Para el conocimiento de las testamentarías y recaudacion y distribucion de los bienes de los que morian intestados sin dejar notoriamente herederos, ó con testamento, pero con herederos que vivian fuera del distrito de cada audiencia, se estableció el *juzgado de bienes de difuntos*, de cuya ereccion y facultades se trata largamente en el tit. 32 del lib. 2 de la Recopilacion de Indias, y en la Recopilacion de Beleña desde el n. 119 al 132 del último foliage. Mas habiéndose estinguido los juzgados privativos por la ley de 9 de octubre de 1812 se devolvió el conocimiento de los intestados á los jueces de primera instancia conforme al art. 32 del cap. 2 á cuya disposicion deberá estarse, á menos que las leyes particulares de los estados hayan determinado otra cosa. Las diligencias que deben practicarse en el caso de un intestado que no deje herederos, se esplican en el § del juicio de inventarios.

tuvieren ausentes, con la circunstancia de que sea necesario para contar el dinero ó inventariar alhajas preciosas, sin gastar en ello mas de dos dias, ni llevar mas derechos que treinta reales por mañana y otros tantos por tarde, y cita á Febrero en el lib. 1 cap. 1 § 1 n. 16.

§ XII.

Del cónyuge viudo.

Al cónyuge viudo han concedido las leyes cierto derecho á los bienes de su cónyuge, y al mismo tiempo le han impuesto ciertas obligaciones que ha parecido conveniente reunir y esplicar en este §.

I. Tiene derecho el cónyuge que sobrevive á la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio. Este derecho se funda en la sociedad, ó *compañia legal* que hay entre los casados, como efecto civil del matrimonio (1). No tiene lugar en el caso de divorcio, pues el cónyuge que dió motivo á él, pierde el derecho á los gananciales; tampoco en el de apostasía de cualquiera de ellos; y aunque por derecho antiguo se perdia por el delito de traicion, abolida por el nuestro constitucional la pena de confiscacion, que le era consiguiente, y causa de aquella pérdida, subsiste el derecho. Tambien lo pierde á favor de los herederos de su marido la viuda que vive deshonestamente (2).

No se reputan bienes gananciales los que tenian los cónyuges antes del matrimonio,

[1] *Todo el t. 9 lib. 5 R. C.*
[2] *L. 5 del mismo.*

los cuales quedan propios de aquel de quien eran (1), ni las herencias y donaciones que se hicieren á alguno de ellos (2), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de algunos autores (3) pertenecen á la compañía: ni por último los bienes castrenses ó cuasi-castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (4); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiriere por otro título con su trabajo é industria, son y se reputan gananciales (5), lo mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo; de modo que si á este le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes; de donde infieren algunos intérpretes, que lo que gana el marido como juez, abogado ó médico, es comun, y se reputa por gananciales. Son tales tambien los frutos pendientes al tiempo de disolverse la compañía; pero con la distincion de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas no en los sembrados, en los cuales entran los gas-

[1] *L.* 4 *t.* 9 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *L.* 5 *de d. t.*
[3] *Gutier. quest. pract.* 119 *y García de conyug. n.* 125.
[4] *LL.* 3 *y* 5 *d. d.*
[5] *L.* 2.

tos hechos en su beneficio (1). Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañía; mas no si son obra del tiempo. Esta doctrina de las mejoras en opinion de Febrero (2) se entiende solo en cuanto á lo gastado en hacerla, y no en cuanto al mayor valor de la finca; y no tiene lugar en los bienes amayorazgados (3). Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de él: pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (4). Lo mismo debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los guantes, vueltas ó ribete, si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será comun, y el comprador podrá sacar su precio del cúmulo de gananciales (5).

