

que ordinariamente mueren los indios sin testamento, y cuando disponen de sus haciendas es en memorias simples y sin solemnidad . . .” cuyas palabras aprueban en cierto modo la costumbre que mencionan los autores citados.*

22. *Conforme al derecho de las Partidas eran privilegiados los testamentos que hacia el padre instituyendo por herederos á sus hijos, que se decian *inter liberos*, y el que otorgaban los rústicos ó aldeanos. El primero solamente requería la presencia de dos testigos, ó como dice Gomez¹, la solemnidad del derecho de gentes; en el segundo bastaba un número menor de testigos que en los demás testamentos, por la poca poblacion que regularmente hay en el campo². Mas hoy dice expresamente la ley³ que las mismas solemnidades son necesarias cuando se texta entre hijos que entre extraños; y en cuanto á los rústicos dice Gregorio Lopez⁴ que deberán arreglarse á la forma comun, pues la ley que la estableció no hace distincion. Algunos autores afirman tambien que los testamentos hechos en tiempo de peste exigen ménos solemnidades, por el temor que los hombres tienen en esos casos de acercarse á los enfermos; pero Gomez, fundado en la dicha razon de la generalidad de la ley, está por la negativa⁵; y Maymó dice⁶, que cuando mas, podrá remitirse la presencia simultanea de los testigos*.

23.* Varios autores juzgan⁷ que para el valor del testamento hecho *ad pias causas*⁸ basta que se otorgue ante dos testigos conforme dispone el derecho canónico⁹, añadiendo que así ha de observarse en el fuero eclesiástico y en el secular. Maymó¹⁰ sin embargo lleva la opinion contraria, fundado en que la ley recopilada no hace excepcion; á lo que debemos agregar la cédula de 15 de noviembre de 1781¹¹, que prohibe á los jueces eclesiásticos tomar conocimiento de nulidades de testamentos, inventarios, secuestro, &c. *aunque aquellos se hubieren otorgado por personas eclesiásticas y algunos de los herederos ó legatarios, fuesen comunidad ó persona eclesiástica, ú obras pías . . . por ser la testamentificacion acto civil sujeto á las leyes reales, sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento; disposicion que com-*

1 En la ley 3 de Toro n. 48. vers. *Item etiam*. y l. 7. tit. 1. part. 6.

2 L. 6. id. id.

3 L. 2. tit. 4. lib. 5. R. ó 2. tit. 18. lib. 10. N.

4 En la gl. 1. de dicha ley 6.

5 En el lug. cit. al princ. del número.

6 *Juris Instit.* lib. 2. tit. 11. n. 7. al fin

7 Covarrubias en el cap. 11. *De testamentis*.

Gonzalez en el mismo. Molina *De inst.*

et *jur.* trat. 2. disp. 134. y Alvarez *Instit.*

tuc. lib. 2. tit. 11. al fin.

8 Por *causa pia* se entiende todo aquello que se deja en bien del alma, como para limosnas para el culto divino, para los pobres aunque sean parientes, redimir cautivos, casar huérfanas, sufragios á los difuntos, propagacion de la fe, defensa de la religion y conversion de los gentiles.—E.

9 C. p. 11. *De testamentis*.

10 Lug. cit. n. 9

11 L. 16. tit. 20. lib. 10. N.

prende á las causas pías, así por su generalidad, como por haberlas mencionado ántes.*

24. Para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público, deben comparecer los testigos á presencia del juez, y deponer acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si se trata del cerrado solo testificarán de su otorgamiento, pues se ignoran sus disposiciones. El privilegiado no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

25. Cualquiera persona de ambos sexos que no esté comprendida en las excepciones de la ley positiva ni imposibilitada por la natural, puede hacer¹ cuantos testamentos quisiere hasta su muerte², y no ménos dar poder y comision á otra ú otras personas á fin de que en su nombre ordenen su testamento, ó concluyan el que hubiere empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en dia determinado³.

26. Estan privados de testar los impúberos, es decir, los varones que no han cumplido catorce años de edad, y las hembras que no han cumplido doce⁴. Pero si murieren ántes, no se dirá por eso que murieron intestados, pues hablando con propiedad, solo corresponde esta denominacion á los que fallecen sin hacer testamento pudiendo, ó á los que le hicieron y fué declarado nulo por alguno de los defectos que invalidan tales actos: los impúberos para este efecto se consideran como si no existiesen.

