

PRACTICA DE TESTAMENTOS

En la que se resuelven los casos más frecuentes que se ofrecen en la disposición de las últimas voluntades.*

ADVERTENCIA SOBRE ESTA EDICIÓN

La estimación general que justamente ha merecido la Práctica de testamentos escrita por el P. Pedro Murillo, y la escasez que había ya de ejemplares ha hecho emprender una nueva edición de ella.

Mas como en la del año de 1790 se echaran menos muchas doctrinas que el autor omitió, algunas por no perder quizá el mérito de la brevedad, y otras por ser determinaciones posteriores a la época en que escribió; en esta se ha procurado llenar esos huecos. Así es que sin dejar de ser breve la obra, como lo indica la pequeñez del volumen, y conservando la misma división que el autor le dio en §§, se numeran seis más sobre los diez en que estaba dividida, y en estos se han insertado todas las doctrinas, cuya falta se les notaba, colocándolas con más orden y mejor distribución.

No se ha omitido cita alguna, para que el lector sepa si la doctrina que se asienta es de ley o de opinión de algún autor, anotando igualmente las que son controvertidas, para que se pueda escoger la que parezca más segura.

Se le ha puesto al fin un pequeño formulario de los instrumentos y diligencias de más uso en la materia, para que sirva de guía a los alcaldes y jueces legos de los pueblos, en que por carecerse de escribanos tienen que intervenir por sí mismos en su otorgamiento y práctica.

Por último, se ha formado un índice, en el que para comodidad del lector se indican sumariamente todos los puntos tratados en cada §.

En una palabra: sobre el cuerpo de doctrina del P. Murrillo, que en nada se ha desmembrado, se ha formado una obra nueva por su redacción, por la distribución y método, y por la adición de muchas doctrinas.

No se cree haber formado una obra maestra en la materia; pero sí se ha procurado presentar a los lectores un epítome sobre ella, en el que se tocan brevemente todos los puntos dignos de saberse, indicando las fuentes de

* Méjico, 1831. Imprenta de Galván á cargo de Mariano Arévalo, calle de Cadena núm. 2.

donde se han tomado, y en donde se puede adquirir mayor instrucción. En él los alcaldes y jueces legos que por oficio tienen que entender en esta clase de asuntos, y los párrocos y confesores que por razón de su ministerio dirigen muchas veces las últimas disposiciones de los hombres, adquirirán las noticias legales necesarias para el acierto: los escribanos se impondrán con brevedad de las circunstancias y requisitos de este género de instrumentos de tanto uso en la sociedad, los principiantes del estudio del derecho formarán una idea en grande de una de sus más complicadas materias: el letrado recordará de una ojeada lo que aprendió en muchos libros y con el estudio de muchos días, y el común de los hombres sabrá lo que puede y no puede al hacer su última disposición.

A efecto de conseguir estos objetos, no se ha perdonado medio ni fatiga: si los lectores se persuaden de ellos, y de la buena intención con que se les presenta, quedará recompensado el trabajo impendido en su redacción.

§ I

De los testamentos

TESTAMENTO es una *legítima determinación de nuestra voluntad por medio de la cual disponemos para después de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen con institución directa de heredero*. Se dice que es *determinación de la voluntad*, y por ésto, los que no pueden tener voluntad, no pueden testar. Debe ser *legítima*, esto es, arreglada al derecho y con las solemnidades que éste exige; y debe contener *la institución directa de heredero*, pues no habiéndola, valdrá no como testamento, sino como codicilo o última voluntad.¹

Como la voluntad puede declararse o por escrito o de palabra, de ahí resulta la división del testamento en dos clases. O es *escrito*, al que llaman comúnmente *cerrado*, y es cuando el testador expresa su voluntad en un papel escrito y cerrado, declarando ser su testamento a presencia de siete testigos, y ante escribano, quienes deberán firmar con el mismo en la cubierta. O es *nuncupativo*, al que llaman también *abierto*, que es el más común, y se verifica cuando el testador manifiesta su voluntad de palabra ante los testigos y con las solemnidades que exigen las leyes.²

De la definición dada se infieren tres axiomas: 1° Cualquiera puede testar por escrito o de palabra. 2° Se requiere entero juicio en el que hace testamento. 3° En el testamento se han de guardar todas las solemnidades que exigen las leyes; y si una se omite, el testamento es injusto y nulo.

Las solemnidades del derecho son tres esenciales: unidad de contexto, presencia de testigos y papel del sello correspondiente. La unidad de contex-

¹ L. 1. t. 4. lib. 5. R. C.

² LL. 1 y 2 t. 1. P. 6 y 1 y 2 t. 4 lib. 5 R. C.

to consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebración de un contrato con alguno de los testigos, o con otro; pero no se opone a ella la interrupción del acto de testar, o por accidentes del testador, o por ocupaciones de los testigos.

La segunda solemnidad es la presencia de éstos. 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 éste, 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 éstos no sean vecinos, ni pase ante escribano,³ teniendo aquéllos las calidades que el derecho requiere.

Para el testamento cerrado deben intervenir, no a verlo otorgar, sino a su signatura, siete testigos y un escribano, debiendo firmar en la cubierta el testado con los testigos y escribano; y si alguno no lo supiere hacer lo hará otro por él, de manera que resulten nueve firmas con el signo del escribano.⁴

En los testamentos de los indios o indigenas, como se les llama en el día, bastan dos testigos hombres o mujeres, aunque no asista escribano público, según Solórzano y Montenegro.⁵

Por el derecho de las Partidas era circunstancia necesaria en los testigos que fuesen rogados; mas en el día es común opinión no ser ya esto necesario.⁶ Los testigos deben ser varones, mayores de 14 años, y está prohibido que lo sean los condenados por delito grave, como homicidio, hurto u otro semejante: los apóstatas de la fe: las mujeres: los menores de 14 años: los esclavos, sordomudos, locos y pródigos a quienes se haya quitado la administración de sus bienes.⁷ No puede serlo el padre en el testamento del hijo, ni al contrario; ni los instituidos por herederos en él, ni los parientes de éstos hasta el cuarto grado.⁸ Mas bien puede serlo el legatario, respecto del cual no hay prohibición.

La tercera solemnidad es el papel del sello correspondiente. En los testamentos abiertos el primer pliego debe ser del sello segundo, y los demás del tercero,⁹ y las copias que de ellos se dieren serán primera hoja del sello segundo, y las demás del común,¹⁰ y si los herederos no fueren ascendientes o descendientes, sino colaterales o extraños, se usará precisamente del sello primero.¹¹

³ L. 1 t. 4 lib. 3. R. C.

⁴ L. 2 t. 4 lib. 5 R. C.

⁵ Mont. Parroch. lib. 1 t. 11 sec. 3.

⁶ Gomez, en la ley 3ª de Toro n° 29.

⁷ L. 9 t. 1. P. 6.

⁸ Se infiere de las LL. t. 1 P. 6 y 14 y 16 t. 16 P. 3.

⁹ L. 18 t. 23 lib. 23 lib. 8 R. J.

¹⁰ La misma L. 18, al párrafo siguiente.

¹¹ Cap. 2 art. 5 de la ley de 6 de octubre de 1823 del primer congreso mejicano.

Los testamentos cerrados se escribirán en su totalidad en papel del sello cuarto, y las copias y testimonios que pidieren las partes en los mismos términos que se ha dicho para los abiertos.¹² Pero si el testador lo escribiere en papel común, valdrá con tal que después de abierto saque el escribano una copia en papel del sello cuarto, y testificada la ponga en el registro con el original; y la cubierta con que se cierre debe ser del sello tercero.

El testamento o codicilo que careciere de la solemnidad de los testigos no hace fe en juicio ni fuera de él;¹³ mas teniendo las tres explicadas, es válido y subsiste aunque no haya en él institución de heredero, en cuanto a las mandas y demás cosas que contuviere, debiendo heredar aquel a quien corresponda por intestado: y si el heredero nombrado no quisiere heredar, vale el testamento en cuanto a las mandas y otras cosas que contenga.¹⁴

Cuando el testamento es nulo por falta de solemnidad, están divididos los autores teólogos y juristas, sobre si estará obligado en conciencia el heredero legítimo o por intestado a entregar la herencia al heredero nombrado en el testamento nulo;¹⁵ lo más seguro parece ser que el que está en posesión sea el heredero legítimo,¹⁶ y no tendrá obligación de restituir hasta que lo mande el juez, por ser mejor la condición del que posee.¹⁷

Aunque por derecho civil no hay disposición alguna sobre el testamento hecho *ad pias causas*, por el canónico basta que se otorgue ante dos testigos¹⁸ hombres o mujeres,¹⁹ debiéndose observar ésto no sólo en el fuero eclesiástico, sino también en el secular, según la opinión de varios autores.²⁰ 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, propagación de la fe, defensa de la religión y conversión de los gentiles.

Cuando el heredero o albacea constare que el testador quiso dejar algún legado o manda por su alma o para cualquiera otra obra pia, tiene obligación en conciencia de entregarlo, aunque sólo conste por testamento imperfecto, por cédula simple con firma o sin ella, o de boca del mismo testador, o por señas, aunque no haya ningún testigo para comprobación;²¹ aunque no faltan autores que opinen en contra,²² y sobre lo cual deberán consultarse

¹² Cédula de 23 de julio de 1794 art. 51.

¹³ L. 2 t. 4 lib. 5 R. C.

¹⁴ L. 1 t. 4. lib. 5. R. C.

¹⁵ Suarez de legibus. l. 5 cap. 24.

¹⁶ Lacroix, lib. 3 p. 2 n. 716.

¹⁷ Sanz, lib. 4 Cons. cap. 1 d. 14.

¹⁸ Cap. 11 de testamentis.

¹⁹ Covarrub. in d. c. 11 n. 6.

²⁰ Molina de just. et jure tr. 2. d. 134 n. 4. Gonzal. cap. 10 de testam.

²¹ Mol. d. 134 n. 7.

²² Mantic de conject lib. 6. tit. 3 n. 4. Tiraquell de privi. piae causae, privil. 1.

las leyes del Estado sobre fundaciones piadosas y adquisición de manos muertas permitidas en la república por la ley de 7 de agosto de 1823 art. 14.

Además del testamento *ad pias causas*, en el que como se ha dicho se dispensan algunas solemnidades, hay otro que está enteramente libre de ellas, exigiéndose sólo para su valor que conste la voluntad del testador. Tal es el testamento militar o de los soldados. Éstos por leyes de las Partidas, hallándose en campaña podían hacer su testamento ante dos testigos: pero si había peligro de muerte por cualquiera evento de la guerra, podían hacerlo del modo que pudiesen, por escrito o de palabra, escribiéndolo con su sangre en el escudo, o en las armas, o en donde les pareciera, con tal que se pudiera probar con dos testigos presenciales.²³ Mas por las ordenanzas del ejército impresas por primera vez el año de 1768 y reimpresas recientemente en esta ciudad está declarado, que todo individuo que goce del fuero militar, lo goce también en puntos de testamentos en cualquiera parte que esté sea o no en campaña.²⁴ Que en el conflicto de un combate o próximo a entrar en él, en naufragio o en cualquier otro riesgo militar, pueda testar como quisiere o pudiere, por escrito sin testigos, con tal que conste ser letra suya, o de palabra ante dos testigos, que depongan contextes haberles manifestado su voluntad.²⁵ Que será válida la disposición del militar escrita en cualquiera papel; ya sea en guarnición, cuartel o marcha; y que siempre que pudiere testar por ante escribano, lo haga según costumbre.²⁶

Por algunas dudas que ofreció este artículo se expidió una cédula²⁷ en la que se declara por punto general, que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, o de otro cualquier modo en que conste su voluntad, o hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo. En virtud de esta cédula no sólo los soldados, sino todos los que gozan del fuero militar pueden testar sin las solemnidades prescritas por el derecho común. De suerte que no son necesarios en opinión de algunos los dos testigos que por la ordenanza se requerían, respecto a no mencionarse solemnidad alguna; aunque otros opinan que sí, por no derogarse expresamente en esta cédula el artículo de la ordenanza. Mas si otorgare el militar 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. Si éste comprende o no a los hijos y demás personas dependientes de los militares, se disputa entre los autores. Nos parece más probable que no,

²³ L. 4 tit. 1 P. 6.

²⁴ Orden. del ejérc. trat. 8 tit. 11 de testam. art. 1.

²⁵ Art. 2 y 3 del mismo tit. 11 de testam. tr. 8.

²⁶ Art. 4.

²⁷ Cédula de 24 de octubre de 1778.

atendidos los términos en que está concebido el artículo constitucional que ha conservado entre nosotros los fueros militares y eclesiásticos.²⁸

Pueden hacer testamento todos aquellos a quienes no está expresamente prohibido, y lo está 1º a los locos;²⁹ aunque vale el que hicieron antes de su demencia, y también el que hagan en los lúcidos intervalos, si los tienen, siempre que no les sobrevenga el acceso antes de perfeccionarlo; pues entonces es nulo, debiendo probarse ésto con el escribano y testigos instrumentales.³⁰ Para proceder al testamento de un demente, deberá presentarse al juez su hijo o deudo, explicándole la enfermedad de que tiene interrupciones, y pidiéndole autorice al escribano para que en alguna de éllas explore su voluntad con asistencia de médico y cirujano, que declararán previamente sobre su capacidad. Obtenida la facultad del juez, practicarán sus reconocimiento los facultativos, cuya calificación se extenderá a continuación de la providencia judicial, y antes de cualquiera otra cláusula, y resultando de ella la capacidad del enfermo, procederá el escribano a presencia de los testigos a inquirir sobre su última voluntad, haciéndole las preguntas conducentes, aunque sean contrarias a sus mismas respuestas para cerciorarse de su aptitud. Si el testador supiere y pudiere firmar lo hará; y si no, los testigos que sepan y el escribano; y hecho todo se presentará al juez para su mayor validación.³¹

Está prohibido lo segundo: al pródigo a quien se haya quitado judicialmente la administración de sus bienes.³² Lo tercero: a los que no hayan llegado a la pubertad, ésto es, hombres menores de catorce años, y mujeres de doce;³³ pues teniendo esta edad pueden testar sin licencia de sus ascendientes, y aunque estén en la patria potestad,³⁴ y disponer libremente del tercio de sus bienes adventicios, castrenses, y cuasi castrenses. Lo cuarto: a los sordomudos a *nativitate*; pues si fuere por enfermedad, o el sordo supiere escribir, podrá hacerlo publicándolo a presencia del escribano y testigos.³⁵

Al ciego le está prohibido hacer testamento cerrado, pero no abierto ante escribano y cinco testigos.³⁶ Antiguamente les estaba prohibido también a los condenados a muerte, por la confiscación de bienes que era consiguiente; mas abolida ésta por el art. 147 de la constitución, no tiene ya lugar la prohibición.

Hay otros a quienes se prohíbe hacer testamento por razón de los bienes

²⁸ Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos á las autoridades a que lo están según las leyes vigentes. Art. 154 de la constitución federal.

²⁹ L. 13 t. 1 P. 6.

³⁰ La misma.

³¹ Feb. lib. de escrib. cap. 1 § 1 n. 10 y § 28 n. 301.

³² L. 13 t. 1 P. 6.

³³ La misma l.

³⁴ L. 4 lib. 5 R. C.

³⁵ L. 13 d. t. y P. citados.

³⁶ L. 2 t. 4 lib. 5 R. C.

de que intentarían disponer. Tales son los obispos, a quienes se prohíbe testar de los bienes adquiridos por el obispado; aunque se les permite hacer en vida donaciones de ellos a sus parientes, amigos o criados.³⁷ A los clérigos seculares, aunque por derecho canónico se les prohíbe disponer en testamento de los bienes adquiridos *intuitu Ecclesiae*; mas por costumbre muy antigua, lo hacen y se sostiene por las leyes el testamento.³⁸ Los religiosos profesos de uno y otro sexo tampoco pueden testar;³⁹ si no es que obtengan autorización para ello de la silla apostólica, lo mismo que los obispos para lo que adquirieron como tales.

Las leyes antiguas quitaban la facultad de testar a los esclavos, pero permitiéndoseles por las modernas tener peculio,⁴⁰ se infiere que pueden disponer de él.

La mujer casada puede hacer testamento sin licencia de su marido.⁴¹ y en una misma escritura pueden hacerlo dos, como marido y mujer, y el que sobreviva revocarlo por su parte.⁴²

La omisión de alguna de las solemnidades explicadas, o el otorgamiento por persona inhábil hacen *nulo* el testamento; pero hay otras causas que sólo le hacen perder sus efectos, o lo rompen. Esto sucede en cuanto a la institución de heredero en dos casos.⁴³ El primero es cuando al testador le nace o adopta un hijo después de hecho el testamento, que subsistirá en cuanto a las mandas, legados y demás disposiciones hasta donde alcance el quinto, que es del que tiene libertad para disponer; pero se anula o rompe en cuanto a la institución del heredero, extraño, debiendo entrar en su lugar el hijo. Si el testador tenía ya otros hijos y le nace alguno de nuevo, éste entrará a la parte con los demás. Si teniendo hijos no los instituye, pero tampoco a un extraño, aquéllos se entienden llamados tacitamente, y el testamento subsiste en todo lo demás hasta donde alcance el quinto. El segundo caso en que se rompe el testamento en cuanto a la institución, subsistiendo en lo demás, es en el de otorgamiento de otro posterior. Éste podrá derogar en un todo al primero, si el testador expresa la derogación con toda individualidad y siendo en todo perfecto;⁴⁴ pero si el testador instituye en el segundo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero expresándolo así, subsisten ambos testamentos en cuanto a todos, menos la institución hecha en el segundo.⁴⁵

Hay además otro caso en que el testamento pierde su efecto, y es cuando

³⁷ L. 8 t. 21 P. 1.

³⁸ L. 13 t. 8, lib. 5 R. C. y 6 t. 12 lib. R. 1.

³⁹ L. 8 t. 21 P. 1 y 17. t. 1 P. 6.

⁴⁰ Cédula de 31 de mayo de 1783 art. 3.

⁴¹ Espin. Glos. rub. 5 p. n. 8.

⁴² Molin. de just. trat. 2 d. 152.

⁴³ L. 1 t. 4 lib. 5 R. C.

⁴⁴ LL. 21 y 23 t. 1 P. 6.

⁴⁵ L. 21 citado.

se declara inoficioso; mas de este hablaremos cuando se trate de la desheredación en el § 8.

