

la casa; pues el usufructuario puede aprovecharse de todas las comodidades dependientes de la casa, como tiendas, baños, jardines, etc., y el habitador solo de las habitaciones; por el contrario el usuario solo tiene las habitaciones que necesite, y el habitador todas, de modo que puede alquilarlas ó darlas graciosamente á otros, con tal que hagan buena vecindad. La habitacion no se acaba sino por la muerte ó remision, y si se dejó para tiempo determinado, por la conclusion de este. ¹

14. Es tambien servidumbre personal la de las obras de los siervos, que es *el derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno*. Era de mas utilidad esta, que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y así no puede locarlas á otro, como puede aquel á quien se ha otorgado la servidumbre de obras; mas esto no tiene ya lugar extinguida la esclavitud.

¹ L. 27, tít. 31, P. 3.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1, P. 6, y tít. 4 lib. 5 de la Recopilacion, ó 18 del lib. 10 de la Novísima.

- | | |
|---|--|
| 1. Qué es herencia, y cómo se adquiere. | cer testamento, y cuándo puede el loco. |
| 2. Qué es testamento y sus especies. | 14. Otras personas á quienes se prohíbe hacer testamento. |
| 3. Solemnidades que debe tener. | 15. ¿Si pueden los extranjeros, y en qué forma? |
| 4. Testigos que se requieren para el abierto. | 16. Qué es codicilo y sus especies y solemnidades. |
| 5. Cuántos se requieren para el cerrado. | 17. Qué cosas no se pueden hacer en codicilo. |
| 6. Para el del ciego. | 18. Del poder para testar y á qué se extiende. |
| 7. Para el de los indios. | 19. En qué tiempo debe usarse. |
| 8. No es necesario que los testigos sean rogados. | 20. 21. Qué debe hacer el comisario, y si son muchos. |
| 9. Personas inhábiles para ser testigos en ningún testamento. | 22. Quiénes pueden pedir que se abra un testamento cerrado, y cómo debe hacerse. |
| 10. Personas inhábiles para serlo en algunos. | 23. ¿Qué debe hacerse cuando hayan muerto, ó no parezcan los testigos? |
| 11. Papel en que debe extenderse el testamento. | |
| 12. Del testamento de los militares. | |
| 13. Quiénes no pueden ha- | |

1. Los modos civiles de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, sirven solo para la adquisicion de alguna cosa en particular; hay otro por el que los hombres pueden adquirir por un solo acto una coleccion de bienes, por lo que se llama universal, y este es la *herencia*, que se define *universal patrimonio de*

tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres; pero no le obligan las mismas leyes del país en que reside y de que no es ciudadano. Por tanto, un hombre que teste y muera en país extranjero no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes que le señalen las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á mas; por lo que el testador, estando fuera de este, no está sometido á ellas ni los bienes que estén igualmente fuera del tal territorio. Así el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del país donde testa respecto de los bienes que en él posee. ¹

¹ Los extranjeros gozan en México de los mismos derechos civiles que los mexicanos, y por consiguiente del de disponer de sus bienes por testamento, el cual daban ya á los peregrinos y romeros las leyes 30, tít. 1, P. 6 y 2, tít. 30, lib. 1, Nov. Rec. Este derecho está además reconocido implícitamente por el art. 69 de la ley de sucesiones de 1857 que dice: Los bienes, así muebles y semovientes como raíces que se hallen en la República, y pertenezcan á extranjeros que mueran intestados en ella, sin dejar dentro ni fuera persona

16. El codicilo es una *disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento, ó como dice la ley de partida: escritura breve que facen algunos omes despues que son fechos sus testamentos ó ante*. Se distingue de los testamentos en que habiendo éstos, no pueden suceder los herederos por intestado, y sí habiendo codicilo, como que puede preceder al testamento y morir el que lo hace intestado; y tambien en que el testamento exige necesariamente la institucion de heredero, y en el codicilo no se puede hacer. ¹ Unos son escritos ó cerrados, y otros abiertos ó nuncupativos: unos de testado, y otros de intestado. Por lo que hace á la solemnidad necesaria para su valor, la ley recopilada ² previene que intervenga la misma que en los testamentos abiertos; pero esto debe entenderse de alguna que deba heredarlos, pasarán al erario de la federacion y no al de los Estados.