27. Tampoco pueden testar el loco y el desmemoriado mientras lo fueren; pero es válido el testamento que otorgaron completamente ántes de contraer la referida dolencia⁵, y tambien el que el loco hiciere en sus lúcidos intervalos. Si alguno tachare de nulidad este testamento, deberá probar que el otorgante estaba á la sazón falto de juicio, por medio del escribano y testigos que se hallaban presentes (a).

28. El pródigo, contra quien ha recaído prohibicion judicial de manejar sus bienes: el mudo y sordo por naturaleza; *pero si lo fuere por enfermedad, y supiese escribir, entónces podrá hacer testamento escribiéndolo por sí mismo, ó dándolo á leer al escribano ó á algun testigo si no lo hubiere; y si solamente supiese leer necesita para ello otorgamiento del soberano, del mismo modo que el mudo de nacimiento que no sea sordo y sepa leer; mas el que solo fuere sordo por nacimiento ú ocasion, bien puede hacer tes-

1 L. 13. tit. 1. part. 6.

2 L. 25. tit. 1. part. 6.

3 LL. 5 y 6. tit. 2. part. 6.

4 Dicha ley 13. vers. *Otrost dezimos*.

5 L. 13. tit. 1. part. 6.

(a) Vease abajo el n. 17. del cap. 26 de este libro.

tamento¹ *. Tampoco pueden testar el hermafrodita, si en él no prevalece claramente el sexo varonil (b).

29. Los condenados á muerte ó deportacion solo podian testar por sí ó por apoderado, de aquellos bienes que permitia la sentencia;² *pero hoy, supuesto que está prohibida la confiscacion de bienes³, podrá hacerlo de toda su hacienda*. Al traidor declarado, á los que se dan en rehenes (a), á los condenados por libelos infamatorios, y á los que han sido declarados por hereges, no se les permite testar.⁴

30. Pero respecto de los hereges tolerados y sobre los cuales no haya recaído sentencia judicial declaratoria, no hay prohibicion alguna. Así el escribano y testigos deberán prestarse sin reparo á los testamentos de los hereges tolerados en virtud de tratados con sus respectivas naciones, de los que hablaremos adelante; debiendo decirse otro tanto, y con mayor razon, de los demas extranjeros no católicos, que como ya se dijo, hoy son admitidos en la república, y se les ha prometido entera proteccion en su persona y bienes siempre que respeten las leyes del pais.⁵

31. Tampoco pueden testar los siervos, aunque al tiempo de hacerlo gozasen del concepto de libres, si en realidad se averigua despues que no lo eran⁶. Igualmente estan imposibilitados de testar los usureros públicos, á ménos que restituyan ó den fianza de restituir las usuras, pues de no hacerlo así la ley los declara infames, y los priva hasta de sepultura eclesiástica⁷.

¹ Cit. ley 13. al fin.

(b) Si tanto los hombres como las mugeres pueden hacer testamento, ¿por qué negar esta facultad á los hermafroditas en quienes no predomine el sexo viril (que son reputados como hembras) cuando no existe ley alguna que expresamente así lo determine? Creemos que Febrero padeció aquí una muy crasa equivocacion confundiendo la facultad de testar con la habilidad para testificar en testamento, acerca de la cual, como hemos visto ya en el n. 6., si existió la limitacion referida.—E.

² L. 3. tit. 4. lib. 5. R., ó 3. tit. 18. lib. 10. N.

³ Art. 147 de la Const. fed.

(*) En el dia los rehenes, así como los prisioneros, conservan todos los derechos de ciudadanos, y por consiguiente la facultad de testar. Así opina Vette en su *Derecho de gentes* lib. 3. ns. 219 y 220. concluyendo de todo, „que el testamento de un prisionero de guerra debe valer en su patria, si no ha caducado por algun vicio inherente.—E. Lo mismo debe decirse de los cautivos, mayormente cuando la ley 8. tit. 21. part. 4. prohibe que ninguno de otra creencia pueda tener siervo cristiano. Esto es el parecer del reformador del Febrero:

mas no se sabe en qué lo funda, cuando las leyes que mandan lo contrario no han sido derogadas, y la que él cita no habla del asunto. La razon porque se prohibe testar á los cautivos es la falta de libertad. Así en constando que obraron libremente, es válida su disposicion, y no de otro modo. Esta es la regla que debe seguirse, y la misma que con mucho juicio establece la ley 6. tit. 29. part. 2.