§ II

De los Codicilos

El codicilo es *una disposición menos solemne, ordenada por el testador a fin de explicar, añadir o quitar alguna cosa de su testamento; o mas bien como dice la ley de Partida: Escritura breve que hacen algunos hombres después que son hechos sus testamentos o antes. Se distinguen de los testamentos en que habiendo éstos no pueden suceder los herederos por intestado, y sí habiendo codicilo, como que puede proceder al testamento y morir el que lo hace intestado; y también en que el testamento exige necesariamente la institución de heredero, y en el codicilio no se puede hacer. De ellos unos son escritos o cerrados, y otros abiertos o nuncupativos; unos de testado y otros de intestado. Para el valor de los codicilos se requieren las mismas solemnidades que para el testamento abierto,⁴⁶ y en el cerrado basta que suscriban cinco testigos.*

El que no puede testar no puede hacer codicilos,⁴⁷ y en ellos como se ha dicho, no se puede hacer institución directa de heredero; aunque siendo abiertos, como que exigen las solemnidades de los testamentos de esta especie, podrá hacerse, y ya no serán codicilos; tampoco producirá efecto alguno la desheredación o sustitución hecha en ellos, ni la condición que se ponga al heredero instituido en testamento.

Así, pues, en el codicilo sólo se puede legar, y disminuir o quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte, y nombrar el delito cometido por el heredero instituido contra el testador por el que merece la herencia; y siéndole probado, queda destituido.⁴⁸

A diferencia de los testamentos se pueden hacer muchos codicilos, y todos valen, no siendo contrarios.⁴⁹

§ III

De los comisarios o apoderados para testar

Por nuestro derecho patrio se puede cometer a otro la facultad de hacer el testamento,⁵⁰ y aquél a quien se comete se llama *comisario*, y el instru-

⁴⁶ L. 2 t. 4 lib. 5 R. C.

⁴⁷ L. 1 t. 12. P. 6.

⁴⁸ L. 2 del mismo tit.

⁴⁹ L. 3 del mismo.

⁵⁰ L. 5 y siguientes tit. 4 lib. 5 R. C.

mento en que se le comete *poder para estar*. Éste debe tener las mismas solemnidades que el testamento.⁵¹ El comisario no puede instituir heredero ni hacer mejoras de tercio o quinto, ni desheredar a ninguno de los hijos o descendientes del testador, ni hacer ninguna especie de sustituciones, ni dar tutor a los pupilos; a menos que se le dé el poder especial para ello, explicándolo así, y si es para instituir heredero, debe nombrarlo el que da el poder en él.⁵²

Si el poderdante no designó heredero ni dio poder para ello al comisario, ni para alguna de las cosas dichas, sino sólo para que hiciera testamento, no podrá el apoderado más que pagar las deudas del testador y aplicar el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y el resto se entregará a los parientes que debieren heredar por intestado; y no habiéndolos, se entregará a la viuda lo que por derecho le corresponda, y lo demás lo aplicarán en beneficio del alma.⁵³

El comisario debe usar del poder dentro de cuatro meses desde que se le dio, si estaba en el lugar; dentro de seis, si estaba fuera; y de un año si no estaba en la república, sin que pueda alegar ignorancia, porque estos términos corren contra el ignorante; aunque el testador puede renunciando la ley 33 de Toro, prorrogar estos plazos.⁵⁴ Pasados estos términos sin haberse hecho el testamento, expira el poder, y los bienes todos pasan a los herederos por intestado; mas si el testador encargó al comisario determinadamente alguna cosa, y éste la hiciere pasado el término, se reputará hecha durante el poder.⁵⁵

Si el comisario no hizo el testamento, deben entrar en los bienes de su poderdante los herederos por intestado, y no siendo ascendientes o descendientes deberán aplicar la quinta parte a beneficios del alma del difunto, pudiendo en caso de no hacerlo, dentro de un año contado desde la muerte del testador, ser compelidos a ello por la justicia y a pedimento de cualquiera del pueblo,⁵⁶ y si son ascendientes o descendientes deberán hacer lo conveniente, atendida la calidad del difunto, la cantidad de la hacienda, y la costumbre del lugar.⁵⁷

Si el testador comenzó el testamento nombrando heredero, y después nombró comisario para que lo acabara, éste no podrá más que disponer de la quinta parte de los bienes, después de pagadas las deudas; si no es

⁵¹ L. 13 del mismo tit. y lib.

⁵² L. 5 t. 4. lib. 5 R. C.

⁵³ L. 8. del mismo tit. y lib.

⁵⁴ L. 7. del mismo.

⁵⁵ La misma 7^a.

⁵⁶ L. 10 t. 4 lib. 5 R. C.

⁵⁷ Sanz L. 4 cons. c. 1 d. 28 n. 14.

que el poder se extienda a más,⁵⁸ entendiéndose esto si los parientes son descendientes; pues siendo ascendientes podrá disponer del tercio.⁵⁹

El comisario no puede revocar el testamento hecho por su poderdante, ni en el todo ni en parte sin poder especial para ello.⁶⁰ Tampoco puede revocar el que él hubiere hecho en uso de su poder; ni después de hecho añadirle codicilo aun para causa piasas y aun cuando se hubiera reservado la facultad de hacerlo.⁶¹

Cuando se nombran muchos comisarios para que colectivamente hagan el testamento no podrán hacerlo unos sin los otros; pero si alguno muere, o requerido por los demás, no quisiere concurrir, procederán los restantes, y no poniéndose todos de acuerdo en lo que haya de hacerse, se estará a lo que determine la mayor parte; y estando iguales, decidirá el juez del lugar; y siendo éstos varios, el que elijan los comisarios; y no conviniéndose ni en esto, se escojerá por suerte;⁶² mas si el poder es para cada uno de los nombrados, a esto deberá estarse.⁶³

§ IV

De los herederos

Heredero se llama el que sucede en los bienes de otro: si sucede en todos, con los derechos, deudas y acciones, es universal, y si sólo en alguna cosa es parcial, o más bien legatario. Los herederos son o por intestado, que son los que suceden cuando el difunto no hizo testamento, o se anuló el que hizo, y de éstos hablaremos en el § de intestados, o por testamento, y son los que señala el testador. Estos son de tres clases: a saber, forzosos, o legítimos, necesarios y voluntarios. Forzosos se llaman los descendientes legítimos y en sus defecto los ascendientes, y de unos y otros trataremos en los §§ 5 y 6. Necesarios se llamaban por derecho de las Partidas los esclavos instituidos por sus señores, quienes tenían obligación de admitir la herencia, y por ésto se les daba ese nombre, y voluntarios son aquellos a quienes el testador nombra sin tener obligación para ello.

Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad o impedimento legal para ello, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las tres clases de herederos: a saber: en el forzoso basta que haya capacidad al tiempo de la muerte del testador, aunque no la hubiese al de la institución; en el necesario, debe haberla en ambos tiempos, y en el voluntario en tres, que son

⁵⁸ L. 11. del mismo t. 4.

⁵⁹ Gómez en la ley 37 de Toro n. 2.

⁶⁰ L. 8. del d. t. y lib.

⁶¹ L. 9. del mismo tit. y lib.

⁶² Gómez en la ley 38 de Toro.

⁶³ Carp. L. 3 cap. 2. n. 36.

el de la institución, el de la muerte del testador, y en el de la aceptación de la herencia.

De esta capacidad carecen los apóstatas y herejes declarados por sentencia: el que a sabiendas se ha hecho bautizar dos veces, y los colegios, cofradías, y ayuntamientos, o sociedades erigidas contra derecho.⁶⁴ Tampoco la tiene el traidor y sus hijos varones:⁶⁵ lo mismo que los que aconsejan o auxilian la traición,⁶⁶ y ninguno de éstos puede ser nombrado heredero, y siéndolo es nulo el testamento. Lo mismo sucede respecto del confesor del enfermo en su última enfermedad, su iglesia, convento, orden, parientes o deudos, cuyo nombramiento anula el testamento, y condena al escribano que lo extendiere a la pena de privación de oficio.⁶⁷

Los referidos tienen inhabilidad para suceder a todo género de personas. Hay otros que sólo la tienen para personas determinadas. Tales son los hijos ilegítimos respecto de sus padres. Se llaman ilegítimos los que no son habidos de matrimonio, y se distinguen en *naturales* y *espurios*. Los primeros son los procreadores por hombre y mujer hábiles para contraer matrimonio, ya cuando los engendraron o ya al tiempo del nacimiento, y además, es necesario que el padre los reconozca por tales hijos naturales, siempre que la mujer en quien los tuvo no viviese en su casa, o no hubiese sido una sola.⁶⁸ Respecto de estos hijos tienen obligación los padres, abuelos y ascendientes de ambas líneas de darles alimentos.⁶⁹ Y por lo que hace a la sucesión hereditaria podrán tener la de sus padres, siempre que éstos no tengan descendientes legítimos, aunque tengan ascendientes;⁷⁰ y si el padre no los mencionare en el testamento, deberán los herederos darle los alimentos.⁷¹ Habiendo descendientes sólo podrán suceder a su padre en el quinto de los bienes.⁷²

Respecto de las madres tienen los mismos derechos que hemos explicado, no solo los hijos naturales, sino también los espurios, como no sean los prohibidos que proceden de punible y dañado ayuntamiento,⁷³ de que vamos a hablar.

Bajo este nombre de espurios, que antes se aplicaba únicamente a los que no tenían padre conocido, se comprende en el día a todos los ilegítimos que

⁶⁴ LL. 4 t. 3. P. 6. y 6 y 7 t. 8. lib. 5 R. C.

⁶⁵ Esta prohibición que tenían para poder heredar en lo absoluto los hijos de traidor, no parece que puede tener lugar entre nosotros, supuesto el art. 146 de la constitución, que previene que la infamia no pase del delincuente, y el 147 que prohíbe la pena de confiscación de bienes: de modo que podrán heredar hasta a su mismo padre.

⁶⁶ LL. 2 t. 2 P. 7. y 2, 3 y 4 t. 18 lib. 8. R. C.

⁶⁷ Cédulas de 18 de agosto de 1771 y 16 de febrero de 1783.

⁶⁸ L. 9 t. 8 lib. 5. R. C.

⁶⁹ LL. 1 y 2 t. 15 y 5 t. 19 P. 4 y 11 al fin de! tit. 13 P. 6.

⁷⁰ L. 8 t. 8 lib. 5 R. C.

⁷¹ L. 8 t. 13 P. 6.

⁷² La misma l. 8 R.

⁷³ L. 7 t. 8. lib. 5 R. C.

no son naturales, y son los *adulterinos*, que proceden de hombre casado, o de hombre y mujer casados: los *sacrilegos* de monja o fraile profeso, o de clérigo de orden sagrado: los *incestuosos* de parientes en cuatro grado canónico, si ellos lo sabían, y los *manceres* de prostitutas o mujeres públicas. Todos éstos son de dañado ayuntamiento; pero es además punible si la madre era casada, porque entonces incurre en la pena de muerte.⁷⁴

A excepción de los sacrilegos, todos los espurios tienen derecho, ya por testamento, ya por intestado para suceder a sus padres que tengan descendientes legítimos, en el quinto de sus bienes, sin que se les pueda mandar más; pero los sacrilegos en nada pueden suceder según la 1. 9 del t. 8. del lib. 5 de la Recop. aunque por su disposición no es de creer que se entiendan excluidos los alimentos. A las madres suceden como herederos forzosos, menos los que proceden de ayuntamiento sacrilego, que nada pueden tener, o de dañado y punible que sólo tendrán el quinto.

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

Puede ser también afirmativa, si su cumplimiento consiste en hacer algo, como: Pedro sea mi heredero, si se casa; o negativa si es en no hacer, como: Sea mi heredero, si no se casa. La negativa tiene la singularidad de que no suspende la consecución de la herencia, dando el nombrado caución de que si en algún tiempo obrare contra la condición restituirá la herencia. A esta caución llaman *Muciana*.⁷⁵

Para el arreglo de los testamentos condicionales creemos oportuno insertar aquí las ocho reglas que fija el doctor Alvarez, y son: 1ª Al heredero forzoso no se le puede poner condición alguna bajo la cual haya de recibir su parte legítima.

2ª Cuando un padre mejora a su hijo en el quinto, tiene facultad de imponerle a su arbitrio los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que sean posibles y honestas.⁷⁶

3ª En el tercio, por ser verdaderamente legítima de los descendientes,

⁷⁴ La misma ley 7 t. 8 lib. 5 R. C.

⁷⁵ L. 7. t. 4 y 21 t. 9 P. 6.

⁷⁶ LL. 11 t. 4 P. 6 y 17 t. 1 de la misma.

que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condición;⁷⁷ aunque si se les permite poner gravamen.

4ª El heredero extraño, debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquiere la herencia.⁷⁸

5ª Si la condición depende del arbitrio de un tercero, y por culpa o anulación de éste no se puede cumplir, se tiene por cumplida.⁷⁹

6ª La condición imposible, ya sea de naturaleza, de hecho o de derecho, se tiene por no puesta, a diferencia de los contratos a los cuales los vicia.⁸⁰

7ª La condición perpleja que llaman dudosa, y se verifica cuando no se puede entender su sentido, porque repugnan entre sí las palabras, hace inútil la institución de heredero.⁸¹

8ª El heredero antes de cumplir la condición no transmite la herencia a sus herederos.

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

El primero es un espacio de tiempo concedido por la ley al heredero, dentro del cual pueda informarse así del valor de la herencia como del número de las deudas, y resolver si le trae provecho o no el aceptarla.⁸² Los jueces pueden conceder hasta nueve meses, y la autoridad suprema un año; aunque si en menos tiempo se conjetura que pueden deliberar, sólo se concederán cien días.⁸³ Este beneficio es de poco uso por el siguiente.

Este es el de inventario, por el cual el heredero no resulta obligado a más de lo que alcanza la herencia. Sobre el modo de formarlo, especies, solemnidades y demás concernientes a ello, hablaremos en el § del juicio de inventarios.

§ V

De los Descendientes

Hemos dicho que los descendientes, y en su defecto los ascendientes, son herederos forzosos, y se llaman así, porque no pueden dejar de ser instituidos, sino por justa causa bastante a la desheredación. Se llaman también legítimos, porque han nacido conforme a las leyes civiles y canónicas, y son de tres clases: unos que proceden de verdadero matrimonio; otros que

⁷⁷ L. 11 t. 6 lib. 5 R. C.

⁷⁸ L. 7 t. 4 P. 6.

⁷⁹ L. 14 del d. t. 4.

⁸⁰ L. 3 del mismo.

⁸¹ L. 5 del mismo.

⁸² L. 1 t. 4 P. 6.

⁸³ L. 2 del mismo.

fueron procreados durante él, pero en el que resultó impedimento ignorado por ambos padres, o por uno de ellos; y los últimos son los legitimados por subsiguiente matrimonio.

A todos éstos deben los padres instituir por herederos de todos sus bienes a excepción del quinto, del que pueden disponer libremente; y con ellos no puede entrar en parte ningún extraño, de modo que su institución sería inválida e ineficaz.

No se reputa extraño el hijo póstumo, que es el que nace después de muerto el padre; más para que sea habido por legítimo es necesario que su madre lo dé a luz, cuando más a los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de ésta viva en su compañía; pues si nace entrado el onceavo mes del fallecimiento, aunque sea en un día, ya no se reputa legítimo, y sí, en el séptimo o noveno mes.⁸⁴ Además es necesario que viva veinte y cuatro horas después de nacido, y que sea bautizado, pues de otro modo se reputa abortivo, y no hereda a sus padres.⁸⁵

El hijo legitimado por rescripto del príncipe, que en nuestro sistema de gobierno es por decreto del cuerpo legislativo, aunque lo sea para heredar a sus padres y ascendientes, no puede hacerlo en concurso de los descendientes legítimos, que lo son por matrimonio anterior o posterior a la legitimación de aquél; aunque para suceder a los otros parientes, lo mismo que en los honores y preeminencias de la familia, se iguala en un todo con ellos.⁸⁶

Por lo que hace a los hijos naturales ya hemos dicho en el § anterior en qué casos suceden a sus padres, respecto de los cuales nunca tienen lugar los espurios, a diferencia de las madres, a quienes pueden suceder en los términos que dijimos allí. De modo que los hijos legítimos por matrimonio excluyen la concurrencia de todos los que no lo son.

Esta sucesión de los descendientes puede verificarse o *por cabezas*, esto es, teniendo cada uno igual derecho a igual porción con los demás coherederos, o *por familias*, esto es, que una familia tenga derecho a una porción igual a la de cada uno de los herederos, porque represente a uno de ellos. Un ejemplo pondrá en claro esta doctrina. Muere un padre que tuvo cuatro hijos: de éstos viven dos, uno de ellos casado y con un hijo, y los otros dos difuntos, de los cuales uno dejó dos hijos y el otro cuatro; pues los hijos vivos suceden por cabezas, y los hijos de los dos difuntos por familias; de manera que suponiendo que el caudal divisible, deducidas las deudas y el quinto, sean cuarenta mil pesos, corresponderán de ellos a cada uno de los dos hijos vivos a diez mil, y como los seis restantes representan a dos personas que fueron sus padres, hijos del difunto cuyos bienes se dividen, se harán otras dos porciones iguales entre sí, y respecto de las que

⁸⁴ L. 4 t. 23 P. 4.

⁸⁵ L. 11 t. 4 P. 6.

⁸⁶ L. 10 t. 8 lib. 5 R. C.

han llevado los otros dos, y resultará que a los dos hijos de uno de los difuntos se darán otros diez mil pesos, que partidos entre sí les corresponderán cinco, y a los cuatro del último otros diez mil, y les corresponderán dos mil quinientos.

§ VI

De los ascendientes

Faltando los descendientes, son herederos forzosos los ascendientes, entendiéndose primeramente por tales los padres, con quienes ningún otro concurre, y así dividirán la herencia en dos partes iguales.⁸⁷ Entre los ascendientes no se sucede por representación: así es que muerto uno de los padres, sólo hereda el otro que sobrevive, con exclusión del abuelo de la otra línea.⁸⁸ Muertos los padres suceden los abuelos de ambas líneas, debiéndose partir los bienes indistintamente en dos porciones iguales para el paterno y materno;⁸⁹ si de una parte existieron sólo un abuelo y de la otra dos, aquél habrá la mitad de los bienes, y éstos la otra;⁹⁰ y a falta de los abuelos heredan los ascendientes más inmediatos que hubiere, sean de la línea que fueren.⁹¹

Con respecto a los ascendientes puede el testador disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, reservando precisamente para aquéllos las otras dos terceras partes, y debiendo sacarse únicamente de aquélla los gastos de entierro, formación de inventarios, mandas y legados.⁹²

Los hermanos nunca son herederos forzosos,⁹³ y cuando son instituidos se entienden los que lo son de padre y madre, a menos que conste de otro modo la voluntad del testador.

