

LIBRO CUARTO.—De los juicios sumarios

Parte quinta.—Del testamento privilegiado.	345
¿Qué cosa es testamento ológrafo?	347
Parte sexta.—Del testamento de los extrangeros ..	348
Cuestión del testamento ológrafo hecho en Fran- cia por un mexicano ó por cualquiera estran- gero	355
Parte sétima.—De la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas..	358
De la herencia	id.
Del heredero y de sus cualidades y clases.	359
Del heredero condicional	364
De la sustitucion de heredero.	366

en presencia de (aquí los nombres de los cinco testigos) llamados y rogados por él, y que también firmaron por ante mí el infrascrito escribano público.—(Aquí las firmas del otorgante y testigos.)—En fé de lo cual lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

PARTE QUINTA.

Del testamento privilegiado.

Dijimos que el testamento se dividía en solemne y privilegiado, y que el solemne era nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. Habiendo, pues, considerado ambos, pasemos ahora á tratar del privilegiado.

Testamento privilegiado es el que no está sujeto á las solemnidades que se requieren para la validez de los testamentos solemnes en general.

Propiamente, entre nosotros no hay mas testamento privilegiado que el de los militares, concedido por la ley 4, tít. 1, P. 6, y hecho luego extensivo á todos los individuos que gozan el fuero de guerra por la ley 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.

Aunque el testamento privilegiado no está sujeto á las reglas y ceremonias del testamento solemne, tiene sin embargo requisitos esenciales que le marcan las leyes citadas. Segun la ley 4, tít. 1, P. 6, podia testar el militar y soldado estando en accion ó peligro de muerte, segun quisiese y pudiese, de palabra ó por escrito, y aun escribiéndolo con su sangre en su escudo ó armas, ó en la tierra ó arena, con tal que se probase con dos testigos presenciales y no en otra forma; pero fuera de la bueste, es decir, fuera de campaña, tenia que arreglarse á las leyes comunes. Posteriormente se dispuso en las Ordenanzas del ejército (Orden. militar, trat. 8, tít. 11, art. 1 hasta el 4), que todo individuo que gozase del fuero militar, lo goce también tocante á testa-

mento en cualquier parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña; que en el conflicto de un combate ó cerca de empezarle, en naufragio ú otro inminente peligro militar, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongau conformes haberles manifestado su última voluntad;—que se tenga por válida la disposicion del militar, escrita de su letra en cualquier papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pueda testar en parage donde haya escribano, lo haga con éste segun costumbre. Ultimamente se declaró que todos los individuos del fuero de guerra puedan, en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí sus testamentos en papel simple, firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal. (L. 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Resulta, pues, que los requisitos del testamento privilegiado de que gozan los militares y todos los demas individuos del fuero de guerra, se reducen á que puedan hacer testamento, sea en campaña ó fuera de ella, de palabra ante dos testigos, ó por escrito en papel simple, firmado de su mano, ó de otro cualquier modo, ó bien ante escribano; pero en este último caso tendrán que sujetarse á las solemnidades del testamento solemne.

El privilegio de hacer testamento sin las solemnidades de estilo, puede ceder en perjuicio de las mismas personas privilegiadas, ó de sus parientes y amigos; pues así es mas fácil suponer testamentos de sugetos que realmente hayan muerto intestados; de lo cual se ve que las formalidades de que deben revestirse los testamentos, no se prescriben como varias fórmulas, sino como medios de evitar los fraudes.

Por fortuna no admiten nuestras leyes otro testamento privilegiado que el militar. Algunos autores tienen por una especie de testamento privilegiado el de los que se llaman *indios*, como lo dicen Solórzano, Polit., ind. lib. 2, cap. 28, núm. 55; Montenegro en su "Itinerario para párrocos de indios" lib. 1, tít. 11, sec. 3, núm. 2; Paz en sus consultas y pareceres, "clas. 9, cons. 6, par. 243, cuyos lugares pueden verse en el tom. 2, pág. 12, § 20 del Febrero Mex., quien inclinándose á esas opiniones que algunos corroboran con las leyes 9, tít. 13, lib. 1, y 32, tít. 1, lib. 6, Rec. de Ind., aun forma argumento con las palabras de la ley 9 citada, *porque ordinariamente mueren los indios sin testamento, y cuando disponen de sus haciendas, es en memorias simples y sin solemnidad*; que indican en cierto modo aquella costumbre de que hablan los autores referidos.

Me parece, sin embargo, que no debe considerarse como privilegiado el testamento de los indios, pues en primer lugar la ley no expresa terminantemente, como debia, que los dichos indios gocen el privilegio, y en segundo lugar, las palabras citadas de la ley se refieren á una costumbre, que en mi concepto será válida si cumple con los requisitos que exige la ley para los testamentos solemnes, pues muy bien pueden los indios hacer testamento por *memorias simples*, como se dice en las palabras citadas de la ley, y muy bien pueden los albaceas ó herederos elevar á solemnes esas memorias simples, que de otro modo no serian válidas, haciéndose en este último caso la sucesion ab-intestato.

Convendrá decir aquí dos palabras sobre el testamento ológrafo.

El testamento *ológrafo* no tiene lugar en México mas que entre los militares, y por eso lo trato aquí.

