

fructuario 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 asi no puede localarlas á otro, como puede aquel á quien se ha otorgado la servidumbre de obras; mas esto no tiene ya lugar extinguida la esclavitud.

#### TITULO IV.

##### DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1, P. 6 y tit. 4, lib. 3 de la Recopilacion ó 18 del lib. 10 de la Novisima.

- |   |   |
|---|---|
| 1. Qué es herencia, y como se adquiere.       | 8. No es necesario que los testigos sean rogados.             |
| 2. Qué es testamento y sus especies.          | 9. Personas inhábiles para ser testigos en ningun testamento. |
| 3. Solemnidades que debe tener.               | 10. Personas inhábiles para serlo en algunos.                 |
| 4. Testigos que se requieren para el abierto. | 11. Papel en que debe extenderse el testamento.               |
| 5. Cuantos se requieren para el cerrado.      | 12. Del testamento de los militares.                          |
| 6. Para el del ciego.                         | 13. Quienes no pueden hacer                                   |
| 7. Para el de los indios.                     |   |

(1) L. 27, tit. 31, P. 3.

- |   |  |
|---|--|
| testamento, y cuando puede el loco.                       | y á qué se extiende.   |
| 14. Otras personas á quienes se prohíbe hacer testamento. | 19. En qué tiempo debe usarse.   |
| 15. Si pueden los extranjeros, y en qué forma?            | 20. 21. Qué debe hacer el comisario, y si son muchos.                            |
| 16. Qué es codicilo y sus especies y solemnidades.        | 22. Quiénes pueden pedir que se abra un testamento cerrado, y como debe hacerse. |
| 17. Qué cosas no se pueden hacer en codicilo.             | 23. Qué debe hacerse cuando hayan muerto, ó no parezcan los testigos.            |
| 18. Del poder para testar,                                |  |

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 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 por que en ellos muestran cual 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 el su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que el tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte* (3). Es de dos maneras *solemne* y

(1) L. 3, tit. 13, P. 6. — (2) L. 1, tit. 1, P. 6. — (3) L. 1, tit. 1, P. 6.

*privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescriptas 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 cuando 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 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 testamento, presencia de testigos, y papel del sello correspondiente. La unidad de testamento 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 hiciera ante siete testigos, valdrá aunque estos no

(1) LL. 1, tit. 1, P. 6, y 1 y 2, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 1 y 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (2) Citadas en el num. 1. — (3) LL. 2 y 3, tit. 1, P. 6.

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 Covarrubias (3) 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 de ciego se requieren cinco testigos (8); mas estos en opinion de Acevedo (9) no es necesario que sean vecinos del lugar, ni tampoco que intervenga escribano, aunque sobre esto opina lo contrario Antonio Gomez (10); debiendo advertirse que el testamento debe ser abierto, pues como asientan Gregorio Lopez (11), Acevedo (12) y el mismo Gomez no se puede otorgar cerrado por el ciego.

(1) L. 1, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 1, tit. 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, tit. 10, § 14, n. 6. — (5) L. 2, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (6) L. 2, tit. 1, P. 6. — (7) Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, cap. 1, n. 41. — (8) L. 2, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 18, lib. 10 de la N. — (9) Acevedo en d. l. 2, n. 23 y siguientes. — (10) Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 52. — (11) Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3, tit. 12, P. 6. — (12) Gomez en d. l. 3 de Toro, n. 31, y Acevedo en la l. 2, n. 23.

7. Algunos autores (1) asientan, que para el testamento de los naturales que se llamaban indios bastan dos testigos hombres ó mugeres, y aunque no asista escribano; mas esta doctrina no está apoyada en ninguna resolución 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 (2).

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 prueba Antonio Gomez (3). Mas ni en los cerrados, ni en los abiertos es necesario que los testigos sean rogados, porque las leyes citadas de la Recopilacion no hacen mencion de esta circunstancia, que se exigia por el derecho de las Partidas, y asi lo asienta Antonio Gomez (4) contra Acevedo que defiende lo contrario (5).