En cuanto á las formas exteriores y á las solemnidades internas de los testamentos otorgados por extranjeros dentro ó fuera de la República, ó por mexicanos fuera de ella, consúltese en caso de duda, la obra de Fœlix, titulada: "Droit international privé" cuyas reglas son las generalmente adoptadas por las naciones civilizadas.

¹ Con arreglo á la ley 1, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec. que está en observancia, aunque el testamento carezca de la institucion de heredero, si consta de la solemnidad legal, valdrán las mandas, mejoras y todo lo demas que contenga, siendo conformes á derecho, y se estimará como codicilo ó última voluntad. El testamento, pues, sin institucion de heredero es tan verdadero y válido como el que la contiene, una vez que la ley no exige esta formalidad.

² L. 2, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 2, tít. 18, lib. 10 de la N.

los codicilos abiertos, pues para los cerrados son necesarios cinco testigos que los firmen, como lo previno la ley de Partida, ¹ y prueban Gregorio Lopez ² y Antonio Gomez. ³ Se pueden hacer muchos codicilos, y todos valen no siendo contrarios. ⁴

17. Los que no pueden hacer testamento, tampoco pueden hacer codicilos, ⁵ y en ellos, como se ha dicho, no se puede hacer institucion directa de heredero; ⁶ aunque siendo abiertos, como que exigen las mismas solemnidades que los testamentos, valdrán como tales: ⁷ tampoco producirá efecto alguno la desheredacion ó sustitucion hecha en ellos, ni la condicion que se ponga al heredero nombrado en testamento, á menos de que en este se haga referencia á la condicion del codicilo. ⁸ Solo se puede, pues, legar y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte, y especificar el delito cometido por el heredero instituido contra el testador por el que desmerece la herencia, y siéndole probado, queda destituido. ⁹

¹ L. 3, tít. 12, P. 6.

² Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3, tít. 12, P. 6.

³ Gomez en la l. 3 de Toro n. 69.

⁴ L. 3, tít. 12, P. 6.

⁵ L. 1 del mismo.

⁶ L. 2 citada.

⁷ Gregor. Lop. glos. 1 de esta l.

⁸ Tapia, Febrero Novísimo, lib. 2, tít. 2, cap. 22.

⁹ L. 2, tít. 2, P. 6.—Acostumbrábase antes encargar en el mismo testamento ó codicilo al escribano, que dejase en él algunas hojas

18. Por nuestro derecho patrio se puede cometer á otro la facultad de hacer el testamento, ¹ y aquel á quien se comete se llama *comisario*, y el instrumento en que se le comete *poder para testar*. Este debe tener las mismas solemnidades que el testamento. ² El comisario no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio ó quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni hacer ninguna especie de substituciones, ni dar tutor á los pupilos, á menos que se le dé poder especial para ello, explicándolo así; y si es para instituir heredero, debe designarlo el que dá el poder en él. ³ Si el poderdante no lo designa, ni dá poder para ello al comisario, ni para alguna de las cosas dichas, sino solo para que haga testamento, no podrá el apoderado mas que pagar las deudas del testador, y aplicar el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y el resto se entregará á

blancas, para que el testador escribiese en ellas lo que le pareciese, modificando ó mudando lo escrito en el testamento; mas esta práctica que se prestaba á graves abusos, ha quedado abolida por el artículo 17 de la ley de sucesiones de 10 de Agosto de 1857, que dice literalmente: "Se prohíbe á los escribanos, que en las copias que dieren de los testamentos otorgados ante ellos, dejen hojas en blanco rubricadas de su puño; y se declara que no tendrá valor alguno lo que aparezca en las dadas ya, si no es que el testador haya fallecido antes del 2 de Junio (1857)."

¹ LL. 5 á 13, tít. 4, lib. 5 de la R., ó las del tít. 19, lib. 10 de la N.

