamos lo que dice Escriche con mucho tino sobre este punto:

«Mas ¿podrá un extranjero que reside en Francia hacer en la *forma ológrafa* un testamento válido, ó revocar en la misma forma el que hizo en su patria con respecto á los bienes que en ella poseia? Declarándose la validez de la revocacion por simple escrito ológrafo, y no presentándose otro testamento válido, no puede dudarse que los bienes inmuebles que el testador extranjero tuviese en Francia quedan sujetos á la declaracion del tribunal frances, aunque las leyes del país del testador no admitan esta forma de testar, porque los inmuebles situados son regidos por la ley francesa, y pueden disponer de ellos los extranjeros en virtud de la ley de 14 de Julio de 1819 del mismo modo y en la misma forma que los franceses.

«Pero ¿qué diremos de los bienes existentes fuera de Francia? ¿Podrá el testador extranjero

residente en Francia disponer igualmente de ellos en la forma ológrafa? ¿Podrá alcanzarles la declaración que haga un tribunal francés de la validez de la revocación, hecha en papel ológrafo, de un testamento que hizo el testador con arreglo á las leyes de su país, que no admitían esta forma de testar? No: ni el extranjero residente en Francia puede disponer en la forma ológrafa de los bienes que tiene en su país, ni revocar tampoco en dicha forma un testamento auténtico que había hecho en su patria. Esto era cierto aun entre los mismos franceses, cuando antes del código civil estaba dividida la Francia en provincias de derecho escrito y provincias de derecho consuetudinario, pues no era válido el testamento ológrafo que otorgaba en una provincia de derecho consuetudinario el habitante de otra provincia de derecho escrito, como se deja ver por una declaración del Parlamento de Aix, en 14 de Junio de 1719, en que se dice que un testamento ológrafo hecho por un provenzal, fuera de la Provenza y en una provincia en que estos testamentos están autorizados, no sería válido con respecto á los bienes de la Provenza, donde no se conocen tales testamentos. Mucho menos válido sería por consiguiente el testamento ológrafo que otorgue en Francia un extranjero, como por ejemplo, un español ó americano, con respecto á los bienes que posea en su tierra, donde no se admite por las leyes generales tal forma de hacer testamento.

«Se dice que el lugar rige el acto, *locus regit actum*; esto es, que las formalidades que se estilan en el país donde uno se encuentra son las que debe seguir cuando testa ó celebra algun contrato. Es verdad; esta es una máxima de derecho internacional, reconocida por todos los pueblos civilizados; pero es una máxima que se aplica solamente á los contratos y testamentos que se hacen con el ministerio de notarios ú oficiales públicos, ó de personas que están autorizadas por las leyes de su país para recibir alguna de estas especies de instrumentos, como lo están en ciertos países para recibir testamentos los eclesiásticos que ejercen la cura de almas; porque de una parte, el ciudadano que se encuentra fuera de su país no puede razonablemente ser privado de la facultad de contraer ó testar, y de otra parte no pueden ser recibidos estos actos sino por los oficiales públicos del lugar en que se hacen y con las formalidades prescritas por las leyes de este lugar.

«Mas esta regla ó máxima internacional, ni se aplica ni puede aplicarse á los testamentos ológrafos, porque son unos actos meramente privados, que no están sujetos, hablando propiamente, á solemnidad alguna, y que no son obra sino de los que los hacen, quienes son al mismo tiempo autores y ministros de sus disposiciones. Así nos lo enseñan los autores franceses, especialmente Durantón en su *explicacion de las disposiciones testamentarias* del código civil, añadiendo que si

la regla *locus regit actum* se ha aplicado alguna vez por los tribunales de aquella nacion á los testamentos ológrafos, se ha cometido en ello un verdadero *abuso*, y que es tan cierto que este testamento es un acto privado sin autenticidad alguna, que los que tienen interes en que se lleve á ejecucion, pueden con efecto impedirlo con solo decir que no reconocen la escritura y la firma de su autor, y entonces los que invocan el testamento habrán de probar que este es obra de la persona á quien lo atribuyen, sea por medio de testigos, sea por documentos, sea por medio de expertos, en fin, del mismo modo y forma con que se prueban los escritos privados.

«Síguese de aquí que el extranjero, sea español ó mexicano, que quiere hacer en Francia testamento válido ó revocar el que tiene ya hecho en España ó México, disponiendo de los bienes que posee en su patria, debe arreglarse á la forma *auténtica* que se halla establecida por las leyes francesas, esto es, debe otorgar el acto ante un notario y cuatro testigos, ó ante dos notarios y dos testigos, segun la regla *locus regit actum*. Mas para que los testamentos ológrafos fuesen válidos y pudieran surtir sus efectos en los bienes que el extranjero tuviese en su patria, seria preciso que las leyes de su patria misma las reconociesen y admitiesen, y aun autorizasen á sus naturales á testar en esta forma dentro del país ó fuera de él, así como las leyes francesas admiten

los que se hagan de esta clase por los franceses en su país ó en el extranjero; lo cual está muy lejos de ser así con respecto á los españoles ó mexicanos, pues ni nuestras leyes permiten los testamentos privados, ni en el estado actual de nuestra legislacion pueden ser tolerables, dejándose como se deja al arbitrio del juez el dar ó no dar valor segun su conciencia, al cotejo de letras, aunque todos los peritos opinen de un mismo modo.

Resúmen de la materia de testamentos.

He dado la definicion de testamento, y he dicho que se divide en solemne y privilegiado, explicando en seguida las dos clases principales de testamento solemne, que son el nuncupativo ó abierto, y el escrito ó cerrado. He tratado en seguida del testamento privilegiado, que entre nosotros solo tiene lugar entre militares ó individuos que gozan el fuero de guerra; y concluí con hablar del testamento de los extranjeros. Terminada, pues, la materia de testamentos en cuanto á la forma y requisitos del instrumento, paso ahora á considerar la materia de herencias y la de herederos, legatarios y albaceas.

CAPÍTULO VII.

De la herencia y de los herederos, de los legados
y legatarios, y de los albaceas.

De la herencia.

Se llama herencia la sucesion en los bienes y derechos que tenia alguno al tiempo de su muerte, y el conjunto de los mismos bienes y derechos que deja el difunto, deducidas las deudas. (L. 8, tít. 33, P. 7.)

Generalmente se establece distincion entre la herencia y los bienes del difunto, entendiéndose por la primera todo lo que deja el difunto así en activo como en pasivo, y por los segundos, solo lo activo.

La reunion ó conjunto de todos los bienes y derechos de la sucesion, no forma una herencia propiamente dicha sino antes de la aceptacion del heredero presuntivo, porque despues de la aceptacion, todo el patrimonio del difunto se confunde con el de su sucesor y pierde el nombre de herencia.

Aunque la herencia comprende todos los bienes muebles é inmuebles del difunto, se la considera sin embargo como cosa puramente incorporeal, porque no es de su esencia el que se encuentren bienes positivos en ella. Así es que el hombre que nada deja al morir, no deja por eso de tener una

herencia en ese sentido como el mas rico propietario.

La herencia resulta, ó de un acto que expresa la voluntad del testador, ó por disposicion de la ley que presume y supone dicha voluntad cuando el difunto murió sin expresarla en debida forma. Así es que la herencia es *testamentaria* si se confiere por testamento, y *legítima ó ab intestato* si se confiere por la ley. (Proem. y ley 3, tít. 13, P. 6.)

Al hablar de los herederos, volveremos á decir algo mas sobre la herencia.

De los herederos.

Se llama heredero al que sucede en los bienes del difunto, ó lo que es lo mismo, á la persona á quien toca la herencia del difunto; y como la herencia puede recaer por testamento y ab intestato, de aquí es que la primera division de los herederos deberá ser en testamentarios y ab intestato.

Herederos testamentarios.

Los herederos testamentarios son de dos maneras: *forzosos ó legítimos*, y *voluntarios*. Los primeros se llaman forzosos, porque tiene el testador que dejarles cierta parte de la herencia que designan las leyes, y pueden llamarse por lo mismo legítimos, bien que su nombre principal es el de *forzosos*. Los voluntarios son aquellos á quienes el testador puede llamar, ó á que disfruten toda la herencia si no existen herederos forzosos,

ó solo una parte de ella, si existen estos últimos. Los herederos voluntarios pueden ser ó parientes del testador ó extraños. Ya entre nosotros no tiene lugar la especie de herederos que se llamaban necesarios, y que eran ciertos esclavos. Establecida esta division, que me parece ser la mas fácil de comprenderse, entremos en explicaciones sobre estas clases de herederos testamentarios, para que luego pasemós á los herederos ab intestato.

Hemos dicho que la primera clase de herederos testamentarios es la de los que se llaman forzosos ó legítimos. Pues bien; esta clase es de dos maneras, á saber: de herederos forzosos, descendientes en primer lugar, y de herederos forzosos ascendientes, en segundo lugar y á falta de los primeros.

El hombre puede en general disponer libremente de sus bienes; pero la ley le limita esta facultad en ciertos casos, y no quiere que el que tiene descendientes ó ascendientes pueda dar á otros deudos mas lejanos ó á extraños toda su fortuna, y desconocer así las obligaciones que le impone la naturaleza, á no ser que aquellos le hubiesen dado motivo para ello, pues solo entonces puede desheredarlos, como veremos despues.

Descendientes.

Examinaré por ahora quiénes son los herederos forzosos de primera clase, es decir, los descendientes. Estos son de tres especies, á saber:

- 1ª Los que proceden de verdadero matrimonio.
- 2ª Los que fueron procreados durante el matrimonio, pero en el que resultó impedimento ignorado por ambos padres ó por uno de ellos.
- 3ª Los legitimados por subsiguiente matrimonio.

Estas tres especies tienen derecho segun la ley á todos los bienes de sus padres, menos en la quinta parte, de que pueden disponer libremente estos últimos, ya á favor de uno de los mismos hijos, ya á favor de algun otro pariente ó extraño; siendo de advertir aquí que se reputa como hijo legítimo el póstumo, que es el que nace despues de muerto el padre, con tal que su madre lo dé á luz, cuando menos á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta viva en su compañía, pues si nace entrado el oncenno mes del fallecimiento, aunque sea en un dia, ya no se reputa legítimo, y sí en el sétimo ó noveno mes. (L. 4, tít. 23, P. 4.)

En cuanto á los descendientes de primera, segunda y tercera clase, si son hijos del testador, deberán suceder por cabezas, es decir, que la herencia se dividirá en tantas partes cuantos sean los hijos; y si son nietos del testador, sucederán por familias, es decir, que la herencia se dividirá en tantas porciones cuantas sean las familias de los hijos del testador que han muerto. Si concurren hijos y nietos del testador, los primeros sucederán por cabezas, y los segundos por familias ó estirpes.