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 (6) los que han sido condenados por cancioncs injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores, ú otros delitos semejantes, comprendiéndose en esta prohibicion, segun Gregorio Lopez (7) todos los infames con

(1) Montenegro, lib. 1, tr. 11, sect. 3. — (2) LL. 9, tit. 13, lib. 1 y 32, tit. 1, lib. 6 de la R. de Indias. — (3) Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 48. — (4) Gomez sobre la l. 3 de Toro, n. 29. — (5) Acevedo sobre la l. 1 del tit. 4, lib. 3, n. 48 y sig. — (6) L. 9, tit. 1, P. 6. — (7) Greg. Lop. glosa 2 de ella.

infamia de derecho, de que hablaremos en otra parte (1); los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la Iglesia: las mugeres: los menores de catorce años: los locos durante su locura: los prodigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos: los sordos: los ciegos: los hermafroditas en quienes no predomine el sexo varonil, y por último los esclavos; aunque si alguno reputado por libre interviniere como testigo en algun testamento, y luego se aclarare que es esclavo, no por esto se habrá de anular.

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 (2); como tampoco el que fuere nombrado heredero, ni sus parientes hasta el cuarto grado respecto del testamento en que se le instituya (3); mas los legatarios y fideicomisarios particulares bien pueden serlo en aquellos en que se les dejan las mandas (4).

11. La tercera solemnidad es que se extiendan en papel del sello correspondiente. En los testamentos se usará del sello primero si el heredero ó herederos no son descendientes ó ascendientes, sino colaterales ó extraños; y cuando la herencia equivalga á un capital que produzca el rédito de dos mil pesos arriba, aunque los herederos sean descendientes ó ascendientes (5). Se usará del papel del sello segundo cuando los herederos sean descendientes ó ascendientes y la herencia equivalga á un capital que produzca la renta desde quinientos

(1) Lib. 2, tit. 27. — (2) L. 14, tit. 16, P. 3. — (3) L. 11, tit. 1, P. 6. — (4) La misma. — (5) Ley de 30 de abril de 1842, art. 2, nn. 3º y 4º.

hasta mil novecientos noventa y nueve pesos (1). En el del sello tercero se extenderán, si la herencia equivale á un capital que produzca un rédito que no llegue á quinientos pesos, y los herederos fueren descendientes ó ascendientes (2). De este mismo sello se usará en los pliegos intermedios de los testamentos, cuyos herederos no sean descendientes ó ascendientes, sino colaterales ó extraños; y en los que aunque los herederos sean descendientes ó ascendientes, la herencia importe un capital que produzca la renta de dos mil pesos arriba (3). Los testamentos de los notoriamente pobres se extenderán en papel del sello quinto (4). Los testamentos cerrados se escribirán en la misma clase de papel; mas si se escribieren en otra, ó en comun, al protocolizarse y darse las copias se extenderán en el que corresponda, segun las reglas que hemos expuesto en este párrafo.

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 (5). Mas por la ordenanza del ejército (6) se dió mayor extension 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

(1) La misma ley, art. 3, n. 3º. — (2) La misma ley, art. 4, n. 1º. — (3) La misma ley, art. 4, n. 6º. — (4) La misma ley, art. 6, n. 2º. — (5) L. 4, tit. 1, P. 6. — (6) Orden. trat. 8, tit. 11, art. 1.

conste ser letra suya, ó de palabra ante dos testigos que depongan contestes haberles manifestado su voluntad (1); y que será válida la disposicion del militar escrita en cualquier papel, sea en guarnicion, cuartel, ó marcha; pero que siempre que puedan testar ante escribano lo hagan segun costumbre (2). Posteriormente se expidió la cédula de 24 de octubre de 1778 (3), en la que se declara 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 expresamente 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 (4), aunque vale el que hicieron antes de su demencia, y tambien el que hagan en los lucidos intervalos si los tienen, si no les sobreviene el acceso antes de perfeccionarlo; pues entonces es nulo, debiendo probarse esto con el escribano y testigos instrumentales (5). Para proceder al testamento de un demente deberá presentarse al juez su hijo ó deudo, explican-

(1) Art. 2 y 3 del mismo tit. — (2) Orden. trat. 8, tit. 11, art. 4. — (3) L. 8, tit. 18, lib. 10 de la N. — (4) L. 13, tit. 1, P. 6. — (5) La misma.