² L. 13, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 8, tít. 19, lib. 10 de la N.

³ L. 5 en la R. ó 1 en la N.

los parientes que debieren heredar por intestado; y no habiéndolos, se entregará á la viuda lo que por derecho le corresponda, y lo demás lo aplicará en beneficio del alma. ¹

19. El comisario debe usar del poder dentro de cuatro meses contados desde que se le dió, si estaba en el lugar; dentro de seis, si estaba fuera; y de un año si no estaba en la República, sin que pueda alegar ignorancia, porque estos términos corren contra el ignorante; ² aunque el testador puede, renunciando la ley 33 de Toro, prorogar estos plazos. ³ Pasados estos términos sin haberse hecho el testamento, espira el poder, y los bienes todos pasan á los herederos por intestado; mas si el testador encargó al comisario determinadamente alguna cosa, y este la hiciera pasado el término, se reputará hecha durante el poder. ⁴ Si el comisario no hizo el testamento, deben entrar en los bienes de su poderdante los herederos por intestado, y no siendo ascendientes ó descendientes, deberán aplicar la quinta parte á beneficio del alma del difunto; pudiendo, en caso de no hacerlo dentro de un año contado desde la muerte del testador, ser compelidos á ello por la justicia, y á pedimento de cualquiera

¹ L. 8, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 2, tít. 19, lib. 10 de la N.

² L. 7 en la R., ó 3 en la N.

³ Gomez en la l. 33 de Toro, y Matienzo en la l. 7 de la R. glos. 2, n. 3.

⁴ La ley 7 ó 3 citada.

del pueblo; ¹ y si son ascendientes ó descendientes, deberán hacer lo conveniente atendida la calidad del difunto, la cantidad de la hacienda, y la costumbre del lugar. ²

20. Si el testador comenzó el testamento nombrando heredero, y despues nombró comisario para que lo acabara, este no podrá disponer mas que de la quinta parte de los bienes, despues de pagadas las deudas, si no es que el poder se estienda á mas; ³ entendiéndose esto si los parientes son descendientes; pues siendo ascendientes, podrá disponer del tercio. ⁴

21. El comisario no puede revocar el testamento hecho por su poderdante ni en el todo, ni en parte, sin poder especial para ello. ⁵ Tampoco puede revocar el que él hubiere hecho en uso de su poder; ni despues de hecho añadirle codicilo, ni aun para causas piadosas, y esto aun cuando se hubiera reservado la facultad de hacerlo. ⁶ Si se nombran muchos comisarios para que colectivamente hagan el testamento, no podrán hacerlo unos sin los otros; pero si alguno muere, ó requerido por lo demás no quisiere concurrir, procederán los restantes, y no poniéndose todos de acuerdo en lo que haya de hacerse, se

¹ L. 10, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 13, tít. 20, lib. 10 de la N.

² Sanz., L. 4 cons., c. 1, 9, 18, n. 14.

³ L. 11, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 6, tít. 19, lib. 10 de la N.

⁴ Gomez, en la ley 37 de Toro núm. 2.

⁵ L. 8, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 3, tít. 20, lib. 10 de la N.

⁶ L. 9 en la R, y 5 en la N.

estará á lo que determine la mayor parte, y estando iguales, decidirá el juez del lugar; y siendo estos varios, el que elijan los comisarios, y no conviniéndose ni en esto, se escojerá por suerte; ¹ mas si el poder es para cada uno de los nombrados, á esto deberá estarse. ²

22. Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, pueden pedir que se abra el heredero nombrado, el legatario y el albacea, intentando que se declare firme aquella disposicion; ó el hijo preterido ó injustamente desheredado, y los herederos por intestado, intentando que se declare nula: de modo que puede pedirlo cualquiera que tenga interés jurando que no lo hace maliciosamente, ³ sino por la presuncion que tiene de ser interesado. Esta peticion debe hacerse al juez ordinario, y en ella expresarse haber fallecido el testador bajo de esa disposicion, y el juez dispondrá se traiga inmediatamente para abrirlo; y estando en otro lugar, señalará plazo al que lo tenga para que lo presente; ⁴ y si fuere rebelde pagará al que lo demandare el legado que se le deje en el testamento, y el perjuicio que con su resistencia le causare. Antes de verificar la apertura, hará el juez que los testigos instrumentales reconozcan á su presencia sus