Estos son los herederos forzosos de primera clase, es decir, los descendientes: pasemos á los de segunda clase, es decir, á los ascendientes.

Ascendientes.

Faltando los descendientes, son herederos forzosos los ascendientes, entendiéndose primeramente por tales los padres, con quienes ningun otro concurre, y así dividirán la herencia en dos partes iguales. (L. 4, tít. 13, P. 6.) Entre los ascendientes no se sucede por representacion; así es que muerto uno de los padres, solo hereda el otro que sobrevive, con exclusion del abuelo de la otra línea. (Gomez en la ley 6 de Toro, nº 5.) Muertos los padres, suceden los abuelos de ambas líneas, debiéndose partir los bienes indistintamente en dos porciones iguales para el paterno y materno (el mismo); si de una parte existiere solo un abuelo y de la otra dos, aquel habrá la mitad de los bienes y estos la otra (L. 4 citada y Gomez); y á falta de los abuelos, heredan los ascendientes mas inmediatos que hubiere, sean de la línea que fueren. (La misma L. 4.)

Con respecto á los ascendientes, puede el testador disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, reservando precisamente para aquellos las otras dos terceras partes, y debiendo sacarse únicamente de aquella los gastos de entierro, formacion de inventarios, mandas y legados. (L. 1, tít. 8, lib. 5 R., 6 10, tít. 20, lib. 10 N.)

Los hermanos nunca son herederos forzosos (L. 2, tít. 7, P. 7), y cuando son instituidos, se entienden los que lo son de padre y madre, á menos que conste de otro modo la voluntad del testador.

Dijimos que habia dos clases de herederos forzosos: legítimos y voluntarios, y como ya consideramos los forzosos, que dividimos en descendientes y ascendientes, pasaremos ahora á considerar los herederos voluntarios.

Herederos voluntarios.

Se llaman herederos voluntarios aquellos á quienes el testador puede dejar todos sus bienes ó parte de ellos sin que se lo prohíba la ley. Así es que, por ejemplo, un testador que tenga herederos forzosos descendientes, podrá dejar, como dijimos, la quinta parte de sus bienes á una persona allegada suya ó extraña, y esta será un heredero voluntario; si tiene solo ascendientes, podrá dejar de la misma manera la tercera parte de sus bienes; y aquel á quien se la deje, será asimismo heredero voluntario, ya sea que fuere su pariente ó un extraño; y si el testador no tiene descendientes ni ascendientes, podrá dejar todos sus bienes á quien quiera, siendo el sucesor tambien heredero voluntario. (L. 1, tít. 5, lib. 4 del Fuero Juzgo; L. 1, tít. 6, lib. 3 Fuero Real, y leyes 1 y 8, tít. 20, lib. 10 Nov. Rec.)

Quiénes no pueden ser herederos.

Para ser heredero, se necesita no tener inhabilidad ó impedimento legal para ello, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las dos clases de herederos, á saber: en el forzoso basta que haya capacidad al tiempo de la muerte del testador, aunque no la hubiese al de la institucion; en el voluntario en tres, que son el de la institucion, el de la muerte del testador, y el de la aceptacion de la herencia.

De esta capacidad carecen los apóstatas y herejes declarados por sentencia; el que á sabiendas se ha hecho bautizar dos veces, y los colegios, cofradías, ayuntamientos ó sociedades erigidas contra derecho. (LL. 4, tít. 3, P. 6, y 6 y 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 4 y 5, tít. 20, lib. 10 N.) Tampoco la tienen el traidor y sus hijos varones (esta prohibicion que tenian para poder heredar en lo absoluto los hijos de traidor, no parece que puede tener lugar entre nosotros, supuesto el art. 146 de la Constitucion, que previene que la infamia no pase del delincuente, y el 147, que prohíbe la pena de confiscacion de bienes, de modo que podrán heredar hasta á su mismo padre); lo mismo que los que aconsejan ó auxilian la traicion (LL. 2, tít. 2, P. 7, y 2, 3 y 4, tít. 18, lib. 8 R.), y ninguno de estos puede ser nombrado heredero, y siéndolo es nulo el testamento. (En México, repito, no es así.) Lo mismo sucede respecto del

confesor del enfermo en su última enfermedad, su iglesia, convento, órden, parientes ó deudos, cuyo nombramiento anula el testamento, y condena al escribano que lo extendiere á la pena de privacion de oficio. (Cédula de 18 de Agosto de 1771, que es el auto 3º, tít. 10, lib. 5 de la R., ó L. 15, tít. 20, lib. 10 de la N., y cédulas de 22 de Diciembre de 1800, publicadas en 8 y 21 de Octubre y 9 de Noviembre de 1801, aunque estas se contraen á prohibir las mandas á favor de los confesores, sus iglesias, etc.)

Los referidos tienen inhabilidad para suceder á todo género de personas. Hay otros que solo la tienen para personas determinadas. Tales son los hijos ilegítimos respecto de sus padres. Se llaman ilegítimos los que no son habidos de matrimonio, y se distinguen en *naturales y espurios*. Los primeros son los procreados por hombre y mujer hábiles para contraer matrimonio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento; y además, es necesario que el padre les reconozca por tales naturales, siempre que la mujer en quien los tuvo no viviese en su casa ó no hubiese sido una sola. (L. 9, tít. 8, lib. 5 R., ó 1, tít. 5, lib. 10 N.) Respecto de estos hijos, tienen obligacion los padres, abuelos y ascendientes de ambas líneas, de darles alimentos. (LL. 1 y 2, tít. 15, y 5, tít. 19, P. 4, y 11 al fin del tít. 13, P. 6.) Y por lo que hace á la sucesion hereditaria, podrán tener la de sus padres, siempre que estos no tengan

descendientes legítimos, aunque tengan ascendientes (L. 8, tít. 8, lib. 5 R., ó 6, tít. 20, lib. 10 N.); y si el padre no les mencionare en el testamento, deberán los herederos darles alimentos. (L. 8, tít. 13, P. 6.) Habiendo descendientes, solo podrán suceder á su padre en el quinto de los bienes. (La misma ley 8 R., ó 6 N.)

Respecto de las madres, tienen los mismos derechos que hemos explicado, no solo los hijos naturales, sino tambien los espurios, como no sean de los prohibidos que proceden de punible y dañado ayuntamiento (L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.), de que vamos á hablar.

Bajo este nombre de espurios, que antes se aplicaba únicamente á los que no tenían padre conocido, se comprendé en el dia á todos los ilegítimos que no son naturales, y son los *adulterinos*, que proceden de hombre casado, ó de hombre y mujer casados; los *sacrílegos* de monja ó fraile profeso, ó de clérigo de orden sagrado; los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *manceres* de prostitutas ó mujeres públicas. Todos estos son de dañado ayuntamiento; pero es además punible si la madre era casada, porque entonces incurre en la pena de muerte. (L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.)

A excepcion de los sacrílegos, todos los espurios tienen derecho, ya por testamento, ya por intestado, para suceder á sus padres que tengan

descendientes legítimos en el quinto de sus bienes, sin que se les pueda mandar mas; pero los sacrílegos en nada pueden suceder, segun la L. 9 del tít. 8, lib. 5 de la Rec., que es la 1, tít. 5 del lib. 10 de la N., aunque por su disposicion no es de creer que se entiendan excluidos los alimentos. A las madres suceden como herederos forzosos, menos los que proceden de ayuntamiento sacrílego, que nada pueden tener, ó de dañado y punible, que solo tendrán el quinto.

Del heredero condicional.

La institucion de heredero puede hacerse puramente, ó bajo de condicion, á dia fijo, ó hasta cierto tiempo. Por condicion se entiende *una circunstancia por la cual se suspende la cosa, hasta realizarse algun acontecimiento incierto*; por lo que se ve que la de pretérito no es rigurosamente una condicion, sino solo en cuanto el suceso no ha llegado á nuestra noticia. La condicion es ó imposible, que es la que no puede existir, ya de derecho por contraria á las leyes, á las buenas costumbres ó á la piedad, ya de hecho, como hacer un monte de oro, ó ya por naturaleza, como tocar el cielo con la mano; ó posible, que es la que puede verificarse, y se distingue en tres clases, que son: potestativa, cuando su cumplimiento depende de la potestad del hombre; casual, que depende del acaso, y mixta, que participa de ambas.

Puede ser tambien afirmativa, si su cumplimiento consiste en hacer algo, como: Pedro sea mi heredero si se casa; ó negativa, si es en no hacer, como: Sea mi heredero si no se casa. La negativa tiene la singularidad de que no suspende la consecucion de la herencia, dando el nombrado caucion de que si en algun tiempo obrare contra la condicion, restituirá la herencia. A esta caucion llaman *Muciana*. (L. 7, tít. 4, y 21, tít. 9, P. 6.)

Para el arreglo de los testamentos condicionales, creemos oportuno insertar aquí las ocho reglas que fija el doctor Alvarez, y son:

1ª Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legítima.

2ª Cuando un padre mejora á su hijo en el quinto, tiene facultad de imponerle á su arbitrio los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que sean posibles y honestos. (LL. 11, tít. 4, P. 6, y 17, tít. 1 de la misma.)

3ª En el tercio, por ser verdaderamente legítima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condicion (L. 11, tít. 6, lib. 5 R., ú 11, tít. 6, lib. 10 N.), aunque sí se les permite poner gravámen.

4ª El heredero extraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario, no adquiere la herencia. (L. 7, tít. 4, P. 6.)

5ª Si la condicion depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida. (L. 14 del d. tít. 4.)

6ª La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho ó derecho, se tiene por no puesta, á diferencia de los contratos, á los cuales los vicia. (L. 3 del mismo.)

7ª La condicion perpleja, que llaman dudosa, y se verifica cuando no se puede entender su sentido, porque repugnan entre sí las palabras, hace inútil la institucion de heredero. (L. 5 del mismo.)

8ª El heredero, antes de cumplir la condicion, no trasmite la herencia á sus herederos.

De la aceptacion de la herencia.

Como el heredero, si acepta la herencia, resulta obligado á todo lo que lo estaba el testador por sus deudas, para que no lo sea á mas de lo que alcance la herencia, las leyes le conceden dos beneficios, que son el derecho de deliberar y el de inventario.

El primero es un espacio de tiempo concedido por la ley al heredero, dentro del cual pueda informarse, así del valor de la herencia, como del número de las deudas, y resolver si le trae provecho ó no el aceptarla. (L. 1, tít. 4, P. 6.) Los jueces pueden conceder hasta nueve meses, y la autoridad suprema un año, aunque si en menos

tiempo se conjetura que pueden deliberar, solo se concederán cinco dias. (L. 2 del mismo.) Este beneficio es de poco uso por el siguiente:

Este es el de inventario, por el cual el heredero no resulta obligado á mas de lo que alcanza la herencia. Sobre el modo de formarlo, especies, solemnidades y demas concerniente á ello, hablaremos en el juicio de inventarios.