Antes de aplicar al cónyuge que sobrevive la mitad que de ellos le corresponde deben pagarse las deudas que sean de la compañía; y por eso la muger que renuncia su derecho á ella, queda libre de pagar parte alguna de las que hubiere contraido su ma-

[1] *L.* 10 *t.* 4 *lib.* 3. *Fuero Real.*
[2] *Feb. lib.* 1 *c.* 4 § 3 *n.* 75.
[3] *Sala lib.* 1 *t.* 4 *n.* 22.
[4] *Gom. en la l.* 70 *de Toro n.* 28.
[5] *L.* 11 *t.* 4 *lib.* 3 *del Fuero Real.*

rido durante el matrimonio (1). Se reputan como deudas de la compañia la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio, y deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado, ú hecho, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió (2).

II. La ley 7 del título 13 de la Partida 6, concede á la viuda pobre el derecho de heredar la cuarta parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legítimos, y esta es la que se llama comunmente *cuarta marital*, que no es matemática, pues no puede pasar de cien libras de oro, sea cual fuere el caudal del marido. Febrero refiere la opinion de algunos autores que estienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su muger, pero cita al mismo tiempo un caso práctico en contra (3). Como el objeto de la ley fue, que la muger que habia disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viese en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian

[1] *L.* 9 *t.* 9 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *L.* 8 *d. d. t.*
[3] *Feb. part.* 1 *cap.* 1 § 9 *n.* 183.

abundar en riquezas, opina Alvarez (1), que supuesta la ley 1 del título 8 del libro 5 de la Recopilacion (2) se puede dudar con fundamento, que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala sin embargo opina (3) que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la muger por la cuarta marital; la cual debe sacarse de todos los bienes del marido, como deuda legal á cuyo pago están sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole menos, le dejase con que vivir.

III. Muerto el marido tiene su viuda derecho para cobrar, y los herederos, comisarios, ó ejecutores del testamento obligacion de entregarle la dote que llevó al matrimonio, debiendo hacerse esta devolucion inmediatamente si los bienes dotales eran raices, ó dentro de un año, si eran muebles (4), á

[1] *Alvarez lib.* 3 *t.* 1 § 1 *en la nota.*
[2] *La* 1 *del t.* 8 *del lib.* 5 *de la Recopilacion á que se refiere Alvarez, fija el derecho de los ascendientes y descendientes para heredarse recíprocamente* en todos sus bienes.
[3] *Sala t.* 8 *lib.* 2 *n.* 5.
[4] *L.* 31 *t.* 11 *P.* 4.

no ser que se pactase otra cosa en la carta de dote (1); y los frutos de la dote pertenecen á la viuda desde la muerte de su marido, si no es que consista en dinero, cuyo producto es del que negocia con él (2). Este derecho de la muger pasa á sus herederos, si muere sin hijos antes que su marido; mas cesa, si ella cometió adulterio; si pactó con su marido que sobreviviéndole ganaria la dote; y finalmente si fuere costumbre en el lugar que por muerte de la muger quede al viudo, no habiendo hijos (3). La accion de la muger por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria, porque estos tienen hipoteca tácita y legal á favor de aquella (4), y el pago de ella es preferente á los demas créditos que no sean hipotecarios privilegiados (5), entre los que se numera éste, y á los que solo prefieren los singularmente privilegiados (6).

[1] *Gom. en la ley* 50 *de Toro n.* 46.
[2] *Idem n.* 47.
[3] *L.* 23 *t.* 11 *P.* 4.
[4] *D. L.* 23 *y la* 17 *del mismo t. y P.*
[5] *L.* 33 *t.* 13 *P.* 5.
[6] *Los créditos singularmente privilegiados, que deben pagarse con preferencia á la dote segun la l.* 12 *t.* 13 *P.* 1, *son los funerales segun las circunstancias del difunto, y los erogados en la faccion del testamento, formacion de inventarios, y demas necesarios*