§ VII

De las mejoras y modo de computarlas

Mejora se llama la aplicación que suelen hacer los padres del quinto de sus bienes de que pueden disponer libremente, a favor de alguno de sus hijos, o del tercio, del que no pueden disponer sino en favor de algún hijo o nieto. Se dice mejora, porque aquel a quien se aplica, resulta en efecto mejorado respecto de sus coherederos, pues a más de la parte que como a

⁸⁷ L. 4 t. 13 P. 6.

⁸⁸ Gómez en la ley 6 de toro n. 5.

⁸⁹ El mismo.

⁹⁰ L. 4 citada y Gómez.

⁹¹ La misma l. 4.

⁹² L. 1 t. 8 lib. 5 R. C.

⁹³ L. 2 t. 7 P. 7.

tal le corresponda, tendrá la quinta de todo el caudal, y la tercia si fuere en ambas.*

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

Las mejoras pueden hacerse en testamento, o por contrato entre vivos, revocables en los términos en que lo son los testamentos, o donaciones perfectas.⁹⁴ Mas debe notarse que el padre no puede dar ni prometer por vía de dote o de casamiento a su hija el tercio o quinto de sus bienes, ni ella entenderse mejorada tácita o expresamente por ninguna especie de contrato entre vivos.⁹⁵ Pero no está prohibido a los padres mejorar a las hijas en testamento siempre que no sea con respecto a la dote.

Si la mejora es del quinto, se entiende deducidos los gastos, mandas y legados; y siendo de tercio y quinto, deberá sacarse primero el quinto y después el tercio, como expresamente lo previene una ley del Estilo,⁹⁶ aunque algunos autores le ponen ciertas limitaciones.⁹⁷

Para sacar las mejoras se han de regular los bienes por el valor que tenían al tiempo del fallecimiento del testador, y no al del en que fueron hechas;⁹⁸ y por eso no se sacan de las dotes, ni de otras donaciones que los hijos traen a colación, porque ya no estaban en el patrimonio del padre.⁹⁹

Si el padre hiciere a alguno de sus hijos alguna donación simple, se entiende que lo mejora, aunque no lo exprese, y se aplica primero al tercio, después al quinto, y lo que sobrare a la legítima.¹⁰⁰ Pero si la donación fuere por causa, se cuenta primero por legítima, después se aplica al tercio, y últimamente al quinto; y si aún excede, es inoficiosa en cuanto al exceso, que deberá restituirse a los demás interesados.¹⁰¹

Las dotes no pueden reputarse como mejoras, pero sí las donaciones *propter nuptias*, que los padres suelen hacer a sus hijos varones, pero éstas si exceden de lo que pudiera corresponderles por vía de mejoras y légitimas, son inoficiosas, y aquéllas no, con tal que quepan en los bienes del padre

* Esta facultad que conceden las leyes a los padres por mejorar a alguno de sus hijos en tercio y quinto, es tan ruinosa como la que tenían para establecer mayorazgos y vinculaciones: y es de desear que la ilustración que destruyó aquélla, haga otro tanto con ésta.

⁹⁴ L. 1 t. 6 lib. 5 R. C.

⁹⁵ L. 1 t. 2 lib. 5 R. C.

⁹⁶ L. 214 del Estilo.

⁹⁷ Gómez en la ley 17 de Toro n. 2. Angulo de meliorat, ley 9 glos. 2 n. Paz in Stil.

⁹⁸ L. 7 d. t. 6 lib. 5 R. C.

⁹⁹ L. 9 del mismo.

¹⁰⁰ L. 10 del mismo.

¹⁰¹ L. 3 tit. 8 lib. 5 y Aceved. sobre la misma n. 26 y Cobar. in cap Rainald § 2 n. 26.

según la estimación que tuvieran al tiempo en que se constituyeron, o al del fallecimiento del padre, según escojan las mismas hijas.¹⁰²

La mejora puede hacerse por el padre señalando cosa cierta, o parte determinada de la herencia, con tal que su valor no exceda del importe del quinto o tercio, según fuere la mejora,¹⁰³ y deberá entregarse al mejorado por los herederos, sin que puedan hacerlo del valor de la cosa en vez de ella, sino en el caso de que no pueda dividirse,¹⁰⁴ mas esta facultad no puede cometerse a otro.¹⁰⁵

Para la mejor inteligencia de lo dicho en este § queremos poner tres ejemplos que lo aclaren. 1° Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego. A Pedro lo mejoró en el tercio, y a Juan en el quinto. Testó 1 700 pesos; debía 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Primero se pagan las deudas, y queda de caudal la cantidad de 1 500, se sacará el quinto que son 300, de los que se pagará el legado y entierro, que son 150, y el resto que es otro tanto se entregará a Juan por su mejora. Habían quedado 1 200, de los que se sacará el tercio que son 400, que se entregarán a Pedro como mejorado, y el remanente se dividirá en tres porciones iguales para los tres hijos. 2° Supongamos que el mismo padre a más de lo dicho tuvo una hija a la que dio 400 pesos de dote, el quinto y el tercio serán los mismos, como que no se han de sacar de los 400 dotales; pero éstos se agregarán a los 800 restantes después de sacados el quinto y el tercio, y resultará un total de 1 200, que deberán partirse en cuatro partes iguales, que son 300 para cada uno de los cuatro hijos; mas como la hija tenía recibidos 400, deberá restituir 100, porque en el exceso es inoficiosa la dote, aunque podrá escoger el tiempo en que le fue dada, si en él eran mayores los bienes de su padre, de modo que la cubriesen; y en ese caso se repartirán entre los tres hermanos los 800 del residuo. 3° Supongamos el mismo padre con los mismos tres hijos, y el mismo caudal; pero que había hecho a Pedro una donación simple de 1 000 pesos, y a Juan otra por causa, de 300. Pues como las mejoras sólo se sacan del caudal existente al tiempo de la muerte, el cual hemos dicho que eran 1 500, resulta que el tercio y quinto importan los mismos 700. Éstos se aplicarán a Pedro por la mejora de tercio y quinto que se le supone en virtud de la donación simple, y se acumularán al remanente de 800 los 1 300 que importan las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2 100 que se partirá en tres porciones iguales de a 700 pesos para los tres hermanos. Será entonces el haber de Pedro con mejoras y legítima 1 400: tenía recibidos 1 000, se le entregarán 400. Juan tenía recibidos por su donación 300, sólo le corresponden de legítima 700,

¹⁰² La misma l. 3 t. 8.

¹⁰³ L. 3 t. 6 del mismo lib. 5 R. C.

¹⁰⁴ L. 4 del mismo t. y lib.

¹⁰⁵ L. 3 del t. y lib. d.

se le entregarán 400, y a Diego se le entregarán íntegros los 700 de su legítima.

Lo dicho hasta aquí, da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna: resta sólo explicar lo que debe traerse a colación y partición. Como los padres suelen en vida hacer a sus hijos algunas donaciones, y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de éstos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la partición, deduciéndose al que lo ha recibido de la porción hereditaria o legítima que le corresponda, y esto es lo que quiere decir *traer a colación y partición*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues ésto está establecido para guardar la igualdad, que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas sí se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* u otra causa; aunque si los hijos que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo, y entonces sin traerlas a colación se juzgan pagados de su legítima con lo que han recibido; a menos que sean inoficiosas, esto es, que excedan a lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso.¹⁰⁶ Debe igualmente traerse a colación el peculio profecticio;¹⁰⁷ pero no el castrense, cuasi castrense ni adventicio, pues éstos quedan libres por el fallecimiento del padre, al hijo de quien son, sin derecho alguno de sus hermanos.¹⁰⁸

Tampoco hay obligación de traer a colación lo gastado por el padre en dar estudios al hijo y en los libros necesarios para ello; aunque algunos autores quieren que esto se compute por cuenta de las mejoras, mas Sala cree esta opinión contraria a la ley de Partida que dice: *Non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la partición*. El mismo autor es de opinión, que no deben llevarse a colación los gastos erogados en grados de universidad, y en otras condecoraciones que no tienen sueldo, ni otros frutos.¹⁰⁹

§ VIII

De la desheredación y del testamento inoficioso

La desheredación es un acto por el cual los descendientes o ascendientes son privados del derecho que tienen a ser herederos.¹¹⁰ Sólo puede desheredar el que es capaz de testar, tiene herederos forzosos, y causas para ello.¹¹¹ La desheredación debe hacerse nombrando al que se deshereda, o

¹⁰⁶ L. 3 t. 8 lib. 5 R. C.

¹⁰⁷ L. 3 t. 15 P. 6.

¹⁰⁸ L. 5 d. t. y P.

¹⁰⁹ Sala: instituciones del derecho real lib. 2 t. 6 nn. 11 y 12.

¹¹⁰ L. 1 t. 7 P. 6.

¹¹¹ L. 2 del mismo tit. y P.

dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin condición, y del total de los bienes, pues de de otro modo no vale.¹¹² Para que valga la de los descendientes, no sólo se ha de expresar la causa, sino que debe probarla el testador, o el heredero instituido;¹¹³ mas no es necesario esto si el heredero consiente tácita o expresamente en la desheredación, en cuyo caso no puede reclamarla, ni debe ser oído en juicio.¹¹⁴ Y si el testamento en que se hizo se anula o rompe, no vale tampoco la desheredación hecha en él.¹¹⁵

Los padres pueden desheredar a sus descendientes por diez causas: 1ª Porque les hayan puesto las manos airadas, maquinado su muerte de cualquier modo, procurado que pierdan o se menoscabe en gran parte su hacienda, o acusándolos de delito por el que debieran morir o ser desterrados; aunque si el delito es de traición, y fue probado, no tiene lugar la desheredación.¹¹⁶ Por infamarlos, de modo que valgan menos, o tener acceso con la madrastra o amiga, sabiendo que lo es. 3ª Por ser hechiceros, o vivir con los que lo son.¹¹⁷ 4ª Por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prisión; aunque esta causa no comprende a las mujeres, que no pueden ser fiadoras.¹¹⁸ 5ª Por impedirles que testen. 6ª Por lidiar por dinero con hombre o bestia contra la voluntad del padre, o hacerse cómico de profesión, no siéndolo éste. 7ª Cuando la hija resiste casarse, queriendo su padre, y después se hace ramera; pero si intentó casarse, y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados éstos, aunque se prostituya, o case contra su voluntad, no puede desheredarla.¹¹⁹ 8ª Cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar a su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando; pues si muere intestado debe llevar el extraño que lo haya recogido todos sus bienes; y si recobra su juicio puede desheredarlos; y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento, instituyéndolos por herederos, si muere estando loco en casa del extraño, no vale la institución.¹²⁰ 9ª Por no redimir, pudiendo, a sus ascendientes cautivos; mas para incurrir en esta pena el heredero debe ser mayor de diez y ocho años.¹²¹ 10ª Si los descendientes de cristianos se hacen herejes o moros, permaneciendo católicos sus ascendientes.¹²² El matrimonio clandestino declarado por la autoridad eclesiástica era causa para la desheredación;¹²³ mas como en el día son nulos por el concilio de Trento, se duda de esta causa.

¹¹² L. 3 del mismo tit. y P.

¹¹³ L. 7 t. 8 P. 6.

¹¹⁴ L. 6 t. 8 P. 6.

¹¹⁵ L. 2 t. 7 P. 6.

¹¹⁶ L. 4 t. 7 P. 6.

¹¹⁷ L. 4 t. 7 P. 6.

¹¹⁸ Dicha l. 4.

¹¹⁹ L. 5 del mismo t. y P.

¹²⁰ La misma l. 5.

¹²¹ L. 6 del d. t. y P.

¹²² L. 7 del d. t. y P.

¹²³ L. 1 t. 1 lib. 5. R. C.

Las causas porque los descendientes pueden desheredar a sus ascendientes, son ocho, a saber: 1ª Por acusarlos de delito que merezca pena de muerte o destierro, excepto el de traición. 2ª Por maquinarse su muerte con yerbas, veneno, etc. 3ª Por tener acceso carnal con la mujer o amiga de algunos de ellos. 4ª Por impedirles disponer de sus bienes conforme a derecho. 5ª Por solicitar el marido la muerte de la mujer, o al contrario. 6ª Por no querer dar a sus descendientes locos lo necesario para su conservación. 7ª Por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. 8ª Cuando el ascendiente es hereje, y el descendiente católico. Probada cualquiera de estas causas, puede el descendiente desheredar a su ascendiente y vale la desheredación.¹²⁴

Los hermanos aunque no son herederos forzosos, tienen derecho para anular la institución hecha por el hermano, si éste les antepone una persona torpe o infame; y este derecho lo pierden en tres casos. 1º Por procurar la muerte del hermano. 2º Por acusarlo de delito por el que merezca pena de muerte o mutilación. 3º Si le ha causado la pérdida de todos o de la mayor parte de sus bienes.¹²⁵

Por último, el heredero extraño pierde la herencia del que le instituyó en seis casos. 1º Cuando el testador fue muerto por obra o consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiéndolo entra en herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y después querrellarse hasta cinco años. 2º Si abre el testamento antes de acusar a los delincuentes estando cerciorado de quienes lo son. 3º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa o consejo del heredero. 4º Por haber tenido éste acceso carnal con la mujer de aquél. 5º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legítimo perderá la herencia. 6º Si a ruego o mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole la incapacidad. Por estas causas pierde también el legatario su legado.¹²⁶

Contra el testamento en que hay desheredación, siendo válido, conceden las leyes una acción que se llama de *inoficioso testamento*, y es, por la cual los ascendientes o descendientes desheredados por su nombre, y con expresión de causa legítima, piden ser admitidos a la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento en atención a que la causa no ha resultado verdadera.

Como esta acción es odiosa, porque denota que el padre o el hijo han faltado a los oficios de piedad, sólo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria: 1º Por la preterición o desheredación hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure* nula la institución de heredero.¹²⁷ 2º Tampoco será ne-

¹²⁴ L. 11 t. 7 P. 6.

¹²⁵ L. 12 t. 7. P. 6.

¹²⁶ LL. 13 t. 7 P. 6. y 11 t. 8 lib. 5 R. C.

¹²⁷ L. 1 t. 8 P. 6.

cesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá acción a que se le complete su legítima.¹²⁸ De que se infiere que sólo tendrá lugar cuando, la desheredación es enteramente arreglada a derecho; pero el heredero establecido, que es a quien toca probar la causa, en caso de negarla el desheredado, o de no estar probada por el estador, no lo hace suficientemente.¹²⁹

Esta acción no se da a todos los parientes del testador, sino sólo a los descendientes y ascendientes, que son los que tienen derecho a la legítima, comprendiéndose entre éstos los hijos naturales, y no de punible ayuntamiento respecto de la madre, a quienes compete la acción, aun cuando tenga ascendientes legítimos;¹³⁰ más también la tienen los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia a ellos a alguna persona torpe o de mala fama.¹³¹

El efecto de esta acción es anular la institución de heredero, entrando el que debe heredar conforme a derecho, y en la parte correspondiente, quedando todo lo demás del testamento en su vigor,¹³² como son mejoras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, etc.

Cesa esta acción: 1º siempre que haya otro arbitrio para conseguir la herencia, pues éste es subsidiario, y 2º siempre que se consiente en la desheredación expresa o tácitamente,¹³³ como si dejase el desheredado pasar cinco años después que el extraño hubiese aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oído, a menos que sea menor, que entonces podrá hacerlo hasta cuatro años después de cumplidos los veinticinco.

§ IX

De las sustituciones

La sustitución en general es nombramiento de segundo o tercero heredero para el caso de que falte, o no lo sea el primero.¹³⁴ Puede ser directa, y oblicua o fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas o imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervención de otro; y la otra es la que se hace por palabras de ruego, y da la herencia por mano de otro.

La sustitución se divide en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar,

¹²⁸ L. 5 del mismo tit. y P.

¹²⁹ LL. 1 y 4 del mismo tit. y P.

¹³⁰ L. 5 de Toro. L. 7. t. 8 lib. 5 R. C.

¹³¹ LL. 2 y 3 t. 8 P. 6.

¹³² L. 7. del mismo tit. y P.

¹³³ L. 6 del d. t. y P.

¹³⁴ L. 1 t. 5 P. 6.

compendiosa, brevilocua y fideicomisaria. Vulgar es la que puede hacer cualquiera testador al heredero que instituye para el caso que no llegue a serlo.¹³⁵ Se llama vulgar porque la puede hacer cualquiera testador, y para que el sustituido en ella entre en la herencia, lo mismo es que el heredero no quiera, que el que no pueda aceptarla.¹³⁶ Es expresa cuando el testador dice: *nombro por mi heredero a Pedro, y éste si no lo fuere lo será Juan*; y tácita cuando nombra a varios para que lo herede el que sobreviva. Si al tiempo del fallecimiento viven dos o más, partirán la herencia en partes iguales, y si uno solo, ese la llevará toda.¹³⁷

Pueden ser sustituidos, los que pueden ser instituidos, así como los inhábiles para ser herederos lo son también para ser sustitutos. Puede sustituirse a uno en lugar de muchos, y al contrario; y el sustituto se entiende llamado a la misma parte a que lo era el heredero, de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta parte, otro en la sexta, y otro en la octava de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo orden, ninguno de éstos entrará, sino en la parte que correspondía a aquel a quien se sustituyó.¹³⁸

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

La pupilar es la que hace el padre de familia a sus hijos impúberes que se hallan en su potestad para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar a la pubertad.¹³⁹ Ésta se distingue de la vulgar: 1° en que sustituir vulgarmente pueden todos los testadores, y pupilarmente sólo los padres de familia: 2° en que vulgarmente se sustituye a cualesquiera herederos y pupilarmente sólo a los hijos impúberes; y 3° que en la vulgar se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no hereda, y en la pupilar para un afirmativo, esto es, si el hijo fuere heredero y muriese antes de la pubertad.¹⁴⁰

De esta noción de la sustitución pupilar se infieren tres axiomas. 1° El fundamento de la sustitución pupilar es la patria potestad. 2° La causa de ello es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad. 3° Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos, no en cuanto a las solemnidades, sino en cuanto a la institución de herederos, que es doble.¹⁴¹

Del primero se infiere: 1° Que la madre no puede sustituir popularmente, porque nunca tiene a los hijos en su potestad.¹⁴² 2° Que ni el padre puede

¹³⁵ La misma l.