1 Gomez, en la ley 38 de Toro.

2 Carpio, L. 3, cap. 2, n. 26.

3 L. 1, tít. 2, P. 6.

4 L. 2 del mismo tít. y P.

firmas, la del testador y el pliego cerrado que contenga el testamento, y que depongan del fallecimiento del testador, porque lo hayan oido ó visto, y no sabiéndolo, lo certificará el escribano, porque él lo haya visto, dando fé de la identidad, ó porque se lo hayan dicho en su casa y vecindad, pues antes de que se acredite el fallecimiento, no se puede proceder á la apertura.

23. Si han fallecido los testigos, ó están ausentes sin saberse dónde, se rendirá informacion de ello, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian dar testimonio, y lo mismo de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si hubiere muerto; y si hubiere quien conozca sus firmas, las reconocerá, ó se comprobarán. Mas si los testigos viven, pero no pueden ser habidos todos, bastará que concurra la mayor parte; y si ni esto se pudiere lograr, y el juez entendiere que de omitir la apertura resulta perjuicio á los interesados, podrá llamar hombres buenos, y ante ellos abrir el testamento, hacerlo copiar y leer, y firmándolo los hombres buenos volverlo á cerrar y guardar, para cuando se presenten los testigos instrumentales, y lo reconozcan en la forma prevenida. Si no se abriere ante el escribano que presencié su otorgamiento, deberá reconocer su firma y signo. Hecho el reconocimiento por los testigos, y no estando el pliego raído ó borrado, ni siendo sospechoso por otro motivo, lo hará

abrir el juez á presencia del escribano y testigos, y leyéndolo primero para sí, por si el testador previniere que alguna parte no se lea ó publique hasta cierto tiempo, en lo que deberá obsequiarse su voluntad, ¹ lo hará leer y publicar delante de todos, mandando sea reducido á escritura pública, á cuyo efecto se protocolará en los registros del escribano ante quien se abra, y á los interesados se darán los testimonios que pidieren, debiendo ser íntegros para los herederos, y á los demás de la cláusula que les compete con la cabeza y pié del testamento.

¹ LL. 5 y 6. tit. 2, P. 6.

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3, 4, 5, 6 y 7, P. 6, y ley de 10 de Agosto de 1857

- | | |
|--|--|
| 1. Qué es institucion de heredero, y especies de estos. | 12. 13. De las condiciones posibles. |
| 2. Los descendientes son herederos forzosos. | 14. Reglas sobre las condiciones. |
| 3. Tambien lo son los ascendientes. | 15. Cómo se dividia antes la herencia por razon del derecho de acrecer. |
| 4. Quiénes se llaman necesarios y voluntarios. | 16. Hoy se puede morir parte testado y parte intestado, y el derecho de acrecer solo tiene lugar en ciertos casos. |
| 5. Capacidad del heredero, y tiempo en que debe tenerla. | 17. De la sustitucion y sus especies: 1ª, de la vulgar. |
| 6. Quiénes tienen inhabilidad general para ser herederos. | 18. 19. De la sustitucion pupilar. |
| 7. Quiénes la tienen respectiva, y 1ª de los confesores del testador en su última enfermedad. | 20. De la ejemplar. |
| 8. 2ª Los hijos legítimos: en qué caso no heredan los naturales. | 21. De la compendiosa y de la brevilocua. |
| 9. Qué pueden heredar los espurios. | 22. De la fideicomisaria y de la cuarta trebellánica. |
| 10. El heredero debe señalarse de un modo inequívoco, y qué debe hacerse cuando lo fueren los pobres de algun lugar. | 23. De la aceptación de la herencia. |
| 11. De la institucion condicional, y de las condiciones imposibles. | 24. Del derecho de deliberar. |
| | 25. Del beneficio de inventarios. |
| | 26. Antes de cumplirse el tiempo de los inventarios, no pueden cobrar los acreedores ni legatarios al heredero. |

alguno con sus cargas, ó mas bien: la sucesion en todos los derechos de un difunto. Para adquirir una herencia es necesario que se defiera, y se admita. Se defiere en general por testamento, y á falta de este, á los que llama la ley por intestado.¹