IV. Los herederos ó ejecutores del marido tienen obligacion de entregar tambien á su viuda las donas ó arras segun ella elija, debiendo hacer esta eleccion dentro de veinte dias despues de requerida por ellos; y si pasado el término no la hiciere, pierde el derecho de elegir, y recibirá la que aquellos quieran darle de las dos cosas; si no hubo arras, tiene derecho á lo que el esposo la dió siendo desposados (1). Tambien lo tiene al lecho cuotidiano decente, y conforme á su estado y calidad (2). Ademas de estos derechos que las leyes conceden á la viuda, se le deben dar en opinion de Gregorio Lopez (3) los alimentos por todo un año, si durante él retienen los herederos la dote, y lo sufre el caudal del marido. Mas concluido el año cesa esta obligacion, aunque no se haya restituido la dote (4); y tambien en el caso de que la viuda tenga bienes de que mantenerse ó de que se le haya restituido la dote antes del año y en otros que trae Gomez (5). Pero si queda preñada

para la recaudacion de los bienes. Gomez añade los que se hicieron en la enfermedad del difunto; pero esto no es de ley.
[1] *LL.* 1, 2 *y* 4 *t.* 2 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *L. ult.* 6 *lib.* 3 *del Fuero Real.*
[3] *Gregor. Lop. sobre la ley* 31 *t.* 11 *P.* 4.
[4] *Gomez en la ley* 50 *de Toro n.* 48.
[5] *Gomez alli mismo.*

se le deben los alimentos aunque tenga bienes, y se le haya restituido la dote (1). (*)

El valor de las arras debe deducirse de la parte liquida del marido, como deuda suya, y de la misma deben sacarse los alimentos de la viuda, si queda preñada; por la razon, dice Febrero, de que se dan al póstumo que trae en el vientre á quien tiene obligacion de alimentar el padre; mas si no queda preñada, pero sí con hijos que viven con ella, lo gastado y consumido por todos en sus alimentos se ha de deducir del cúmulo del caudal inventariado, porque aunque por la muerte del marido se disolvió la sociedad conyugal, dura ó se contrae (2) de nuevo tácitamente con sus herederos en cuanto al lucro, por la comunion ó indivision de los bienes de todos. Si ni quedó preñada, ni con hijos en su compañia, debe distinguirse si trajo dote, y hay gananciales, ó no. Si ni trajo dote, ni hay gananciales, tampoco se le deben alimentos; si hubo gananciales, se

[1] *Espin. gl.* 14 *n.* 107.

[*] *Las precauciones, órden y forma con que debe averiguarse la certidumbre de la preñez de la viuda, y evitar el fraude se esplican en la ley* 17 *t.* 6 *de la P.* 6. *Mas advierte Febrero que no todas son necesarias, y deberá estarse á la costumbre que haya en el pueblo, como insinúa la misma ley.*

[2] *Sala lib.* 1 *t.* 4 *n.* 20.

le darán descontándosele de la parte que le corresponda; y si trajo dote, se le darán los alimentos durante el año de la retencion de aquella, no del caudal del marido, porque aunque este es deudor de la dote, y la viuda acreedora por ella, ninguna ley manda que el deudor alimente á su acreedor; pero si de cuenta de los herederos, porque la dote interin no se restituye retiene los privilegios, que durante el matrimonio tenia, y como uno de ellos es la obligacion de alimentos en el marido, tienen la misma sus herederos que lo representan, mientras no la restituyen (1); entendiéndose esto por solo el año en que legalmente pueden retener la dote, pues pasado él cesa la obligacion, por la facultad que tiene la viuda de obligarlos judicialmente á la devolucion, y si pedida no se la entregaren, podrá exijir los intereses de dote retardada (2). El luto de la viuda debe sacarse del caudal privativo del difunto, como deuda contra él, y no del inventariado, ni tampoco del quinto, en opinion de Febrero (3) que funda en varias razones y testimonios de varios autores contra otros que juzgan lo contrario. El lecho

[1] *Gomez en la ley* 50 *de Toro n.* 48.

[2] *El mismo vers.* Post annum vero.