De las mejoras y del testamento inoficioso. Origen de las mejoras y de la desheredacion.

Hemos dicho que si el testador tiene descendientes, tendrá que dejarles sus bienes en porciones iguales, pudiendo solo disponer de la quinta parte de la herencia á favor de la persona que le parezca conveniente, sea ó no su allegada; y que si solo tiene ascendientes, podrá disponer de la tercera parte de los bienes en esta forma indicada.

Pues bien; siendo el testador el jefe de su familia, y pudiendo suceder que algunos de los individuos de ella se hayan portado notablemente bien, y otros muy mal, la ley ha dejado al testador la facultad de conceder premios á sus herederos forzosos, ó de castigarlos severamente, ya sea aumentándoles las porciones que debian tocarles de la herencia con esas cantidades de que puede disponer libremente dicho testador, ó privándolos aun de esas porciones que la ley manda que se les entreguen, y que por eso tomen el nombre de le-

gítimas. He aquí el origen de las mejoras, de la desheredacion y del testamento inoficioso.

De las mejoras.

Mejora se llama la aplicacion que suelen hacer los padres del quinto de sus bienes, de que pueden disponer libremente á favor de alguno de sus hijos, ó del tercio, del que no pueden disponer sino en favor de algun hijo ó nieto. Se dice mejora, porque aquel á quien se aplica resulta en efecto mejorado respecto de sus coherederos, pues á mas de la parte que como á tal le corresponda, tendrá la quinta de todo el caudal, y la tercia si fuere en ambas.

Los ascendientes pueden tambien ser mejorados por sus descendientes, pero solo en el tercio, que es del que estos pueden disponer; de modo que los padres pueden disponer del quinto libremente, y del tercio solo en favor de hijo ó nieto, y por eso pueden hacer mejora en tercio y quinto; mas los hijos solo pueden hacerla en tercio.

Las mejoras pueden hacerse en testamento ó por contrato entre vivos, revocables en los términos en que lo son los testamentos ó donaciones perfectas. (L. 1, tít. 6, lib. 5 R., ó 1, tít. 6, lib. 10 N.) Mas debe notarse que el padre no puede dar ni prometer por via de dote ó de casamiento á su hija el tercio ó quinto de sus bienes, ni ella entenderse mejorada tácita ó expresamente por ninguna especie de contrato entre vivos. (L. 1, tít.

2, lib. 5 R., 6 6, tít. 3, lib. 10 N.) Pero no está prohibido á los padres mejorar á las hijas en testamento, siempre que no sea con respecto á la dote.

Si la mejora es del quinto, se entiende deducidos los gastos, mandas y legados; y siendo de tercio y quinto, deberá sacarse primero el quinto y despues el tercio, como expresamente lo previene una ley del Estilo (L. 214 del Estilo), aunque algunos autores le ponen ciertas limitaciones. (Gomez en la ley 17 de Toro, núm. 2; Angulo de Meliorat, ley 9, glos. núm. 45; Paz id. Stil.)

Para sacar las mejoras se han de regular los bienes por el valor que tenian al tiempo del fallecimiento del testador, y no al del en que fueron hechas (L. 7 d. tít. 6, lib. 5 R., 6 7, tít. 6, lib. 10 N.), y por eso no se sacan de las dotes ni de otras donaciones que los hijos traen á colacion, porque ya no estaban en el patrimonio del padre. (L. 9 del mismo.)

Si el padre hiciere á alguno de sus hijos alguna donacion simple, se entiende que lo mejora, aunque no lo exprese, y se aplica primero al tercio, despues al quinto, y lo que sobre á la legítima. (L. 10 del mismo.) Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto; y si aun excede, es inoficiosa en cuanto al exceso, que deberá restituirse á los demas interesados. (L. 3, tít. 8, lib. 5 R., 6 5, tít. 3, lib. 10 N., y Azeved.

sobre la misma n. 26, y Covar. in cap. Rainal. § 2, n. 26.)

Las dotes no pueden reputarse como mejoras; pero sí las donaciones *propter nuptias* que los padres suelen hacer á sus hijos varones; pero estas si exceden de lo que pudiera corresponderles por via de mejoras y legítimas, son inoficiosas y aquellas no, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tuvieran al tiempo en que se constituyeron ó al del fallecimiento del padre, segun escojan las mismas hijas. (La misma 1, 3 ó 5.)

La mejora puede hacerse por el padre, señalando cosa cierta ó parte determinada de la herencia, con tal que su valor no exceda del importe del quinto ó tercio, segun fuere la mejora (L. 3, tít. 6, lib. 5 R; ó 3, tít. 6, lib. 10 N.), y deberá entregarse al mejorado por los herederos, sin que puedañ hacerlo del valor de la cosa en vez de ella, sino en el caso de que no pueda dividirse. (L. 4 del mismo tít. y lib. R., ó 4, tít. y lib. N.), mas esta facultad no puede cometerse á otro. (L. 3 cit. en el n. 1.)

Para la mejor inteligencia de lo dicho en este párrafo, queremos ponertres ejemplos que lo aclaren. 1º Un padre dejó tres hijos: Pedro, Juan y Diego. A Pedro lo mejoró en el tercio y á Juan en el quinto. Testó 1,700 pesos, debia 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Primero, se pagan las deudas, y queda de caudal la cantidad de

1,500. Se sacará el quinto, que son 300, de los que se pagará el legado y entierro, que son 150, y el resto, que es otro tanto, se entregará á Juan por su mejora. Habian quedado 1,200, de los que se sacará el tercio, que son 400, que se entregarán á Pedro como mejorado, y el remanente se dividirá en tres porciones iguales para los tres hijos. 2º Supongamos que el mismo padre á mas de lo dicho tuvo una hija á la que dió 400 de dote, el quinto y el tercio serán los mismos, como que no se han de sacar de los 400 dotados; pero estos se agregarán á los 800 restantes despues de sacados el quinto y el tercio, y resultará un total de 1,200, que deberá partirse en cuatro partes iguales, que son 300 para cada uno de los cuatro hijos; mas como la hija tenia recibidos 400, deberá restituir 100, porque en el exceso es inoficiosa la dote, aunque podrá escoger el tiempo en que le fué dada, si en él eran mayores los bienes de su padre, de modo que la cubriesen, y en ese caso se repartirán entre los tres hermanos los 800 del residuo. 3º Supongamos el mismo padre con los mismos tres hijos y el mismo caudal, pero que habia hecho á Pedro una donacion simple de 1,000 pesos, y á Juan otra por causa de 300. Pues como las mejoras solo se sacan del caudal existente al tiempo de la muerte, el cual hemos dicho que eran 1,500, resulta que el tercio y quinto importan los mismos 700, estos se aplicarán á Pedro, por la mejora de tercio y quinto, que se le

supone en virtud de la donacion simple, y se acumularán al remanente de 800 los 500 que importan las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2,100, que se repartirá en tres porciones iguales de á 700 pesos para los tres hermanos. Será entonces el haber de Pedro con mejoras y legítima, 1,400: tenia recibidos 1,000, se le entregarán 400. Juan tenia recibidos por su donacion 300, solo le corresponden de legítima 700, se le entregarán 400, y á Diego se le entregarán íntegros los 700 de su legítima.

Lo dicho hasta aquí da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna: resta solo explicarse lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de estos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion, deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion hereditaria ó legítima que le corresponda, y esto es lo que quiere decir *traer á colacion y particion*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues esto está establecido para guardar la igualdad que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas sí se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* ú otra cosa, aunque si los hijos que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo; y entonces, sin traerlas á colacion, se juzgan pagados de su legítima.

tima con lo que han recibido, á menos que sean inoficiosas, esto es, que excedan á lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso. (L. 3, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 3, lib. 10 N.) Debe igualmente traerse á colacion el peculio profecticio (L. 3, tít. 15, P. 6); pero no el castrense, cuasi castrense ni adventicio, pues estos quedan libres por el fallecimiento del padre, al hijo de quien son, sin derecho alguno de sus hermanos. (L. 5, d. tít. y P.)

Tampoco hay obligacion de traer á colacion lo gastado por el padre en dar estudios al hijo y en los libros necesarios para ello; aunque algunos autores quieren que esto se compute por cuenta de las mejoras; mas Sala cree esta opinion contraria á la ley de Partida, que dice: *Non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*. El mismo autor es de opinion que no deben llevarse á colacion los gastos erogados de universidad, y en otras condecoraciones que no tienen sueldos ni otros frutos. (Sala, Ilustracion del derecho real, lib. 2, tít. 6, n. 11.)

De la desheredacion.

La desheredacion es un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos. (L. 1, tít. 7, P. 6.) Solo puede desheredar el que es capaz de testar, tiene herederos forzosos y causas para ello. (L. 2 del mismo tít. y P.) La desheredacion debe

hacerse nombrando al que se deshereda, ó dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin condicion, y del total de los bienes, pues de otro modo no vale. (L. 3 del mismo título y P.) Para que valga la de los descendientes, no solo se ha de expresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido (L. 7, título 8, P. 6); mas no es necesario esto si el heredero consiente tácita ó expresamente en la desheredacion, en cuyo caso no puede reclamarla, ni debe ser oído en juicio. (L. 6, título 8, P. 6.) Y si el testamento en que se hizo se anula ó rompe, no vale tampoco la desheredacion hecha en él. (L. 2, título 7, P. 5.)

Los padres pueden desheredar á sus descendientes por diez causas: 1ª Porque les hayan puesto las manos airadas, maquinando su muerte de cualquier modo, procurando que pierdan ó se menoscabe en gran parte su hacienda, ó acusándolos de delito por el que debieran morir ó ser desterrados, aunque si el delito es de traicion y fué probado, no tiene lugar la desheredacion. (L. 4, título 7, P. 6.) 2ª Por infamarlos, de modo que valgan menos, ó tener acceso con la madrastra ó amiga, sabiendo que lo es. 3ª Por ser hechiceros ó vivir con los que lo son. (La misma ley 4.) 4ª Por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prision, aunque esta causa no comprende á las mujeres, que no pueden ser fiadoras. (Dicha ley 4.) 5ª Por impedirles que testen. 6ª Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la vo-

luntad del padre, ó hacerse cómico de profesion no siéndolo este. 7ª Cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo diere hasta la edad de veinticinco años, pasados estos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla. (L. 5, tít. 7, P. 6.)

8ª Cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, pues si muere intestado, debe llevar el extraño que lo haya recogido todos sus bienes, y si recobra su juicio puede desheredarlos; y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si muere estando loco en casa del extraño, no vale la institucion. (La misma ley 5.) 9ª Por no redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos; mas para incurrir en esta pena, el heredero debe ser mayor de diez y ocho años. (L. 6 del d. tít. y P.)