Se llama testamento ológrafo el que está escrito por entero, fechado y firmado de la mano del testador, sin necesidad de otras formalidades. La denominacion de *ológrafo* se deriva de dos voces griegas, una de las cna-

les significa *solo*, y la otra *escribir*. Este modo de testar, que está admitido en algunas naciones, como por ejemplo en Francia, no se conoció entre los romanos, ni tampoco está en uso entre nosotros sino con respecto á los militares, los cuales pueden testar en esta forma ó en otra que mejor les parezca, como dije ya. La prueba de este testamento no puede hacerse sino comparando la letra y firma del testador con la letra y firmas hechas por él en otros papeles reconocidos por suyos; pero como hay muchas personas que saben imitar con la mayor perfeccion cualquier letra y firma de mano estrañia, no puede quedar duda de que es poco seguro este género de prueba, y muy peligrosa por consiguiente esta manera de consignar las últimas disposiciones.

Al hablar de los testamentos de los estrangeros, explicaré el caso, que puede ocurrir, de que un mexicano hiciera en Francia testamento ológrafo disponiendo de los bienes que tenia en México.

PARTE SESTA.

Del testamento de los estrangeros.

Es un principio inconcuso que el derecho de testar proviene de la propiedad y del derecho civil, porque como ya observé ántes, en el estado natural, muerto el hombre, se apodera de sus bienes el primer ocupante, por lo mismo que en dicho estado no hay garantías ni propiedad estable. Se sorprende, sin embargo, nuestro entendimiento, cuando al registrar los antiguos códigos de naciones que ya no estaban, de seguro, en el estado natural, encontramos desconocido el derecho de los estrangeros para disponer de sus bienes en el momento solemne de la muerte; y todavía sorprende mas ver cómo aquellas mismas naciones entregaban al fisco las herencias de los estrangeros que tenian la mala for-

tuna de morir en ellas. Véamos aquí lo que dice Vattel sobre esta práctica contraria á los principios de justicia y de respeto á la propiedad:

“Esta práctica—dice el citado autor en el § CXII, cap. 8, lib. 2 de su derecho de gentes—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. 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, no son nuestros enemigos; sin embargo, si una cosa que nos pertenece cae en sus manos, son propietarios de ella; los hombres libres llegan á ser sus esclavos, y están en los mismos términos con respecto á nosotros. Es preciso creer que un pueblo tan sábio solo por retorsion necesaria, conservaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir de otro modo reparacion de las naciones bárbaras con las cuales no tenia ninguna amistad ni tratados. Bodino asegura que este derecho (el del fisco á la sucesion de los extranjeros) se deriva del mismo origen. En la mayor parte de los Estados civilizados se ha modificado y aun abolido sucesivamente. El emperador Federico II fué 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.”

“Como el derecho de testar de los extranjeros ó de disponer de sus bienes despues de muertos—dice Vattel en el lugar citado, § CXI—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, ya en cuanto á la forma, ó ya en cuanto á las disposiciones 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 lo otorga, á ménos 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 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 á los 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 estenderse 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 disposicion 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 le asignan las leyes de la patria. Así, pues, un ginebrino, que está obligado por las leyes de Ginebra á dejar una legítima 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 estiende 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 aquellasse 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.”

De las doctrinas espuestas del derecho de gentes moderno, se ve que las legislaciones de los países mas adelantados han comprendido ya en su verdadero punto de vista el derecho que tienen los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento de la muerte. Estas doctrinas del derecho de gentes se contienen en este principio:

“Se supone que el testador tuvo la intencion de referirse á sus costumbres y usos ordinarios y á las leyes del lugar de su domicilio, que son las que le eran conocidas y las que tenia presentes en su memoria.”

Esta regla fundada en la naturaleza misma del espíritu humano, está escrita en las leyes romanas (L. 21, § 1, ff. Qui test fac poss.; L. 50, § 3, ff. De leg. I; L. 75, ff. De leg. III) Ha sido adoptada sin disputa por Menoch Grocio, Paul Voet, Sander; sobre todo por Juan Voet, Rodemburg, Boullenocio, Hert, Vattel, Glück,

el Repertorio de Jurisprudencia, Tittman, M. M. Mit-
termaier, Eichhorn, Mühlenbruch, Rocco, Burge, y la
Cour royale de Paris. (Fœlix, derecho internacional
privado, lib. 11, tit. 1, cap. 11, sec. VI.)

La legislación mexicana tiene arregladas á estos prin-
cipios de derecho de gentes sus disposiciones legales so-
bre testamentos de extranjeros; y donde principalmente
se encuentran estas disposiciones, es en los diversos tra-
tados celebrados entre México y las naciones estrange-
ras. Así, en el artículo 9 de los tratados celebrados con
la Inglaterra el 26 de Diciembre de 1826, en Lóndres,
se encuentra lo 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, dona-
cion, permuta ó de otro modo cualquiera, así como tam-
bien la administracion de justicia, los súbditos y ciuda-
danos de las dos partes contratantes, gozarán en sus res-
pectivos dominios y territorios los mismos privilegios,
libertades, y derechos que si fueran súbditos nati-
vos, y no se les cargará en ninguno de estos puntos
ó casos, mayores impuestos ó derechos que los que pa-
gan ó en adelante pagaren los súbditos ó ciudadanos na-
tivos de la potencia en cuyo territorio residan.” Este
artículo es literalmente el 9 del tratado con Hannover,
publicado en 29 de Octubre de 1829; y el 13 del cele-
brado con los Estados-Unidos del Norte, publicado en
1º de Diciembre de 1832, y sustancialmente es el 10 del
tratado con los Países-Bajos, y el 11 con Dinamarca,
publicados en 16 de Junio y 29 de Octubre de 1829.
Cuyos tratados se pueden ver en el Derecho internacio-
nal mexicano, páginas 97, 121, 158, 115 y 131.