¹³⁶ L. 2 t. 5 P. 6.

¹³⁷ D. L. 2.

¹³⁸ L. 3 t. 5 P. 6.

¹³⁹ LL. 1 y 5 d. t. y P.

¹⁴⁰ LL. 1 y sig. d. t. y P.

¹⁴¹ L. 7 del mismo.

¹⁴² L. 2 t. 17 P. 4.

respecto de los emancipados.¹⁴³ 3º Que tampoco puede el abuelo que no tiene patria potestad sobre los nietos.¹⁴⁴ 4º Que puede el padre respecto del hijo desheredado.¹⁴⁵ Y 5º Que la sustitución acaba por la emancipación, sin necesidad de prueba.

Del segundo axioma resulta, que no se puede sustituir al hijo, sino para el tiempo que le reste hasta cumplir la edad, que son catorce años en los hombres, y doce en las mujeres, y cumplida ésta acaba desde luego la sustitución. Y por último, del tercero, que el padre no puede hacer sustitución sin hacer testamento para sí, y el sustituto recibe todos los bienes del hijo por cualquiera línea que le vengan, aun cuando tenga madre, a quien en opinión de algunos excluye el sustituto,¹⁴⁶ fundados en la razón de que esta sustitución es parte del testamento del padre, que no tiene obligación de dejar nada a su mujer, madre de su hijo, sino en caso de necesidad;¹⁴⁷ pero quieren que la sustitución sea expresa, pues siendo tácita incluida en la vulgar, no queda excluida la madre.¹⁴⁸

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

La ejemplar es la que hacen los ascendientes a sus descendientes fatuos, locos, o desmemoriados, aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la del uso de su entendimiento.¹⁴⁹ Como el fundamento de ésta es la necesidad, pueden hacerla el padre, la madre, y los abuelos a sus ascendientes legítimos, estén o no en su poder, casados o emancipados; y la madre puede hacerlo con los naturales, cuando los debe dejar por herederos.

Se llama ejemplar porque le sirve como de modelo la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero a Pedro mi hijo legítimo, y si muriere en la locura que padece, será su heredero Juan su hermano; y éste lo heredará en efecto en tal caso.*¹⁵⁰

En esta sustitución se han de llamar los sustitutos precisamente en este orden: los hijos de loco o fatuo, a falta de ellos los nietos y demás descendientes por su orden y grado. Faltando éstos, algunos autores quieren que se nombre un hermano.¹⁵¹ otros que sean todos ¹⁵² y en su defecto un extraño.¹⁵³

¹⁴³ L. 15 t. 18 P. 4.

¹⁴⁴ L. 8 t. 1 lib. 5 R. C.

¹⁴⁵ L. 6 t. 5 P. 6.

¹⁴⁶ Gregor. López sobre la 1. 5 t. P. 6 y Febrero reform. P. 1 cap. 5 § 3 n. 90.

¹⁴⁷ Cap. 1 de testam. in 6.

¹⁴⁸ Salm. tr. 14 c. 5 n. 115.

¹⁴⁹ L. 10 t. 5 P. 6.

¹⁵⁰ L. 10 t. 5 P. 6.

¹⁵¹ Sala en sus notas á Vinnio, en la nota de derecho de España puesta á este título § 1 n. 9.

¹⁵² Febrero reformado P. 1 cap. 5 § 3 n. 93.

¹⁵³ Esto indica que aun en la sustitución ejemplar se pretende que quede excluida la

Se acaba esta sustitución ejemplar por recobrar el fatuo juicio, porque le nazca algún hijo, ó porque la revoque el que la hizo.

La compendiosa es la que comprende diversas sustituciones, tiempos y casos, y por ella se adquiere la herencia por cualquier modo que haya lugar, v. g. *Instituyo a mi hijo Francisco por mi heredero, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo a Fernando.* En este caso, si el hijo no fuere heredero, tiene lugar la sustitución vulgar: si era menor y murió antes de la pubertad, entra la pupilar: si era loco o fatuo, la ejemplar. Como esta sustitución comprende a la pupilar, sólo la puede hacer el padre.¹⁵⁴

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

Últimamente, la fideicomisaria es cuando el testador encarga al heredero que nombra, que restituya o entregue a otro su herencia. Antiguamente se podía obligar al heredero nombrado a aceptar la herencia, para que el testador no muriese parte testado y parte intestado; más después de la ley 1 t. 4 lib. 5 de la R., que declaró que la falta de institución de heredero no anula el testamento, no es ya necesario ésto, y si el heredero no acepta o renuncia, entrará el sustituto.¹⁵⁵

Si el testador rogase a alguno que después de su muerte restituyese la herencia a otro, y el rogado profesase en religión capaz de sucesión hereditaria, gozaría la religión de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, o hasta el tiempo señalado para la restitución.¹⁵⁶

El padre puede dejar la herencia a otro con intención, pero sin pacto de que la restituya por vía de fideicomiso a su hijo espurio. Algunos autores dicen que se lo puede significar así al heredero, y aún rogárselo especialmente, pero no obligarlo a ello; y si el heredero diere palabra de hacerlo, estará obligado a cumplirla o lo menos por fidelidad.¹⁵⁷

Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligación de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad se estableció, que en premio de su trabajo y de la restitución de la herencia, tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, y es la que se llama *cuarta trebellianica*. Para computarla debe el heredero traer a cuenta lo que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la tuvo en su

madre, pues no se le llama en el orden de los sustitutos: pero si se duda en la pupilar no obstante el fundamento de la patria potestad, con mayor razón debe sostenerse que no cabe en la ejemplar que carece de aquel fundamento. A esta opinión se inclina Álvarez juzgando que debe observarse la 1. 6 de Toro, y tenerse por derogada la 11 t. 5 P. 6, y remitiéndose á Greg. López sobre d. 1. y á Covar de testam.

¹⁵⁴ L. 12 t. 5 P. 6.

¹⁵⁵ L. 14 t. 5 P. 6.

¹⁵⁶ L. 1 t. 4 lib. 5 R. C.

¹⁵⁷ Salm. tr. 14 cap. 15. n. 66.

poder.¹⁵⁸ Si éstos equivalen a la cuarta parte restituirá la herencia íntegra, y si no tomará de ella lo necesario para completar aquélla.¹⁵⁹ Pero si los frutos importaren más, si el testador le señaló día para la restitución, y el heredero la verificó, hace suyos los percibidos hasta ese día, aunque excedan de la cuarta; pero si no le señaló día, y él fue moroso en hacer la entrega, debe restituir el exceso.¹⁶⁰

No tiene lugar la cuarta trebeliánica: en el testamento del soldado: si el testador prohíbe que se saque: si el heredero restituye toda la herencia por ignorancia: si no hizo inventario, y por último si no quiere aceptarla.¹⁶¹

§ X

De los legados y fideicomisos

Legado, manda o fideicomiso particular, es una donación que hace el testador en el testamento, o en codicilo.¹⁶² Unos son forzosos, que son los que por disposición del derecho se deben dejar por todo testador a ciertos y determinados objetos piadosos; y otros voluntarios, que son los que dependen de la voluntad del mismo.

Los legados o mandas forzosas son en el día en la capital de la federación: los lugares santos de Jerusalén, redención de cautivos, Santuario de Guadalupe, y para casar huérfanas pobres, habiendo cesado la de la causa del Venerable Gregorio López por la cédula de 1 de junio de 1785. La cantidad que haya de dejarse a estos objetos, depende absolutamente de la voluntad del testador. En los estados podrán subsistir estas mismas, o sustituirse por otras, según hayan acordado las respectivas legislaturas.

Con respecto a los legados voluntarios, puede dejarlos todo el que puede hacer testamento, y pueden dejarse a todos los que pueden ser instituidos herederos; exceptuándose el de alimentos, que puede dejarse hasta a los incapaces de heredar, como son los espurios.¹⁶³

El testador puede mandar que paguen legados a todos los que perciban algo de su herencia; con tal que no los grave en más de lo que reciban.

Se pueden legar todas las cosas que existen, o pueden existir, con tal que estén en el comercio de los hombres y aunque sean incorporeales; y así se puede legar la cosecha venidera, un usufructo, una servidumbre, una deuda, pero no de un templo, ni una plaza pública.¹⁶⁴ También puede legarse la cosa ajena, y entonces tiene el heredero la obligación de comprarla a su

¹⁵⁸ L. 8 t. 11. P. 6.

¹⁵⁹ D. 1. 8.

¹⁶⁰ D. 1. 8.

¹⁶¹ L. 1 t. 4 lib. 5 R. C.

¹⁶² L. 12 t. 5 P. 6.

¹⁶³ L. 8 t. 3 lib. 5 R.

¹⁶⁴ L. 13 t. 9 P. 6.

dueño y entregarla al legatario, y no queriéndola aquél vender, entregará su estimación;¹⁶⁵ más esto se entiende si el testador sabía que la cosa era ajena; pues creyéndola suya, no siéndola, no hay obligación ninguna en el heredero, a menos que el legado sea a la mujer o a algún pariente.¹⁶⁶ La obligación de probar que el testador sabía que la cosa no era suya, es del legatario.¹⁶⁷

Si el legatario había adquirido ya la cosa ajena que se le lega, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo, u oneroso; pues si fue por el primero, el legado es inútil, por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y a favor de una misma persona*.¹⁶⁸ pero si la adquirió por el segundo, se le debe la estimación.

Se pueden legar las cosas que el testador tiene dadas a otro en prenda;¹⁶⁹ y el heredero tendrá la obligación de desempeñarlas, si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabía;¹⁷⁰ mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario.¹⁷¹ Igualmente será obligación del heredero desempeñarlas, si estaban en una cantidad igual o mayor que su valor, ya lo supiese o ya lo ignorase el testador.¹⁷²

Pueden legarse también las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado sólo el derecho de prenda; pudiendo el heredero exigir al legatario la cantidad porque tenía empeñada su cosa.¹⁷³

Si el testador lega una cosa, y luego la enajena, si la enajenación fue por donación que hizo de ella, se entiende revocado el legado;¹⁷⁴ pero si fue por venta se debe la estimación al legatario.¹⁷⁵

Suelen hacerse legados de ciertas cosas incorpóras, que se llaman *legados de nombre, de liberación y de deuda*, sobre los cuales conviene saber: que se dice de nombre, cuando el testador lega a Pedro lo que debe Juan; de liberación, cuando se lega al deudor lo mismo que él debe, y de deuda, cuando se lega al acreedor lo que le debe el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la acción que el testador tenía contra su deudor; y si la deuda resultare mala, a nada queda obligado el heredero.¹⁷⁶ Por el de liberación está obligado a entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda o cualquiera otra seguridad que hubiese dado de ella, deján-

¹⁶⁵ L. 10 del d. t. y P.

¹⁶⁶ La misma l.

¹⁶⁷ La misma.

¹⁶⁸ L. 43 t. 9 P. 6.

¹⁶⁹ L. 11 d. d. t. y P.

¹⁷⁰ La misma l.

¹⁷¹ La misma.

¹⁷² La misma.

¹⁷³ L. 16 del mismo tit. y P.

¹⁷⁴ LL. 17 y 40 t. 9 P. 6.

¹⁷⁵ D. l. 40.

¹⁷⁶ L. 15 t. 9 P. 6.

dolo libre enteramente. Si el testador en vida cobra y recibe la deuda en estos dos legados, se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente subsisten ambos.¹⁷⁷ Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya todos los privilegios de los legados; y así de condicional y para día cierto se hace pura y pagadera al punto: de no hipotecaria, se hace hipotecaria, y de ilíquida líquida.

Los legados se dicen de *género*, de *especie* y de *cantidad*. Género es en derecho lo que en filosofía especie, v. g. un caballo, un libro. Especie equivale a un individuo, v. g. el caballo tal, la obra de Febrero; y cantidad es un género determinado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto es fácil fijar cierta regla sobre la obligación de reponer los legados cuando perece la cosa legada, y otros casos. 1ª *La especie legada no prece para el heredero, sino para el legatario*,¹⁷⁸ a menos que aquél sea moroso en entregar, o que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado a prestar la leve.¹⁷⁹ 2ª *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento o disminución que tuviere pertenece al legatario*, como que es dueño de la cosa desde la muerte, del testador. 3ª *Para que el legado de género sea útil es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*, por ejemplo, un caballo es legado de género ínfimo; pero un animal es de supremo, y sería ridículo legarlo, pues podría pagarse con un insecto; por eso previene una ley¹⁸⁰ que si el testador lega una casa sin tenerla, el heredero no resulta obligado. 4ª *En el legado de género tiene la elección el legatario*; pero de tal suerte que no puede elegir lo mejor,¹⁸¹ a diferencia del legado de opción, que es cuando el testador con palabras expresa y terminantes concede al legatario la facultad de escoger de entre cosas de un mismo género la que mejor le parezca.¹⁸² En tal caso hecha la elección por el legatario, no puede arrepentirse de ella;¹⁸³ y si él no la hizo en vida, pasa a sus herederos el derecho de escoger.¹⁸⁴ Por lo que hace al legado de género y cantidad la regla es, que *ni el género ni la cantidad perecen*;¹⁸⁵ por manera que legado, por ejemplo un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo, y en su poder perece, queda en la obligación, lo mismo que antes.

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

¹⁷⁷ D. 1. 15.

¹⁷⁸ L. 34 t. 9 P. 6.

¹⁷⁹ L. 41 del mismo t. y P.

¹⁸⁰ L. 23 del mismo.

¹⁸¹ L. 23 t. 9 P. 6.

¹⁸² L. 25 d. d. t. y P.

¹⁸³ D. L. 25.

¹⁸⁴ L. 26 d. d. t. y P.

¹⁸⁵ L. 41 d. d. t. y P.

En los legados se conserva el derecho de acrecer, que no existe ya en las herencias en virtud de la 1. 1 t. 4 lib. 5 de la R. y consiste en que la parte del colegatario que muere o no la recibe, se aplica al otro. Para que tenga lugar son necesarios dos requisitos. El primero es, que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, pues si le sobrevive aunque sea un momento, pasa el legado a los herederos, y no acrece al otro.¹⁸⁶ El segundo, que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados a recibir una misma cosa, v. g. a *Pedro y Juan les lego mi casa*; pero si a uno se lega la casa, y al otro un campo, ni son juntos, ni hay derecho de acrecer.¹⁸⁷ La conjunción puede ser *en la cosa, en las palabras* o *mixta*. Se dice que la hay en la cosa cuando dos o más son llamados a recibir una misma, aunque en diversas proposiciones: en las palabras cuando lo son en una sola, asignándoles partes no físicas, sino intelectuales; y es mixta cuando se lega una misma cosa a muchos en una proposición, y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiere su parte, o que muera antes del testador, acrecerá a los demás, presumiéndose así de la voluntad del testador por no expresarse cosa en contrario.¹⁸⁸

Los legados se pueden hacer puramente, para día cierto, con condición, con demostración, con causa, o con modo. Cuando se lega puramente, no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, y el heredero tiene obligación de pagarlo, y el legatario derecho para cobrarlo luego que muere el testador.

Legado desde algún día, es el que tiene término para comenzar, y hasta cierto día es aquel en que señala el tiempo que debe durar. En el primero el legado se debe luego, pero no se puede cobrar hasta que llegue el día; más el segundo se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para día cierto se transmite a los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el día, como haya sido después de la muerte del testador:¹⁸⁹ pero si el día es incierto, como para cuando se case o se ordene, no se transmite por reputarse condicional.¹⁹⁰

En el legado condicional se deben guardar las mismas reglas que en la institución condicional de heredero, de que se habló en el § 4.

Con demostración se dice que lega un testador, siempre que hace descripción de la persona o de la cosa legada. La falsa demostración no vicia el legado, con tal que conste de la persona;¹⁹¹ de modo que se sepa de quién habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido;¹⁹² pero si hay mu-

¹⁸⁶ L. 33 t. 9. P. 6.

¹⁸⁷ D. L. 33 D.

¹⁸⁸ La misma l.

¹⁸⁹ L. 34 t. 9 P. 6.

¹⁹⁰ L. 31 del mismo t. y P.

¹⁹¹ LL. 19 y 20 t. 9 P. 6.

¹⁹² Paz in Prax. t. 1 p. 4 c. n. 19.

chos de un mismo nombre, y no se puede saber de quién habló el testador, no vale el legado en rigor de derecho;¹⁹³ aunque Molina pretende que en el fuero de la conciencia se debe dividir entre los que son del mismo nombre.¹⁹⁴

El legado causal en el que se expresa la causa porque se deja, vale también aunque la causa sea falsa, como v. g. *lego a Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*; aunque esto no hubiese sucedido vale el legado;¹⁹⁵ pero si el heredero probase que el testador no habría legado si hubiera conocido la falsedad de la causa, no vale el legado.¹⁹⁶ Tampoco valdría si la causa fuera final y no impulsiva, siendo falsa, como v. g. *lego a Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*; pues no habiéndolos gastado, no subsistiría el legado.¹⁹⁷

Finalmente, bajo de modo se dice un legado, cuando el testador expresa el fin para que lo deja, como v. g. *para graduarse de doctor*. Éste se puede pedir inmediatamente, pero dando el legatario fianza de que cumplirá con el fin, y de restituirlo si no cumpliere.¹⁹⁸

El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que éste, o estaba muerto cuando se le hizo nada se debe a sus herederos;¹⁹⁹ pero si muere después del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, trasmite su derecho al legado a sus herederos.²⁰⁰

Los legados deben cumplirse en los mismos términos que quiso el testador; pero los profanos que no puedan tener cumplimiento, los adquiere el heredero, y los pios se convertirán en otro objeto pio,²⁰¹ acudiendo antes al ordinario,²⁰² con cuya licencia se pueden aplicar al bien común de la república, aun cuando no sea difícil su cumplimiento según la disposición del testador, en el caso de grave necesidad, como peste, hambre o invasión.²⁰³

El que se deja a los naturales de una ciudad se puede dar a los que tienen ánimo de permanecer en ella, y a los que llevarán diez años, si no consta que piensan salir de allí,²⁰⁴ a menos que se infiera otra cosa de la mente del testador; y en defecto de verdaderos naturales sólo estos parece que deberían ser admitidos.²⁰⁵

¹⁹³ L. 9 t. 9 P. 6.