[3] *Feb. Part.* 2 *lib.* 1 *cap.* 6 *en el que podrán verse estas materias con toda la estension apetecible.*

cuotidiano que corresponde al cónyuge que sobrevive debe entregarse aun cuando se le haya legado el quinto, y debe cargarse al caudal privativo del difunto.

V. El cónyuge que sobrevive, si contrae de nuevo matrimonio, tiene obligacion de reservar cierta clase de bienes á favor de los hijos del anterior, comprendiendo igualmente esta obligacion á la viuda que al viudo (1). Los bienes que debe reservar son todos los que hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso ó legado, donacion entre vivos, ó por causa de muerte, ó por otro cualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente, y pertenezcan á la que llaman *Sponsalitia largitas*. En virtud de esta obligacion no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos, ni disponer de ellos entre los hijos del siguiente matrimonio, ni entre otros parientes ni estraños, pues pierde la propiedad de ellos, y solo conserva el usufructo, mientras viva, aunque sus hijos sean casados y velados, debiendo usar de ellos á arbitrio de buen varon, y quedando hipotecados tácitamente á su responsabilidad todos los demas bienes que tenga (2).

Deben reservarse igualmente los bienes adquiridos por los padres en virtud de sucesion

[1] *L.* 4 *t.* 1 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *LL.* 16 *t.* 13 *P.* 5 *y* 1 *t.* 2 *lib.* 3 *del Fuero Real.*

intestada de alguno de sus hijos, entendiéndose esto de los que aquel habia heredado de su padre ó madre difunta, y no de los que hubo por otra parte, y tambien los adquiridos por la muger por donacion de los parientes y amigos de su marido (1).

Mas no se estiende la reservacion á los adquiridos por testamento de alguno de los hijos ó por algun otro acto voluntario de ellos (2), ni tampoco de la mitad de gananciales que debe haber por la muerte del cónyuge (3).

Los bienes reservados se deben dividir con igualdad entre los hijos, sin que pueda darse por el padre mas á uno que á otro (4); y si algunos se enagenaren por el que debia reservarlos, se sostendrá la enagenacion durante su vida, y se revocará en su muerte; porque podria suceder que sus hijos muriesen antes, en cuyo caso subsistiria la enagenacion (5).

Como el fundamento de la reservacion es el agravio que se supone hace al cónyuge difunto el que sobrevive pasando á otro matrimonio, y el fin procurar que los hijos de aquel no resulten perjudicados por el nacimiento de los del último, cesa la obligacion

[1] *Gomez en la ley* 15 *de Toro n.* 7.
[2] *El mismo n.* 2.
[3] *L.* 6 *t.* 9 *lib.* 5 *R. C.*
[4] *Gomez citado n.* 3.
[5] *El mismo n.* 5.

de reservar, si cuando muere el cónyuge que debió hacerlo, ya no existen los hijos, á menos que hayan dejado descendientes, en cuyo favor subsistiria la obligacion (1). Cesa tambien si el cónyuge que murió primero dió su consentimiento ó beneplácito al que le sobreviva para que contrajese otro matrimonio, y tambien si este se contrae de consentimiento de los hijos, á quienes debia aprovechar la reservacion. (2) Se disputa entre los autores si bastará que el consentimiento sea tácito, y Acevedo (3) se inclina á que sí, con tal de que esté comprobado con algun hecho. En estos casos retiene el cónyuge la propiedad que deberia perder por el nuevo matrimonio. (4)

§ XIII.

De los albaceas.

El albacea á quien llaman tambien testamentario, 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

[1] *Acevedo sobre la l.* 4. *t.* 1. *lib.* 5 *R. C. n. ult.*

[2] *El mismo n.* 36 *y Gomez en la ley* 14 *de Toro n.* 6.

[3] *En el n.* 36.

[4] *Gomez n.* 3 *y Acevedo en el* 36.

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 espresa facultad del testador, y aun teniéndola no vale la delegacion en varios casos (1).