dole 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 previamente sobre su capacidad. Obtenida la facultad del juez, practicarán su reconocimiento los facultativos, cuya calificación se extenderá á continuación de la providencia judicial, y antes 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 validación (1). 2º al pródigo á quien se haya quitado judicialmente la administracion de sus bienes (2). 3º á los que no han llegado á la pubertad, esto es, á los varones menores de catorce años; y mugeres de doce (3) : pues teniendo esta edad pueden testar sin licencia de sus ascendientes, y aunque estén en la patria potestad (4), y disponer libremente del tercio de sus bienes adventicios, castrenses, y cuasi castrenses. 4º á los sordomudos de nacimiento; pues si lo fueren por enfermedad, ó supieren escribir, podrán hacerlo publicándolo á presencia del escribano y testigos (5). Por el derecho de las Partidas estaba prohibido tambien á los condenados á muerte y deportacion; mas se alzó la prohibicion por disposición posterior (6), y mucho mas por estar abolida (7) la pena de confiscacion de bienes, que era consiguiente á aquella condenacion : tambien

(1) Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, tit. 2, cap. 26, n. 17. — (2) L. 13, tit. 1, P. 6. — (3) La misma. — (4) L. 4, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 4, tit. 18, lib. 10 de la N. — (5) L. 13, tit. 1, P. 6. — (6) L. 3, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 3, tit. 18, lib. 10 de la N. — (7) Art. 147, sec. 7, tit. 3 de la constitucion federal.

les estaba prohibido á los esclavos; pero permitiéndoseles tener peculio (1), se infiere que pueden disponer de él.

14. Ademas de los mencionados hay otros á quienes se prohibe hacer testamento. Tales son los obispos, á quienes se prohibe testar de los bienes adquiridos por el obispado; aunque se les permite hacer en vida donaciones de ellos á sus parientes, amigos y criados (2), y los religiosos profesos de uno y otro sexo (3); si no es que obtengan autorizacion para ello de la silla apostólica, lo mismo que los obispos; mas por el artículo 8 del Concordato de 1753 se obligó la silla de Roma á no conceder esta licencia á ningun obispo. Aunque por derecho canónico se prohibe á los clérigos seculares disponer en testamento de los bienes adquiridos por razon de la Iglesia, lo hacen por costumbre muy antigua, mandada observar por una ley recopilada (4) y por otra de la Recopilacion de Indias (5), y esta facultad de testar se extendió por declaración del Consejo de 1786 (6) á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion.

15. Por lo que mira á los extrangeros, 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 morir, que refiere é impugna Vattel (7), cuyas observaciones sobre la materia nos parece conveniente extractar. Como el extrangero permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais extra-

(1) Cédula de 31 de mayo de 1783. — (2) L. 8, tit. 21, P. 1. — (3) La misma l. 8 y la 17, tit. 1, P. 6. — (4) L. 13, tit. 8, lib. 5, de la R. ó 12, tit. 20, lib. 10 de la N. — (5) L. 6, tit. 12, lib. 4 de la R. de Indias. — (6) Citada por Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, tit. 2, cap. 26, n. 28. — (7) Vattel, Derecho de Gentes, lib. 2, cap. 8, §§ 110, 111 y 112.

no, 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 pais 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 pátria. 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 pais 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 pais 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 pátria. Pero respecto de los bienes muebles que el testador 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 pátria, 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 pais en que reside y de que no es ciudadano. Por tanto, un hombre que teste y muera en pais 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. Asi el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa respecto de los bienes que en él posee.

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 hacen algunos homes despues que son fechos sus testamentos ó antes*. Se distingue de los testamentos en que habiendo estos, no pueden suceder los herederos por intestado, y si 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. 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 (1) previene que intervenga la misma que en los testamentos abiertos; pero esto debe entenderse de los codicilos abiertos, pues para los cerrados son necesarios cinco testigos que los firmen, como lo previno la ley de Partida (2), y prueban Gregorio Lopez (3) y Antonio Gomez (4). Se pueden hacer muchos codicilos, y todos valen no siendo contrarios (5).