2. El testamento, dice la ley,² es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho, si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos, y lo define un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo face, estableciendo en él su heredero, ó repartiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte.³ Es de dos maneras, *solemne* y *privilegiado*. El *solemne* es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescritas por el derecho para su firmeza, y cuya observancia obliga al comun de los hombres. El *privilegiado* es el que por especial privilegio se considera válido, aun quando carezca de aquellos requisitos, tal es el de los militares. El *solemne* puede otorgarse de dos modos, y por esto se divide en *nuncupativo* ó *abierto*, que es el que contiene la voluntad del

1 L. 3, tít. 13, P. 6.

2 L. 1, tít. 1, P. 6.

3 L. 1, tít. y P. cit.

testador manifestada por él al escribano y testigos que asistieron á su otorgamiento, y *escrito*, ó *cerrado*, que es en el que se contiene la voluntad del que lo otorgó, pero ignorándose cual sea, y constando solo estar allí contenida por la declaracion del otorgante.¹ Cada uno de estos tiene sus solemnidades particulares que vamos á referir conforme á las leyes de la Recopilacion,² que varian en parte las establecidas en las de Partida.³

3. Las solemnidades del derecho son tres, á saber: unidad de contesto, presencia de testigos, y papel del sello correspondiente. La unidad de contesto consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los testigos, ó con otro; pero no se opone á ella la interrupcion del acto de testar ó por accidentes del testador, ó por ocupaciones de los testigos.

4. La segunda solemnidad es la presencia de estos. Para el testamento abierto se requieren tres, por lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, y otorgándose este ante escribano público. Si faltare este, deben asistir cinco testigos vecinos del lugar, y si no pudieren ser habidos, bastarán tres. Si el testamento se hicie-

1 LL. 1, tít. 1, P. 6, y 1 y 2, tít. 4, lib. 5 de la R., 6 1 y 2, tít. 18, lib. 10 de la N.

2 Citadas en el núm. 1.

3 LL. 2 y 3, tít. 1, P. 6.

re ante siete testigos, valdrá aunque estos no sean vecinos, ni pase ante escribano, ¹ pues el número suple el defecto de vecindad, y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que requiere el derecho; y aunque Antonio Gomez ² es de opinion que bastan tres testigos sin escribano, pudiendo haberle, y Covarrubias³ que bastan dos testigos con escribano, cuando fácilmente no pueden hallarse mas, una y otra opinion nos parece infundada, como hemos demostrado en otra parte. ⁴

5. Para el testamento cerrado deben intervenir, no á verlo otorgar, sino á la declaracion que haga el testador de contenerse en él su última voluntad, siete testigos y un escribano, debiendo firmar en la cubierta el testador con los testigos y el escribano ⁵ que debia ademas sellarlo, ⁶ aunque esto no está en observancia; ⁷ y si alguno de los testigos no supiere firmar lo hará otro por él, de manera que resulten ocho firmas y el signo del escribano.

6. Para el testamento del ciego se requieren cinco testigos; ⁸ mas estos en opinion de Aceve-

1 L. 1, tít. 4, lib. 5 de la R., 6 1, tít. 18, lib. 10 de la N.

2 Anton. Gom. en la l. 3 de Toro, n. 47.

3 Covar. cap. 10 de testam. n. 3.

4 Instituciones Romano-Hispanas, lib. 2, tít. 10, § 14, n. 6.

5 L. 2, tít. 4, lib. 5 de la R., 6 2, tít. 18, lib. 10 de la N.

6 L. 2, tít. 1, P. 6.

7 Tapia, Febrero Novísimo, lib. 2, tít. 2, cap. 1, n. 11.

8 L. 2, tít. 4, lib. 5 de la R., 6 2, tít. 18, lib. 10 de la N.

do¹ no es necesario que sean vecinos del lugar, ni tampoco que intervenga escribano, aunque sobre esto opina lo contrario Antonio Gomez; ² debiendo advertirse que el testamento debe ser abierto, pues como asientan Gregorio Lopez, ³ Acevedo ⁴ y el mismo Gomez, no se puede otorgar cerrado por el ciego.