El incapaz de testar lo es tambien para ser albacea (2), y pueden serlo las mugeres (3), la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia espresa de su prelado, á escepcion de los que profesan la regla de S. Francisco, á quienes está absolutamente prohibido (4), y el menor de 25 años, si ha cumplido los 17 (5).

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.

[1] *Carpio lib.* 1. *de executor. testamentar. cap.* 19 *y* 20.

[2] *Véase el* § 1. *de los testamentos.*

[3] *Aunque se les prohibe por la ley* 8 *tit.* 5 *lib.* 3 *del Fuero Real, está derogada por costumbre contraria. Feb. part.* 1 *cap.* 1. § 18 *n.* 250.

[4] *Cap. Religiosus executor.* 2 *de testam. in* 6 *y Clement. Religiosis de testamen.*

[5] *L.* 19 *al fin t.* 5 *P.* 3.

A nadie se puede obligar á que sea albacea (1); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó espresamente 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 (2). En el caso de que el testamentario acepte, puede por sí dar á los legatarios las mandas que les fueren hechas y tomar para sí el legado que le hubiere dejado el testador (3); mas perderá este si renunciare el albaceazgo (4).

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 (5); pero si solo se pone el nombre, ó de las circunstancias se colige que no tanto se atendió al empléo ó dignidad, cuanto á la persona por ser pariente, amigo ó paisano, no pasa al sucesor (6).

La ley 14 del título 4 del lib. 5 de la Recopilacion previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del tes-

[1] *Cobarr. in cap.* 19 *de Testam. n.* 8.
[2] *Sanz.* 1. 4 *Cons. c.* 1 *d.* 42. *n.* 7.
[3] *L.* 20 *t.* 10 *P.* 6.
[4] *Sanz. cit.*
[5] *C.* 2 § *Sanc. de testam. in* 6.
[6] *Barb. in c.* 2 *de testam. in* 6.

tador, 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 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 (1).

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 (2), y deberán ser citados aun los clérigos, pues mas que citacion es un aviso (3) 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, (4) y dar cuenta de lo

[1] *Accv. sobre la l.* 14 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C. contra Montalvo y Matienzo. Véase el* §. 15
[2] *L.* 15 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C.*
[3] *Solórz. Polític.* 5 *c.* 7.
[4] *El inventario puede ser solemne ó por simples memorias. Véase el* § *del juicio de inventarios.*

recibido y gastado, aun cuando les releve de ello (1), pues esta cláusula solo remite la averiguacion nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto al dolo, sobre lo cual cita Febrero varias ejecutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo en caso de negligencia para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibicion del testador (2). 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 obligacion 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 (3), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (4); aunque para evitar litigios, lo mejor es poner al albacea en la cláusula del testamento la obligacion de dar cuenta bajo de secreto al juez eclesiástico. Deben enagenar los bienes en pública almoneda (5), y les está prohibido comprár para si ninguno de ellos, bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo, que se aplica al fisco. (6)

[1] *L.* 5 *t.* 10 *P.* 5 *y sobre ella Greg. Lop.*
[2] *L.* 7 *del mismo t. y P.*
[3] *Clement. de Testam.*
[4] *Sanz. l.* 4 *Cons. c.* 1 *d.* 49.
[5] *L.* 62 *t.* 18 *P.* 3 *al fin.*
[6] *L.* 14 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C.*

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 sea posible conforme á la ley de Partida que dice: *Lo mas ayna que pudieren sin alongamiento é sin escatima ninguna* (1); no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y legados, si antes de él pudieren hacerlo, lo mismo que las deudas del difunto, cuya solucion retardada voluntariamente no puede escusarse de la nota de pecado grave (2). Mas mientras durare la formacion del inventario, no pueden los acreedores ni legatarios molestar al albacea ó heredero para que cumpla el testamento (3); pero si manifestare no querer hacer inventario, ni gozar del tiempo que para él le concede el derecho, podrá ser convenido despues de los nueve dias de la muerte del testador (4).