10ª Si los descendientes de cristianos se hacen herejes ó moros, permaneciendo católicos sus ascendientes. (L. 7 del d. tít. y P.) El matrimonio clandestino declarado por la autoridad eclesiástica era causa para la desheredacion (L. 1, tít. 1, lib. 5 R., ó 5, tít. 2, lib. 10 N.); mas como en el dia son nulos por el Concilio de Trento, se duda de esta causa.

Las causas porque los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes, son ocho, á saber: 1ª Por acusarlos de delito que merezca pena de

muerte ó destierro, excepto el de traicion. 2ª Por maquinar su muerte con yerbas, veneno, etc. 3ª Por tener acceso carnal con la mujer ó amiga de alguno de ellos. 4ª Por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. 5ª Por solicitar el marido la muerte de la mujer, ó al contrario. 6ª Por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. 7ª Por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. 8ª Cuando el ascendiente es hereje y el descendiente católico. Probada cualquiera de estas causas, puede el descendiente desheredar á su ascendiente, y vale la desheredacion. (L. 11, tít. 7, P. 6.)

Los hermanos, aunque no son herederos forzosos, tienen derecho para anular la institucion hecha por el hermano, si este les antepone una persona torpe ó infame; y este derecho lo pierde en tres casos: 1º Por procurar la muerte del hermano. 2º Por acusarlo de delito por el que merezca pena de muerte ó mutilacion. 3º Si le ha causado la pérdida de todos ó de la mayor parte de sus bienes. (L. 12, tít. 7, P. 6.)

Por último, el heredero extraño pierde la herencia del que la instituyó, en seis casos: 1º Cuando el testador fué muerto por obra ó consejo de su compañía, y el heredero sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años. 2º Si abre el testamento antes de acusar á los de-

lincuentes, estando cerciorado de quiénes lo son. 3ª Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4º Por haber tenido este acceso carnal con la mujer de aquel. 5º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legítimo, perderá la herencia. 6º Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole la incapacidad. Por estas causas pierde tambien el legatario su legado. (LL. 13, tít. 7, P. 6, y 11, tít. 8, lib. 5 R., ú 11, tít. 20, lib. 10 N.)

Del testamento inoficioso.

Contra el testamento en que hay desheredacion siendo válido, conceden las leyes una accion que se llama de *inoficioso testamento*, y es por la cual los ascendientes, ó descendientes desheredados por su nombre, y con expresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido por el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.

Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria: 1º Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure* nula la institucion de heredero. (L. 1, tít. 8, P. 6.) 2º Tampoco será ne-

cesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legítima. (L. 5, tít. 8, P. 6.) De que se infiere que solo tendrá lugar cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente. (LL. 1 y 4 del mismo tít. y P.)

Esta accion nõ se da á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes, que son los que tienen derecho á la legítima, comprendiéndose entre estos los hijos naturales y no de punible ayuntamiento, respecto de la madre, á quienes compete la accion aun quando tenga ascendientes legítimos (L. 5 de Toro; L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.); mas tambien la tienen los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia á ellos á alguna persona torpe ó de mala fama. (LL. 2 y 3, tít. 8, P. 6.)

El efecto de esta accion es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho y en la parte correspondiente, quedando todo lo demas del testamento en su vigor (L. 7 del mismo tít. y P.), como son mejoras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, etc.

Cesa esta accion: 1º Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este es sub-

sidiario; y 2º siempre que se consiente en la desheredacion expresa ó tácitamente (L. 6, tít. 8, P. 6.), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oido, á menos que sea menor, que entonces podrá hacerlo hasta cuatro años despues de cumplidos los venticinco.

De la sustitucion de heredero.

La sustitucion en general es nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero. (L. 1, tít. 5, P. 6.) Puede ser directa y oblicua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto, sin intervencion de otro; y la otra es la que se hace por palabras de ruego y da la herencia por mano de otro.

La sustitucion se divide en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria. Vulgar es la que puede hacer cualquiera testador al heredero que instituye para el caso que no llegue á serlo. (La misma ley.) Se llama vulgar porque la puede hacer cualquiera testador; y para que el sustituido en ella entre en la herencia, lo mismo es que el heredero no quiera, que el que no pueda aceptarla. (L. 2, tít. 5, P. 6.) Es expresa cuando el testador dice: *Nom-*

bro por mi heredero á Pedro ; y si este no lo fuere, lo será Juan ; y tácita, cuando nombra á varios para que lo herede el que sobreviva. Si al tiempo del fallecimiento viven dos ó mas, partirán la herencia en partes iguales, y si uno solo, ese la llevará toda. (D. L. 2.)

Pueden ser sustituidos los que pueden ser instituidos, así como los inhábiles para ser herederos lo son tambien para ser sustitutos. Puede sustituirse á uno en lugar de muchos; y al contrario, y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á que lo era el heredero; de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta parte, otro en la sexta y otro en la octava de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo orden, ninguno de estos entrará sino en la parte que correspondia á aquel á quien se sustituyó. (L. 3, tít. 5, P. 6.)

La sustitucion vulgar se acaba si el sustituto muere antes que el testador, ó si el heredero acepta la herencia.

La pupilar es la que hace el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan en su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á la pubertad. (LL. 1 y 5 d. tít. y P.) Esta se distingue de la vulgar: 1º en que pueden sustituir vulgarmente todos los testadores, y pupilarmente solo los padres de familia: 2º en que vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos, y pupilarmente solo á los hi-

jos impúberes: 3º que en la vulgar se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no hereda, y en la pupilar para un afirmativo, esto es, si el hijo fuere heredero y muriese antes de la pubertad. (LL. 1 y sig., tít. 5, P. 6.)

De esta noción de la sustitución pupilar se infieren tres axiomas: 1º El fundamento de la sustitución pupilar es la patria potestad. 2º La causa de ello es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad. 3º Cuando se sustituye pupilarmente, hay dos testamentos, no en cuanto á las solemnidades, sino en cuanto á la sustitución de heredero, que es doble. (L. 7 del mismo.)

Del primero se infiere: 1º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, porque nunca tiene á los hijos en su potestad. (L. 2, tít. 17, P. 4.) 2º Que ni el padre puede respecto de los emancipados. (L. 15, tít. 18, P. 4.) 3º Que tampoco puede el abuelo, que no tiene patria potestad sobre los nietos. (L. 8, tít. 1, lib. 5 R., ó 3, tít. 5, lib. 10 N.) 4º Que puede el padre respecto del hijo desheredado (L. 6, tít. 5, P. 6); y 5º Que la sustitución acaba por la emancipación, sin necesidad de prueba.

Del segundo axioma resulta que no se puede sustituir al hijo, sino para el tiempo que le reste hasta cumplir la edad, que son catorce años en los hombres y doce en las mujeres, y cumplida esta, acaba desde luego la sustitución. Y por último, del tercero, que el padre no puede hacer

sustitucion sin hacer testamento para sí, y el sustituto recibe todos los bienes del hijo por cualquiera línea que le vengan, aun cuando tenga madre, á quien en opinion de algunos excluye el sustituto (Greg. López, sobre la L. 5, tít. 5, P. 6, y Febrero reform., P. 1, c. 5, § 3, núm. 90), fundados en la razon de que esta sustitucion es parte del testamento del padre, que no tiene obligacion de dejar nada á su mujer, madre de su hijo, sino en caso de necesidad (Cap. 1 de test. in 6); pero quieren que la sustitucion sea expresa, pues siendo tácita incluida en la vulgar, no queda excluida la madre. (Salm., tr. 14, c. 5. núm. 115.)

Si el testamento se anula, queda sin efecto la sustitucion, y tambien se acaba saliendo el hijo de la patria potestad, cumpliendo la edad, renunciando la herencia ó muriendo el sustituto.

La ejemplar es la que hacen los ascendientes á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados, aunque sean mayores de veinticinco años, no por falta de edad para testar, sino por la del uso de su entendimiento. (L. 10, tít. 5, P. 6.) Como el fundamento de esta es la necesidad, pueden hacerla el padre, la madre y los abuelos á sus descendientes legítimos, estén ó no en su poder, casados ó emancipados; y la madre puede hacerlo con los naturales cuando los debe dejar por herederos.

Se llama ejemplar, porque le sirve como de modelo la pupilar, y se ordena en estos términos:

Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo; y si muriere en la locura que padece, será su heredero Juan su hermano; y este lo heredará en efecto en tal caso: (L. 11, tít. 5, P. 6.)

En esta sustitucion se han de llamar los sustitutos precisamente en este orden: los hijos del loco ó fátuo; á falta de ellos los nietos y demas descendientes por su orden y grado. Faltando estos, algunos autores quieren que se nombre un hermano (Sala en sus notas á Vinnio, en la nota de derecho de España puesta á este título, § 1, n. 9; Febrero reformado, P. 1, cap. 5, § núm. 393), y en su defecto un extraño. (Esto indica que aun en la sustitucion ejemplar se pretende que quede excluida la madre, pues no se le llama en el orden de los sustitutos; pero si se duda en la pupilar, no obstante el fundamento de la patria potestad, con mayor razon debe sostenerse que no cabe en la ejemplar, que carece de aquel fundamento. A esta opinion se inclina Alvarez, juzgando que debe observarse la ley 6 de Toro, y tenerse por derogada la 11, tít. 5, P. 6, y remitiéndose á Gregorio López sobre dicha ley, y á Covar. de testam.)

Se acaba esta sustitucion ejemplar por recuperar el fátuo el juicio, porque le nazca algun hijo, ó porque la revoque el que la hizo.

La compendiosa es la que comprende diversas sustituciones, tiempos y casos; y por ella se adquiere la herencia por cualquier modo que haya

lugar; v. g.: *Instituyo á mi hijo Fernando por mi heredero, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo á Fulano.* En este caso, si el hijo no fuere heredero, tiene lugar la sustitucion vulgar; si era menor y murió antes de la pubertad, entra la pupilar; si era loco ó fátuo, la ejemplar. Como esta sustitucion comprende á la pupilar, solo la puede hacer el padre. (L. 12, tít. 5, P. 6.)

La recíproca, que tambien llaman brevilocua, es cuando se nombran muchos herederos, y se sustituyen unos á otros; como v. g.: *Instituyo y nombro por mis herederos á Pedro, á Juan y á Francisco, y los sustituyo ad invicem, para que unos entren en el lugar de los otros.*

Ultimamente, la fideicomisaria es cuando el testador encarga al heredero que nombra, que restituya ó entregue á otro su herencia. Antigualmente se podia obligar al heredero nombrado á aceptar la herencia, para que el testador no muriese parte testado y parte intestado; mas despues de la ley 1, tít. 4, lib. 5 de la R., que declaró que la falta de institucion de heredero no anula el testamento, no es ya necesario esto, y si el heredero no acepta ó renuncia, entrará el sustituto. (L. 14, tít. 5, P. 6.)