7. Algunos autores ⁵ asientan, que para el testamento de los naturales que se llamaban indios bastan dos testigos hombres ó mujeres, y aunque no asista escribano; mas esta doctrina no está apoyada en ninguna resolucion legal; pues aun las que se citan en las adiciones hechas á esta obra en el año de 1807 no hablan del número de testigos necesario para el valor de estos testamentos, sino solo de la libertad en que se les debe dejar para disponer de sus cosas, como puede verse en las leyes citadas. ⁶

8. Esta solemnidad de los testigos se ha de guardar no solo en los testamentos que se hacen entre extraños, sino tambien en los que hacen los padres entre sus hijos, ó descendientes legítimos, sean abiertos ó cerrados; y tambien en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prue-

1 Acevedo en d. l. 2, n. 25 y siguientes.

2 Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 52.

3 Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3, tít. 12, P. 6.

4 Gomez en d. l. 3 de Toro, n. 51, y Acevedo en la l. 2, n. 25.

5 Montenegro, lib. 1., tr. 11, secc. 3.

6 LL. 9, tít. 13, lib. 1, y 32, tít. 1, lib. 6 de la R. de Indias.

ba Antonio Gomez. ¹ Mas ni en los cerrados, ni en los abiertos es necesario que los testigos sean rogados, porque las leyes citadas de la Rocopilacion no hacen mencion de esta circunstancia, que se exigia por el derecho de las Partidas, y así lo asienta Antonio Gomez ² contra Acevedo que defiende lo contrario. ³

9. En el núm. 4 hemos dicho que los testigos deben tener las calidades que el derecho requiere. Estas son mas bien negativas que positivas, esto es, que no sean de los excluidos por la ley para ser testigos en testamento. Están excluidos ⁴ los que han sido condenados por cancionas injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores, ú otros delitos semejantes, comprendiéndose en esta prohibicion, segun Gregorio Lopez ⁵ todos los infames con infamia de derecho, de que hablaremos en otra parte; ⁶ los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la Iglesia: ⁷ las mujeres: los menores de catorce años: los locos durante su locura: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos, los sordos, los ciegos y los hermafroditas en quienes no predomine el sexo varonil.

1 Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 48.

2 Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 26.

3 Acevedo sobre la l. 1 del tít. 4, lib. 5, n. 48 y sig.

4 L. 9, tít. 1, P. 6.

5 Greg. Lop. glosa 2 de ella.

6 Lib. 2, tít. 27.

7 Hoy no tiene lugar esta prohibicion.

10. La inhabilidad de los que acabamos de mencionar es general para todos los casos. Hay otros que solo la tienen respectiva para algunos. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes; ¹ como tampoco el que fuere nombrado heredero, ni sus parientes hasta el cuarto grado respecto del testamento en que se le instituya; ² mas los legatarios y fideicomisarios particulares bien pueden serlo en aquellos en que se les dejan las mandas. ³

11. La tercera solemnidad es que se estienda en papel del sello correspondiente. Segun la ley de 14 de Febrero de 1856, debe usarse del sello primero, en el primer pliego de los testamentos cuyo heredero ó herederos no sean descendientes ó ascendientes, sino colaterales ó extraños cualquiera que sea la cantidad que se versee, y en el primer pliego de los testamentos, cuyo heredero ó herederos sean descendientes ó ascendientes, cuando la herencia equivalga á un capital que produzca un rédito de dos mil pesos para arriba, pues si la renta fuere solo de quinientos á mil novecientos noventa y nueve pesos el primer pliego será del sello segundo, y si no llegare á quinientos pesos se empleará en todo él el sello

1 L. 14, tít. 16, P. 3.

2 L. 11, tít. 1, P. 6.

3 La misma.

tercero, así como de este mismo sello se usará en las demas hojas de los testamentos que deben tener el primer pliego del sello primero ó segundo.