Si son muchos los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecuten (5); y para precaver este

[1] *L.* 6 *t.* 10 *P.* 6.
[2] *Sanz. l.* 4 *Cons. c.* 1 *d.* 53 *n.* 5.
[3] *L.* 7 *t.* 6 *P.* 6.
[4] *L.* 13 *t.* 9 *P.* 7 *y Paz in Prax. t.* 1 *p.* 4 *c.* 1 *n.* 46.
[5] *L.* 6 *t.* 10 *P.* 6.

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 (1); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte (2). Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva ó en general, cumplen con dar la que quieran aunque sea la menos preciosa (3); pero si las palabras se dirigen al legatario, á este toca la eleccion en los términos que hemos dicho.

El oficio del 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 transcurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision: por complemento y ejecucion de ella; y por haber cesado la causa por que fue constituido. Algunos quieren (4) que acabe tambien respecto de la viuda, que era albacea del marido,

[1] *L. 7 t. 6 P. 6.*
[2] *Sanz. l 4 Cons. c. 1 d. 58.*
[3] *Salm. tr. 14 c. 5 n. 177.*
[4] *Espin. gl. 28 n. 86.*

si pasa á otro matrimonio; pero lo niegan otros (1).

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 tenia ó no derecho para cobrarlo, fuera del caso en que lo hubieran convenido asi 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 encargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

§ XIV.

De los testamentos de los estrangeros.

Libre por la independencia y leyes mexicanas la entrada y residencia de los estrangeros en la república, parece conveniente esplicar el derecho que tienen para disponer de sus bienes por última voluntad, y las leyes á que en ello deben arreglarse.

Uno y otro se fija por lo regular en las convenciones ó tratados que celebran entre sí las naciones, por lo que mira á sus res-

[1] *Molin. tr. 2 d. 247 n. 14.*

pectivos súbditos que residen en paises estraños, y en la mexicana lo están ya con respecto á los súbditos del gobierno inglés en el articulo 9 de los tratados celebrados en Lóndres á 26 de diciembre de 1826, y publicados en 25 de octubre de 1827, cuyo tenor literal es el 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 testamento, ó de otro modo cualquiera, asi 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, libertades, 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."

Mas con respecto á aquellos con cuyos gobiernos no se hubieren celebrado por el nuestro ningunas convenciones ó tratados, deberá observarse lo que establece el derecho de gentes, cuyas disposiciones esplica Vattel en los §§ CX, CXI y CXII del cap. 8 del lib. 2 que nos parece conveniente insertar para la mayor instruccion de nuestros lectores.

,,§ CX. Una vez que el estrangero con-

,,tinúa siendo ciudadano de su pais, y miembro de su nacion (§ VII), los bienes que ,,deja al morir en un pais estrangero, deben pasar naturalmente á sus herederos, ,,conforme á las leyes del estado de que es ,,miembro. Pero esta regla general no impide que los bienes inmuebles sigan las disposiciones de las leyes del pais en que están situados (§ CIII) (1)

(1) *Las disposiciones de las leyes mexicanas con respecto á la adquisicion de bienes inmuebles por estrangeros, son las siguientes: Por el art. 6 de la ley de 12 de marzo de 1828 está prohibida la adquisicion de propiedad territorial rústica á los estrangeros no naturalizados. Las circunstancias y requisitos para conceder el derecho de naturalizacion y carta de naturaleza, están prevenidos en la ley de 14 de abril del mismo año, y es uno de ellos el haberse introducido con pasaporte, sobre cuya espedicion se dió por el gobierno supremo el decreto reglamentario de 1.° de mayo del citado año.*

No obstante la prohibicion que enuncia el art. 6 de la ley de 12 de marzo para que los estrangeros no naturalizados adquieran propiedad territorial, se concede á los que carezcan de esa circunstancia la facultad de adquirir bajo las condiciones y prevenciones que esplican los artículos 9, 10 y 11 que son los siguientes:

„9. Tambien puede intentarse por estrangeros no „naturalizados la compra y la colonizacion de terre„nos de propiedad particular; pero en este caso se „obtendrá primero permiso especial del congreso ge„neral, si la compra y colonizacion fueren en los ter„ritorios, y de los congresos particulares, si fueren en „los estados.