⁴ L. 16. al fin, tit. 1. part. 6.

⁵ Recuérdese lo dicho arriba, lib. 1. tit. 1. cap. 2 n. 13.

⁶ L. 16. al fin, tit. 1. part. 6.

⁷ LL. 9. tit. 13. part. 1., 4. tit. 6. part. 7. y 5. tit. 6. lib. 8. R., ó 4. tit. 22. lib. 12. N.

Gom. ley 3 de Toro. Ninguna de las autoridades citadas por el autor prueba que los usureros no pueden hacer testamento. Esta disposicion es del derecho canónico en el cap. 2. al fin *De usuris* in 6.; y como no se halla confirmada por el derecho civil, juzgamos no deber admitirla entre nosotros, contra el tenor de la ley 13. al princ. tit. 1. part. 6. que dice: *Todos aquellos á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden facer testamento*. La misma idea ocurrió sin duda á los adicionadores de la glosa de dicho capitulo;

32. Los canónigos regulares y demas religiosos profesos de uno y otro sexo, tampoco pueden testar, ni los ermitaños que viven bajo regla aprobada¹; *á ménos que obtengan autorizacion para ello de la Silla apostólica* (a).

33. Los excomulgados vitandos no podrán tampoco testar, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion; pero sí podrán hacerlo los tolerados, por cuanto el concilio constantiense y la extravagante de Martino V. que empieza *Ad vitanda scandala*... les concede el privilegio de tratar con los fieles á invitacion de estos, y el de ejercer actos jurisdiccionales. De los primeros hay quien opina que pueden testar por no estar expresamente excluidos por el derecho², fundándose en que siendo el testamento un acto puramente civil debemos atenernos á la letra de la misma. Por tanto sienten que si la comunicacion con ellos está prohibida por las leyes eclesiásticas, serán los testigos contraventores de ellas, pero no será nulo el testamento³.

34. Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, cuasi patrimoniales é industriales*; aunque entre nosotros, testan, por costumbre, de los que ganan por razon de la iglesia, y como está mandada observar por una ley recopilada⁴, disponen de todos sin diferencia alguna. Se extiende esta facultad á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion, segun se declaró en 1786 con audiencia fiscal por la primera sala del consejo.

35. Los arzobispos y obispos tampoco pueden testar de los bienes adquiridos por renta ó emolumentos de sus obispados, ni enagenarlos por contrato, aun cuando se les permita donarlos en vida a sus parientes, criados y demas⁵; pero pueden testar de los patrimoniales ó adventicios en la forma que quisieren⁶. Pa-

pues escriben: „*Communiter legistae non recipiunt hoc dictum per leges Digestorum de testamentis*.” En el Distrito federal, Territorios y Estado de Veracruz, esta opinion es ya incontrovertible, supuesto que en todos esos puntos estan derogadas las leyes prohibitivas del mutuo usurario.—E.

¹ LL. fin. tit. 21. part. 1. y 17. tit. 1. part. 6., y la céd. de 29 de noviembre de 1796.

Sobre esta materia véase á Gom. ley 3 de Toro, n. 12. y la nota.

(a) La ley 9. tit. 27. lib. 1. N. R. inserta un Breve de la Santidad de Pio VI. en que se concede la facultad y autoridad que sea necesaria y conducente, á todos y á cada uno de los regulares que ejerzan ó ejercieren el empleo de capellanes en los ejercitos ó armada del rey católico, para que puedan libre y lícitamente disponer de todas sus cosas y bienes, de cualquiera género y calidad que sean, que

adquirieren con motivo de dicho empleo y durante él, siempre y en cualquiera tiempo que quisieren, así entre vivos como tambien *causa mortis*, y por via de última voluntad á favor de cualesquiera personas; y con tal que dejen alguna manda, á proporcion de sus facultades, para invertirla en objetos piadosos, sobre lo que se les grava la conciencia. Este privilegio no creemos que competa á los regulares capellanes de ejército de la república, así por no haberse comunicado á América, como por haber sido concedido á los ejercitos del rey católico.—E.