En los testamentos de los notoriamente pobres debe usarse del sello quinto.

12. Hemos dicho que el testamento privilegiado es el que no necesita para su valor de las solemnidades del derecho, y que tal es el militar ó de los soldados. Estos por leyes de las Partidas hallándose en campaña podian hacer su testamento ante dos testigos; pero si habia peligro de muerte por cualquier evento de la guerra, podian hacerlo del modo que pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiéndolo con su sangre en el escudo, ó en las armas, ó en donde les pareciera, con tal que se pudiera probar con dos testigos presenciales.¹ Mas por la Ordenanza del ejército² se dió mayor estension á este privilegio, previniéndose: que en el conflicto de un combate, ó próximo á entrar en él, en naufragio, ó en cualquier otro riesgo militar, pueda testar todo el que goce del fuero de guerra como quisiere ó pudiere, por escrito, sin testigos, con tal que conste ser letra suya, ó de palabra ante dos testigos que depongan contestes haberles manifestado su voluntad;³ y que será válida la disposicion del militar escrita en cualquier papel, sea en guar-

1 L. 4, tít. 1, P. 6.

2 Orden., trat. 8, tít. 11, art. 1.

3 Arts. 2 y 3 del mismo tít.

nición, cuartel, ó marcha; pero que siempre que puedan testar ante escribano lo hagan segun costumbre.¹ Posteriormente se expidió la cédula de 24 de Octubre de 1778,² en la que se declaró que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de su privilegio otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las formalidades y cláusulas de estilo. Por esta declaracion no solo los soldados, sino todos los que gozan del fuero militar, pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De manera que no son necesarios, en opinion de algunos, los dos testigos que por la Ordenanza se requerian, respecto á no mencionarse solemnidad alguna; aunque otros opinan que sí, por no derogarse espresamente en esta cédula el artículo de la Ordenanza. Mas si el militar otorgare su testamento ante escribano, debe hacerlo con todas las solemnidades que previene el derecho; pues se supone que no usa del privilegio de su fuero.

13. Pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido expresamente, y lo está: 1º á los locos,³ aunque vale el que hicieron ántes de su demencia, y tambien el que hagan en los lúcidos intervalos si los tienen, si no les

1 Orden., trat. 8, tít. 11, art. 4.

2 L. 8, tít. 18, lib. 10 de la N.

3 L. 13, tít. 1, P. 6.

sobreviene el acceso ántes de perfeccionarlo; pues entónces es nulo, debiendo probarse esto con el escribano y testigos instrumentales. ¹ Para proceder al testamento de un demente deberá presentarse al juez su hijo ó deudo, esplicándole la enfermedad (de que tiene interrupciones) y pidiéndole autorice al escribano para que en alguna de ellas explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano, que declararán préviamente sobre su capacidad. Obtenida la facultad del juez, practicarán su reconocimiento los facultativos, cuya calificación se estenderá á continuacion de la providencia judicial, y ántes de cualquiera otra cláusula, y resultando de ella la capacidad del enfermo, procederá el escribano á presencia de los testigos á inquirir sobre su última voluntad, haciéndole las preguntas conducentes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de su aptitud. Si el testador supiere y pudiere firmar lo hará, y si no los testigos y el escribano; y hecho todo se presentará al juez para su mayor validacion. ² ^{2º}, al pródigo á quien se haya quitado judicialmente la administracion de sus bienes. ³ ^{3º}, á los que no han llegado á la pubertad, esto es, á los varones menores de catorce años, y mujeres de doce: ⁴ pues teniendo

¹ L. 13, tít. 1, P. 6.

² Tapia, Febrero Novísimo, lib. 2, tít. 2, cap. 26, n. 17.