¹⁹⁴ Molin. tr. 2 d. 197 n. 2.

¹⁹⁵ L. 25 d. t. y P. cit.

¹⁹⁶ Alvarez, lib. 2 t. 20.

¹⁹⁷ L. 20 tit. y P. cit.

¹⁹⁸ L. 21 t. 9 P. 6.

¹⁹⁹ L. 34 d. d.

²⁰⁰ LL. 34 dicha y 1 t. 4. lib. 5 R. C.

²⁰¹ Greg. Lop. en la l. 20 t. 9 P. 6.

²⁰² Lug. de Just. d. 24 sect. 13 n. 306.

²⁰³ Lacr. L. 1 p. 2 n. 1346.

²⁰⁴ Sanz. L. 4 cons. c. 2 d. 19.

²⁰⁵ Greg. Lop. en la l. 2 t. 25 P. 4.

El que se deja para casar huérfanas, se puede aplicar a las que tienen padres pobres e inútiles, a falta de las que propiamente lo son.²⁰⁶

Si los legados no se pudieren pagar por entero por no alcanzar los bienes, se pagarán a *pro rata*, aunque sean piadosos, o de cosa determinada.²⁰⁷

Si el testador lega una cosa a Juan y Francisco, se dividirá por igual entre los dos: si la lega a los dos hijos de Juan y al de Francisco, se dará la mitad a los primeros, y la otra al segundo; y si alguno muere o renuncia, su parte acrece a los demás como conjuntos.²⁰⁸

Si se lega una cosa a Pedro, y después la misma a Juan, si se entiende que la voluntad del testador fue revocar por el segundo el primer legado, se dará toda la cosa a Juan pero si consta que a cada uno de por sí la quiso dar enteramente, o *in solidum* se dará la cosa al que primero la pida, y al otro su estimación.²⁰⁹ Si a uno se lega una misma cosa dos o tres veces, solo se le debe una.²¹⁰

Cuando son dudosas las palabras del testador en alguna disposición, no se conmuta, sino que se interpreta en su mente, a juicio de hombres doctos que sepan pesar las circunstancias.²¹¹

Los legados se acaban o porque se quitan o porque se transfieren, o porque expiran. Se quitan o por palabras, cuando el testador lo revoca en testamento o codicilo posterior.²¹² O por hechos si borra o tilda el legado por sí o por medio de otro;²¹³ si en vida del testador acaba la cosa legada, o él le muda la forma; aunque en este último caso debe distinguirse, si la cosa puede reducirse a su antiguo estado, como la plata convertida en vaso, subsiste el legado; más si no se puede, como en la de que se hizo paño, no subsiste.²¹⁴ Por último, se quitan por excepción, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de voluntad; lo que probándose por el heredero, hace perder el legado al legatario.²¹⁵

Se trasladan los legados mudándose la persona del legatario, como dejando a Pedro lo que se dejaba a Juan; pero ha de ser con esta expresión; mudándose la cosa legada, como si primero se legaba a Juan la casa, y después se le legaba la hacienda: mudándose la persona a quien se obliga a que pagase el legado; y finalmente mudándose la naturaleza del legado, como si de puro se hace condicional. Así quitarlos como trasladarlos, se puede hacer en testamento o codicilos; y para quitarlos no se requiere so-

²⁰⁶ Salm. tr. 14 c. 5 n. 18.

²⁰⁷ Sanz. L. 4 const. c. 2 d. 1 l.

²⁰⁸ Molin. tr. 2 d. 197 n. 2.

²⁰⁹ L. 33 t. 9 P. 6.

²¹⁰ L. 40 del mismo.

²¹¹ Lug. de Just. d. 24 sect. 13 n. 306.

²¹² L. 39 t. 9 P. 6.

²¹³ La misma vers. *Otrosi*.

²¹⁴ L. 42 del mismo.

²¹⁵ Alvarez lib. 2 t. 21.

lemnidad, pues ni la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presunción de que el testador mudó de voluntad; pero debe probarse.

Expiran los legados, si el legatario muere antes que el testador: si parece la cosa legada sin mora o culpa del heredero, siendo legado en especie: si era de cosa ajena y la adquirió el legatario por título lucrativo: si el testamento se anula por falta de solemnidad, como si faltó el número legal de testigos;²¹⁶ pero no si se rompe por preterición o desheredación injusta,²¹⁷ o porque falte la institución de heredero, o éste no acepte la herencia, pues en estos casos subsisten los legados, que expiran también siendo condicionales, si no se verifica la condición estando en el arbitrio del legatario, pues no estándolo, como por caso fortuito, se tiene por cumplida.²¹⁸

Al legatario competen tres acciones para conseguir el legado contra el heredero o albacea. La primera es personal por el cuasi contrato de la adición de la herencia: la segunda es real en los legados en especie, por la traslación del dominio de la cosa legada al legatario en el instante que muere el testador; y la tercera es hipotecaria por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador a favor de los legados. El legatario puede seguir la vía ejecutiva contra el heredero según Paz, aunque otros lo niegan,²¹⁹ pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del albacea,²²⁰ y tomándola la pierde,²²¹ si no es que tenga licencia tácita o expresa del testador para ello.²²²

Cuando la cosa legada es cierta o determinada, puede pedirla el legatario, o donde more el heredero, o donde esté la mayor parte de los bienes del testador, o en cualquier lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar a otro, deberá ponerla a su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, o de cosa que se pueda contar, medir o pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, o donde estuviere la mayor parte de los bienes, o en cualquier otro lugar en que se empezaren a pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, a él deberá estarse.²²³

El tit. 11 de la Partida 6^a adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribuido en ellos el todo de su caudal, de modo que nada queda a aquél por la adición de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fue el testa-

²¹⁶ L. L. 1 y 2 t. 4 lib. 5 R. C.

²¹⁷ La l. 1 dicha.

²¹⁸ L. 22 t. 9 P. 6.

²¹⁹ Molin. tr. 2 d. 194 n. 17.

²²⁰ L. 1 t. 9 P. 6.

²²¹ L. 37 del mismo t. y P.

²²² L. 3 t. 13 lib. 4 R. C.

²²³ L. 48 t. 9 P. 6.

mento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros, supuesta la ley 1 tít. 4 lib. 5 de la Recopilación, opinan varios autores²²⁴ que tampoco lo tienen la cuarta falcidia, ni la trebeliánica de que se habló en el § anterior; pero otros sostienen que sí;²²⁵ por lo que será conveniente explicar brevemente sus circunstancias y modo de sacarla.

No tiene lugar respecto del heredero forzoso, pues éste deberá sacar su legítima entera, a la cual no pueden perjudicar los legados. El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del testador, deduciendo del total las deudas, los gastos funerarios y los que se hicieren por razón del testamento, o por otros escritos pertenecientes a los bienes del difunto; aunque con respecto a los gastos de entierro debe tenerse presente que son carga del total de la herencia, cuando a ninguno se deja el quinto, pues dejándose a alguno son carga de él.²²⁶ Si hecha esta deducción nada quedare al heredero por la distribución de legados, tomará íntegra la cuarta parte: pero si le quedare algo, tomará lo necesario para completar su cuarta.

No están sujetos a la detracción de la falcidia los legados piadosos ni los que se dejan en testamento militar,²²⁷ ni los de cosa cierta, con prohibición al legatario de enajenarlas.²²⁸ Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demás cumplidamente; si no es que después que comenzó a pagar se descubra alguna deuda grande del difunto que antes no se sabía, pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar.²²⁹ No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohíbe,²³⁰ y se pierde el derecho de ella si el heredero no hizo inventario,²³¹ o canceló maliciosamente el testamento, o los legados, o hurtó u ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

Los fideicomisos particulares se distinguían según el derecho antiguo de los legados en su forma y en su efecto; y aunque subsiste la diferencia en lo primero, porque el legado se deja directamente, como diciendo: *lego a Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero y gravándolo en dar a otro alguna cosa, se derogó en lo segundo: por haberse igualado los legados y fideicomisos; de manera que cuando tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros.²³² Por lo que nada hay que añadir sobre ellos.

²²⁴ Gómez. lib. 1 var. cap. 12 n. 11. y Cevall. q. q. cons. q. 30.

²²⁵ Pichardo Matienzo, Molina y Castillo, citados por Sala lib. 2. t. 6 n. 25.

²²⁶ L. 13 t. 6 lib. 5 R. C.

²²⁷ L. 4 t. 11 P. 6.

²²⁸ L. 6 d. t. y P. cit.

²²⁹ L. 6 t. 11 P. 6.

²³⁰ La misma.

²³¹ L. 7 d. d. t. y P.

²³² Gutiérrez comp. de Ant. Gom. cap. 12. núm. 1.

La donación *causa mortis* es cierta especie de manda, como la llama la l. 7 tit. 10 lib. 5 R., o legado, con el cual convienen en que se puede revocar libremente, y en que está sujeta a la detracción de la falcidia, pero no es lo mismo que él. Para su valor bastan tres testigos y el escribano, y se puede revocar si el donatario muere antes que el donador: si este sale de la enfermedad en que la hizo, y si él mismo se arrepiente de haberla hecho.²³³

§ XI.

De la sucesión por intestado.

Esta tiene lugar, o porque aquel cuyos eran los bienes hubiese muerto sin hacer testamento, o porque éste hubiese sido anulado por faltarle algunas de las solemnidades del derecho, o finalmente, porque en él se hubiese omitido la institución de herederos. Las diligencias que deben practicarse en el caso de morir alguno sin testamento se explican en el § *del juicio de inventarios*, limitándonos aquí a hablar solamente del orden de la sucesión a los bienes en cualquiera de los tres casos.

Faltando el heredero por cualquiera de los tres motivos indicados, entran en la sucesión de los bienes del difunto los descendientes, en defecto de estos los ascendientes, unos y otros sin limitación de grados, y faltando ambos los parientes colaterales, y a falta de todos el erario público.²³⁴

Por descendientes se entiende 1º los hijos legítimos, bajo cuyo nombre se comprenden los hijos, nietos, biznietos y demás que desciendan legítimamente, llamándose a los primeros *hijos de primer grado*, y a los otros *hijos de grados ulteriores*, 2º los legitimados, 3º los adoptivos, y 4º los ilegítimos.

Los hijos legítimos suceden todos indistintamente a sus padres, con exclusión de otros cualesquiera parientes,²³⁵ sin diferencia de grados, pues el nieto y biznieto son llamados lo mismo que el hijo, con tal que no tengan padre que esté más inmediato que ellos: sin distinción de sexos, pues lo mismo suceden los hombres que las mujeres; y estén o no emancipados: como igualmente los póstumos siendo nacidos en el término y con los requisitos legales.²³⁶

Aunque en el llamamiento a la sucesión de los padres no hay diferencia de grados en los hijos, si concurren de diversos no tienen iguales partes; por lo que conviene tener presente lo que se dijo en el § 5 de la sucesión por cabezas y por familias, y distinguir tres casos 1º *Si sólo hay hijos del primer*

²³³ L. últ. t. 4 P. 5.

²³⁴ L. 12 t. 8 lib. 5 R. C.

²³⁵ L. 3 t. 13 P. 6.

²³⁶ Los requisitos legales, que ya se han explicado en otra parte, son nacer vivo, vivir veinticuatro horas, ser bautizado, y nacer antes de comenzar el oncenno mes del fallecimiento del marido. L. 8 t. 8 lib. 5 R. C.

grado, todos suceden por cabezas; esto es, a todos corresponden partes iguales. 2º Si sólo hay hijos de los grados ulteriores, todos suceden por linajes o familia: esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean los hijos representados por éstos, sin consideración al número de nietos o biznietos que los representan. 3º Si concurren hijos del primer grado y de los ulteriores, los del primero suceden por cabezas, y los de los otros por linajes; esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean aquéllos y los representados por éstos. Así es que si un padre deja dos hijos, sus bienes se dividirán en dos partes iguales, de las que se dará una a cada uno, pues suceden por cabezas. Si en lugar de los hijos deja un nieto de uno y dos de otro, se harán dos partes, de las que se dará una al nieto único que representa a su padre, y la otra subdividida en dos será para los otros dos, siendo la sucesión por familias. Si deja un hijo y tres nietos de otro, éstos llevarán juntos igual porción a la que lleve aquél, mas la dividirán entre sí en partes iguales; y en ese caso hay sucesión por cabeza y por familia.

Los legitimados pueden serlo o por subsiguiente matrimonio, o por decreto de la autoridad suprema, que antes era rescripto del príncipe, y en el día es decreto del cuerpo legislativo; *si lo son por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los legítimos;*²³⁷ pero si lo son por rescripto, es necesario distinguir si la legitimación es para suceder o no; en este segundo caso nada recibirán; mas en el primero sucederán, si no hay legítimos o legitimados por matrimonio, que habiéndolos no pueden concurrir con ellos a la herencia de sus padres, madres y demás ascendientes.²³⁸

Adoptivos se llaman los que lo son por adopción, y esta es de dos maneras: o se hace de un hombre libre de la potestad paterna y con autoridad suprema, y entonces se llama *adrogado*, o de un hijo de familia y con autoridad judicial, y entonces es *adoptivo* propiamente. Los adrogados suceden en la cuarta parte de los bienes del adrogante, y los adoptivos en todos los del adoptante,²³⁹ si ni uno ni otro tienen hijos legítimos, pues teniéndolos no suceden en nada.²⁴⁰

Los ilegítimos, si son naturales, suceden al padre que no tiene hijos legítimos en el quinto;²⁴¹ mas si son espurios en nada suceden; aunque así a éstos como a aquéllos, en el caso de que haya legítimos parece equitativo que se les den alimentos del quinto de los bienes de que pudo disponer el padre si hubiera hecho testamento. A la madre no teniendo legítimos suceden en todos sus bienes, no sólo los naturales, sino también los espurios, con tal que no sean sacrílegos ni de dañado y punible ayuntamiento.²⁴²

²³⁷ LL. 1 t. 13 P. 4 y 10 t. 8 lib. 5 R. C.

²³⁸ La d. I. 10 de la R.

²³⁹ LL. 8, 9 y 10 t. 16 P. 4.

²⁴⁰ LL. 5 t. 6 lib. 3 y 1 y 5 t. 22 lib. 4 del Fuero Real.

²⁴¹ L. 8 t. 8 lib. 5 R. C. y Feb. reform. P. 1 c. 5 § 1 n. 70.

²⁴² L. 7 t. 8 lib. 5 R. C.

No habiendo descendientes, suceden los ascendientes sin limitación de grados y con exclusión de los parientes colaterales; mas como en los ascendientes no tiene lugar el derecho de representación, debe observarse la regla siguiente. *En la sucesión por intestado los ascendientes más cercanos excluyen a los más remotos; y siendo de una misma línea dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de distintos la dividen por líneas;*²⁴³ por ejemplo, si el intestado deja abuelo de una parte y bisabuelo de la otra, sólo aquél heredará porque el más cercano excluye al más remoto; si concurren dos abuelos de una parte y dos de otra, partirán la herencia por igual; y siendo uno de una parte y dos por la otra no se dividirá por tercias partes, sino que el uno llevará una mitad y los otros dos la otra.²⁴⁴ Esta división debe ser sin hacer distinción de bienes, de suerte que los paternos toquen a los ascendientes por parte de padre, y los maternos a los de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente por mitad para cada línea; a no ser que haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el descendiente intestado.²⁴⁵ Si los padres o ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios a sus padres, madres y demás ascendientes;²⁴⁶ pero ésto no se entiende de los adoptivos, pues de éstos no son herederos por intestado los padres adoptantes,²⁴⁷ sino sus parientes más cercanos.

A falta de descendientes y ascendientes entran en la sucesión del intestado sus parientes colaterales. Éstos pueden ser legítimos o naturales. Para los primeros deberán guardarse las reglas siguientes: 1º *Los hermanos enteros, sean varones o mujeres, y sus hijos, excluyen a todos los demás colaterales, y suceden los hermanos por cabezas y los hijos de éstos por familias.*²⁴⁸ 2º *Si sólo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia del tío.*²⁴⁹ 3º *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, éstos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren de madre, los maternos;*²⁵⁰ *y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte u oficio, o de otro cualquier modo.*²⁵¹

Para el caso de que o el difunto o sus parientes sean naturales se observarán las siguientes: 1ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes*

²⁴³ LL. 4 t. 13 P. 6 y 1 t. 8 lib. 5 R. C.

²⁴⁴ L. 4 t. 13 P. 6.

²⁴⁵ Alvarez, lib. 3. t. 1 con remisión a las LL. 4 t. 13 P. 6. y 1 t. 8 lib. 5 R. C.

²⁴⁶ L. 8 al fin t. 13 P. 6.

²⁴⁷ L. 5 t. 22 lib. 4 Fuero Real.

²⁴⁸ L. 5 t. 8 lib. 5 R. C. y 5 t. 13 P. 6.

²⁴⁹ La misma l. 5 t. 13 P. 6 y 13 t. 6 lib. 3 del Fuero Real.

²⁵⁰ LL. 5 y 6 t. 13 P. 6.

²⁵¹ D. L. 6.

*fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan, hijos de la misma madre, y los hijos de éstos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte del padre solamente.*²⁵² 2ª *Si el hijo natural que muriese intestado sólo tuviese hermanos por parte del padre, serán sus herederos como parientes más cercanos; pero si entre éstos hubiere alguno legítimo, éste solo será preferente a todos.*²⁵³ 3ª *Si un legítimo muere sin dejar parientes legítimos, sino sólo naturales, le heredarán los que sean de parte de madre, y los de parte de padre serán excluidos.*²⁵⁴

Esta sucesión entre colaterales no pasa del cuarto grado,²⁵⁵ aunque no faltan autores que intenten sostener que se extiende aun hasta el décimo, como se prevenía en las Partidas;²⁵⁶ y los bienes del que no los tiene en ese grado entran en el fisco,²⁵⁷ sin que tenga lugar ya la sucesión de la mujer al marido, ni de éste a su mujer.²⁵⁸

Aunque por derecho novísimo está permitido a los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, ser herederos por testamento,²⁵⁹ se les ha prohibido expresamente suceder por intestado a sus padres o parientes, por ser opuesto a su absoluta incapacidad personal, y repugnante a su solemne profesión en que renuncian al mundo y todos sus derechos temporales.²⁶⁰

Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar a aquellos que tienen derecho a sucederles del modo y con el orden explicado; mas en las sucesiones transversales se deducirá de los bienes libres, sin distinción de grados, el dos por ciento para la hacienda pública,²⁶¹ de que se hallan expresamente exceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes.²⁶²

Los herederos por intestado deben invertir algunos bienes en beneficio de la alma del difunto; mas para saber cuánto debe ser, es necesario hacer distinción de casos y herederos. Éstos o son legítimos y forzosos, o transversales, y el difunto o murió absolutamente intestado, o bajo poder para testar, y el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son descendientes o ascendientes, ya sea que el pariente haya fallecido absolutamente intestado, o bajo poder para testar, sin que el comisario usase de él en el

²⁵² L. 12 t. 13 P. 6.

²⁵³ D. 1. 12: en la que fundan algunos que preferirán a los hermanos de madre.

²⁵⁴ L. 12 t. 13 P. 6.

²⁵⁵ LL. 3 t. 9 y 9 t. 10 lib. 1 R. C. que parecen derogatorias de la 6 t. 13 P. 6.

²⁵⁶ Es dudoso si estos grados deben contarse por derecho canónico o civil. Nota de Alvarez.

²⁵⁷ Real inst. de 27 de nov. de 1785 y 27 de agosto de 1786.

²⁵⁸ D. inst. y L. 12 t. 8 lib. 5 R. C.

²⁵⁹ RR. céd. de 29 de nov. de 1796 y 29 de abril de 1804.

²⁶⁰ Prag. de 6 de julio de 1792.

²⁶¹ Art. 5 del reglamento inserto en la cédula de 11 de junio de 1801.

²⁶² Art. 2 del mismo. Estas disposiciones que son las últimas del derecho de España sobre deducciones de los intestados, podrán haber sido modificadas o variadas en los estados de la república como punto perteneciente a su gobierno interior.

tiempo prefinido por las leyes, no están obligados a distribuir todo el quinto por su alma, sino a pagar los funerales, y aplicarle los sufragios que sean de costumbre en el país, atendido el caudal, calidad y circunstancias del difunto, sin que para ésto haya de hacer el juez el inventario de los bienes,²⁶³ y lo mismo debe decirse de los transversales que heredan al que murió absolutamente intestado; pero si heredan al que falleció bajo poder para testar, del que no usó el comisario en el tiempo de la ley, deben invertir el quinto íntegro dentro de un año en beneficio del alma del difunto,²⁶⁴ y en el caso sólo de no cumplir con esta obligación los herederos, se les compela a ello por sus propios jueces, sin que por dicha omisión, y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en inventariar los bienes.^{265 266}

Para el conocimiento de las testamentarias y recaudación y distribución de los bienes de los que morían intestados sin dejar notariamente herederos o con testamento, pero con herederos que vivían fuera del distrito de cada audiencia, se estableció el *juzgado de bienes de difuntos* , de cuya erección y facultades se trata largamente en el tit. 32 del lib. 2 de la Recopilación de Indias, y en la Recopilación de Beleña desde el n° 119 al 132 del último foliaje. Mas habiéndose extinguido los juzgados privativos por la ley de 9 de octubre de 1812, se devolvió el conocimiento de los intestados a los jueces de primera instancia, conforme al art. 32, del cap. 2, a cuya disposición deberá estarse, a 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 explican en el § del juicio de inventarios.

§ XII

Del cónyuge viudo

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

²⁶³ L. 16 t. 4 lib. 5 R. C. y el argumento de la 10.

²⁶⁴ D. 1. 10 t. 4 lib. 5.

²⁶⁵ Cédula de 20 de junio de 1766 en que se inserta la pragmática de 2 de febrero del mismo año.

²⁶⁶ Sala en el n. 13 del tit. 8 del lib. 2 dice que esta prohibición de poderse mezclar la justicia a formar inventario de la herencia del difunto intestado se entiende, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerlo a título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien del alma. Mas lo podrá formar si los herederos fueren menores o estuvieren ausentes, con la circunstancia de que sea necesario para contar el dinero o inventariar alhajas preciosas, sin gastar en ello más de dos días, ni llevar más derechos que treinta reales por mañana y otros tantos por tarde, y cita a Febrero en el lib. 1 cap. 1 § 1 n. 16.

I. Tiene derecho el cónyuge que sobrevive a la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio. Este derecho se funda en la sociedad, o *compañía legal* que hay entre los casados, como efecto civil del matrimonio.²⁶⁷ No tiene lugar en el caso de divorcio, pues el cónyuge que dio motivo a él, pierde el derecho a los gananciales; tampoco en el de apostasía de cualquiera de ellos; y aunque por derecho antiguo se perdía por el delito de traición, abolida por el nuestro constitucional la pena de confiscación, que le era consiguiente, y causa de aquella pérdida, subsiste el derecho. También lo pierde a favor de los herederos de su marido la viuda que vive deshonestamente.²⁶⁸

No se reputan bienes gananciales los que tenían los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran,²⁶⁹ ni las herencias y donaciones que se hicieren a algunos de ellos,²⁷⁰ aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinión de algunos autores²⁷¹ pertenecen a la compañía: ni por último los bienes castrenses o cuasi-castrenses, si no es que sean ganados a costa de ambos,²⁷² mas todos los demás que cualquiera de los cónyuges adquiriere por otro título con su trabajo e industria, son y se reputan gananciales,²⁷³ 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 a éste 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 o médico, es común, y se reputa por gananciales. Son tales también los frutos pendientes al tiempo de disolverse la compañía; pero con la distinción de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas no en los sembrados, en los cuales entran los gastos hechos en su beneficio.²⁷⁴ Las mejoras o aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria o del trabajo, pertenecen a la compañía; mas no si son obra del tiempo. Esta doctrina de las mejoras en opinión de Febrero²⁷⁵ se entiende sólo en cuanto a lo gastado en hacerlas y no en cuanto al mayor valor de la finca; y no tiene lugar en los bienes amayorzgados.²⁷⁶ Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de retracto, la cosa será sólo de él; pero el otro tendrá derecho a la mitad del precio que costó.²⁷⁷ Lo mismo

²⁶⁷ Todo el t. 9 lib. 5 R. C.

²⁶⁸ L. 5 del mismo.

²⁶⁹ L. 4 t. 9. lib. 5 R. C.

²⁷⁰ L. 5 de d. t.

²⁷¹ Gutier. quest. pract. 119 y García de conyug. n. 125.

²⁷² LL. 3 y 5 d. d.

²⁷³ L. 2.

²⁷⁴ L. 10 t. 4 lib. 3 Fuero Real.

²⁷⁵ Feb. lib. 1 c. 4 § 3 n. 75.

²⁷⁶ Sala lib. 1 t. 4 n. 22.

²⁷⁷ Gómez en la ley 70 de Toro n. 28.

debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual sólo tendrá al otro derecho a la mitad de los guantes, vueltas o ribete, si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será común, y el comprador podrá sacar su precio del cúmulo de gananciales.²⁷⁸

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 mujer que renuncia su derecho a ella, queda libre de pagar parte alguna de las que hubiere contraído su marido durante el matrimonio.²⁷⁹ Se reputan como deudas de la compañía, la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* a los hijos, pues es carga del matrimonio, y deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado, u hecho, ya sea sólo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, o de los del marido solo, si sólo él la prometió.²⁸⁰

II. La ley 7 del título 13 de la Partida 6, concede a la viuda pobre el derecho de heredar la cuarta parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legítimos, y ésta es la que se llama comúnmente *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 opinión de algunos autores que extienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su mujer, pero cita al mismo tiempo un caso práctico en contra.²⁸¹ Como el objeto de la ley fue, que mujer que había disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viese en su muerte reducida a la indigencia, al paso que sus hijos podían abundar en riquezas, opina Álvarez,²⁸² que supuesta la ley I del título 8 del libro 5 de la Recopilación²⁸³ se puede dudar con fundamento, que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar a aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala sin embargo opina²⁸⁴ que subsiste, fundado en que la ley de Recopilación no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa a la mujer por la cuarta marital; la cual debe sacarse de todos los bienes del marido, como deuda legal a cuyo pago están sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole menos le dejase con qué vivir.

III. Muerto el marido tiene su viuda el derecho para cobrar, y los herederos, comisarios o ejecutores del testamento, obligación de entregarle

²⁷⁸ L. 11 t. 4 lib. 3 del Fuero Real.

²⁷⁹ L. 9 t. 9 lib. 5 R. C.

²⁸⁰ L. 4 d. d. t.

²⁸¹ Feb. part. 1 cap. 1 § 9 n. 183.

²⁸² Álvarez lib. 3 t. 1 § 1 en la nota.

²⁸³ La 1 del t. 8 del lib. 5 de la Recopilación a que se refiere Álvarez, fija el derecho de los ascendientes y descendientes para heredarse recíprocamente en todos sus bienes.

²⁸⁴ Sala t. 8 lib. 2 n. 5.

la dote que llevó al matrimonio, debiendo hacerse esta devolución inmediatamente si los bienes dotales eran raíces, o dentro de un año, si eran muebles,²⁸⁵ a no ser que se pactase otra cosa en la carta de dote;²⁸⁶ y los frutos de la dote pertenecen a la viuda desde la muerte de su marido, si no es que consista en dinero, cuyo producto es del que negocia con él.²⁸⁷ Este derecho de la mujer pasa a sus herederos, si muere sin hijos antes que su marido; mas cesa, si ella cometió adulterio; si pactó con su marido que sobreviviéndole ganaría la dote; y finalmente si fuere costumbre en el lugar, que por muerte de la mujer quede al viudo, no habiendo hijos.²⁸⁸ La acción de la mujer por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria, porque éstos tienen hipoteca tácita y legal a favor de aquélla,²⁸⁹ y el pago de ella es preferente a los demás créditos que no sean hipotecarios privilegiados,²⁹⁰ entre los que se numera éste, y a los que sólo prefieren los singularmente privilegiados.²⁹¹

IV. Los herederos o ejecutores del marido tienen obligación de entregar también a su viuda las donas o arras según ella elija, debiendo hacer esta elección dentro de veinte días después de requerida por ellos; y si pasado el término no la hiciere, pierde el derecho de elegir, y recibirá la que aquéllos quieran darle de las dos cosas; si no hubo arras, tiene derecho a lo que el esposo le dio siendo desposados.²⁹² También lo tiene al lecho cotidiano decente y conforme a su estado y calidad.²⁹³ Además de estos derechos que las leyes conceden a la viuda, se le deben dar en opinión de Gregorio López ²⁹⁴ 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 obligación, aunque no se haya restituido la dote;²⁹⁵ y también en el caso de que la viuda tenga bienes de que mantenerse o de que se le haya restituido la dote antes del año y en otros que trae Gómez.²⁹⁶ Pero si queda

²⁸⁵ L. 31 t. 11 P. 4.

²⁸⁶ Gómez en la ley 50 de Toro n. 46.

²⁸⁷ *Idem* n. 47.

²⁸⁸ L. 23 t. 11 P. 4.

²⁸⁹ D. L. 23 y la 17 del mismo t. y P.

²⁹⁰ L. 33 t. 13 P. 5.

²⁹¹ Los créditos singularmente privilegiados que deben pagarse con preferencia a la dote según la ley 12 t. 13 P. 1, son los funerales según las circunstancias del difunto, y los erogados en la facción del testamento, formación de inventarios, y demás necesarios para la recaudación de los bienes. Gómez añade los que se hicieron en la enfermedad del difunto; pero esto no es de ley.

²⁹² LL. 1, 2 y 4 t. 2 lib. 5 R. C.

²⁹³ L. 6 t. 6 lib. 3 del Fuero Real.

²⁹⁴ Gregor. Lop. sobre la ley 31 t. 11 P. 4.

²⁹⁵ Gómez en la ley 50 de Toro n. 48.

²⁹⁶ Gómez allí mismo.

preñada se le deben los alimentos aunque tenga bienes, y se le haya restituido la dote.^{297 298}

El valor de las arras debe deducirse de la parte líquida del marido, como deuda suya, y de la misma deben sacarse los alimentos de la viuda, si queda preñada; por la razón, dice Febrero, de que se dan al póstumo que trae en el vientre, a quien tiene obligación 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 deducir del cúmulo del caudal inventariado, porque aunque por la muerte del marido se disolvió la sociedad conyugal, dura o se contrae²⁹⁹ de nuevo tácitamente con sus herederos en cuanto al lucro, por la comunión o indivisión de los bienes de todos. Si ni quedó preñada, ni con hijos en su compañía, debe distinguirse si trajo dote y hay gananciales, o no. Si ni trajo dote ni hay gananciales tampoco se le deben alimentos si hubo gananciales, se le darán descontándosele de la parte que le corresponda; y si trajo dote, se le darán los alimentos durante el año de la retención de aquélla, no del caudal del marido, porque aunque éste es deudor de la dote, y la viuda acreedora por ella, ninguna ley manda que el deudor alimente a su acreedor; pero si de cuenta de los herederos, porque la dote ínterin no se restituye retiene los privilegios, que durante el matrimonio tenía, y como uno de ellos es la obligación de alimentos en el marido, tienen la misma sus herederos que lo representen, mientras no la restituyen;³⁰⁰ entendiéndose esto por sólo el año en que legalmente pueden retener la dote, pues pasado él cesa la obligación, por la facultad que tiene la viuda de obligarlos judicialmente a la devolución, y si pedida no se la entregaren, podrán exigir los intereses de dote retardada.³⁰¹ 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 opinión de Febrero³⁰² que funda en varias razones y testimonios de varios autores contra otros que juzgan lo contrario. El lecho cotidiano que corresponde el 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 obligación de reservar cierta clase de bienes a favor de los hijos del anterior,

²⁹⁷ Espin. gl. 14 n. 107.

²⁹⁸ Las precauciones, orden y forma con que debe averiguarse la certidumbre de la preñez de la viuda y evitar el fraude se explican en la ley 17 t. 6 de la P. 6. Más advierte Febrero que no todas son necesarias, y deberá estarse a la costumbre que haya en el pueblo, como insinúa la misma ley.

²⁹⁹ Sala lib. 1 t. 4 n. 20.

³⁰⁰ Gómez en la ley 50 de Toro n. 48.

³⁰¹ El mismo vers. *Post annum vero*.

³⁰² Feb. Part. 2 lib. 1 cap. 6 en el que podrán verse estas materias con toda la extensión apetezible.

comprendiendo igualmente esta obligación a la viuda que al viudo.³⁰³ Los bienes que debe reservar son todos los que hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso o legado, donación entre vivos, o por causa de muerte, o por otro cualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente, y pertenezca a la que llaman *Sponsalita larguitas*. En virtud de esta obligación no puede enajenarlos, hipotecarlos, gravarlos, ni disponer de ellos entre los hijos del siguiente matrimonio, ni entre otros parientes ni extraños, pues pierde la propiedad de ellos, y sólo conserva el usufructo, mientras viva, aunque sus hijos sean casados y velados, debiendo usar de ellos a arbitrio de buen varón, y quedando hipotecados tácitamente a su responsabilidad todos los demás bienes que tenga.³⁰⁴

Deben reservarse igualmente los bienes adquiridos por los padres en virtud de sucesión intestada de alguno de sus hijos, entendiéndose esto de los que aquél había heredado de su padre o madre difunta, y no de los que hubo por otra parte, y también los adquiridos por la mujer por donación de los parientes y amigos de su marido.³⁰⁵

Mas no se extiende la reservación a los adquiridos por testamento de alguno de los hijos o por algún otro acto voluntario de ellos,³⁰⁶ ni tampoco de la mitad de gananciales que debe haber por la muerte del cónyuge.³⁰⁷

Los bienes reservados deben dividir con igualdad entre los hijos, sin que pueda darse por el padre más a uno que a otro,³⁰⁸ y si algunos se enajenaren por el que debía reservarlos, se sostendrá la enajenación durante su vida, y se revocará en su muerte; porque podría suceder que sus hijos muriesen antes, en cuyo caso subsistiría la enajenación.³⁰⁹

Como el fundamento de la reservación es el agravio que se supone hace al cónyuge difunto el que sobrevive pasando a otro matrimonio, y el fin procurar que los hijos de aquél no resulten perjudicados por el nacimiento de los del último, cesa la obligación de reservar, si cuando muere el cónyuge que debió hacerlo, ya no existen los hijos, a menos que hayan dejado descendientes, en cuyo favor subsistiría la obligación.³¹⁰ Cesa también si el cónyuge que murió primero dio su consentimiento o beneplácito al que le sobreviviera para que contrajese otro matrimonio, y también si éste se contrae de consentimiento de los hijos, a quienes debía aprovechar la reservación.³¹¹ Se disputa entre los autores si bastará que el consentimiento sea tácito, y

³⁰³ L. 4 t. 1 lib. 5 R. C.

³⁰⁴ LL. 16 t. 13. P. 5 y 1 t. 2 lib. 3 del Fuero Real.

³⁰⁵ Gómez en la ley 15 de Toro n. 7.

³⁰⁶ El mismo n. 2.

³⁰⁷ L. 6. t. 9 lib. 5. R. C.

³⁰⁸ Gómez citado n. 3.

³⁰⁹ El mismo n. 5.

³¹⁰ Acevedo sobre la l. 4 t. 1 lib. 5. R. C. n. últ.

³¹¹ El mismo n. 36 y Gómez en la ley 14 de Toro n. 6.

Acevedo³¹² se inclina a que sí, con tal de que esté comprobado con algún hecho. En estos casos retiene el cónyuge la propiedad que debería perder por el nuevo matrimonio.³¹³

§ XIII

De los albaceas

El albacea a quien llaman también testamentario, ejecutor, cabezalero, y mansensor, es aquél a quien el testador encarga la ejecución de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente o ausente, a uno solo o a muchos, para que se sucedan uno al otro, o para que obren de mancomún, ya que a quien se hace no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniendo la no vale la delegación en varios casos.³¹⁴

El incapaz de testar lo es también para ser albacea,³¹⁵ y pueden serlo las mujeres,³¹⁶ la viuda del testador o sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia expresa de su prelado, a excepción de los que profesan la regla de S. Francisco, a quienes está absolutamente prohibido,³¹⁷ y el menor de 25 años, si ha cumplido los 17.³¹⁸

Los ejecutores de las últimas voluntades son como los tutores, *testamentarios, legítimos o dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquéllos a 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 o el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto.