² Gom. ley 3. de Toro, n. 15.

³ Perez in tit. *Qui testamentum facere poss.* n. 14.

⁴ L. 13. tit. 3. lib. 5. R., ó 12. tit. 20. lib. 10. N. y la 6. tit. 12. lib. 1. R. I.

⁵ L. fin. tit. 21. part. 1.

⁶ LL. 2 y 3. tit. 21. part. 1.

ra esto deben los promovidos á obispados hacer inventario de sus bienes propios en el juzgado del colector general de espolios, juez privativo de este ramo, pues alguna vez se han contentado con hacerlo ante los corregidores, y se ha declarado nulo (*).

36. Los peregrinos y romeros tienen facultad de testar como quisieren¹: si fallecieren intestados, debe la justicia del lugar en que acaezca su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastando lo preciso en su entierro, y dar cuenta al superior para que disponga del sobrante entre sus consanguíneos si los tuviere, y á falta de ellos en obras pias, pues nunca han de recaer en el fisco².

37. Todo extranjero puede igualmente hacer testamento de sus bienes, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna (a). *En los tratados hechos por nuestra república con Inglaterra, reino de Hannover, Paises-Bajos, Dinamarca, Estados-Unidos de Norte América y Sajonia, se ha estipulado que los súbditos de ambas naciones respectivamente, en lo que concierne, entre otras cosas, á la sucesion de las propiedades personales por testamento ó de otro modo cualquiera, y al derecho de disponer de ellas por la misma via, gozarán de iguales privilegios y libertades que los naturales del pais en que residan, y sin que se les carguen mayores impuestos ó derechos que los que pagan los nacionales. Además, en el tratado con Sajonia se ha añadido, que en caso de estar ausente el heredero, se atenderá al cuidado de la herencia, como se cuidaria de la que perteneciese á un natural del pais, hasta que aquel tome sus medidas para recogerla. Que si se suscitasen contestaciones entre varios que reclamen el todo ó parte de la sucesion, se decidirán definitivamente segun las leyes y por los jueces del pais en que existan los bienes vacantes; y que si por muerte de alguna persona que posea bienes raices en territorio de al-

(*) En el artículo 8 del último Concordato se obligó su Santidad á no conceder en adelante á ningun prelado por benemérito que fuese facultad para testar de los frutos ó espolios de sus iglesias episcopales, aun en favor de causas pias. *Febrero reformado.*

1 LL. 30. tit. 1. part. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. R., ó 2. tit. 30. lib. 1. N.

2 LL. 13. tit. 1. part. 6. y 5. tit. 12. lib. 1. R., ó 5. tit. 30. art. ib. 1. N.

(a) La práctica, dice Vattel, (*Derecho de gentes*, lib. 2. cap. 9. § 14) de apropiarse el fisco los bienes que al morir deja en su territorio un extranjero, se fundaba en cierto derecho que excluía á los extranjeros de toda herencia en el estado, ya sea á los bienes de un ciudadano, ya á los de un extranjero; pero en la mayor parte de los estados civilizados, añade, se ha modificado y aun abolido sucesiva-

mente. En la cédula de 6 de julio de 1776 publicada en esta capital en 8 de noviembre del mismo año se dispuso que en lo sucesivo no se secuestrasen los bienes de extranjeros que muriesen en América, si se hallasen casados con españolas ó indias, y dejaren hijos habidos en ellas; observándose esto puntualmente sin embargo de cualesquiera providencias que hubiera en contrario. Hoy en la república, supuesto que los extranjeros gozan de toda seguridad en sus personas y propiedades (art. 1. de la ley de 18 de agosto de 1824), y además de todos los derechos civiles que las leyes conceden á los mejicanos, á excepcion del de adquirir propiedad territorial rústica (art. 6. del dec. de 12 de marzo de 1828), no hay duda en que podrán disponer de sus bienes por testamento, y estos no se aplicarán al fisco.—E.

guna de las partes contratantes, pasasen estos por las leyes del pais á un ciudadano ó súbdito de la otra parte, este si por su calidad de extranjero fuese inhábil para poseerlos, conseguirá un plazo suficiente para venderlos y recoger su producto sin obstáculo, quedando exento de todo derecho de retencion por parte del gobierno de los estados respectivos*.¹ De esto se deduce que siendo comprendidos los peregrinos y romeros en los enunciados pactos, se deben entender con ellos todas las franquicias estipuladas en los mismos, y así solo se observarán las leyes arriba citadas con aquellos que pertenezcan á naciones con quienes no hubiere ningun tratado especial (*).