„§ CXI. Como el derecho de testar ó de „disponer de sus bienes en artículo de muer„te resulta de la propiedad, no puede qui„társcle á ningun estrangero sin injusticia. „Por consiguiente tiene por el derecho na„tural 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 es„te instrumento? 1.° En cuanto á la forma,

„10. *Los congresos particulares darán ó no el per„miso que se les pida, imponiendo en su caso las con„diciones que crean convenientes, estipulándose las „siguientes que servirán de base á todo contrato, en „la inteligencia de que queda al arbitrio de las legis„laturas restringirlas, pero no ampliarlas. 1.ª Que „la cuarta parte de los colonos sean mexicanos. 2.ª „Que dentro de siete años quedará dividido el terre„no en suertes pequeñas á juicio de las legislaturas. „3.ª Que el empresario no naturalizado no pueda „reservarse un terreno que esceda de diez y seis le„guas cuadradas, el cual deberá enegenarse dentro „de doce años contados desde el término en que la „finca debiere quedar dividida en suertes. 4.ª Que „estas deben quedar vendidas dentro del mismo pe„riodo.*

„11. *Las propiedades que se adquirieren por es„trangeros no naturalizados en fraude de la ley son „denunciables por cualquier mexicano, á quien se „adjudicarán, justificado que sea el fraude.*"

Esta ley dejó en su vigor la de 7 de octubre de 1823 sobre adquisicion de acciones en las minas, y terrenos pertenecientes á las haciendas de plata, y tambien la de 18 de agosto de 1824 sobre colonizacion.

„ó á las solemnidades destinadas á justifi„car la verdad del testamento, parece que „el testador debe observar las establecidas „en el pais en que le otorga, á menos que „la ley del estado de que es miembro no „ordene otra cosa, en cuyo caso está obli„gado á observar las formalidades que ésta „le prescriba, si quiere disponer válidamen„te de los bienes que posee en su pátria. „Hablo de un testamento que ha de abrir„se en el parage del fallecimiento; porque „si un viagero le otorga, y le envia cerra„do á su pais, es lo mismo que si lo hu„biese hecho allí; y debe observar sus le„yes. 2.° Por lo que hace á las disposicio„nes en sí mismas, ya hemos dicho que las „que corresponden á las inmuebles, deben „conformarse á las leyes del pais en que „están situados. El testador estrangero tam„poco puede disponer de los bienes movilia„rios, ó inmuebles que posee en su pátria, „sino conforme á las leyes de ella: pero en „cuanto á los bienes moviliarios, 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 entenderse fuera del „territorio, y las que afectan propiamente la „calidad de ciudadano. Como el estrangero „permanece ciudadano de su pátria, está siem„pre sujeto á estas últimas leyes en cual„quier paraje que se halle, y debe confor-

„marse á ellas en la disposicion de sus bie-
„nes libres y moviliarios, de cualquiera cla-
„se que sean. Las leyes de esta especie del
„pais en que se halla, y del cual no es ciu-
„dadano, no le obligan. Por eso un hom-
„bre que testa, y muere en pais estrange-
„ro, no puede quitar á su viuda la porcion
„de bienes moviliarios, que la asignan las
„leyes de la pátria. Asi pues, un ginebrino
„que está obligado por la ley de Ginebra
„á dejar una legitima á sus hermanos ó pri-
„mos, si son sus herederos mas inmediatos,
„no puede privarlos de ella testando en un
„pais estrangero, mientras permanezca ciu-
„dadano de Ginebra; y un estrangero que
„muere en ella, no está obligado en este
„punto á conformarse á las leyes de la re-
„pública. Todo lo contrario sucede con las
„leyes locales, porque arreglan lo que pue-
„de hacerse en el territorio, y no se estien-
„den fuera de él. El testador no está so-
„metido á ellas despues que sale del terri-
„torio, ni afectan á los bienes que tiene igual-
„mente fuera; porque el estrangero está obli-
„gado á observar estas leyes en el pais en
„que está, en cuanto á los bienes que po-
„see en él. Por eso un ciudadano de Neuf-
„chatel, á quien están prohibidas en su pá-
„tria las sustituciones de los bienes que po-
„see en ella, sustituye libremente los que
„tiene consigo, que no están bajo la juris-
„diccion de su pátria, si muere en un pais