Si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituyese la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capaz de sucesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el

tiempo señalado para la restitucion. (L. 1, tít. 4, lib. 5 R., ó 1, tít. 18, lib. 10 N.)

El padre puede dejar la herencia á otro con intencion, pero sin pacto de que la restituya por via de fideicomiso á su hijo espurio. Algunos autores dicen que se lo puede significar así al heredero, y aun rogárselo especialmente, pero no obligarlo á ello; y si el heredero diere palabra de hacerlo, estará obligado á cumplirla á lo menos por fidelidad. (Salm. tr. 14, cap. 15, n. 66.)

De la cuarta trebeliánica.

Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad se estableció que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia, tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, y la que se llama *cuarta trebeliánica*. Para computarla, debe el heredero traer á cuenta la que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la tuvo en su poder. (L. 8, tít. 11, P. 6). Si estos equivalen á la cuarta parte, restituirá la herencia íntegra; y si no, tomará de ella lo necesario para completar aquella. (L. 8, tít. 11, P. 6.). Pero si los frutos importaren mas; si el testador le señaló dia para la restitucion y el heredero la verificó, hace suyos los percibidos hasta ese dia, aunque excedan de la cuarta; pero si no le seña-

ló dia y él fué moroso en hacer la entrega, debe restituir el exceso. (D. ley 8.)

No tiene lugar la cuarta trebeliánica en el testamento del soldado: si el testador prohíbe que se saque; si el heredero restituye toda la herencia por ignorancia; si no hizo inventario, y por último, si no quiere aceptarla. (L. 1, tít. 4, lib. 5 R., ó 1, tít. 18, lib. 10 N.)

Habiendo ya hablado de los herederos testamentarios que dividí en forzosos y voluntarios, y habiendo explicado tambien todo lo relativo á mejoras, desheredacion y sustitucion, cuyas materias se refieren á los herederos forzosos, pondré aquí un cuadro sinóptico que abraza el orden de suceder correspondiente á los herederos testamentarios, pasando en seguida á hablar de los herederos ab intestato.

ORDEN DE SUCESION.

HEREDEROS TESTAMENTARIOS.	
FORZOSOS.	VOLUNTARIOS.
Primer lugar.	Tercer lugar.
Los descendientes.	Pueden ser parientes del testador ó extraños.
—	—
Toda la herencia menos el 5.º	El 5.º ó el 3.º de la herencia, menos las cargas y gastos.
Juan.	Si el testador no tiene descendientes ni ascendientes, los herederos voluntarios podrán llevar toda la herencia, menos las cargas y gastos.
—	
Hijo.	
—	
Nieto,	
—	
Biznieto.	
—	
Trasnieto.	
A lo infinito.	
Los hijos heredan por cabezas, y desde los nietos por familias, en representación de sus padres.	
Segundo lugar.	
Los ascendientes.	
—	
Toda la herencia menos el 3.º	
Juan.	
—	
Padre.	
—	
Abuelo.	
—	
Bisabuelo.	
—	
Trasabuelo.	
Excepto en la madre natural que llama á su hijo antes de los ascendientes, con tal que no sea sacrilego.	

De los herederos ab intestato,

Dijimos que habia dos clases de herederos, testamentarios y ab intestato; y como ya vimos quí-

nes son los testamentarios, pasemos á ver qué se entiende por herederos ab intestato.

La ley previó el caso de que un padre de familia muriese sin testamento, ya por acaecer la muerte repentinamente y sin tiempo para disponerse, ó ya por no haber testado por descuido, y previno quiénes deben heredar al difunto en tales casos, y en qué proporciones. A estos herederos se llama tambien propiamente legítimos, porque los designa la ley, y ab intestato porque heredan sin testamento.

Hay, pues, herederos abintestato:

1º Cuando el difunto murió sin hacer testamento.

2º Cuando, aunque lo hizo, no guardó las formalidades requeridas por el derecho.

3º Cuando despues de haberlo hecho legalmente, se anuló el testamento, ó se revocó, ó rescindió, ó quedó sin efecto por alguna razon, á lo menos en cuanto á la institucion de heredero.

4º Cuando habiendo hecho testamento en debida forma, omitió en él la institucion de heredero.

5º Cuando habiendo hecho testamento y nombrado heredero, este no quiere aceptar la herencia, ó por causa de incapacidad no puede recibirla, ó es privado de ella por indignidad. (L. 1, tít. 13, P. 6, y L. 1, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

No habiendo, pues, ó faltando el heredero testamentario, quiere la ley que perciban la herencia

por el orden y segun las leyes que en seguida se expresan, las personas siguientes :

- 1º Los descendientes.
- 2º Los ascendientes.
- 3º Los colaterales hasta el cuarto grado.
- 4º El fisco.●

Primer orden de los herederos ab intestato.

Los descendientes.

Por descendientes se entienden: 1º los hijos legítimos, bajo cuyo nombre se comprenden los hijos, nietos, biznietos y demas que desciendañ legítimamente, llamándose á los primeros *hijos de primer grado*, y á los otros, *hijos de grados ultteriores*: 2º los legitimados: 3º los adoptivos; y 4º los ilegítimos.

Los hijos legítimos suceden todos indistintamente á sus padres, con exclusion de otros cualesquiera parientes (L. 3, tít. 13, P. 6), sin diferencia de grados; pues el nieto y biznieto son llamados lo mismo que el hijo, con tal que no tengan padre que esté mas inmediato que ellos; sin distincion de sexos, pues lo mismo suceden los hombres que las mujeres, y estén ó no emancipados: como igualmente los póstumos, siendo nacidos en el término y con los requisitos legales. Los requisitos legales, que ya se han explicado en otra parte, son: nacer vivo, vivir veinticuatro horas, ser bautizado, y nacer antes de comenzarse el once-

no mes del fallecimiento del marido. (L. 8, tít. 8, lib. 5 R., ó 6, tít. 20, lib. 10 N.)

Aunque en el llamamiento á la sucesion de los padres no hay diferencia de grados en los hijos, si concurren de diversos, no tienen iguales partes; por lo que conviene tener presente lo que se dijo en el § V de la sucesion por cabezas y por familias, y distinguir tres casos: 1º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas*, esto es, á todos corresponden partes iguales. 2º *Si solo hay hijos de los grados ulteriores, todos suceden por linajes ó familia*, esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean los hijos representados por estos, sin consideracion al número de nietos ó biznietos que los representan. 3º *Si concurren hijos del primer grado y de los ulteriores, los del primero suceden por cabezas y los de los otros por linajes*, esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean aquellos y los representados por estos. Así es que si un padre deja dos hijos, sus bienes se dividirán en dos partes iguales, de las que se dará una á cada uno, pues suceden *por cabezas*. Si en lugar de los hijos, deja un nieto de uno y dos de otro, se harán dos partes, de las que se dará una al nieto único que representa á su padre, y la otra subdividida en dos, será para los otros dos, siendo la sucesion *por familias*. Si deja un hijo y tres nietos de otro, estos llevarán juntos igual porcion á la que lleve aquel, mas la dividirán

entre sí en partes iguales, y en este caso hay sucesion *por cabeza y por familia*.

Los legitimados pueden serlo ó por subsiguiente matrimonio, ó por decreto de la autoridad suprema, que antes era rescripto del príncipe, y en el dia es decreto del cuerpo legislativo: *si lo son por subsiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos* (LL. 1, tít. 13, P. 4, y 10, tít. 8, lib. 5 R., ó 7, tít. 20, lib. 10 N.); pero si lo son por rescripto, es necesario distinguir si la legitimacion es para suceder ó no: en este segundo caso nada recibirán, mas en el primero sucederán, si no hay legítimos ó legitimados por matrimonio, que habiéndolos, no pueden concurrir con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes. (La d. L. 10 de la R., ó 7 de la N.)

Adoptivos se llaman los que lo son por adopcion, y es esta de dos maneras: ó se hace de un hombre libre de la potestad paterna y con autoridad suprema, y entonces se llama de *adrogado*, ó de un hijo de familia y con autoridad judicial, y entonces es *adoptivo* propiamente. Los adrogados suceden en la cuarta parte de los bienes del adrogante, y los adoptivos en todos los del adoptante (LL. 8, 9 y 10, tít. 16, P. 4), si ni uno ni otro tienen hijos legítimos, pues teniéndolos, no suceden en nada. (LL. 5, tít. 6, lib. 3, y 1 y 5, tít. 22, lib. 4 del Fuero Real.)

Los ilegítimos, si son naturales, suceden al pa-

dre que no tiene hijos legítimos, en el quinto. (Febrero reform., P. 1, c. 5, § n. 70, que cita en su apoyo la ley 8, tít. 8, lib. 5 R., ó 6, tít. 20, lib. 10 N.) Esta ley previene que el padre ó la madre no puedan mandar por via de alimentos á sus hijos ilegítimos mas de la quinta parte de sus bienes, y que el padre, no teniendo descendientes legítimos y siendo el hijo natural, pueda dejarle todos sus bienes aunque tenga descendientes. Febrero, fundado en ella, asienta en este lugar, que los hijos naturales, no habiendo legítimos, suceden en el quinto y no en el sexto, como prevenia la 1, tít. 13 P.; mas si son espurios en nada suceden, aunque así á estos como á aquellos, en el caso de que haya legítimos, parece equitativo que se les den alimentos del quinto de los bienes de que pudo disponer el padre si hubiera hecho testamento. A la madre, no teniendo legítimos, suceden en todos sus bienes, no solo los naturales, sino tambien los espurios, con tal que no sean sacrílegos ni de dañado y punible ayuntamiento. (L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.)

Segundo orden de herederos ab intestato.

Los ascendientes.

No habiendo descendientes, suceden los ascendientes sin limitacion de grados y con exclusion de los parientes colaterales; mas como en los ascendientes no tiene lugar el derecho de represen-

tacion, debe observarse la regla siguiente: En la sucesion por intestado, los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas; y si de distintas, la dividen por líneas. (LL. 4, tít. 13, P. 6, y 1, tít. 8, lib. 5 R., ó 1, tít. 20, lib. 10 N.) Por ejemplo, si el intestado deja abuelo de una parte y bisabuelo de la otra, solo aquel heredará, porque el mas cercano excluye al mas remoto: si concurren dos abuelos de una parte y dos de otra, partirán la herencia por igual; y siendo uno de una parte y dos por la otra, no se dividirá por tercias partes, sino que el uno llevará una mitad y los otros dos la otra. (L. 4, tít. 13, P. 6.) Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente por mitad para cada línea; á no ser que haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el descendiente intestado. (Alvarez, lib. 3, tít. 1, con remision á las LL. 4, tít. 13, P. 6, y 1, tít. 8, lib. 5 R., ó 1, tít. 20, lib. 10 N.) Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios á sus padres, madres y demas ascendientes (L. 8, al fin, tít. 13, P. 6); pero esto no se entiende de los adoptivos, pues de estos no son he-

rederos por intestado los padres adoptantes. (L. 5, título. 22, lib. 4 Fuero Real.)