³ L. 13, tít. 1, P. 6.

⁴ La misma.

esta edad pueden testar sin licencia de sus ascendientes, y aunque estén en la patria potestad, ¹ y disponer libremente del tercio de sus bienes adventicios, castrenses, y cuasi castrenses. ² ^{4º}, á los sordo-mudos de nacimiento; pues si lo fueren por enfermedad, ó supieren escribir, podrán hacerlo, publicándolo á presencia del escribano y testigos. ³ Por el derecho de las Partidas estaba prohibido tambien á los condenados á muerte y deportacion; mas se alzó la prohibicion por disposicion posterior, ⁴ y mucho mas por estar abolida ⁵ la pena de confiscacion de bienes, que era consiguiente á aquella condenacion.

14. Ademas de los mencionados hay otros á quienes se prohibia hacer testamento. Tales eran los obispos, á quienes se prohibia testar de los bienes adquiridos por el obispado, aunque se les permitia hacer en vida donaciones de ellos á sus parientes, amigos y criados: ⁶ y los religiosos profesos de uno y otro sexo; ⁷ sino es que obtuviesen

¹ L. 4, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 4, tít. 18, lib. 10 de la N.

² Entiéndase bien que la restriccion para no disponer sino del tercio de los bienes de que habla aquí el autor, es en el supuesto de que haya ascendientes con derecho á heredar, pues en general tienen los varones mayores de catorce años, y las hembras mayores de doce, las mismas facultades de disponer por testamento que cualquiera otra persona hábil para testar.

³ L. 13, tít. 1, P. 6.

⁴ L. 3, tít. 4, lib. 5 de la R., ó 3, tít. 18, lib. 10 de la N.

⁵ Art. 22 de la Constitucion Federal.

⁶ L. 7, tít. 21, P. 1.

⁷ La misma l. 8 y la 17, tít. 1 y P. 6.

autorizacion para ello de la silla apostólica, lo mismo que los obispos; y por el artículo 8 del Concórdato de 1753 se obligó la silla de Roma á no conceder esta licencia á ningun obispo. Aunque por derecho canónico se prohibia á los clérigos seculares disponer en testamento de los bienes adquiridos por razon de la iglesia, lo hacian por costumbre muy antigua, mandada observar por una ley recopilada ¹ y por otra de la Recopilacion de Indias, ² y esta facultad de testar se extendió por declaracion del Consejo de 1786 ³ á los que habiendo sido religiosos profesos habian obtenido su competente secularizacion. Todas estas prohibiciones han desaparecido en virtud de la ley de 12 de Julio de 1859, que declaró la absoluta independenciam del Estado y la iglesia, y extinguió las órdenes regulares de hombres. Las de mujeres fueron tambien extinguidas por decreto de 26 de Febrero de 1863; pero ya la ley anterior les habia concedido espresamente la facultad de testar.

15. Por lo que mirá á los extranjeros, no se puede poner en duda el derecho que tienen para disponer por testamento de sus propiedades personales contra la antigua práctica, por la que se aplicaban al fisco los bienes que dejaban al mo-

1 L. 13, tít. 8, lib. 5 de la R., ó 12, tít. 20, lib. 10 de la N.

2 L. 6, tít. 12, lib. 1 de la R. de Indias.

3 Citada por Tapia Febrero Novísimo lib. 2, tít. 2, cap. 26, n. 28.

rir, que refiere é impugna Vattel, ¹ cuyas observaciones sobre la materia nos parece conveniente extractar. Como el extranjero permanece ciudadano de su país y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en país extraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del Estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que están situados. En cuanto á la forma ó solemnidades para justificar la verdad del acto del testamento, parece debe observar el testador las establecidas en el país donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su Estado, en cuyo caso tendrá obligacion de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte; porque si un viagero lo hace y envia válido á su país con arreglo á las leyes del mismo, es como si lo hubiera otorgado en él. Con respecto á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del país en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tenga en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el testador

1 Vattel, Derecho de Gentes, lib. 2, cap. 8, §§ CX, CXI y CXII.