38. Tampoco pueden testar libremente los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad, aun cuando por su edad estuvieren aptos para ello, pues necesitan licencia de sus padres ó abuelos, á ménos que sea para disponer de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses ó cuasi castrenses, segun lo resuelve una ley recopilada². Pero si los hijos de familia fallecieren en pais extranjero, se procederá en orden á la disposicion testamentaria de sus bienes con arreglo á los pactos celebrados con

1 En el n. 17. del cap. 2. tit. 1. lib. 1. véanse las fechas de todos estos tratados.

(*) Con respecto á los extranjeros pertenecientes á alguna de las naciones con quienes la nuestra no ha celebrado ningun convenio sobre este particular, se tendrán presentes las juiciosas observaciones del reformador de Febrero, que transcribimos para instruccion del escribano en el caso remoto que tenga que hacer uso de ellas. Como el extranjero, dice, permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais 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 estan situados. El extranjero pues tiene por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescritas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á ménos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá precision 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 viajero lo hace y envía válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es igual que si lo hubie-

† Esta doctrina es toda de Vattel en el lugar arriba citado.—E.

ra otorgado en él. Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tiene en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el extranjero tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las leyes 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 y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por lo tanto, un hombre que teste y muera en pais extranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalan 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 estan igualmente fuera del tal territorio. Así el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.

2 L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 20. lib. 10. N.

aquel gobierno: pues si para el efecto de testar se estipula que sean considerados los extrangeros en dicho pais como los mismos naturales, y estos pudieren testar aun cuando sean hijos de familia, igual facultad gozarán los españoles que tengan la misma calidad; mas esto solo se entiende de los bienes que allí posean (a).

39. Si el que tiene legal prohibicion de testar pidiere y obtuviere dispensa de la ley que se lo prohíbe para hacer testamento, y en su virtud lo otorgare con arreglo á derecho, será válido, aunque la dispensa sea posterior al otorgamiento. La razon es, porque no considerándose perfecto el testamento sino despues que fallece el testador, la habilitacion subsana cualquier defecto anterior á la muerte. Antiguamente si alguno conseguia del soberano la gracia de que se hallase presente á la formacion de su testamento, era válido este, aun cuando no le hubiera presenciado ningun otro testigo ¹.

40. Para que el testamento solemne se considere tal y produzca todos sus efectos, son precisas cuatro cosas. 1.ª Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes ². Si perdiese esta capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que expresa el derecho, no tendrá fuerza el testamento, á ménos que rehabilitado el testador le confirme de nuevo. 2.ª Que nombre heredero hábil para serlo, pues si no lo fuere ó si no hubiere aquel instituido á ninguno, no valdrá el testamento sino como última voluntad, y se declarará intestado en orden á la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras y demas disposiciones que contenga conformes á derecho, y pasarán sus bienes á los que abintestato deben heredarle, ó al fisco en su caso ³. 3.ª Que conste de las solemnidades prescritas por la ley como forma sustancial ⁴ y que quedan expresadas, pues sin su observancia todo es nulo. 4.ª Que se confirme con la muerte del testador, y acepte el heredero su herencia, pues si no la aceptare, pasará á los herederos abintestato, á ménos de haberle aquel nombrado substituto, pues en

(a) Para la inteligencia de este párrafo, véase lo que se dice adelante en el n. 43. vers. Pero es de advertir de este capítulo.
¹ L. 5. tit. 1. part. 6. Maimó (*Institut.* lib. 2. tit. 11. n. 9) es de sentir, que atendida la generalidad de las tantas veces citada ley de la Recopilacion sobre testamentos, no valdrian hoy los otorgados ante el soberano, que antiguamente se decian hechos con fe pública. Esta opinion es ciertísima en nuestra forma de gobierno; pues no tienen los depositarios de los supremos po-

deres otras atribuciones que las designadas por la constitucion, y entre ellas no se encuentra la de autorizar los testamentos de los particulares, que dimanaba de aquella plenitud de poder que se atribuye á los monarcas absolutos.—E.