Tercer orden de herederos ab intestato.
Los colaterales.

A falta de descendientes y ascendientes, entran en la sucesion del intestado sus parientes colaterales. Estos pueden ser legítimos ó naturales. Para los primeros deberán guardarse las reglas siguientes: 1ª Los hermanos enteros, sean varones ó mujeres, y sus hijos, excluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos por cabezas, y los hijos de estos por familias. (L. 5, título. 8, lib. 5 R., ó 2, título. 20, lib. 10 N., y 5, título. 13, P. 6.) 2ª Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia del tio. (La misma ley 5, título. 13, P. 6, y 13, título. 6, lib. 3 del Fuero Real.) 3ª Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de madre, los maternos (LL. 5 y 6, título. 13, P. 6); y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio, ó de otro cualquier modo. (D. L. 6.)

Para el caso de que ó el difunto ó sus parientes sean naturales, se observarán las siguientes: 1ª Si el que muere sin descendientes ni ascendien-

tes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente. (L. 12, tít. 13, P. 6.) 2ª Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, serán sus herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legítimo, este solo será preferente á todos. (L. 12, tít. 13, P. 6, en la que fundan algunos que preferirá aun á los hermanos de madre.) 3ª Si un legítimo muere sin dejar parientes legítimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean de parte de madre, y los de parte de padre serán excluidos. (La misma.)

Esta sucesion entre colaterales no pasa de cuarto grado (LL. 3, tít. 9, y 9, tít. 10, lib. 1 R., ó 3, tít. 20, lib. 10, y 1, tít. 11, lib. 2 N., que parecen derogatorias de la 6, tít. 13, P. 6), aunque no faltan autores que intenten sostener que se extiende aun hasta el décimo, como en las Partidas. (Es dudoso si estos grados deben contarse por derecho canónico ó civil. *Nota de Alvarez.*)

Cuarto orden de herederos ab intestato.

El fisco.

A falta de parientes hasta el cuarto grado, la herencia pasará al fisco, segun lo prevenido por la real instruccion de 27 de Noviembre de 1785

y de 26 de Agosto de 1786, inserta en la ley 6, tít. 32, lib. 10 N., sin que tenga lugar ya la sucesion de la mujer al marido, ni de este á su mujer. (L. 12, tít. 8, lib. 5 R., ó ley 1, tít. 22, lib. 10 N., y el art. 7 de la instruccion de 26 de Agosto.)

Examinada ya la materia de herederos ab intestato, pondré aquí un cuadro sinóptico del órden de sucesion ab intestato para que se comprenda mejor.

ORDEN DE SUCESION.

HEREDEROS AB INTESTATO.			
Primer lugar,	Segundo lugar,	Tercer lugar,	Cuarto lugar.
Los descendientes.	Los ascendientes.	Los colaterales hasta el 4.º grado.	El fisco.
—	—	—	—
Toda la herencia menos las cargas y gastos	Toda la herencia menos las cargas y gastos.	Toda la herencia menos las cargas y gastos.	Toda la herencia menos las cargas y gastos
Los hijos suceden por cabezas y los nietos por familias, á falta de sus padres.	Los mas cercanos excluyen á los mas remotos.		

¿Qué herederos deben pagar el seis por ciento al fisco?

Menos los herederos forzosos, es decir, los descendientes y ascendientes, todos los demas, aunque se llamen legatarios, deberán pagar al fondo de instruccion pública el seis por ciento del importe de la herencia ó legado, en virtud de la ley de 18 de Agosto de 1843; y para que este pago se haga efectivo, se mandó por la ley de 14 de Julio de 1854, que las personas que bajo cualquier título se hagan cargo de bienes de algun difunto, lo avisen al juez dentro del término de ocho dias, y que este último, dentro de tercero dia, dé parte al fiscal de hacienda si la herencia causa el seis por ciento, y lo avise tambien á la primera autoridad política del lugar y al agente de instruccion pública. Se manda en la misma ley, que para que este pago del seis por ciento se haga efectivo, los inventarios se terminen dentro de tres meses, ó dentro de un año, cuando mas, si los bienes están en diversos lugares, bajo pena de pagarse el rédito respectivo de la pension y los gastos que se causen en el cobro.

De los legados y legatarios.

Legado, manda ó fideicomiso particular, es una donacion que hace el testador en el testamento ó en codicilo. (L. 12, tí. 5, P. 6.) Unos son forzosos, que son los que por disposicion del de-

recho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos, y otros voluntarios, que son los que dependen de la voluntad del mismo.

Legados forzosos ó mandas.

Los legados ó mandas forzosas son en el dia en México, conforme á la circular de 9 de Agosto de 1806, los lugares santos de Jerusalem (Cédula de 30 de Setiembre de 1699), santuario de Guadalupe (Cédula de 7 de Diciembre de 1756), y para casar huérfanas pobres (L. 5, tít. 2, lib. 5 R., ó 7, tít. 3, lib. 10 N.), habiendo cesado la de la causa del venerable Gregorio López, por la cédula de 1º de Junio de 1785; y la de redencion de cautivos por decreto de 9 de Noviembre de 1820. La cantidad que haya de dejarse á estos objetos, depende absolutamente dela voluntad del testador. En los Estados podrán subsistir estas mismas, ó sustituirse por otras, segun hayan acordado las respectivas legislaturas. (Por el art. 76 de la ley de 18 de Agosto de 1843, se estableció una nueva manda forzosa, de á un peso, para la reposicion y creacion de bibliotecas públicas.)

Legados voluntarios.

Con respecto á los legados voluntarios, puede dejarlos todo el que puede hacer testamento, y pueden dejarse á todos los que pueden ser instituidos herederos; exceptuándose el de alimentos,

que puede dejarse hasta á los incapaces de heredar, como son los espurios. (L. 8, tít. 3, lib. 5 R., ó 2, tít. 10, lib. 10 N.)

El testador puede mandar que paguen legados á todos los que perciban algo de su herencia, con tal que no los grave en mas de lo que reciban.

Qué cosas se pueden legar.

Se pueden legar todas las cosas que existen, ó pueden existir, con tal que estén en el comercio de los hombres y aunque sean incorporales; y así se puede legar la cosecha venidera, un usufructo, una servidumbre, una deuda, pero no un templo ni una plaza pública. (L. 13, tít. 9, P. 6.) También puede legarse la cosa ajena, y entonces tiene el heredero la obligacion de comprarla á su dueño y entregarla al legatario, y no queriéndola aquel vender, entregará su estimacion (L. 10 del d. tít. y P.); mas esto se entiende si el testador sabia que la cosa era ajena; pues creyéndola suya, y no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la mujer ó á algun pariente. (La misma ley.) La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya, es del legatario. (La misma.)

Si el legatario habia adquirido ya la cosa ajena que se le lega, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo ú oneroso, pues si fué por el primero, el legado es inútil, por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir*

en una misma cosa y á favor de una misma persona (L. 43, tít. 9, P. 6); pero si la adquirió por el segundo, se le debe la estimacion.

Se pueden legar las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda (L. 11, d. d. tít. y P.); y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia (La misma ley); mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario. (L. 11, tít. 9, P. 6.) Igualmente será obligacion del heredero desempeñarlas si estaban en una cantidad igual ó mayor que su valor, ya lo supiese ó ya lo ignorase el testador. (La misma.)

Pueden legarse tambien las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado solo el derecho de prenda; pudiendo el heredero exigir al legatario la cantidad porque tenia empeñada su cosa. (L. 16 del mismo tít. y P.)

Si el testador lega una cosa y luego la enajena, si la enajenacion fué por donacion que hizo de ella, se entiende revocado el legado (LL. 17 y 40, tít. 9, P. 6); pero si fué por venta, se debe la estimacion al legatario. (D. ley 40.)

Suelen hacerse legados de ciertas cosas incorpóreas, que se llaman *legado de nombre, de liberacion y de deuda*, sobre los cuales conviene saber, que se dice de nombre cuando el testador lega á Pedro lo que le debe Juan: de liberacion, cuando se lega al deudor lo mismo que él debe, y de deuda, cuando se lega al acreedor lo que le debe

el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la accion que el testador tenia contra su deudor; y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero. (L. 15, tít. 9, P. 6.) Por el de liberacion está obligado á entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de ella, dejándolo libre enteramente. Si el testador en vida cobra y recibe la deuda en estos dos legados, se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente, subsisten ambos. (L. 34 del mismo tít. y P.) Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya, todos los privilegios de los legados; y así de condicional y para dia cierto, se hace pura y pagadera al punto; de no hipotecaria, se hace hipotecaria, y de ilíquida, líquida.

Division de los legados voluntarios y reglas.

Los legados se dicen de *género*, de *especie* y de *cantidad*. Género es en derecho lo que en filosofía especie; v. g., un caballo, un libro. Especie equivale á un individuo, v. g., el caballo tal, la obra de Febrero; y cantidad es un género determinado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto, es fácil fijar ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perece la cosa legada y otros casos. 1ª *La especie legada no perece para el heredero sino para el legatario* (L. 15, tít. 9, P. 6), á menos que aquel sea moroso en entregar, ó que perezca por su

culpa, pues como deudor está obligado á prestar la leve. (L. 41 del mismo tít. y P.) 2ª *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador.* 3ª *Para que el legado de género sea útil, es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza:* por ejemplo, un caballo es legado de género ínfimo; pero un animal es de supremo, y seria ridículo legarlo, pues podría pagarse con un insecto: por esto previene una ley (L. 23, tít. 9, P. 6), que si el testador lega una casa sin tenerla, el heredero no resulta obligado. 4ª *En el legado de género tiene la eleccion el legatario;* pero de tal suerte, que no puede elegir lo mejor (L. 23 d. d. tít. y P.); á diferencia del legado de opcion, que es cuando el testador con palabras expresas y terminantes concede al legatario la facultad de escoger de entre cosas de un mismo género la que mejor le parezca. (L. 25 d. d. tít. y P.) En tal caso, hecha la eleccion por el legatario, no puede arrepentirse de ella (D. ley 25); y si él no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger. (L. 26 d. d. tít. y P.) Por lo que hace al legado de género y cantidad, la regla es, que *ni el género ni la cantidad perecen* (L. 41 d. d. tít. y P.); por manera, que legado, por ejemplo, un caballo, si el heredero lo compra para entre-

garlo, y en su poder perece, queda en la obligacion lo mismo que antes.

Por último, pueden legarse los hechos, de modo que el testador obligue á su heredero á hacer alguna cosa en favor ú obsequio de otro, con tal que ella no sea torpe ó ridícula.