A nadie se puede obligar a que sea albacea;³¹⁹ pero si el que fuere nombrado acepta tácita o expresamente el encargo, se le puede obligar a que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas o legados del difunto, o de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes o distribución de ellos.³²⁰ En el caso de que el testamentario acepte, puede por sí dar a los legatarios las mandas que les fueren hechas, y tomar para sí el legado que le hubiere dejado el testador,³²¹ mas perderá éste si renunciare el albaceazgo.³²²

³¹² En el n. 36.

³¹³ Gómez n. 3 y Acevedo en el 36.

³¹⁴ Carpio lib. 1 de executor. testamentar. cap. 19 y 20.

³¹⁵ Véase el § 1 de los testamentos.

³¹⁶ Aunque se les prohíbe por la ley 8 tit. 5 lib. 3 del Fuero Real, está derogado por costumbre contraria, Feb. part. 1 cap. 1 § 18n. 250.

³¹⁷ Cap. Religiosus executor. 2 de testam. in 6 y Clement. Religiosis de testamen.

³¹⁸ L. 19 al fin t. 5 P. 3.

³¹⁹ Cobarr. in cap. 19 de testam. n. 3.

³²⁰ Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 42 n. 7.

³²¹ L. 20 t. 10 P. 6.

³²² Sanz cit.

Si el testador designa por albacea a alguna persona con el nombre de su dignidad u oficio, como el gobernador u obispo, pasa el cargo a su sucesor,³²³ pero si sólo se pone el nombre, o de las circunstancias se colige que no tanto se atendió al empleo o dignidad, cuanto a la persona por ser pariente, amigo o paisano, no pasa al sucesor.³²⁴

La ley 14 del título 4 del lib. 5 de la Recopilación previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y no haciéndolo pierda lo que se le hubiere legado; y la misma obligación se impone a 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 obligación de presentar al juez el testamento por el albacea, se entiende sólo del abierto otorgado sin escribano; aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena sólo tiene lugar en la ocultación dolosa.³²⁵

Para comenzar a ejercer su encargo el albacea deberá presentarse ante el juez secular, aun cuando aquél sea clérigo, pues es el competente de la causa, acreditando su encargo, y pidiendo se cite a quienes interese,³²⁶ y deberán ser citados aun los clérigos, pues más que citación es un aviso³²⁷ para poder proceder al inventario de los bienes y demás concernientes al desempeño de su oficio.

Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador,³²⁸ y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun cuando les revele de ello,³²⁹ pues esta cláusula sólo remite la averiguación nimia y escrupulosa en cuanto a 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 prohibición del testador.³³⁰ Mas si éste encarga a su albacea por cláusula en el testamento o probada por testigos que dispusiese de alguna cantidad con arreglo a algún *comunicado secreto*, no tendrá obligación de dar cuenta, ni de declarar las personas a quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder,³³¹ y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor;³³² aunque para evitar litigios, lo mejor es poner al albacea en la cláu-

³²³ C. 2 § Sanc. de testam. in 6.

³²⁴ Bar. in c. 2 de testam. in 6.

³²⁵ Acev. sobre la l. 14 t. 4 lib. 5 R. C. contra Montalvo y Matienzo. Véase el § 15.

³²⁶ L. 15 t. 4 lib. 5 R. C.

³²⁷ Solórz. Polític. 5 c. 7.

³²⁸ El inventario puede ser solemne o por simples memorias. Véase el § del juicio de inventarios.

³²⁹ L. 5 t. 10 P. 5 y sobre ella Greg. Lop.

³³⁰ L. 7 del mismo t. y P.

³³¹ Clement. de Testam.

³³² Sanz. l. 4 Cons. c. 1. d. 49.

sula del testamento la obligación de dar cuenta bajo de secreto al juez eclesiástico. Deben enajenar los bienes en pública almoneda,³³³ y les está prohibido comprar para sí ninguno de ellos bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo, que se aplica al fisco.³³⁴

Para la ejecución del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor o menor que el legal, y si ninguno les señaló deberán ejecutarlo lo más breve que sea posible conforme a la ley de Partida que dice: *Lo mas ayna que pudieren sin alongamiento é sin escatima ninguna*,³³⁵ 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 solución retardada voluntariamente no pueden excusarse de la nota de pecado grave.³³⁶ Mas mientras durare la formación del inventario, no pueden los acreedores ni legatarios molestar al albacea o heredero para que cumpla el testamento;³³⁷ pero si manifestare no querer hacer inventario, ni gozar del tiempo que para él le concede el derecho, podrá ser convenido después de los nueve días de la muerte del testador.³³⁸

Si son muchos los albaceas, y no pueden o no quieren intervenir todos, vale lo que uno o dos ejecuten;³³⁹ y para precaver este embarazo es muy conveniente que se confiera a cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece a usar de ella, proseguirá hasta su conclusión sin necesidad de avisar a los otros, ni que éstos se mezclen en cosa alguna.

Deben pagar primero las deudas del difunto, y después las mandas;³⁴⁰ y si se dejare al arbitrio de ellos la distribución de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte.³⁴¹ Si se les manda por el testador que den a otro alguna cosa con disyuntiva o en general, cumplen con dar la que quieran aunque sea la menos preciosa;³⁴² pero si las palabras se dirigen al legatario, a éste toca la elección en los términos que hemos dicho.

El oficio del albacea acaba por su muerte: por la revocación del testador: por enemistad que sobrevenga entre los dos: por impedimento, locura o fatuidad del testamentario; por el transcurso del tiempo o término asignado para evacuar su comisión: por complemento y ejecución de ella; y por haber

³³³ L. 62 t. 18 P. 3 al fin.

³³⁴ L. 14 t. 4 lib. 5 R. C.

³³⁵ L. 6 t. 10 P. 6.

³³⁶ Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 53 n. 5.

³³⁷ L. 7 t. 6 P. 6.

³³⁸ L. 13 t. 9 P. 7 y Paz in Prax t. 1. p. 4 c. 1 n. 46.

³³⁹ L. 6 t. 10 P. 6.

³⁴⁰ L. 7 t. 6 P. 6.

³⁴¹ Sanz. l. 4 Cons. c. 1 d. 58.

³⁴² Salm. tr. 14 c. 5 n. 177.

cesado la causa por que fue constituido. Algunos quieren³⁴³ que acabe también respecto de la viuda, que era albacea del marido, si pasa a otro matrimonio; pero la niegan otros.³⁴⁴

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

§ XIV

De los testamentos de los extranjeros

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

Uno y otro se fija por lo regular en las convenciones o tratados que celebran entre sí las naciones, por lo que mira a su respectivos súbditos que residen en países extraños, y en la mexicana lo están ya con respecto a los súbditos del gobierno inglés en el artículo 9 de los tratados celebrados en Londres a 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, o 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 a aquellos con cuyos gobiernos no se hubieren celebrado por el nuestro ningunas convenciones o tratados, deberá observarse lo que

³⁴³ Espin. gl. 28 n. 36.

³⁴⁴ Molin. tr. 2 d. 247 n. 14.

establece el derecho de gentes, cuyas disposiciones explica Vattel en los §§ CX, CXI y CXII del cap. 8 del lib. 2, que nos parece conveniente insertar para la mayor instrucción de nuestros lectores:

§ CX. Una vez que el extranjero continúa siendo ciudadano de su país, y miembro de su nación [§ VII], los bienes que deja al morir en un país extranjero, 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 país en que están situados [§ CIII].³⁴⁵

§ CXI. Como el derecho de testar ó de disponer de sus bienes en artículo de muerte resulta de la propiedad, no puede quitársele á ningun extranjero sin injusticia. Por consiguiente tiene por el derecho natural la libertad de hacer testamento; pero se pregunta ¿á qué leyes está obligado á conformarse á ellas en la disposición de sus bienes libres y moviliarios, mismas de este instrumento? 1º En cuanto á la forma, ó á las solemnidades destinadas á justificar la verdad del testamento, parece que el testador debe observar las establecidas en el país en que le otorga, á menos que la ley del estado de que es miembro no ordene otra cosa, en cuyo caso está obligado á observar las formalidades que ésta le prescriba, si

³⁴⁵ Las disposiciones de las leyes mexicanas con respecto a la adquisición de bienes inmuebles y por extranjeros, son las siguientes: Por el art. 6 de la ley de 12 de marzo de 1828 está prohibida la adquisición de propiedad territorial rústica a los extranjeros no naturalizados. Las circunstancias y requisitos para conceder el derecho de naturalización 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 expedición se dio por el gobierno supremo el decreto reglamentario de 1º de mayo del citado año.

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

9. También puede intentarse por extranjeros no naturalizados la compra y la colonización de terrenos de propiedad particular; pero en este caso se obtendrá primero permiso especial del congreso general, si la compra y la colonización fueren en los territorios, y de los congresos particulares, si fueren en los estados.

10. Los congresos particulares darán o no el permiso que se les pida, imponiendo en su caso las condiciones que crean convenientes, estipulándose las siguientes que servirán de base a todo contrato, en la inteligencia de que queda al arbitrio de las legislaturas restringirlas pero no ampliarlas. 1º Que la cuarta parte de los colonos sean mexicanos. 2º Que dentro de siete años quedará dividido el terreno en suertes pequeñas a juicio de las legislaturas. 3º Que el empresario no naturalizado no pueda reservarse un terreno que exceda de dieciséis leguas cuadradas, el cual deberá enajenarse dentro de doce años contados desde el término en que la finca debiere quedar dividida en suertes. 4º Que éstas deben quedar vendidas dentro del mismo periodo.

11. Las propiedades que se adquirieren por extranjeros no naturalizados en fraude de la ley son denunciabiles por cualquier mexicano, a quien se adjudicarán, justificado que sea el fraude.

Esta ley dejó en su vigor la de 7 de octubre de 1823 sobre adquisición de acciones en las minas y terrenos pertenecientes a las haciendas de plata, y también la de 18 de agosto de 1824 sobre colonización.

quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el parage del fallecimiento; porque si un viagero le otorga, y le envía cerrado á su país, es lo mismo que si lo hubiese hecho allí; y debe observar sus leyes. 2º Por lo que hace á las disposiciones en sí mismas, ya hemos dicho que las que corresponden a las inmuebles, deben conformarse á las leyes del país en que están situados. El testador extranjero tampoco puede disponer de los bienes moviliarios, ó inmuebles que posee en su patria; 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 extranjero permanece ciudadano de su patria, está siempre sujeto á estas últimas leyes en cualquier parage que se halle, y debe conformarse á ellas en la disposicioon de sus bienes libres y moviliarios, de cualquiera clase que sean. Las leyes de esta especie del país en que se halla, y del cual no es ciudadano, no le obligan. Por eso un hombre que testa, y muere en país extranjero, no puede quitar á su viuda la porcion de bienes moviliarios, que la asignan las leyes de la patria. Asi pues, un ginebrino que está obligado por la ley de Ginebra á dejar una legitima á sus hermanos ó primos, si son sus herederos mas inmediatos, no puede privarlos de ella testando en un país extranjero, mientras permanezca ciudadano de Ginebra; y un extranjero que muere en ella, no está obligado en este punto á conformarse á las leyes de la república. Todo lo contrario sucede con las leyes locales, porque arreglan lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden fuera de él. El testador no está sometido á ellas despues que sale del territorio, ni afectan á los bienes que tiene igualmente fuera; porque el extranjero está obligado á observar estas leyes en el país en que está, en cuanto á los bienes que posee en él. Por eso un ciudadano de Neufchatel, á quien están prohibidas en su patria las sustituciones de los bienes que posee en ella, sustituye libremente los que tiene consigo, que no están bajo la jurisdiccion de su patria, si muere en un país en que aquellas se permiten: y un extranjero testando en Neufchatel no podrá allí sustituir ni aun los bienes moviliarios que posee, á no ser que pueda decirse que el espíritu de la ley exceptúa los de esta clase.

§ CXII. Lo que hemos establecido en los tres párrafos precedentes basta para manifestar la poca justicia con que en algunos estados se apropia el fisco los bienes que al morir deja en él un extranjero. Esta práctica se fundaba en cierto derecho que excluye á los extranjeros de toda herencia en el estado, ya sea á los bienes de un ciudadano, ó á los de un extranjero; y por consiguiente no pueden ser sustituidos los herederos por testamento, ni recibir ningun legado. Grocio dice, con razon, que *esta ley viene de los siglos en que se miraba á los extranjeros como enemigos*.³⁴⁶ Aun cuando los romanos llegaron á ser muy cultos é ilustrados, no podian acostumbrarse á mirar á los extranjeros como hombres con los cuales tuviesen un derecho comun. *Los pueblos*, dice el jurisconsulto Pomponio, *con los cuales no tenemos amistad, hospitalidad, ni alianza,*

³⁴⁶ Derecho de la guerra y de la paz, lib. 2 cap. 9 § 14.

*no son nuestros enemigos; sin embargo, si una cosa que nos pertenece cae en sus manos, son propietarios de ellas; los hombres libres llegan á ser sus esclavos, y están en los mismos términos con respecto á nosotros.*³⁴⁷ Es preciso creer que un pueblo tan sabio, solo por retorsion necesaria conservaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir de otro modo reparación de las naciones bárbaras, con las cuales no tenían ninguna amistad. Bodin asegura³⁴⁸ que este derecho se deriva del mismo origen. En la mayor parte de los estados civilizados se han modificado, y aun abolido sucesivamente. El emperador Federico II. fue el primero que lo derogó por un edicto que permite: *á todos los extranjeros que fallecen en el territorio del imperio disponer de sus bienes por testamento, ó si mueren sin testar dejar que los hereden sus parientes mas inmediatos.*

§ XV

De la apertura del testamento cerrado y declaración 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 disposición; o el hijo preferido, o injustamente desheredado, y los herederos por intestado, intentando que se declare nula; de modo que puede pedirlo cualquiera que tenga interés, jurando que no lo hace maliciosamente,³⁴⁹ sino por la presunción que tiene de ser interesado. Esta petición debe hacerse al juez ordinario secular, y en ella expresarse haber fallecido el testador bajo de esa disposición, y el juez dispondrá se traiga inmediatamente para abrirlo; y estando en otro lugar, señalará plazo al que lo tenga para que lo presente;³⁵⁰ 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 a 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 oído o visto, y no sabiéndolo, lo certificará el escribano porque él lo haya visto, dando fe de la identidad, o porque se lo hayan dicho en su casa y vecindad; pues antes de que se acredite el fallecimiento, no se puede proceder a la apertura.

Si han fallecido los testigos, o están ausentes sin saberse dónde, se rendirá información de ello: de que al tiempo del otorgamiento vivían, y es-

³⁴⁷ Digest. lib. 49 tit. 15. De captivis. et postlimin.

³⁴⁸ De la república lib. 1 cap. 6.

³⁴⁹ L. 1 t. 2 P. 6.

³⁵⁰ L. 2 del mismo t. y P.

taban en el lugar, de que eran personas que podían testificar, y lo mismo de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si hubiere muerto; y si hubiere quien conozca sus firmas las reconocerá o se comprobarán. Mas si los testigos viven, pero no pueden ser habidos todos, bastará que concurra la mayor parte; y si no esto se pudiere lograr, y el juez entendiere que de omitir la apertura resulta perjuicio a los interesados, podrá llamar hombres buenos, y ante ellos abrir el testamento, hacerlo copiar y leer, y firmándolo los hombres buenos, volverlo a 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 o borrado, ni siendo sospechoso por otro motivo, lo hará abrir el juez a presencia del escribano y testigos, y leyéndolo primero para sí, por si el testador previniere que alguna parte no se lea o publique hasta cierto tiempo, en lo que deberá obsequiarse su voluntad,³⁵¹ lo hará leer y publicar delante de todos, mandando sea reducido a escritura pública, a cuyo efecto se protocolizará en los registros del escribano ante quien se abra, y a los interesados se darán los testimonios que pidieren, debiendo ser íntegros para los herederos, y a los demás de la cláusula que les compete con la cabeza y pie del testamento.

Si la disposición testamentaria estuviese escrita en papel simple, pero ante el competente número de testigos, el heredero o albacea ocurrirá al juez presentándosela, con expresión del sujeto que la escribió, de lo que pasó en aquel acto, del motivo porque fue hecha así y sin escribano, y de haber fallecido bajo de ella el testador, y pidiendo que, previa información de los testigos y reconocimiento de sus firmas, se declare aquella disposición por testamento nuncupativo, se den a los interesados los testimonio correspondientes, y se protocolice en el registro del escribano. El juez mandará recibir la información y hecha, proveerá en todo de conformidad. Si el testador manifestó su voluntad sólo de palabra ante el número legal de testigos, se practicarán las mismas diligencias, omitiendo por supuesto la presentación del papel simple, que no hay, y pidiendo que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto.³⁵²

§ XVI

Del juicio de inventarios

Inventario es un instrumento en que se escriben y sientan los bienes de alguno por su muerte, embargo u otro motivo. Es de dos maneras: solemne

³⁵¹ LL. 5 y 6 t. 2 P. 6.

³⁵² L. 4 t. 2 P. 6. Febrero part. 1 cap. 1 § 21.

que se hace observando las solemnidades prescritas por el derecho, y *simple* en el que se describen los bienes sin estas solemnidades. Debe hacerse en el lugar del domicilio del difunto: si tenía dos, en el que falleció, y si murió fuera de ambos, en cualquiera de ellos a prevención.