² L. 13. tit. 1. part. 6.

³ L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N.

⁴ Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. gl. 4 y 14. ley 2. tit. y lib. cit. de la R. y de la N.

tal caso pertenecerá á este ¹. Estas cuatro cosas constituyen la perfeccion legal del testamento y su validez perpetua é indestructible.

41. Además, debe tener otros requisitos que contribuyen á su mayor claridad ó que prescribe la ley ó la costumbre; pero su omision no invalida el testamento en manera alguna. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fe, señalamiento de sepultura y hábito, misas y mandas forzosas, filiacion y naturaleza del testador, declaracion de bienes y deudas, matrimonios que contrajo, dotes y arras de sus mugeres, hijos que haya tenido y su estado actual, y anticipaciones que les hubiere hecho, eleccion de testamentarios, revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último cuantas declaraciones tenga por oportunas. Las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador pueden suplirse con informacion de testigos, párroco &c. En orden á sepultura dispondrá el heredero ó los testamentarios, y si no, se enterrará en su parroquia. El mismo arreglará el funeral conforme á las circunstancias del testador y usos del pais, y hará la parte de los testamentarios, si no los hubiere, cumpliendo las mandas piadosas, á lo cual en caso de omision le apremiará el obispo, como executor legal de todas ellas ². Las forzosas tampoco importa nada que se hayan omitido en el testamento, pues tienen su cuota determinada y notoria. Tampoco es precisa la revocacion del testamento anterior aunque lo hubiese, pues uno y otro deben cumplirse en cuanto no esté el primero en contradiccion con el último, en cuyo caso se ha de observar este (a). Si en ambos hay institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, á ménos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, y entónces lo ventilará en juicio.

42. Además de las disposiciones referidas pueden contener los testamentos otras varias, como son legados ó mandas gratuitas, memorias, capellanías, patronatos, mejoras, declaraciones, consignaciones, substitucion de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevacion de fianzas ó sin ella, siempre que sea para todo y no para una cosa, no solo á sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos, sino tambien á los extraños que instituyere simple ó condicionalmente, designando el tiempo segun su voluntad, y dar poder para nombrarles tutor. Puede igualmen-

¹ L. 1. cit. Matienzo en ella, gl. 14 ns. 2. y sig.

² Conc. Trid. sess. 22. cap. 8. *De reformatione.*

(a) Acerca de este punto téngase presente la ley 21. tit. 1. part. 6. que dice: „El primero testamento se puede desatar por otro que fuese fecho despues cumplidamente.”

Esta disposicion concuerda con el § 2. *Inst. quib. mod. testam. infirm.*; sobre el cual advierte Vinnio que basta solo que el segundo testamento se haya hecho, para que el anterior se rompa *ipso jure*, aunque en aquel no se revoque expresamente. Véase el cap. 15. de este libro.—E.

te dividir sus bienes, aplicando á su arbitrio los que quiera y á quien quiera¹, á cuya disposicion deberán conformarse si no hubiere herederos forzosos ó no fuere en perjuicio de estos, pues la legítima de los mismos debe quedar salva en cantidad y calidad. Los extraños deben contentarse con lo que el testador les deje, y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga. El modo con que ha de extenderse el testamento y el órden que ha de guardarse en su formacion, se expresarán en el capítulo que trate de las prevenciones á los escribanos en esta materia, y sobre todo en la plantilla de las escrituras correspondiente á la misma, que se insertan al fin.