Pero para comprender bien esta materia, es preciso
saber perfectamente quiénes son extranjeros en México.
El artículo 1º de la ley de extrangería de 30 de Enero
de 1854, que está vigente, dice:

“Son extranjeros para los efectos de las leyes:

I. Los que nacidos fuera del territorio nacional, sean súbditos de otro gobierno y no estén naturalizados por carta especial firmada del presidente de la República.

II. Los hijos de extranjeros nacidos en el territorio nacional hasta la edad de veinticinco años, si se mantuvieron bajo la patria potestad.

III. Los mismos hijos de que trata el párrafo anterior, cuando emancipados declaren ante la autoridad política del lugar de su residencia y dentro del año siguiente al de su emancipación, que no quieren naturalizarse.

IV. Los hijos de mexicano que residiendo con sus padres fuera de la República, dejasen pasar un año después de la mayor edad de veinticinco años sin reclamar la calidad de mexicano. Se exceptúa el caso de que la residencia fuera de la República sea por causa del servicio público.

V. Los ausentes de la República sin licencia ni comisión del gobierno, ni por causa de estudios ó de interés público, que dejen pasar diez años sin pedir permiso para prorrogar su ausencia. Este permiso no escederá de cinco años en cada vez que se solicite, necesiándose, después de concedido el primero, esponer justas y calificadas causas para obtener cualquier otro.

VI. Los hijos de mexicanos mayores de edad y residentes fuera de la República, que habiendo perdido su padre la calidad de mexicano, no reclamaren para sí esta misma calidad, pasados cinco años desde la privación de los derechos de su espresado padre. En caso de esa reclamación, se obligará á establecer su domicilio en la República dentro de un año de verificar aquella.

VII. La mexicana que contrajere matrimonio con extranjero, por deber seguir la condicion de su marido.

VIII. Los mexicanos que sin licencia del gobierno aceptaren honores ó cargos públicos de soberanos ú otros gobiernos estraños.

IX. Los que se naturalizasen en otros países.

X. Los que se establecieron fuera de la República con ánimo manifiesto y declarado de no pertenecer mas como súbditos de ella.

XI. Los que en la ocupacion de algunas ciudades ó poblaciones de la República por el enemigo extranjero, en caso de guerra con alguna potencia, enarbolaren en sus casas para su resguardo el pabellon de cualquiera nacion estraña, debiendo ser por este acto juzgados, y en caso de probada esta falta, espulsos del territorio nacional como extranjeros sospechosos contra la nacionalidad del país. Se consideran como parte del territorio de la República los buques nacionales sin ninguna distincion.”

Tambien conviene saber cuándo se consideran como domiciliados los extranjeros en la República, y cuándo como transeuntes.

Dice el artículo 10 de la misma ley:

“Los extranjeros que residan en el territorio mexicano, siempre que su permanencia sea para largo tiempo por establecer casa abierta ó poblada, ó por adquirir bienes raíces, ó fundar alguna industria que suponga una residencia siquiera de tres años, se tendrán como domiciliados para los efectos de las leyes; mas si no tuvieren residencia fija ni hicieren una mansion larga en el país, se considerarán como transeuntes.”

Resulta, pues, de todo lo dicho, que en México los extranjeros pueden disponer de sus bienes para despues de su muerte, arreglando su testamento á las leyes mexicanas en cuanto á los bienes raíces que tengan; y en cuanto á los bienes muebles, teniendo en cuenta la distincion ya esplicada con respecto á las leyes puramente locales y á las que afectan la calidad de ciudadano.

Por supuesto que los extranjeros que se naturalicen en México quedan convertidos en ciudadanos mexicanos, y deben por lo mismo, sujetarse en su testamento á todas las leyes mexicanas, ya sean sobre bienes raices que

tengan en México, ó sobre bienes muebles, en cualquier parte que estén.

Conviene, pues, saber cuándo se tienen por naturalizados los extranjeros. El artículo 7 de la ley de extranjería citada, dice:

“El extranjero se tendrá por naturalizado:

I. Si aceptare algun cargo público de la nacion, ó perteneciere al ejército ó armada.

II. Si casare con mexicana y manifestare querer residir en el país gozando de la calidad de mexicano. Esta declaracion la verificará dentro de un mes de celebrado el matrimonio, cuando éste se haga en el territorio de la República, y dentro de un año si se hubiese contraido fuera.”

Tambien se tienen, por supuesto, como naturalizados, los extranjeros á quienes se concede carta de naturaleza.

Hemos visto que en México solo pueden hacer testamento ológrafo los militares. Pues bien; se ofrece la cuestion probable de que un mexicano que no fuese militar en su caso, ni gozase por consiguiente del privilegio, hiciese en Francia testamento ológrafo disponiendo allí de los bienes que tenia en México.

Véamos lo que dice Escriche con mucho tino sobre este punto:

“Mas ¿podrá un extranjero que reside en Francia hacer en la *forma ológrafa* un testamento válido, ó revocar en la misma forma el que hizo en su pátria con respecto á los bienes que en ella poseia? Declarándose la validez de la revocacion por simple escrito ológrafo, y no presentándose otro testamento válido, no puede dudarse que los bienes inmuebles que el testador extranjero tuviere en Francia quedan sujetos á la declaracion del tribunal francés; aunque las leyes del país del testador no admitan esta forma de testar, porque los inmuebles situados son regidos por la ley francesa, y pueden disponer de ellos los extranjeros en virtud de la ley de

14 de Julio de 1819, del mismo modo y en la misma forma que los franceses.

“Pero ¿qué diremos de los bienes existentes fuera de Francia? ¿Podrá el testador extranjero residente en Francia disponer igualmente de ellos en la forma ológrafa? ¿Podrán alcanzarles la declaracion que haga un tribunal francés de la validez de la revocacion, hecha en papel ológrafo, de un testamento que hizo el testador con arreglo á las leyes de su país, que no admitian esta forma de testar? No: ni el extranjero residente en Francia puede disponer en la forma ológrafa de los bienes que tiene en su país ni revocar tampoco en dicha forma un testamento auténtico que habia hecho en su patria. Esto era cierto aun entre los mismos franceses, cuando ántes del código civil estaba dividida la Francia en provincias de derecho escrito y provincias de derecho consuetudinario, pues no era válido el testamento ológrafo que otorgaba en una provincia de derecho consuetudinario el habitante de otra provincia de derecho escrito, como se deja ver por una declaracion del Parlamento de Aix, en 14 de Junio de 1719, en que se dice que un testamento ológrafo hecho por un provenzal fuera de la Provenza y en una provincia en que estos testamentos están autorizados, no seria válido con respecto á los bienes de la Provenza, donde no se conocen tales testamentos. Mucho ménos válido seria por consiguiente el testamento ológrafo que otorgue en Francia un extranjero, como por ejemplo, un español ó americano, con respecto á los bienes que posea en su tierra, donde no se admite por las leyes generales tal forma de hacer testamento.

“Se dice que el lugar rige el acto, *locus regit actum*; esto es, que las formalidades que se estilan en el país donde uno se encuentra son las que debe seguir cuando testa ó celebra algun contrato. Es verdad; esta es una máxima de derecho internacional, reconocida por todos los pueblos civilizados; pero es una máxima que se apli-

ca solamente á los contratos y testamentos que se hacen con el ministerio de notarios ú oficiales públicos, ó de personas que están autorizadas por las leyes de su país para recibir alguna de estas especies de instrumentos, como lo están en ciertos países para recibir testamentos los eclesiásticos que ejercen la cura de almas; porque de una parte, el ciudadano que se encuentra fuera de su país no puede razonablemente ser privado de la facultad de contraer ó testar, y de otra parte no pueden ser recibidos estos actos sino por los oficiales públicos del lugar en que se hacen y con las formalidades prescritas por las leyes de este lugar.

“Mas esta regla ó máxima internacional, ni se aplica ni puede aplicarse á los testamentos ológrafos, porque son unos actos meramente privados, que no están sujetos, hablando propiamente, á solemnidad alguna, y que no son obra sino de los que los hacen, quienes son al mismo tiempo autores y ministros de sus disposiciones. Así nos lo enseñan los autores franceses, especialmente Duranton en su *explicacion de las disposiciones testamentarias* del código civil, añadiendo que si la regla *locus regit actum* se ha aplicado alguna vez por los tribunales de aquella nacion á los testamentos ológrafos, se ha cometido en ello un verdadero *abuso*, y que es tan cierto que este testamento es un acto privado sin autenticidad alguna, que los que tienen interés en que no se lleve á ejecucion, pueden con efecto impedirlo con solo decir que no reconocen la escritura y la firma de su autor, y entónces los que invocan el testamento habrán de probar que éste es obra de la persona á quien lo atribuyen, sea por medio de testigos, sea por documentos, sea por medio de espertos, en fin, del mismo modo y forma con que se prueban los escritos privados.

“Síguese de aquí que el extranjero, sea español ó mexicano, que quiere hacer en Francia testamento válido ó revocar el que tiene ya hecho en España ó México, disponiendo de los bienes que posee en su patria, debe

arreglarse á la forma *auténtica* que se halla establecida por las leyes francesas, esto es, debe otorgar el acto ante un notario y cuatro testigos, ó ante dos notarios y dos testigos, segun la regla *locus regit actum*. Mas para que los testamentos ológrafos fuesen válidos y pudiesen surtir sus efectos en los bienes que el extranjero tuviese en su patria, sería preciso que las leyes de su patria misma los reconociesen y admitiesen, y aun autorizasen á sus naturales á testar en esta forma dentro del país ó fuera de él, así como las leyes francesas admiten los que se hagan de esta clase por los franceses en su país ó en el extranjero; lo cual está muy léjos de ser así con respecto á lo españoles ó mexicanos, pues ni nuestras leyes permiten los testamentos privados, ni en el estado actual de nuestra legislación pueden ser tolerables, dejándose como se deja al arbitrio del juez el dar ó no dar valor segun su conciencia, al cotejo de letras, aunque todos los peritos opinen de un mismo modo.

He dado la definicion de testamento, y he dicho que se divide en solemne y privilegiado, ósplicando en seguida las dos clases principales de testamento solemne, que son el nuncupativo ó abierto, y el escrito ó cerrado. He tratado en seguida del testamento privilegiado, y del testamento de los extranjeros. Terminada, pues, la materia de testamentos en cuanto á la forma y requisitos del instrumento, paso ahora á considerar la materia de herencias y la de herederos, legatarios y albaceas.

PARTE SETIMA.

De la herencia y de los herederos, de los legados y de los albaceas.

De la herencia.

Se llama herencia la sucesion en los bienes y derechos que tenia alguno al tiempo de su muerte, y el con-

— 359 —

junto de los mismos bienes y derechos que deja el difunto deducidas las deudas. (L. 8, tit. 33, P. 7)

Generalmente se establece distincion entre la herencia y los bienes del difunto, entendiéndose por la primera todo lo que deja el difunto así en activo como en pasivo, y por los segundos, solo lo activo.

La reunion ó conjunto de todos los bienes y derechos de la sucesion, no forma una herencia propiamente dicha sino ántes de la aceptacion del heredero presuntivo, porque despues de la aceptacion, todo el patrimonio del difunto se confunde con el de su sucesor y pierde el nombre de herencia.

Aunque la herencia comprende todos los bienes muebles é inmuebles del difunto, se la considera sin embargo como cosa puramente incorporal, porque no es de su esencia el que se encuentren bienes positivos en ella. Así es que el hombre que nada deja al morir, no deja por eso de tener una herencia en ese sentido como el mas rico propietario.

La herencia resulta, ó de un acto que espresa la voluntad del testador, ó por disposicion de la ley que presume y supone dicha voluntad cuando el difunto murió sin espresarla en debida forma. Así es que la herencia es *testamentaria* si se confiere por testamento, y *legítima ó ab-intestato* si se confiere por la ley. (Proem. y ley 3, tit. 13, P. 6.)

Al hablar de los herederos, volverémos á decir algo mas sobre la herencia.

Del heredero y de sus cualidades y clases.

Se llama heredero al que sucede en los bienes del difunto, ó lo que es lo mismo, á la persona á quien toca la herencia del difunto; y como la herencia puede recaer por testamento y ab-intestato, de aquí es que la primera division de los herederos deberá ser en **testamentarios y ab-intestato.**

Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó impedimento legal para ello, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las dos clases de herederos, á saber: en el forzoso basta que haya capacidad al tiempo de la muerte del testador, aunque no la hubiese al de la institucion, en el voluntario en tres, que son el de la institucion, el de la muerte del testador, y el de la aceptacion de la herencia.

De esta capacidad carecen los apóstatas y hereges declarados por sentencia; el que á sabiendas se ha hecho bautizar dos veces, y los colegios, cofradías, ayuntamientos ó sociedades erigidas contra derecho. (L.L. 4, tit. 3, P. 6; y 6 y 7, tit. 8, lib. 5 Rec.; ó 4 y 5, tit. 20. lib. 10 Nov.) Tampoco la tienen el traidor y sus hijos varones (Esta prohibicion que tenian para poder heredar en lo absoluto los hijos de traidor, no parece que puede tener lugar entre nosotros, supuesto el art. 146 de la Constitucion, que previene que la infamia no pase del delincuente, y el 147, que prohíbe la pena de confiscacion de bienes, de modo que podrán heredar hasta á su mismo padre); lo mismo que los que aconsejan ó ausilian la traicion (L.L. 2, tit. 2, P. 7, y 2, 3 y 4, tit. 18, lib. 8 Rec.), y ninguno de estos puede ser nombrado heredero, y siéndelo es nulo el testamento. (En México, repito, no es así.) Lo mismo sucede respecto del confesor del enfermo en su última enfermedad, su iglesia, convento, órden, parientes ó deudos, cuyo nombramiento anula el testamento, y condena al escribano que lo estendiere á la pena de privacion de oficio. (Cédula de 18 de Agosto de 1771, que es el auto 3º, tit. 10, lib. 5 de la Rec.; ó L. 15, tit. 20, lib. 10 de la Nov., y cédulas de 22 de Diciembre de 1800, publicadas en 8 y 21 de Octubre y 9 de Noviembre de 1801, aunque éstas se contraen á prohibir las mandas á favor de los confesores, sus iglesias, &c.)

Los referidos tienen inhabilidad para suceder á todo género de personas. Hay otros que solo 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 espúrios*. Los primeros son los procreados por hombre y muger hábiles para contraer matrimonio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento; y además, es necesario que el padre los reconozca por tales naturales, siempre que la muger en quien los tuvo no viviese en su casa ó no hubiese sido una sola. (L. 9, tit. 8, lib. 5 Rec., ó 1, tit. 5, lib. 10 Nov.) Respecto de estos hijos, tienen obligacion los padres, abuelos y ascendientes de ambas lineas, de darles alimentos. (LL. 1 y 2, tit. 15; y 5, tit. 19, P. 4, y 11 al fin del tit. 13, P. 6.) Y por lo que hace á la sucesion hereditaria, podrán tener la de sus padres, siempre que estos no tengan descendientes legítimos, aunque tengan ascendientes (L. 8, tit. 8, lib. 5 Rec.; ó 6, tit. 20, lib. 10 Nov.); y si el padre no los mencionare en el testamento, deberán los herederos darles alimentos. (L. 8, tit. 13, P. 6.) Habiendo descendientes, solo podrán suceder á su padre en el quinto de los bienes. (La misma ley 8 Rec.; ó 6 Nov.)

Respecto de las madres, tienen los mismos derechos que hemos explicado, no solo los hijos naturales, sino tambien los espúrios, como no sean de los prohibidos que proceden de punible y dañado ayuntamiento (L. 7, tit. 8, lib. 5 Rec.; ó 5, tit. 20, lib. 10 Nov.), de que vamos á hablar.

Bajo este nombre de espúrios, que ántes se aplicaba únicamente á los que no tenian padre conocido, se comprende en el dia á todos los ilegítimos que no son naturales, y son los *adulterinos*, que proceden de hombre casado, ó de hombre y muger casados; los *sacrilegos* de monja ó religioso profeso, ó de clérigo de orden sagrado; los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *manceres* de prostitutas ó mugeres públicas. Todos estos son de dañado ayuntamiento; pe-

ro es además punible si la madre era casada, porque entonces incurria en la pena de muerte. (L. 7, tit. 8, lib. 5 Rec.; ó 5, tit. 20, lib. 10 Nov.)

A escepcion de los sacrílegos, todos los espúrios tienen derecho, ya por testamento, ya por intestado, para suceder á sus padres que tengan descendientes legítimos en el quinto de sus bienes, sin que se les pueda mandar más; pero los sacrílegos en nada pueden suceder, según la L. 9 del tit. 8, lib. 5 de la Recop., que es la 1, tit. 5 del lib. 10 de la N., aunque por su disposicion no es de creer que se entiendan escludidos los alimentos. A las madres suceden como herederos forzosos, ménos los que proceden de ayuntamiento sacrílego, que nada pueden tener, ó de dañado y punible, que solo tendrán el quinto. Véase lo que diré mas adelante sobre hijos naturales. La ley de sucesiones de 10 de Agosto de 1857, dice lo siguiente sobre calidades de los herederos por testamento.

Serán inhábiles para heredar por testamento, y aun para adquirir legados: 1º, el médico que asista y el sacerdote que confiese al testador en su última enfermedad, si no fueren personas que tengan derecho de heredarle ab-intestato; pues siéndolo, conservarán para sucederle por testamento y adquirir legados, la misma habilidad que tuvieren ántes de asistir ó confesar al testador; 2º, los parientes del médico y confesor susodichos, con la escepcion indicada en la fraccion que precede; 3º, la iglesia, convento ó monasterio del dicho confesor. El escribano que, *á sabiendas*, otorgue un testamento en que se contravenga á las tres prevenciones que anteceden, será privado de oficio. El jnez á quien se presentare el testamento, impondrá de oficio esa pena, procediendo de plano; y si no lo hiciere así, será suspendido por seis meses. Ni sobre la privacion, ni sobre la suspension, se admitirá recurso alguno en el efecto suspensivo, pero si en el devolutivo; 4º, las manos muertas, si la herencia ó legado consistiere en bienes raices; 5º,

el condenado por haber dado, mandado, ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesion se trate, ó á los padres, hijos, ó cónyuge de ésta; 6º, el que haya hecho contra ella acusacion de delito que merezca pena capital, aun cuando sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, ó su cónyuge; á menos que esto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida, ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, de un hermano suyo ó de su cónyuge. Pero cuando el finado no fuere descendiente, ascendiente, ni cónyuge del acusador, se necesitará que la acusacion sea declarada calumniosa; 7º, el mayor de edad que, sabedor de que el difunto no murió naturalmente, no denuncie á la justicia el homicidio, dentro de seis meses contados desde el dia en que llegó á su noticia; á no ser que los tribunales comiencen á proceder de oficio dentro de dicho término. Pero la falta de denuncia no perjudicará al heredero, si fuere descendiente ó ascendiente del homicida, su esposo ó esposa, su hermano, tio, sobrino, ó cualquier otro de los parientes colaterales, que se halle en igual, ó mas cercano grado de parentesco con el homicida, que con el difunto. Como se ha dicho, hay obligacion de denunciar el homicidio, en los casos no exceptuados; pero en ninguno lo habrá de denunciar al homicida; 8º, el cónyuge supérstite, declarado adúltero en juicio en vida del otro, ó que estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio, si se tratare de la sucesion del cónyuge difunto; 9º, la muger condenada como adúltera en vida de su marido, si se tratare de la sucesion de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio; 10º, el padre y la madre para heredar al hijo espneso por ellos; 11º, el que hubiere cometido contra la vida ó el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio; á menos que se pruebe la existencia de algunos hechos, de que *claramente* se infiere haber perdonado el difunto al culpable;

12º, el que usare de violencia con el difunto para quº haga ó deje de hacer testamento; 13º, el padre ó la madre que no reconociere sus hijos naturales, para heredar á éstos ó á sus descendientes.

Serán inhábiles para suceder por testamento y ab-intestato á sus cómplices, y ann para adquirir los legados que estos les dejen: 1º, los declarados incestuosos ó adúlteros; 2º, el clérigo secular ordenado *in sacris*, los religiosos profesos de ambos sexos, y la muger ó el varon con quien tuvieren ayuntamiento carnal, *si fueren declarados judicialmente reos de ese delito*. Los descendientes del inhábil que pretenden suceder por testamento ó ab-intestato, por derecho propio y no en representacion, no serán escludos por la inhabilidad de su ascendiente. Pero el padre en ningun caso tendrá el usufructo de los bienes que sus hijos reciban por herencia ó legado, para cuya adquisicion sea aquel inhábil (Ley cit. art. del 26 al 28.)

Del heredero condicional.—La institucion de heredero puede hacerse puramente, ó bajo de condicion, á dia fijo, ó hasta cierto tiempo. Por condicion se entiende *una circunstancia por la cual se suspende la cosa, hasta realizarse algun acontecimiento incierto*; por lo que se ve que la de pretérito no es rigorosamente una condicion, sino solo en cuanto el suceso no ha llegado á nuestra noticia. La condicion es ó imposible, que es la que no puede existir, ya de derecho por contraria á las leyes, á las buenas costumbres ó á la piedad, ya de hecho, como hacer un monte de oro, ó ya por naturaleza, como tocar el cielo con la mano; ó 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 mista, que participa de ambas.

Puede ser tambien afirmativa, si su cumplimiento consiste en hacer algo, como: Pedro sea mi heredero si se casa; ó negativa, si es en no hacer, como: Sea mi here-

— 365 —

dero si no se casa. La negativa tiene la singularidad de que no suspenda la consecucion de la herencia, dando el nombrado caucion de que si en algun tiempo obra contra la condicion, restituirá la herencia. A esta caucion se llama *Muciana* (L. 7, tit. 4 y 21, tit. 9, P. 6.)

Para el arreglo de los testamentos condicionales, creemos oportuno insertar aqui las ocho reglas que fija el doctor Alvarez, y son:

1ª Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legitima.

2ª Cuando un padre mejora á su hijo en el quinto, tiene facultad de imponerle á su arbitrio los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que sean posibles y honestas. (LL. 11, tit. 4, P. 6, y 17, tit. 1 de la misma.)

3ª En el tercio, por ser verdaderamente legitima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condicion. (L. 11, tit. 6, lib. 5 R., ú 11, tit. 6, lib. 10 N.), aunque si se les permite poner gravámen.

4ª El heredero extraño debe camplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario, no adquiere la herencia. (L. 7, tit. 4, P. 6.)

5ª Si la condicion depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de éste, no se puede camplir, se tiene por cumplida. (L. 14 del d. tit. 4.)

6ª La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta, á diferencia de los contratos, á los cuales los vicia. (L. 3 del mismo.)

7ª La condicion perpleja, que llaman dudosa, y se verifica cuando no se puede entender su sentido, porque repugnan entre sí las palabras, hace inútil la institucion de heredero. (L. 5 del mismo.)

8ª El heredero, ántes de camplir la condicion, no trasmite la herencia á sus herederos.

De la sustitucion de heredero.—La sustitucion en general es nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero. (L. 1, tit. 5, P. 6.) Puede ser directa y oblicua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto, sin intervencion de otro; y la otra es la que se hace por palabras de ruego y da la herencia por mano de otro.

La sustitucion se divide en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilócuca y fideicomisaria. Vulgar es la que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye para el caso que no llegue á serlo. (La misma ley.) 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. (L. 2, tit. 5, P. 6.) Es expresa cuando el testador dice: *Nombro por mi heredero á Pedro; y si éste no lo fuere, lo será Juan;* y tácita, cuando nombra á varios para que lo herede el que sobreviva. Si al tiempo del fallecimiento viven dos ó mas, partirán la herencia en partes iguales, y si uno solo, este la llevará toda. (D. L. 2.)

Pueden ser sustituidos los que pueden ser instituidos, así como los inhábiles para ser herederos lo son tambien para ser sustitutos. Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y al contrario, y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á 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 estos entrará sino en la parte que correspondia á aquel á quien se sustituyó. (L. 3, tit. 5, P. 6.)

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

La pupilar es la que hace el padre de familias, á su

hijos impúberes que se hallan en su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran ántes de llegar á la pubertad. (LL. 1 y 5 d. tit. y P.) Esta se distingue de la vulgar: 1º en que pueden sustituir vulgarmente todos los testadores, y pupilarmente solo los padres de familia: 2º en que vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos, y pupilarmente solo á los hijos impúberes: 3º 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 fuese heredero y muriese antes de la pubertad. (LL. 1 y sig., tit. 5, P. 6.)

De esta nocion de la sustitucion pupilar se inferen tres axiomas: 1º El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad. 2º La causa de ella es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad. 3º Cuando se sustituye pupilarmente, hay dos testamentos, no en cuanto á las solemnidades, sino en cuánto á la sustitucion de heredero, que es doble. (L. 7 del mismo.)

Del primero se infiere: 1º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, porque nunca tiene á los hijos en su potestad. (L. 2, tit. 17, P. 4.) 2º Que ni el padre puede respecto de los emancipados. (L. 15, tit. 18, P. 4.) 3º Que tampoco puede el abuelo, que no tiene patria potestad sobre los nietos. (L. 8, tit. 1, lib. 5 R., ó 3, tit. 5, lib. lib. 10 N.) 4º Que puede el padre respecto del hijo desheredado. (L. 6, tit. 5, P. 6); y 5º Que la sustitucion acaba por la emancipacion, 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 mugeres, y cumplida ésta, acaba desde luego la sustitucion. Y por último, del tercero, que el padre no puede hacer sustitucion sin hacer testamento para si, y el sustitnto recibe todos los bienes del hijo por cualquiera línea que le veugan, aun cuando tenga madre, á quien

en opinión de algunos excluye el sustituto. (Greg. López, sobre la l. 5, tit. 5, P. 6, y Febrero reform., P. 1, c. 5, § 3, núm. 90), fundados en la razón de que esta sustitución es parte del testamento del padre, que no tiene obligación de dejar nada á su muger, madre de su hijo, sino en caso de necesidad. (Cap. 1 de test. in 6); pero quieren que la sustitución sea expresa, pues siendo tácita incluida en la vulgar, no queda excluida la madre. (Salm. tr. 14, c. 5, núm. 115.)

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 ó muriendo el sustituto.

La ejemplar es la que hacen los ascendientes á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados, aunque sean mayores de veinticinco años, no por falta de edad para testar, sino por la del uso de su entendimiento. (L. 10, tit. 5, P. 6.) Como el fundamento de esta es la necesidad, pueden hacerla el padre, la madre y los abuelos á sus descendientes legítimos, estén ó no en su poder, casados ó 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: *Instituto por mi heredero á Pedro, mi hijo legitimo; y si muriere en la locura que padece, será su heredero Juan su hermano; y éste lo heredará en efecto en tal caso.* (L. 11, tit. 5, P. 6.)

En esta sustitución se han de llamar los sustitutos precisamente en este orden: los hijos del loco ó fátuo; á falta de ellos los nietos y demás descendientes por su orden y grado. Faltando estos, algunos autores quieren que se nombre un hermano. (Sala en sus notas á Vinnio, en la nota de derecho de España puesta á este título, § 1, n. 9; Febrero reformado, P. 1, cap. 5, § 393, y en su defecto un extraño. Esto indica que aun en la sustitución ejemplar se pretende que quede

escluida la 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 razon debe sostenerse que no cabe en la ejemplar, que carece de aquel fundamento. A esta opinion se inclina Alvarez, juzgando que debe observarse la ley 6 de Toro, y tenerse por derogada la II, tit. 5, P. 6, y remitiéndose á Gregorio López sobre d. 1, y á Covar. de testam.

Se acaba esta sustitucion ejemplar por recobrar el fátno el juicio, porque le nazca algun 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 á mi hijo Fernando por mi heredero, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo á Fernando.* En este caso, si el hijo no fuere heredero, tiene lugar la sustitucion vulgar: si era menor y murió ántes de la pubertad, entra la pupilar; si era loco ó fátno, la ejemplar. Como esta sustitucion comprende á la pupilar, solo la puede hacer el padre. (L. 12, tit. 5, P. 6.)

La recíproca, que tambien llaman brevilócna, es cuando se nombran muchos herederos, y se sustiyan unos á otros; como v. g.: *Instituyo y nombro por mis herederos á Pedro, á Juan y á Francisco, y los sustituyo ad invicem, para que unos entren en el lugar de los otros.*

Ultimamente, la fideicomisaria es cuando el testador encarga al heredero que nombra, que restituya ó entregue á otro su herencia. Antiguamente se podia obligar al heredero nombrado á aceptar la herencia, para que el testador no muriese parte testado y parte intestado; mas despues de la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la R., que declaró que la falta de institucion de heredero no anula el testamento, no es ya necesario esto, y si el heredero no acepta ó renuncia, entrará el sustituto (L. 14, tit. 5, P. 6)

Si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituyese la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capaz de sucesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el tiempo señalado para la restitucion. (L. 1, tit. 4, lib. 5 R., ó 1, tit. 18, lib. 10 N.)

El padre puede dejar la herencia á otro con intencion, pero sin pacto de que la restituya por via de fideicomiso á su hijo espúrio. Algunos autores dicen que se lo puede significar así al heredero, y aun rogárselo especialmente, pero no obligarlo á ello; y si el heredero diere palabra de hacerlo, estará obligado á cumplirla á lo ménos por fidelidad. (Salm. tr. 14, cap. 15, n. 66.)

De la aceptacion de la herencia y de la cuarta trebeliánica ó fulcidia.—Como el heredero, si acepta la herencia, resulta obligado á todo lo que lo estaba el testador por sus dendas, para que no lo sea á mas de lo que alcance la herencia, las leyes le conceden dos 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 dendas, y resolver si le trae provecho ó no al aceptarla (L. 1, tit. 4, P. 6). Los jueces pueden conceder hasta nueve meses, y la autoridad suprema un año, aunque si en ménos tiempo se conjétura que pueden deliberar, solo se concederán cinco dias (L. 2 del mismo) Este beneficio es de poco uso por el siguiente.

Este es el de inventario, por el cual el heredero no resulta obligado á mas de lo que alcanza la herencia. Sobre el modo de formararlo, especies, solemnidades y demás concerniente á ello, hablaremos en el juicio de inventarios.

Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la hereucia con la obligacion de restituirla toda,