„en que aquellas se permiten: y un estran-
„gero testando en Neufchatel no podrá allí
„sustituir ni aun los bienes moviliarios que
„posee, á no ser que pueda decirse que el
„espíritu de la ley esceptúa los de esta clase.

„§ CXII. Lo que hemos establecido en los
„tres parrafos precedentes basta para manifes-
„tar la poca justicia con que en algunos es-
„tados se apropia el fisco los bienes que al
„morir deja en él un estrangero. Esta prác-
„tica se fundaba en cierto derecho que es-
„cluye á los estrangeros de toda herencia
„en el estado, ya sea á los bienes de un
„ciudadano, ó á los de un estrangero; y por
„consiguiente no pueden ser sustituidos los
„herederos por testamento, ni recibir nin-
„gun legado. Grocio dice, con razon, que es-
„*ta ley viene de los siglos en que se mira-*
„*ba á los estrangeros como enemigos* (1). Aun
„cuando los romanos llegaron á ser muy cul-
„tos é ilustrados, no podian acostumbrarse
„á mirar á los estrangeros como hombres
„con los cuales tuviesen un derecho comun.
„*Los pueblos*, dice el jurisconsulto Pompo-
„nio, *con los cuales no tenemos amistad, hos-*
„*pitalidad, ni alianza, no son nuestros ene-*
„*migos; sin embargo, si una cosa que nos*
„*pertenece, cae en sus manos, son propieta-*
„*rios de ella; los hombres libres llegan á ser*

[1] *Derecho de la guerra y de la paz, lib. 2 cap.* 9 § 14.

,,*sus esclavos, y están en los mismos térmi-*
,,*nos con respecto á nosotros* (1). Es preciso
,,creer que un pueblo tan sabio, solo por re-
,,torsion necesaria conservaba unas leyes tan
,,inhumanas, no pudiendo conseguir de otro
,,modo reparacion de las naciones bárbaras,
,,con las cuales no tenia ninguna amistad.
,,Bodin asegura (2) que este derecho se de-
,,riva del mismo origen. En la mayor par-
,,te de los estados civilizados se ha modi-
,,ficado, y aun abolido sucesivamente. El em-
,,perador Federico II fue el primero que lo
,,derogó por un edicto que permite: *á to-*
,,*dos los estrangeros que fallecen en el terri-*
,,*torio del imperio disponer de sus bienes por*
,,*testamento, ó si mueren sin testar dejar que*
,,*los hereden sus parientes mas inmediatos.*"

§ XV.

De la apertura del testamento cerrado y declaracion del abierto hecho sin escribano.

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 injus-

[1] *Digest. lib.* 49 *tit.* 15. *De captivis, et. postlimin.*
[2] *De la república lib.* 1 *cap.* 6.

tamente desheredado y los herederos por intestado, intentando que se declare nula; de modo que puede pedirlo cualquiera que tenga interes, jurando que no lo hace maliciosamente (1); sino por la presuncion que tiene de ser interesado. Esta peticion debe hacerse al juez ordinario secular, y en ella espresarse 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 (2); 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 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 fe 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.

Si han fallecido los testigos, ó están ausentes sin saberse donde, se rendirá infor-

[1] *L.* 1 *t.* 2 *P.* 6.
[2] *L.* 2 *del mismo t. y P.*