43. Por varias causas puede declararse nulo el testamento, aun cuando el testador no lo revoque. La primera, *por defecto del mismo testador*: v. gr. si es pupilo, siervo, monge profeso, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibicion de las que dejo explicadas; pues concurriendo en él alguno de estos defectos ó impedimentos no puede testar, ni por consiguiente vale el testamento que ordene, ni tampoco los legados ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibicion de testar, la tiene para disponer de sus bienes de cualquier modo que sea. Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley 6.^a de Toro de la tercera parte de lo que posea y tenga suyo, en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él²; lo cual no sucedia por derecho comun ni por el de las Partidas, pues estando bajo de la patria potestad le prohibian testar y hacer codicilos³. La segunda, *por error del mismo testador*; que es cuando el que puede testar y testó, erró ó se equivocó en la persona nombrada: v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, adoptivo ó ilegítimo, ó á otro en el de ser su consanguíneo, no siéndolo realmente, en cuyos casos y otros semejantes no vale la institucion, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institucion de heredero⁴; pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos; lo cual no sucederá si yerra el nombre del legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el testamento puede ser imperfecto por razon de voluntad, por falta de solemnidad de

1 LL. 1. tit. 1. lib. 16 y 19. tit. 3. part. 6.

2 L. 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib. 6. R., ó 4. tit. 18. lib. 10. N.

3 L. 13. tit. 1. part. 6.

4 L. 12. tit. 3. part. 6.

5 Gom. en la 24. de Toro, n. 1. vers. *Decimo et finaliter*. Matienzo en la 8. tit. 6. lib. 5. R. gl. 1. n. 3.

testigos, ó por no haberse hecho publicacion de él. Se dice imperfecto por razon de voluntad, cuando el testador no la explicó; v. gr. cuando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo y sin que se publicase ante los testigos; y por la de solemnidad, cuando lo tiene extendido enteramente, y muere ántes que se lea ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente ántes de decir *que así lo otorga*; ó cuando á su publicacion no interviene el número de testigos prescritos por la ley; en cuyos casos serán nulos el testamento, los legados, los fideicomisos y demas disposiciones que contenga¹: lo primero porque su lectura ó publicacion ante los testigos es sustancial², y del todo necesaria en cualquier instrumento para que se estime válido³; lo segundo, porque ántes de su publicacion no se acredita la constante y última voluntad del testador, respecto no poder probarse ni saberse, á causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, quitar, añadir y alterar lo que le parezca como varias veces sucede⁴; lo tercero, porque aunque esté extendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso ó quiera cuando lo otorga; y lo cuarto, porque no hay perfeccion de voluntad si esta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La cuarta, *por incapacidad del heredero instituido*; v. gr. cuando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhabil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion se rompía en todo el testamento segun derecho comun y de las Partidas⁵, y no valian los legados ni fideicomisos⁶, lo mismo que en el que carecia de institucion⁷, no sucede así por el nuestro que lo ha corregido en esta parte⁸; y así aunque el testador no nombre heredero, ó este por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas y todo lo demas que el testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere, y el testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en cuanto á la institucion (*). La quinta, *por pretericion ó exheredacion*, que es

1 Gom. en la 3. de Toro, n. 107. Flores de Mena, lib. 1. Var. q. 1. n. 38 al 42.

2 LL. 103. tit. 18. part. 3. ibi. *Debe ser leído y fecho ante siete testigos.....* y 23. tit. 1. part. 6.

3 L. 16. tit. 25. lib. 4. R., ó 4. tit. 23. lib. 10. N.

4 Gom. ibi. ns. 18 y 19.

5 Princ. del tit. 3. part. 6.

6 L. 3. et per tot. tit. 4. *De his qui pro non*

scriptis habent. ley. 1. Cod. *De haeredib. instituend.* y ley univ. § *Et cum triplici: § In primo: y § Pro secundo.* Cod. *De caduc. tollend.*

7 L. fin. § *Illud.* Cod. *De codicil.* ley 1. ff. *De jure codicillor.* y ley *cohaeredi.* § *Cum filiae.* ff. *De vulgar. et pupillar. substitution.*

8 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N. y en ella Matienzo gl. 14. n. 81.