Derecho de acrecer.

En los legados se conserva el derecho de acrecer, que no existe ya en las herencias, en virtud de la ley 1, tít. 4, lib. 5 de la R., y consiste en que la parte del legatario que muere ó no la recibe, se aplica al otro. Para que tenga lugar, son necesarios dos requisitos. El primero es que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador; pues si le sobrevive, aunque sea por un momento, pasa el legado á los herederos y no acrece al otro. (L. 33, tít. 9, P. 6.) El segundo que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. g., *á Pedro y á Juan les lego mi casa*; pero si á uno se lega la casa y al otro un campo, ni son conjuntos, ni hay derecho de acrecer. (D. ley 33.) La conjuncion puede ser *en la cosa, en las palabras ó mixta*. Se dice que hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma, aunque en diversas proposiciones: en las palabras, cuando lo son en una sola asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales; y es mixta cuando se lega una

misma cosa á muchos en una proposicion y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demas, presumiéndose así de la voluntad del testador, por no expresarse cosa en contrario. (L. 33, tít. 9, P. 6.)

Legado condicional.

Los legados se pueden hacer puramente para dia cierto, con condicion, con demostracion, con causa ó con modo. Cuando se lega puramente, no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, y el heredero tiene obligacion de pagarlo, y el legatario derecho para cobrarlo luego que muere el testador.

Legado desde algun dia, es el que tiene término para comenzar, y hasta cierto dia es aquel en que se señala el tiempo que debe durar. En el primero, el legado se debe luego; pero no se puede cobrar hasta que llegue el dia; mas el segundo, se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para dia cierto, se trasmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el dia, como haya sido despues de la muerte del testador (L. 34 d. d. tít. y P.); pero si el dia es incierto, como para cuando se case ó se ordene, no se trasmite por reputarse condicional. (L. 31 del mismo tít. y P.)

En el legado condicional se deben guardar las

mismas reglas que en la institucion condicional de heredero, de que se habló ya.

Legado con demostracion.

Con demostracion se dice que lega un testador, siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada. La falsa demostracion no vicia el legado, con tal que conste de la persona (LL. 19 y 20, tít. 9, P. 6); de modo que se sepa de quién habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido (Paz in Praz, tít. 1, p. 4, c. 1, n. 19); pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quién habló el testador, no vale el legado en rigor de derecho (L. 9, tít. 9, P. 6), aunque Molina pretende que en el fuero de la conciencia, se debe dividir entre los que son del mismo nombre. (Molin. tr. 2, d. 197, n. 2.)

Legado causal.

El legado causal es en el que se expresa la causa porque se deja, y vale tambien, aunque la causa sea falsa, como v. g.: *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*; aunque esto no hubiese sucedido, vale el legado. (L. 25, d. tít. y P. cit.); pero si el heredero probase que el testador no habria legado si hubiera conocido la falsedad de la causa, no vale el legado. (Alvarez, lib. 2, tít. 20.) Tampoco valdria si la causa fuera final y no impulsiva, siendo falsa, como v. g.: *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*; pues no

habiéndolos gastado, no subsistiría el legado.
(L. 20, tít. y P. cit.)

Legado de modo.

Finalmente, bajo de modo se dice un legado cuando el testador expresa el fin para que lo deja, como v. g., *para graduarse de doctor*. Este se puede pedir inmediatamente, pero dando el legatario fianza de que cumplirá con el fin, y de restituirlo si no cumpliera. (L. 21, tít. 9, P. 6.)

Cuándo se adquiere el legado.

El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que este ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos (L. 34 d. d.), pero si muere despues del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, trasmite su derecho al legado, á sus herederos. (LL. 34 dicha, y 1, tít. 4, lib. 5 R., ó 1, tít. 18, lib. 10 N.)

Los legados deben cumplirse en los mismos términos que quiso el testador; pero los profanos que no pueden tener cumplimiento, los adquiere el heredero, y los piadosos se convertirán en otro objeto pio (Gregorio López en la ley 20, tít. 9, P. 6), acudiendo antes al ordinario (Lug. de Just., d. 24, sect. 13, n. 306), con cuya licencia se pueden aplicar al bien comun de la República, aun cuando no sea difícil su cumplimiento, segun la

disposicion del testador, en el caso de grave necesidad, como peste, hambre ó invasion.

El que se deja á los naturales de una ciudad se puede dar á los que tienen ánimo de permanecer en ella, y á los que llevaren diez años, si no consta que piensan salir de allí (Sanz. L. 4, cons. c. 2 d. 19), á menos que se infiera otra cosa de la mente del testador, y en defecto de verdaderos naturales, solo estos parece que deberian ser admitidos. (Greg. López en la ley 2, tít. 25, P. 4.)

El que se deja para casar huérfanas, se puede aplicar á las que tienen padres pobres é inútiles, á falta de las que propiamente lo son. (Sal. tr. 14, c. 5, n. 18.)

Si los legados no se pudieren pagar por entero por no alcanzar los bienes, se pagarán á *prorata*, aunque sean piadosos ó de cosa determinada. (Sanz. L. 4, cons. c. 2, d. 11.)

Si el testador lega una cosa á Juan y Francisco, se dividirá por igual entre los dos: si la lega á los dos hijos de Juan y al de Francisco, se dará la mitad á los primeros y la otra al segundo; y si alguno muere ó renuncia, su parte acrece á los demas como conjuntos. (Molin. tr. 2, d. 197 n. 2.)

Si se lega una cosa á Pedro y despues la misma á Juan; si se entiende que la voluntad del testador fué revocar por el segundo el primer legado, se dará toda la cosa á Juan; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente ó *insolidum*, se dará la cosa al que primero la pi-

da, y al otro su estimacion. (L. 33, tít. 9, P. 6.) Si á uno se lega una misma cosa dos ó tres veces, solo se le debe una. (L. 40 del mismo.)

Cuando son dudosas las palabras del testador en alguna disposicion, no se conmuta, sino que se interpreta su mente, á juicio de hombres doctos que sepan pesar las circunstancias. (Lug. de Just. d. 24, sect. 13, n. 306.)

Cómo se acaban los legados.

Los legados se acaban ó porque se quitan, ó porque se trasfieren, ó porque espiran. Se quitan ó por palabras, cuando el testador los revoca en testamento ó codicilo posterior (L. 39, tít. 9, P. 6), ó por hechos, si borra ó tilda el legado por sí ó por medio de otro (La misma, vers. *Otrosí*): si en vida del testador acaba la cosa legada, ó él le muda la forma, aunque en este último caso debe distinguirse: si la cosa puede reducirse á su antiguo estado, como la plata convertida en vaso, subsiste el legado; mas si no se puede, como en la lana de que se hizo paño, no subsiste. (L. 42 del mismo.) Por último, se quitan por excepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de voluntad, lo que probándose por el heredero, hace perder el legado al legatario. (Alvarez, lib. 2, tít. 21.)

Se trasladan los legados mudándose la persona del legatario, como dejando á Pedro lo que se de-

jaba á Juan; pero ha de ser con esta expresion: mudándose la cosa legada, como si primero se legaba á Juan la casa y despues se le lega la hacienda: mudándose la persona á quien se obligaba á que pagase el legado; y finalmente, mudándose la naturaleza del legado, como si de puro se hace condicional. Así quitarlos como trasladarlos, se puede hacer en testamento ó codicilos; y para quitarlos, no se requiere solemnidad, pues ni la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presuncion de que el testador mudó de voluntad; pero debe probarse.

Espiran los legados si el legatario muere antes que el testador; si perece la cosa legada sin mora ó culpa del heredero, siendo legado en especie; si era de cosa ajena y la adquirió el legatario por título lucrativo; si el testamento se anula por falta de solemnidad, como si faltó el número legal de testigos. (LL. 1 y 2, tít. 4, lib. 5 R., ó 1 y 2, tít. 18, lib. 10 N.); pero no si se rompe por pretericion ó desheredacion injusta (La ley 1 dicha), ó porque falte la institucion de heredero, ó este no acepte la herencia, pues en estos casos subsisten los legados, que espiran tambien siendo condicionales si no se verifica la condicion estando en el arbitrio del legatario, pues no estándolo, como por caso fortuito, se tiene por cumplida. (L. 22, tít. 9, P. 6.)

Acciones que competen al legatario.

Al legatario competen tres acciones para conseguir el legado contra el heredero ó albacea. La primera es personal por el cuasi contrato de la adicion de la herencia; la segunda es real, en los legados en especie, por la traslacion del dominio de la cosa legada al legatario en el instante que muere el testador; y la tercera es hipotecaria, por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados. El legatario puede seguir la via ejecutiva contra el heredero, segun Paz, aunque otros lo niegan (Molin. tr. 2, d. 194, n. 17), pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del albacea (L. 1, tít. 9, P. 6), y tomándola la pierde (L. 37 del mismo tít. y P.), si no es que tenga licencia tácita ó expresa del testador para ello. (L. 3, tít. 13, lib. 4 R., ó 3, tít. 34, lib. 11 N.)

Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde more el heredero, ó donde esté la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se pueda contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que

se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse. (L. 48, tít. 9, P. 6.)

De la cuarta falcidia.

El título 11 de la Partida 6ª adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribuido en ellos el todo de su caudal, de modo que nada queda á aquel por la adición de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fué que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros supuesta la ley 1, tít. 4, lib. 5 de la Recopilacion, que es la 1, tít. 18, lib. 10 de la Novísima, opinan varios autores (Gomez, lib. 1, var. c. 12, n. 11, y Cevall. q. q. cons. q. 30.) que tampoco lo tienen la cuarta falcidia, ni la trebeliánica, de que se habló anteriormente; pero otros sostienen que sí (Pichardo, Matienzo, Molina y Castillo, citados por Sala, lib. 2, tít. 6, n. 27 que se inclina á esa opinion): por lo que será conveniente explicar brevemente sus circunstancias y modo de sacarla.

No tiene lugar respecto del heredero forzoso, pues este deberá sacar su legítima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del testador, deduciendo del total las deudas,

los gastos funerales y los que hicieren por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto; aunque con respecto á los gastos de entierro, debe tenerse presente que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto, pues dejándose á alguno, son carga de él. (L. 13, tít. 6, lib. 5 R., ó 9, tít. 20, lib. 10 N.) Si hecha esta deduccion nada quedare al heredero por la distribucion de legados, tomará íntegra la cuarta parte; pero si le quedare algo, tomará lo necesario para completar su cuarta.