17. Los que no pueden hacer testamento, tampoco pueden hacer codicilos (6), y en ellos, como se ha dicho, no se puede hacer institucion directa de heredero (7); aunque siendo abiertos como que exigen las mismas solemnidades que los testamentos, valdrán como tales (8); tampoco producirá efecto alguno la

(1) L. 2, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 2, tit. 48, lib. 10 de la N. — (2) L. 3, tit. 12, P. 6. — (3) Greg. Lop. glosa 2 de la l. 3, tit. 12, P. 6. — (4) Gomez en la l. 3 de Toro, n. 69. — (5) L. 2, tit. 12, P. 3. — (6) L. 1 del mismo tit. — (7) L. 2 citada. — (8) Gregor. Lop. glos. 1 de esta l.

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 (1). 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 (2).

18. Por nuestro derecho patrio se puede cometer á otro la facultad de hacer el testamento (3), 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 (4). 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 (5). Si el poderdante no lo designa, ni da 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 los parientes que debieren heredar por intestado; y no habiéndolos, se entregará á la viuda lo que por derecho le corresponda, y lo demas lo aplicará en beneficio del alma (6).

19. El comisario debe usar del poder dentro de cuatro meses contados desde que se le dió, si estaba

(1) Tapia Febrero Novisimo, lib. 2, tit. 2, cap. 22, n. 2. — (2) L. 2, tit. 12, P. 6. — (3) LL. 3 á 13, tit. 4, lib. 3 de la R. ó las del tit. 19, lib. 10 de la N. — (4) L. 13, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 8, tit. 19, lib. 10, de la N. — (5) L. 3 en la R. ó 1 en la N. — (6) L. 8, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 19, lib. 10 de la N.

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 (1); aunque el testador puede, renunciando la ley 33 de Toro, prorogar estos plazos (2). 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 hiciere pasado el término, se reputará hecha durante el poder (3). 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 del pueblo (4); 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 (5).

20. Si el testador comenzó el testamento nombrando heredero, y despues nombró comisario para que lo acabara, este no podrá mas que disponer de la quinta parte de los bienes, despues de pagadas las deudas, si no es que el poder se extienda á mas (6); entendiéndose esto si los parientes son descendientes; pues siendo ascendientes podrá disponer del tercio (7).

21. El comisario no puede revocar el testamento hecho por su poderdante ni en el todo, ni en parte, sin poder especial para ello (8). Tampoco puede revocar el

(1) L. 7 en la R. ó 3 en la N. — (2) La ley 763 citada. — (3) Gomez en la l. 33 de Toro, y Matienzo en la l. 7 de la R. glos. 2, n. 3. — (4) L. 10, tit. 4, lib. 5 de la R. ó 13, tit. 20, lib. 10 de la N. — (5) Sanz. L. 4, cons., c. 1, 9, 18, n. 14. — (6) L. 11, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 6, tit. 19, lib. 10 de la N. — (7) Gomez en la ley 37 de Toro, n. 2. — (8) L. 8, tit. 4, lib. 3 de la R. ó 4, tit. 20, lib. 10 de la N.

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 (1). 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 los demas no quisiere concurrir, procederán los restantes, y no poniéndose todos de acuerdo en lo que haya de hacerse, se 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 escogerá por suerte (2); mas si el poder es para cada uno de los nombrados, á esto deberá estarse (3).

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 interes jurando que no lo hace maliciosamente (4) 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 (5); 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 falle-

(1) L. 9 en la R. y 3 en la N. — (2) Gomez en la ley 38 de Toro. — (3) Carpio L. 3, cap. 2, n. 26. — (4) L. 1, tit. 2, P. 6. — (5) L. 2 del mismo tit. y P.

cimiento del testador, porque lo hayan oído 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.

23. Si han fallecido los testigos ó están ausentes sin saberse donde, 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 concorra la mayor parte; y si ni esto se pudiese 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, ni siendo sospechoso por otro motivo, lo hará abrir el juez á presencia del escribano y testigos, y leyéndolo primero para si, 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 integros para los herederos, y á los demas de la cláusula que les compete con la cabeza y pie del testamento.

(1) LL. 5 y 6, tit. 2, P. 6.