(*) En virtud de la citada ley 1, si fuese ins-

cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo suyo, ó le exhereda sin causa legal, en cuyos casos, sin embargo de que por derecho comun antiquísimo tampoco valian los legados ni fideicomisos, hoy son validos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y cuanto incluya el testamento, si consta de la solemnidad referida (**). Solo se irrita en lo concerniente á la institucion¹; y si contiene la cláusula codicilar, surtirá los efectos que explicaré cuando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho, aunque el testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados á su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba por las palabras de la mencionada ley 1.² La sexta, *por falta de adición ó admision de la herencia*, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente(a). La séptima causa por que se puede anular el testamento es, *por la arrogacion ó legitimacion del heredero del testador*. Y la octava es *por falta de publicacion del testamento*, la cual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del testador cuando el testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos; y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmente *otorgamiento*, y consiste en

titudino heredero un incapaz, como dice el autor, valdran las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley debe leerse la única tit. 19. de los testamentos del Ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él. *En atencion a ser muy escasos los ejemplares de este código, insertamos á continuacion la parte de la ley que debe consultarse. „Et el testamento sea valedero en las demandas, é en las otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segun derecho, é costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non ficiera testamento; † e cõmplase el testamento. Et si ficiera heredero el testador, é el heredero non quisiere la heredad, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en él se contienen; et si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad heredad, ó manda, ó mandare que la den, ó que la aya otro, é aquel primer á quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ó otros que la puedan tomar é aver.” —E.

(**) Si el testador no hizo mencion de algún hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su mujer estuviese en cinta, no solo se romperá

† En un ejemplar manuscrito de la Biblioteca del Escorial se lee: *heredero*.

ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y substitution pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, n. 3; porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar cuando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no cuando procede con ignorancia. Infierese, segun parece, de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podrán percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dejó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede abintestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 de Toro. Entiendo tambien la doctrina de Gomez, cuando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dejaba su mujer preñada; pero no cuando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiendolo despues no lo revocó. *Febrero adicionado.*

1 L. 24. de Toro que es la 8. tit. 6. lib. 5. R., ú 8. tit. 8. lib. 10. N.

2 Matienzo en dicha ley 1. gl. 16. n. 47. y gl. 14. n. 7.

(a) Tengase presente lo dicho en el n. 40.

que estén expresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos, con todas las solemnidades de que se ha hablado.

44. *Una solemnidad sustancial en los testamentos es que se escriban en papel sellado. La ley mejicana¹ sobre este punto dispone que los testamentos cuyo heredero ó herederos no sean ascendientes ni descendientes sino colaterales ó extraños, se escriban en papel del sello primero, y los de los notoriamente pobres en el del cuarto; mas como nada dice acerca de los testamentos en que se instituye á un ascendiente ó descendiente, creemos deber observarse la ley de Indias² que manda se use para el primer pliego del sello segundo, en los testamentos de cualquier género y forma que sean, y para las demas hojas, en los protocolos y registros, del sello tercero; arreglándose en los testimonios, segun sean las diversas cantidades en que las partes resulten interesadas, á lo dispuesto en la citada ley nacional. Si el testamento fuere cerrado, podrá escribirse en papel comun, con la calidad de que el escribano despues de abierto, saque copia para el protocolo escrita en el sello correspondiente á este, y testificada la ponga en el registro con el original³; mas la cubierta con que se cierre debe ser siempre del sello tercero⁴. Otros, suponiendo que despues de dicha ley que dió las reglas generales para el uso del papel sellado, no puede tenerse por vigente disposicion alguna anterior, ni general ni particular, opinan que conforme á ella el protocolo de cualquier testamento deberá escribirse en el sello tercero; y las copias, si el heredero es colateral ó extraño, ó aun cuando sea ascendiente ó descendiente, si la herencia llega ó excede de dos mil pesos, en el primero; si esta no asciende á tanto, pero pasa de quinientos, en el segundo; y si es menor que tal cantidad, en el tercero.*

1 De 6 de octubre de 1823.

2 L. 18. tit. 23. lib. 8. R. I.

3 Art. 51. de la ley 11. tit. 24. lib. 10. N.

4 Sala *Ilustrac. al derecho*, ley 2. tit. 4. n. 11. al fin.

CAPITULO II.

De los herederos en general.

- | | | |
|---|---|---|
| 1 | Importancia legal de la institucion de heredero. | dicilo. |
| 2 | ¿Qué se entiende por heredero, y quiénes pueden serlo? | 4 En su institucion debe explicarse el testador claramente. |
| 3 | La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en co- | 5 Pero no es precisa la institucion nominal si se refiere á codicilo. |
| 6 | | 6 El testador puede instituir heredero. |