No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados piadosos, ni los que se dejan en testamento militar (L. 4, tít. 41, P. 6), ni los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enajenarla. (L. 6 d. tít. y P. cit.) Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demas cumplidamente, si no es que despues que comenzó á pagar se descubra alguna deuda grande del difunto, que antes no se sabia, pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar. (L. 6, tít. 11, P. 6.) No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohíbe (La misma); y se pierde el derecho á ella si el heredero no hizo inventario (L. 7 d. d. tít. y P.), ó canceló maliciosamente el testamento ó los legados, ó hurtó ú ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

Distincion entre legado y fideicomiso.

Los fideicomisarios particulares se distinguian, segun el derecho antiguo, de los legados, en su forma y en su efecto; y aunque subsiste la diferencia en lo primero, porque el legado se deja directamente, como diciendo: *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero y gravándolo en dar á otro alguna cosa, se derogó en el segundo, por haberse igualado los legados y los fideicomisos; de manera que cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros. (Gutierrez com. de Ant. Gom., cap. 12, n. 1.) Por lo que nada hay que añadir sobre ellos.

De la donacion causa mortis.

La donacion *causa mortis* es cierta especie de manda, como la llama la ley 7, tít. 10, lib. 5 R., que es la 1, tít. 7, lib. 10 de la N., ó legado, con el cual conviene en que se puede revocar libremente, y en que está sujeta á la detraccion de la falcidia, pero no es lo mismo que él. Para su valor bastan tres testigos y el escribano, y se puede revocar si el donatario muere antes que el donador; si este sale de la enfermedad en que la hizo, y él mismo se arrepiente de haberla hecho. (L. últ., tít. 4; P. 5.)

De los albaceas.

El albacea, á quien llaman tambien testamento, ejecutor, cabezalero y mansesor, es aquel

á quien el testador encarga la ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno solo ó á muchos, para que se sucedan uno al otro, ó para que obren de mancomun; y aquel á quien se hace, no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos. (Carpio, lib. 7 de executor. testamentar., cap. 19 y 20.)

El incapaz de testar lo es tambien para ser albacea (Véase el § 1. de los testamentos), y pueden serlo las mujeres (aunque se les prohíbe por la ley 8, tít. 5, lib. 2 del Fuero Real, está derogada por costumbre contraria. Febr., part. 1, cap. 1, c. 18, núm. 250), la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia expresa de su prelado, á excepcion de los que profesan la regla de San Francisco, á quienes está absolutamente prohibido (Cap. *Religiosus executor. 2 De testam. in 6* y Clement. *Religiosis* de testamen.); y el menor de veinticinco años, si ha cumplido los diez y siete. (L. 19 al fin, tít. 5, P. 3.)

Los ejecutores de las últimas voluntades son como los tutores, *testamentarios*, *legítimos* ó *dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador; y dativos los que nombra de oficio el juez en caso que el nombrado en el testamento ó

el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto.

A nadie se puede obligar á que sea albacea (Covarr. in cap. 19 De testament. n. 3); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó expresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos. (Sanz. ley 4 Cons. c. 1 d. 42, n. 7.) En el caso de que el testamentario acepte, puede por sí dar á los legatarios las mandas que le fueren hechas, y tomar para sí el legado que le hubiere dejado el testador (L. 20, tít. 10, P. 6); mas perderá este si renunciare el albaceazgo. (Sanz. cit.)

Si el testador designa por albacea á alguna persona con el nombre de su dignidad ú oficio, como el gobernador ú obispo, pasa el cargo á su sucesor (C. 2 § Sanz. de testament. in 6); pero si solo se pone el nombre, ó de las circunstancias se colige que no tanto se atendió al empleo ó dignidad, cuanto á la persona, por ser pariente, amigo ó paisano, no pasa al sucesor. (Barb. in c. 2 De testam. in 6.)

La ley 14 del tít. 4 del lib. 5º de la Recopilacion, previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y no haciéndolo, pierda lo que

se le hubiere legado; y la misma obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de perder el legado, y no haciéndosele, bajo la pena de pagar el daño al interesado, y una multa de dos mil maravedís. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea se entiende solo del abierto otorgado sin escribano, aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena solo tiene lugar en la ocultacion dolosa. (Acev. sobre la ley 14, tít. 4, lib. 5 R., contra Montalvo y Matienzo. Véase el § 15.)

Para comenzar á ejercer su encargo el albacea, deberá presentarse ante el juez secular, aun cuando aquel sea clérigo, pues es el competente de la causa, acreditando su encargo y pidiendo se cite á quienes interese (L. 15, tít. 4, lib. 5 R.); y deberán ser citados aun los clérigos, pues mas que citacion es un aviso (Solórz. Polític. 5 c. 7), para poder proceder al inventario de los bienes y demas concerniente al desempeño de su oficio.

Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador, cuyo inventario puede ser solemne ó por simples memorias, como referimos en el juicio de inventarios; y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun cuando les releve de ello (L. 15, tít. 10, P. 5, y sobre ella Greg. Lóp.); pues esta cláusula solo remite la averiguacion nímia y escrupulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto al dolo: sobre lo cual cita Febrero varias eje-

cutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo en caso de negligencia para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibición del testador. (L. 7 del mismo título. y P.) Mas si este encargó á su albacea por cláusula en el testamento ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*, no tendrá obligación de dar cuenta, ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder (Clement. de Testam.), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (Sanz., ley 4 Cons., c. 1, d. 49), aunque para evitar litigios, lo mejor es poner al albacea en la cláusula del testamento la obligación de dar cuenta bajo de secreto al juez. Deben enajenar los bienes en pública almoneda (L. 62, título. 18, P. 3 al fin), y les está prohibido comprar para sí ninguno de ellos, bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo, que se aplica al fisco. (L. 14, título. 4, lib. 5 R., ó 5, título. 18, lib. 10 N.)

Para la ejecucion del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor ó menor que el legal; y si ninguno les señaló, deberán ejecutarlo lo mas breve que les sea posible, conforme á la ley de Partida que dice: *Lo mas ayna que pudieren sin alogamiento é sin escatima ninguna* (L. 6, título. 10, P. 6); no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y lega-

dos, si antes de él pudieren hacerlo, lo mismo que las deudas del difunto, cuya solucion retardada voluntariamente no puede excusarse de la nota de pecado grave. (Sanz., ley 4, Cons. cap. 1, d. 53, n. 5.) Mas mientras durare la formacion del inventario, no pueden los acreedores ni legatarios molestar al albacea ó heredero para que cumpla el testamento (L. 7, tít. 7, P. 6); pero si manifestare no querer hacer inventario, ni gozar del tiempo que para él le concede el derecho, podrá ser reconvenido despues de los nueve dias de la muerte del testador. (L. 13, tít. 9, P. 7, y Paz in Prax., tít. 1, p. 4, c. 1, n. 46.)

Si son muchos los albaceas, ó no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecuten (L. 6, tít. 10, P. 6); y para precaver este embarazo, es muy conveniente que se confiera á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion, sin necesidad de avisar á los otros, ni que estos se mezclen en cosa alguna.

Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas (L. 7, tít. 6, P. 6); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte. (Sanz., ley 4, Cons. c. 1, d. 48.) Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva, ó en general, cumplen con dar la que quie-

ran, aunque sea la menos preciosa (Sal. tr. 14, c. 5, n. 177); pero si las palabras se dirigen al legatario, á este toca la eleccion en los términos que hemos dicho.

El oficio de albacea acaba por su muerte, por la revocacion del testador, por enemistad que sobrevenga entre los dos, por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario, por el trascurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision, por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa porque fué constituido. Algunos quieren (Espin. gl. 28, n. 36) que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio, pero la niegan otros. (Molin. tract. 2, d. 247, n. 14.)

En retribucion del trabajo del albacea le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenian ó no derecho para cobrarla, fuera del caso en que lo hubieran convenido así el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de Setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, mediante ser este un cargo piadoso; y de consiguiente gratuito.

De los comunicados secretos.

A veces sucede que el testador, ya sea porque quiere hacer alguna restitucion, ó porque desea auxiliar despues de su muerte la sucesion que tuvo envuelta en profundo misterio y que quiere siga así, para no levantar un velo que debe estar corrido, ni despertar la guerra doméstica que pudiera encenderse entre los herederos legítimos y los parientes naturales del mismo testador; á veces sucede, repito, que este último encomienda en riguroso secreto á su confesor el reparto de cierta suma de dinero que le entregará el albacea; ó encomienda el reparto al mismo albacea, dejándole instrucciones de palabra ó por escrito, á las que comunmente se llama *comunicados secretos*.

Hay disputa en el foro sobre si estos comunicados secretos deban manifestarse al juez que conoce de los inventarios, para que este vea que se ha cumplido tambien en esta parte con lo prevenido por el testador, ó si ni al juez se le deben confiar, sino que se entierren, digamos así, en el seno de la persona á quien el testador los confió en tan solemne momento como es el de la muerte. Mientras no exista una disposicion terminante sobre este punto, la equidad y aun la justicia exigen lo segundo, por varias razones:

1ª Porque el dinero que deja el testador para los comunicados secretos no puede sino salir del quinto de sus bienes cuando tiene herederos for-

zosos, descendientes, ó del tercio si solo tiene ascendientes, y en este caso bien puede disponer hasta de esta suma aun en favor de extraños, no habiendo por lo mismo inconveniente en que de cantidades que puede emplear con libertad el testador, tome una parte ó las entregue íntegras al albacea ó confesor, para los encargos especiales y reservados que les haga.

2ª Porque aun cuando la comision de los comunicados secretos esté expuesta á abusos por parte de los albaceas encargados de cumplirla, que no están en obligacion de rendir cuentas de ella, basta que el testador haya dádoles toda su confianza; y quiere decir que si no corresponden á ella, tendrán una responsabilidad moral de gran peso.

3ª Porque aun cuando la ley previene que el confesor en la última enfermedad del testador no pueda heredar á este, la entrega del dinero que se hace á un confesor encargado de ciertos comunicados secretos, no es ciertamente por via de herencia; sino para hacer restituciones ó pagos cuyo secreto resguarda la honra y el buen nombre del testador.

4ª Porque, en general, la costumbre de los comunicados secretos es un recurso que favorece la tranquilidad de conciencia de los testadores, sin ponerlos en el compromiso ó de revelar al público secretos que pueden ser terribles para las familias, ó de callarlos por no sumir á sus hijos en un

caos de pesares, ó amargarles el recuerdo de su padre con alguna falta que le rebajara en su concepto y reputacion. De manera que el uso de los comunicados secretos favorece la moral del hombre lejos de perjudicarla.

Y 5ª Porque los inconvenientes que pudieran sobrevenir de los abusos en los comunicados secretos, son de mucha menos trascendencia que el peligro en que se pondria la conciencia y moralidad de los testadores si no tuvieran ese recurso para ocultar sus descarríos ó errores.

Habiendo ya hablado de todo lo relativo á la teórica y parte de la práctica de testamentos, pasemos ahora á tratar de los juicios que se ofrecen en las testamentarías.