El conocimiento en inventarios corresponde al juez secular ordinario,³⁵³ pues los tribunales eclesiásticos están inhibidos para mezclarse en ningún caso en la nulidad de testamentos, inventarios, secuestro o administración de bienes, aun cuando el testador, albacea o herederos sean eclesiásticos,³⁵⁴ y el de las testamentarias de los militares, que por la cédula de 19 de junio de 1764 correspondía a los jueces de su fuero, se cometió a la jurisdicción ordinaria por el art. 4º de la ley de 15 de septiembre de 1823.³⁵⁵

Están obligados a hacer inventario el heredero, aunque sea fiduciario, el tutor y curador, el prelado eclesiástico, el administrador de bienes ajenos, sin exceptuar al padre por el peculio castrense, y aun por el adventicio, si el hijo casado no tiene diez y ocho años, el albacea y el fisco cuando sucede por herencia, pero no cuando sea por intestado. El término en que debe hacerse son treinta días desde que sabe su institución o nombramiento; debiendo concluirlo dentro de noventa si no es que los bienes del difunto estén fuera del lugar en cuyo caso goza de un año:³⁵⁶ lo corriente es comenzarlos pasados los nueve días del fallecimiento. Si el heredero pide al juez los nueve meses, y a la autoridad suprema el año para deliberar, no le corre el término. El inventario hecho por uno de los herederos, aprovecha

³⁵³ Art. 14 cap. 2 de la ley de 9 de octubre de 1812. "Los jueces de partido por lo respectivo a los pueblos de su residencia conocerán a prevención con los alcaldes de los mismos de la formación de inventarios, justificaciones *ad perpetuam*, y otras diligencias judiciales de igual naturaleza en que no haya todavía oposición de parte." Art. 6 cap. 3. "Conocerán también los alcaldes de los pueblos en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que lleguen a ser contenciosos entre partes, en cuyo caso las remitirán al juez del partido." Art. 7. "Podrán asimismo conocer a instancias de parte en aquellas diligencias que aunque contenciosas, son urgentísimas, y no dan lugar a acudir al juez del partido, como la prevención de un inventario, la interposición de un retracto y otras de esta naturaleza, remitiéndolas al juez, evacuado que sea el objeto." Las diligencias judiciales de que habla el art. 6 según las explica el autor del *Directorio de alcaldes* impreso en esta ciudad en 1821 son: apertura del testamento y su publicación: licencia para formar inventarios, hacerlos de oficio o aprobarlos: nombrar tutor o curador a los menores cuando sea necesario: dar licencia a las mujeres casadas para que comparezcan en juicio en ausencia, enfermedad o demencia de sus maridos: dar testimonios de autos con citación de las partes: autorizar informaciones para pruebas de nacimiento o de causas pendientes en término probatorio: evacuar exhortos y demás que no exijan sentencia judicial. Ha parecido conveniente poner en esta nota los artículos literales de la ley de tribunales, y la explicación del 6 para la mejor instrucción de los alcaldes en el asunto de que hablamos, que en los pueblos de los estados podrán más o menos, según la forma que hayan dado sus respectivas legislaturas a la administración de justicia.

³⁵⁴ Cédula de 13 de junio de 1775.

³⁵⁵ Art. 4 de la ley citada. "Exceptúanse de la jurisdicción militar las testamentarias de los individuos del ejército, tanto en lo contencioso, como en lo económico, quedando sujetas en lo de adelante a la jurisdicción ordinaria."

³⁵⁶ L. 5 t. 6 P. 6.

a los demás; y por sola la formación de inventarios, no se juzga aceptada la herencia.

Por el inventario se presume que todos los bienes puestos en él son del difunto, sobre lo que pone Febrero cinco limitaciones;³⁵⁷ pero esto se entiende contra el que lo formó, y no contra tercero, al cual, probando que algunos son suyos, se le deben entregar.

Los requisitos del inventario solemne son los siguientes: citar para su formación a los herederos, legatarios y acreedores, aunque en cuanto a los dos últimos no está en uso: que se haga ante juez y escribano, aunque la asistencia del juez no es corriente, sino cuando hay numerario y alhajas preciosas;³⁵⁸ que se inventaríen todos los bienes del difunto con inclusión de deudas activas y pasivas, cosas litigiosas y demás: que se exprese el día, mes y año, en que se empieza y acaba: que asistan a su formación tres testigos vecinos del lugar, y que conozcan al heredero: que firme el que lo hace, y no sabiendo, un escribano por él, aunque esto no se practica: que se empiece y acabe dentro del término legal; y por último, que el que haga el inventario lo jure con protesta de agregar lo que de nuevo hallare.

Concluido el inventario, o al tiempo mismo de hacerlo deberá practicarse la valuación de los bienes, bastando en este caso la primera citación a los interesados. Esta valuación debe hacerse por los peritos deputados, o escogidos por las partes;³⁵⁹ éstos prestarán juramento de cumplir fielmente, y

³⁵⁷ Feb. Part. 2 lib. 1 cap. 1 § 1 n. 11.

³⁵⁸ Los derechos que devengan el juez y el escribano en la asistencia a los inventarios se señalan en el *Arancel del corregidor, alcaldes ordinarios y jueces de inventarios*, formado por la junta de aranceles, y mandado observar por el virrey marqués de Amarillas, e inserto en la colección impresa el año de 1759, y son las siguientes: "El juez que asista a los inventarios ganará por cada asistencia de mañana o tarde, que no podrá durar menos de tres horas en cada una, seis pesos: y el escribano ganará por la misma tres pesos cuatro reales, y lo escrito se le pagará a razón de dos reales foja de veinte renglones plana y siete palabras por renglón, y tres reales siendo de guarismo o de treinta renglones y diez palabras."

³⁵⁹ Los derechos de los avaluadores se señalan en el citado arancel de jueces de inventarios en los términos siguientes. "Los oficiales que fueren nombrados para el avalúo de cada especie de que se compusieren así de carpintería o pintura, herrería, carrocería, como de librería y otros, llevarán a tres reales por cada mañana o tarde de las que ocuparen útiles en los avalúos; y los mismos percibirán los plateros, cuando fuere sólo el avalúo de plata labrada; pero siendo la tasación de pedrería o perlas respecto a la mayor prolijidad que requiere, llevarán a cuatro reales por ciento hasta el valor de diez mil pesos, y del que pasare hasta veinte mil, a dos reales por ciento y de la que excediere de dicha cantidad, llevarán a razón de un peso por millar; y los maestros de arquitectura llevarán a dos pesos por millar del valor de las casas que apreciaren hasta en cantidad de cinco mil pesos, con tal que no bajen sus derechos de cinco pesos, y de las que pasare el valor hasta diez mil pesos, llevarán un peso por millar, y de ahí en adelante a cuatro reales por millar: sin que unos ni otros avaluadores se excedan de lo que así les queda regulado, pena de que devolverán íntegramente todo lo que hubieren percibido, y de que no pasará en data a las partes que lo hubieren satisfecho."

aquellos reproducirán el que tienen hecho. Los diputados pueden ser recusados por los interesados, mas no los que ellos escogieron.

En caso de discordia entre los peritos, se debe recurrir a un tercero nombrado por los interesados, o por el juez, si ellos lo resisten. Si con éste no se avienen en el precio, y todos estuvieren discordes, podrá el juez interponer su voto, eligiendo un medio proporcional, que en opinión de Febrero³⁶⁰ citando a Hermosilla, es la sentencia más equitativa de las siete que hay sobre esto; y así, si uno avaluó en cinco, otro en diez y otro en quince, se sumarán estas tres partidas, que hacen treinta, y sacando la tercia parte que son diez, el resto será el justo precio de las cosas.

De la ocultación de bienes

Explicadas las doctrinas generales sobre inventarios, y antes de hablar del modo de proceder en el juicio de ellos, así simples, como solemnes, es conveniente decir lo más esencial que ocurre en la ocultación de bienes.

Siempre que la haga el heredero no se anula el inventario, ni el heredero queda obligado a más de lo que monta la herencia, sino sólo a pagar el duplo de lo ocultado. Para incurrir en esta pena es necesario lo 1° que el que alega la ocultación especifique con individualidad los bienes ocultados: 2° que pruebe que se hizo con ciencia cierta, dolo y malicia, y 3° que pruebe que esos bienes estaban en poder del difunto al tiempo de su muerte.

Esta prueba no sólo puede hacerse por testigos de vista, sino también por los de oídas, presunciones o conjeturas pero debe probarse dolo verdadero, que es el que se prueba por evidentes y manifiestos indicios, como en los delitos de homicidio, y otros, en los que es indispensable la premeditación en el que los cometió; y no basta probar dolo presunto, que es en el que hay culpa lata, y se prueba por indicios probables, como en el que no restituye lo que sabe que está debiendo, o en el que deja la cosa depositada en lugar por donde transitan mucho.

De esta pena se exime el que hace en el inventario la protesta de agregar lo que hallare de nuevo; pero no si con indicios vehemente o graves, se le probare que maliciosamente ocultó, como si se le advirtió que listase tales bienes no lo hizo, y después se averigua que estaban en poder del difunto.

En el juicio de ocultación se procede ordinariamente, aunque proceder de otro modo no anula el proceso, y por él no se suspende la división de lo inventariado. Si esta no está hecha, el juicio de ocultación debe instaurarse ante el juez de la testamentaria, porque ésta atrae; pero si ya se hizo, con lo que se concluyó el juicio de inventarios, se instaurará ante cualquiera juez, siguiendo el fuero del ocultador.

³⁶⁰ Feb. Part. 2 lib. 1 cap. 1 § 3 n. 127.

No se reputa tal, ni incurre en la pena el que se vale de otro para que forme el inventario, y éste oculta, ni el poseedor, que como tal y no como heredero, forma el inventario y encubre; porque como pena se restringe esta ley.³⁶¹

Modo de proceder en la formación de inventarios por simples memorias

Por cédula de 4 de noviembre de 1791, que es la ley 10 tit. 21. lib. 10 N. R. se mandó fuese extensivo y sirviese de regla general el medio adoptado por el consejo, de conceder permiso a los testadores que lo han solicitado para que luego que fallezcan formen los aprecios, cuentas y particiones de sus bienes los albaceas, tutores o testamentarios, que señalan como sujetos imparciales, integros y de su total confianza, cumpliendo después dichos testamentarios con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobación, y que se protocolicen en los oficios del juzgado ante quien se presentan.

Supuesta esta determinación, y en los casos en que el derecho no exige que el inventario sea solemne, el albacea o herederos presentan escrito al juez pidiéndole licencia para la formación de memorias simples. Formadas éstas, y apreciados los bienes por peritos evaluadores escogidos por los interesados, se presentan para su aprobación al juez que dio la licencia; y para excusar traslados a los interesados suelen poner éstos su conformidad en el mismo escrito por un *otrosí*. El juez provee auto para que se ratifiquen los que los suscriben, y fecho aprueba las memorias, elevándolas a la clase de inventarios solemnes, y condenando a las partes a estar y pasar por ellas.

En el escrito con que el albacea presenta las memorias, suele pedir por un *otrosí*, que aprobadas se le devuelvan para rendir la cuenta de albaceazgo. Presentada ésta, se corre traslado a los interesados para que la anoten o aprueben. Si la anotan debe darse traslado al albacea para que responda; y terminado este artículo pronuncia el juez el auto de aprobación, en que obligando a las partes a estar por ella, les previene nombren sujeto que forme la cuenta de división y partición, si no lo hay de oficio ni el testador lo designó.

Como puede ser que los interesados estén conformes con la cuenta del albacea, y éste tenerla formada, para abreviar podrá presentarla con las memorias, aprobada al calce por los accionistas, y entonces sólo se practicará, antes de aprobarla el juez, la diligencia de que ratifiquen su aprobación.

Aceptado el nombramiento por el contador, hecho el juramento y discernido el cargo,³⁶² se le entrega el expediente de inventarios con todos los

³⁶¹ Feb. P. 2 lib. 1 cap. 1 § 4.

³⁶² En el arancel del *Contador de menores y albaceazgos* de esta ciudad, inserto en la

recados y documentos necesarios para la formación de la cuenta, cuyo mecanismo se reduce a notar por medio de suposiciones el caudal que trajo el marido (suponiendo que él sea el difunto) la dote y parafernales de la mujer, la dote dada a la hija de la que debe traer a colación una mitad en la división de los bienes de cada uno de sus padres, las deudas pasivas del caudal, una relación del testamento, del que debe correr agregada copia a las memorias, y todas las demás circunstancias de los bienes; purificados todos estos datos, se liquida lo que corresponde a los acreedores, separando desde luego la dote y parafernales de la mujer: se deducen los gastos comunes: se dividen por mitad los gananciales, y de la mitad divisible se saca el quinto para cubrir los gastos que le corresponden y aplicar su residuo al mejorado, si lo hay, o a su destino: después el tercio si hubo mejora en él, y el remanente se divide en porciones iguales entre los herederos, o sus representantes según sean, aplicando a las dotadas en cuenta de sus legítimas las dotes recibidas, haciendo todas aquellas deducciones y colaciones a que haya lugar, según los datos, y jurando al fin su cuenta.

Presentada por el contador, se corre traslado a los interesados: si le objetan reparos, los allanará el contador, y quedando conforme los accionistas, la aprueba el juez, y manda expedir los libramientos, y hacer las adjudicaciones o particiones correspondientes.

Si los bienes no son de fácil división, o se adjudican a alguno de los interesados, pagando éste a los demás sus respectivas porciones, o se enajenan a un tercero;³⁶³ y en estos casos habiendo menores debe hacerse por el juez la información de utilidad.

Hecha así la división, y otorgada por los accionistas la fianza de saneamiento mutuo por la evicción a que quedan obligados, es acabado el juicio de inventarios.

colección impresa en 1759, se fijan los derechos que deben llevarse por la formación de las cuentas de partición y división en los términos siguientes: "De las cuentas que formare cuyo importe fuere desde uno hasta cincuenta mil pesos, a razón de dos por ciento. De aquellas cuyo importe subiere cincuenta hasta cien mil pesos, llevará a doce reales por ciento; de modo que de los primeros cincuenta cobrará el dos por ciento, y de los segundos el uno y medio. Por lo que subiere de ciento hasta doscientos mil, cobrará el uno por ciento, y por lo que excediere de doscientos mil, a razón de cuatro reales por ciento, advirtiéndose que estos derechos se han de deducir del caudal liquido, sacada la dote, y que si el trabajo se aumentare considerablemente por serlo la cantidad del caudal, o por la concurrencia de dos o más matrimonios, se convendrá con los interesados, para que con mandamiento de juez le satisfagan según fuere la operación. Del importe de las deudas incobrables deducirá también el tanto de derechos que le corresponde; pero lo cobrará de las mismas deudas eligiendo la que le parezca, de la que le harán cesión los herederos."

³⁶³ La enajenación de los bienes por no ser de fácil división, ni poderse adjudicar, aún cuando fuera en pública almoneda, no causaba alcabala por las cédulas de 5 de septiembre de 1735 y 23 de marzo de 1781. Estas disposiciones podrán haber sido variadas en los estados.

Solemnes a petición de parte

La viuda, o cualquiera de los interesados presenta escrito al juez con expresión del fallecimiento del testador, hijos y herederos instituidos, remitiéndose al testamento que debe acompañarse, pidiendo se proceda a la formación de inventarios, y avalúo de los bienes, y designando los peritos que tuvieren a bien, si no los hay deputados. Si es menor alguno de los hijos, por un *otrosí* se pide, que se le nombre curador, si el padre no le nombró tutor, en cuyo caso solo se pide que se le discierna el cargo. El juez provee de conformidad, previniendo se cite a los interesados, y nombrando curador al menor, si es pupilo, o mandado que lo nombre por sí mismo, si ha salido de la edad pupilar, y que se notifique al nombrado para que acepte, jure y dé fianzas. Hecho esto se le discierne el cargo, y en seguida se notifica a los interesados este auto, y el nombramiento de peritos, los que, si no hay contradicción, juran el fiel cumplimiento.

Si alguno de los interesados está ausente se le cita por medio de requisitoria para los inventarios, que deberán comenzarse dentro de treinta días, apercibiéndole de que pasado el término se seguirán, y le pagarán perjuicio, no compareciendo por sí, ó por apoderado. No sabiéndose donde está, se le cita por edictos, y se le nombra defensor que es un curador *ad litem*.

Después se da principio al inventario, notándolo por días, con expresión de la hora en que se interrumpe en cada uno, listando los bienes, y valuándolos si se quiere al mismo tiempo, y se dejarán en depósito a la viuda o hijos que vivieren en la casa, o a la persona que designaren los interesados. Concluido el inventario, el que lo formó hace el juramento y protesta de ser aquellos todos los bienes, y de agregar los que de nuevo hallare, y con él lo firmarán los peritos, testigos, y escribano, supliéndose la firma del perito que no sepa por otro a su nombre.

Si no asistieren los interesados, se les da traslado luego que el que pidió la licencia lo presenta para su aprobación, y lo contestarán dentro de tres días. No haciéndolo, se aprueban; y si lo hacen con reparos, se sigue artículo; más si asistieron no hay necesidad de traslado, pues si juzgan que hubo ocultación, o que no están bien valuados los bienes, lo objetarán; y no haciéndolo, se presume que no lo juzgaron así.

En el escrito en que se pide la formación de inventarios suele hacerse la admisión de la herencia con el beneficio de ellos; pero si no se hizo, se hará después por el juez, sigue la partición como se ha dicho.

Inventario de oficio por muerte abintestato

Sabedor el juez de que alguno ha muerto sin testamento, dejando bienes y sin herederos notorios, debe proveer auto, mandando se aseguren los

bienes y papeles, recojan las llaves: se de fe de estar muerto, y se reciba información sobre la identidad del difunto. Si la muerte fue repentina, debe además mandar que reconozcan el cadáver un médico y un cirujano para que digan, si fue o no natural la causa de la muerte.

Practicadas estas diligencias, se provee auto mandando dar sepultura al cadáver, cuyo acto se certifica por el escribano, si la muerte no fue natural. Después nombrará el juez (si no hay parientes, o no están allí) defensor a la herencia yacente, y procederá a la formación de inventarios, poniendo los bienes en depósito a contento del defensor.

No habiendo hijos ni herederos forzosos, se fijan edictos, y despachan requisitorias para el pueblo de donde fue originario el difunto, y para los otros en que hubiese residido, llamando a sus herederos y acreedores con término perentorio.

Pretendiendo alguno la herencia, se presentará pidiéndola, y probando su parentesco con las partidas de bautismos, casamientos, cláusulas de testamentos, y otros documentos, y ofreciendo además la información de testigos. De esta pretensión y sus pruebas se dará traslado al defensor, quien se conformará o la impugnará según le parezca; y oída una y otra parte declarará el juez al pretendiente por heredero abintestato, mandando se le entreguen los bienes con la obligación de hacer por el alma del difunto los sufragios correspondientes a su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado.