

adj. 7349 [347]
PRACTICA

DE

TESTAMENTOS,

En la que se rescucen los casos mas frecuentes que se ofrecen en la disposicion de las últimas voluntades.

ESCRITA POR

El P. Pedro Muñillo Velarde,

DE LA EXTINGUIDA COMPAÑIA.

Refundida y notablemente aumentada para la mayor utilidad de los jueces y alcaldes, de los párrocos y confesores, y de los abogados y escribanos.



SESTA EDICION NUEVAMENTE ADICIONADA

con notas que esplican las variaciones producidas por las últimas disposiciones vigentes.

Se expende en la librería antigua de Agustinos núm. 3.

MEXICO.

Imprenta de LA VOZ DE LA RELIGION, calle de San José el Real núm. 13.

1848.

ADVERTENCIA SOBRE ESTA EDICION.



LA estimacion general que justamente ha merecido la Práctica de Testamentos, escrita por el P. Pedro Murillo, y la escasez que habia ya de ejemplares, ha hecho emprender una nueva edicion 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 á la época en que escribió, en ésta se ha procurado llenar esos huecos. Así es que sin dejar de ser breve la obra, como lo indica la pequenez del volúmen, y conservando la misma division que el autor le dió en §§, se numeran siete mas sobre los diez en que estaba dividida, y en estos se han insertado todas las doctrinas, cuya falta se les notaba, colocándolas con mas orden y mejor distribucion; habiéndosele agregado en la tercera edicion el XVII, en que se recopilan las doctrinas mas esenciales sobre los testamentos de los militares, y modo de ejecutarlos.

No se ha omitido cita alguna, para que el lector sepa si la doctrina que se asienta es de ley ó la opinion de algun autor; anotando igualmente las que son controvertidas, para que se pueda escoger la que parezca mas segura.

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

Esta obra refundida y aumentada, es propiedad del editor, y nadie puede reimprimirla sin su consentimiento.

KG F
672
M8
1848 a] 1
006206

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

En una palabra: sobre el cuerpo de doctrina del Padre Murillo, 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 á los lectores un epitome sobre ella, en el que se tocan brevemente todos los puntos dignos de saberse, indicando las fuentes de 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 comun 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; y si los lectores se persuaden de ello, y de la buena intención con que se les presenta, quedará recompensado el trabajo impendido en su redacción.

En esta edición se han puesto varias notas que explican las variaciones que en algunos puntos se han introducido por las disposiciones dicitales nuevamente hasta la fecha. Julio 1.º de 1842.

§ I.

DE LOS TESTAMENTOS.

Testamentos 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 esto los que no pueden tener voluntad, no pueden testar. Debe ser legítima, esto es, arreglada al derecho, y con las solemnidades que este exige; y debe contener la institución directa de heredero, pues no habiéndola valdrá no como testamento, sino como codicilo ó última voluntad (1).

Como la voluntad puede declararse ó por escrito ó de palabra, de ahí resulta la división del testamento en dos clases. O es escrito, al que llaman comunmente cerrado, y es cuando el testador expresa su voluntad en un papel escrito y cerrado, declarando ser su testamento á 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 comun, 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.º Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra. 2.º Se requiere entero juicio en el que hace testamento. 3.º 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 testamento, presencia de testigos, y papel del sello correspondiente. La unidad de testamento consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebración de un contrato

(1) L. 1 t. 4 lib. 5 R. 6 l. tit. 18 lib. 10 N.—(2) LL. 1 y 2 t. 1 P. 6 y 2 t. 4 lib. 5 R. 6 l. y 2 tit. 18 lib. 10 N.

con alguno de los testigos, ó con otro; pero no se opone á ella la interrupcion del acto de testar, ó por accidentes del testador, ó por ocupaciones de los testigos.

La segunda solemnidad es la presencia de *estos*. Para el testamento abierto se requieren tres, por lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, y otorgándose este ante escribano público. Si faltare éste, deben asistir cinco testigos vecinos del lugar; y si no pudieren ser habidos, bastarán tres. Si el testamento se hiciere ante siete testigos, valdrá aunque *éstos* no sean vecinos, ni pase ante escribano, (1) teniendo aquellos las calidades que el derecho requiere.

Para el testamento cerrado deben intervenir, no á verlo otorgar, sino á su signatura, siete testigos y un escribano, debiendo firmar en la cubierta el testador 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 (2).

En los testamentos de los indios ó indigenas, como se los llama en el dia, bastan dos testigos hombres ó mugeres, aunque no asista escribano público, segun Solórzano y Montenegro (3).

Por el derecho de las Partidas, era circunstancia *necesaria* en los testigos que fuesen rogados; mas en el dia es comun opinion no ser ya esto necesario (4). Los testigos deben ser varones, mayores de entorce años; y está prohibido que lo sean los condenados por delito grave, como homicidio, hurto ú otro semejante, los apóstatas de la fe, las mugeres, los menores de entorce años, los esclavos, sordo-mudos, locos y pródigos á quienes se haya quitado la administracion de sus bienes (5).

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 (6). Mas bien puede serlo el legatario, respecto del cual no hay prohibicion.

La tercera solemnidad es el papel del sello correspondiente. La ley de 6 de Octubre de 1823 previene, que para el *protocolo* se use generalmente del *sello* 3.º, y para las *copias*, si hereda extraño ó colateral, ó el interés de la herencia pasa de dos mil

pesos, el *primer pliego* será del *sello* 1.º: si el interés excede de quinientos, será del *sello* 2.º: si es de menos, será del *sello* 3.º; y los pliegos intermedios del *sello* 4.º. Nada dice del testamento en que el heredero es ascendiente ó descendiente, y convenirá tener presente la ley de Indias (1) que manda que para los testamentos de cualquiera género y forma se use para el primer pliego del *sello* 2.º, y para los demas del 3.º

Los testamentos cerrados se escribirán en su totalidad en papel del *sello* 4.º, y las copias y testimonios que pidieren las partes, en los mismos términos que se ha dicho para los abiertos (2). Pero si el testador lo escribiere en papel comun, valdrá, con tal que despues de abierto saque el escribano una copia en papel del *sello* 4.º, y testificada la ponga en el registro con el original; y la cubierta con que se cierre debe ser del *sello* 3.º

El testamento ó codicilo que careciere de la solemnidad de los testigos, no hace fe en juicio ni fuera de él (3); mas teniendo las tres esplicadas, es válido y subsiste aunque no haya institucion de heredero, en cuanto á las mandas y demas cosas que contuviere, debiendo heredar aquel á quien corresponda por intestado; y si el heredero nombrado no quisiere heredar vale el testamento en cuanto á las mandas y otras cosas que contienen (4).

Quando el testamento es nulo por falta de solemnidad, están divididos los autores teólogos y juristas sobre si estará obligado en conciencia el heredero legitimo ó por intestado á entregar la herencia al heredero nombrado en el testamento nulo (5); lo mas seguro parece ser que el que está en posesion sea el heredero legitimo (6), y no tendrá obligacion de restituir hasta que lo mande el juez, por ser mejor la condicion del que posee (7).

Aunque por derecho civil no hay disposicion alguna sobre el testamento hecho *ad pias causas*, por el canónico basta que se otorgue ante dos testigos (8), hombres ó mugeres (9), debiéndose observar esto no solo en el fuero eclesiástico sino tambien

(1) L. 1 t. 4 lib. 3 R. 5 t. 18 lib. 10 N.—(2) L. 2 t. 4 lib. 5 R. 6 2 tit. 18 lib. 10 N.—(3) Mont. Parroch. lib. 1 t. 11 sec. 3.—(4) Gomez en la ley 3 de Toro n. 29.—(5) L. 9 t. 1 P. 6.—(6) Se infiere de las LL. 11 t. 1 P. 6 y 14 y 16 t. 16 P. 3.

(1) L. 18 t. 23 lib. 8 R. de I.—(2) Cédula de 23 de julio de 1794 art. 51, que es la ley 11 tit. 24 lib. 10 de la N.—(3) L. 2 t. 4 lib. 6 R. 6 2 tit. 18 lib. 10 N.—(4) L. 1 t. 4 lib. 5 R. 6 1 tit. 18 lib. 10 N.—(5) Suarez de legibus, ley 5 cap. 24.—(6) Lacroix, lib. 3 p. 2 n. 716.—(7) Sanz, lib. 4 Cons. c. 1 d. 14.—(8) Cap. 11 de testamentis.—(9) Covarrub. m. d. cap. 11 n. 6

en el secular, segun la opinion de varios autores (1), que solemnamente impugnan otros (2). 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 captivos, casar huérfanas, sufragios á los difuntos, propagacion de la fe, defensa de la religion, y conversion de los gentiles.

Cuando al heredero ó albacea constare que el testador quisó dejar algun legado ó manda por su alma, ó para cualquiera otra obra pia, tiene obligacion en conciencia, de entregarlo, aunque solo conste por testamento imperfecto, por cédula simple con firma ó sin ella, ó de boca del mismo testador, ó por señas, aunque no haya ningun testigo para comprobacion (3); aunque no faltan autores que opinen en contra (4), y sobre lo cual deberán consultarse las leyes del estado sobre fundaciones pias, donas y adquisicion de manos muertas permitidas en la república por la ley de 7 de agosto de 1823, art. 14.

Ademas 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 solo para su valor, que conste la voluntad del testador. Tal es el testamento militar ó de los soldados. Estos por leyes de las Partidas, hallándose en campaña podian hacer su testamento ante dos testigos; pero si habia peligro de muerte por cualquiera evento de la guerra podian hacerlo del modo que pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiéndolo con su sangre en el escudo ó en las armas, ó en donde les pareciera, con tal que se pudiera probar con dos testigos presenciales (5). Mas por las ordenanzas del ejército, impresas por primera vez el año de 1763, y reimprimadas recientemente en esta ciudad, está declarado que todo individuo que goce del fuero militar, lo goce tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste, sea ó no en campaña (6). Que en el conflicto de un combate ó próximo á entrar en él, en naufragio ó en cualquier otro riesgo militar pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, con tal que conste ser

letra suya, ó de palabra ante dos testigos, que depongan con testes haberles manifestado su voluntad (1). Que será válida la disposicion del militar, escrita en cualquier papel, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pudiere testar por ante escribano, lo haga segun costumbre (2).

Por algunas dudas que ofreció este artículo, se espidió una cédula (3) 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, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo. En virtud de esta cédula, no solo los soldados sino todos los que gozan del fuero militar pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que no son necesarios, en opinion de algunos, los dos testigos que por la ordenanza se requerian, respecto á no mencionarse solemnidad alguna; aunque otros opinan que si, por no derogarse espresamente 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 este comprende ó no á los hijos y demas personas dependientes de los militares, se disputa entre los autores. Nos parece mas probable que no, atendidos los términos en que está concebido el artículo constitucional que ha conservado entre nosotros los fueros militar y eclesiástico (4).

Pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está espresamente prohibido, y lo está 1.º á los locos (5); aunque vale el que hicieron antes de su demencia, y tambien el que hagan en los lúcidos intervalos, si los tienen; siempre que no les sobrevenga el acceso antes de perfeccionario; pues entonces es nulo, debiendo probarse esto con el escribano y testigos instrumentales (6). Para proceder al testamento de un demente, deberá presentarse al juez su hijo ó deudo, explicándole la enfermedad de que tiene interrupciones, y pidiéndole autorice al escribano para que en alguna de ellas explore su voluntad, con

(1) Molina, de just. et jure tr. 2 d. 134 n. 4. Gonzal. cap. 10 de testam. —(2) Escañó, de testam. cap. 6. n. 61.—(3) Molina, d. 134 n. 7.—(4) Mantie, de conject. lib. 6 tit. 3 n. 4. Tiracuell de privil. pias causas privil. I.—(5) L. 4 tit. I P. 6.—(6) Orden. del ejérc. trat. 8 tit. 11 de testam. art. 1.

(1) Art. 2 y 3 del mismo, tit. 11 de testam. tr. 8.—(2) Art. 4.—(3) Cédula de 24 de octubre de 1778.—(4) Los militares ó eclesiásticos continuarán sujetos á las autoridades á que lo están, segun las leyes vigentes. Art. 154 de la constitucion federal.—(5) L. 13 t. I P. 6.—(6) La misma,

asistencia de médico y cirujano, que declararán previamente sobre su capacidad. Obtenida la facultad del juez, presentarán su reconocimiento los facultativos, cuya calificación se entenderá á continuación de la providencia judicial, y antes de cualquiera otra cláusula, y resultando de ella la capacidad del enfermo, procederá el escribano á presencia de los testigos, á inquirir sobre su última voluntad, haciéndole las preguntas conducentes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de su aptitud. Si el testador supiere y pudiere firmar, lo hará; y si no, los testigos que sepan y el escribano; y fecho todo, se presentará al juez para su mayor validación (1).

Está prohibido lo segundo: al pródigo á quien se haya quitado judicialmente la administración de sus bienes (2). Lo tercero: á los que no han llegado á la pubertad, esto es, hombres menores de catorce años y mugeres de doce (3); pues teniendo esta edad pueden testar sin licencia de sus ascendientes, y aunque estén en la patria potestad (4), y disponer libremente del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses. Lo cuarto: á los sordo-mudos á *naticitate*; pues si fuere por enfermedad, ó el sordo supiere escribir, podrá hacerlo publicándolo á presencia del escribano y testigos (5).

Al ciego le está prohibido hacer testamento cerrado, pero no abierto ante escribano y cinco testigos (6). Antiguamente les estaba prohibido también á los condenados á muerte por la confiscación de bienes que era consiguiente; mas abolida esta por el art. 147 de la constitucion, no tiene ya lugar la prohibición.

Hay otros á quienes se prohíbe hacer testamento por razon de los bienes de que intentarian disponer. Tales son los obispos á quienes se prohíbe testar de los bienes adquiridos por el obispado; aunque se les permite hacer en vida donaciones de ellos á sus parientes, amigos ó criados (7). A los clérigos seculares, aunque por derecho canónico se les prohíbe disponer en testamento, de los bienes adquiridos *intuitu Ecclesie*; mas por costumbre muy antigua lo hacen, y se sostiene por las leyes el testamento (8). Los religiosos profesos de uno y otro

(1) Feb. Mexicano t. 2 pág. 243 n. 17.—(2) L. 13 t. 1 P. 6.—(3) La misma l.—(4) L. 4 t. 4 lib. 5 R. 5 á tit. 18 lib. 10 N.—(5) L. 13 d. t. y P. citados.—(6) L. 2 t. 4 lib. 5 R. 5 á tit. 18 lib. 10 N.—(7) L. 5 t. 21 P. 1.—(8) L. 13 t. 8 lib. 5 R. 5 á tit. 20 lib. 10 N. y á tit. 12 lib. 1 R. de Indias.

seco tampoco pueden testar (1), 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 á los esclavos, pero permitiéndoselos por las modernas tener peculio (2), se infiere que pueden disponer de él.

La muger casada puede hacer testamento sin licencia de su marido (3), y en una misma escritura pueden hacerlo dos, como marido y muger, y el que sobreviva revocarlo por su parte (4).

La omision de alguna de las solemnidades esplicadas, ó el otorgamiento por persona inhábil hacen *nulo* el testamento; pero hay otras causas que solo le hacen perder sus efectos ó lo rompen. Esto sucede en cuanto á la institucion de heredero en dos casos (5). El primero es cuando al testador le nace ó adopta un hijo despues de hecho el testamento, que subsistirá en cuanto á las mandas, legados y demas disposiciones hasta donde alcance el quinto, que es del que tiene libertad para disponer; pero se anula ó rompe en cuanto á la institucion del heredero extraño, debiendo entrar en su lugar el hijo. Si el testador tenia ya otros hijos, y le nace alguno de nuevo, éste entrará á la parte con los demas. Si teniendo hijos no los instituye, pero tampoco á un extraño, aquellos se entienden llamados tácitamente, y el testamento subsiste en todo lo demas hasta donde alcance el quinto. El segundo caso en que se rompe el testamento en cuanto á la institucion, subsistiendo en lo demas, es en el de otorgamiento de otro posterior. Este podrá derogar en un todo al primero, si el testador espresa la derogacion con toda individualidad y siendo en todo perfecto (6); pero si el testador instituye en el segundo nuevo heredero por creer muerto al nombrado en el primero, espresándolo así, subsisten ambos testamentos en cuanto á todo, menos la institucion hecha en el segundo (7).

Hay ademas otro caso en que el testamento pierde su efecto, y es cuando se declara inoficioso; mas de éste hablaremos cuando se trate de la desheredacion en el § 8.

(1) L. 8 t. 21 P. 1. y 17 t. 1 P. 6.—(2) Cédula de 31 de mayo de 1783 art. 3.—(3) Espln. Glos. rub. 5 p. n. 8.—(4) Molin. de just. trat. 2 d. 152.—(5) L. 1 t. 4 lib. 5 R. 5 á tit. 18 lib. 10 N.—(6) LL. 21 y 23 t. 1 P. 6.—(7) L. 21 citada.

§ II.

DE LOS CODICILOS.

El codicilo es una *disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento; ó mas bien, como dice la ley de Partida: Escritura breve que hacen algunos homes despues que son hechos sus testamentos ó antes.* Se distinguen de los testamentos en que habiendo éstos no pueden suceder los herederos por intestados, y si habiendo codicilo, como que puede preceder al testamento, y morir el que lo hace intestado; y tambien en que el testamento exige necesariamente la institucion de heredero, y en el codicilo no se puede hacer. De ellos unos son escritos ó cerrados, y otros abiertos ó nuncupativos, unos de testado y otros de intestado. Para el valor de los codicilos se requieren las mismas solemnidades que para el testamento abierto (1), y en el cerrado basta que suscriban cinco testigos.

El que no puede testar no puede hacer codicilos (2), y en ellos, como se ha dicho, no se puede hacer institucion 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 desheredacion ó substitution hecha en ellos, ni la condicion que se ponga al heredero instituido en testamento.

Así pues, en el codicilo solo se puede legar y disminuir ó 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 desmercece la herencia, y siéndole probado, queda destituido (3).

A diferencia de los testamentos se pueden hacer muchos codicilos, y todos valen, no siendo contrarios (4).

§ III.

DE LOS COMISARIOS Ó APODERADOS PARA TESTAR.

Por nuestro derecho pátrio se puede cometer á otro la facultad de hacer el testamento (5), y aquel á quien se comete se llama *comisario*, y el instrumento en que se le comete *poder*

(1) L. 2.ª 4.ª lib. 5. R. 5.ª tit. 15 lib. 10. N.—(2) L. 1.ª 12.ª P. 6.—(3) L. 1.ª tit. 12.ª P. 6.—(4) L. 3.ª del mismo.—(5) L. L. 5.ª 4.ª tit. 4.ª lib. 5. R. 1.ª 4.ª tit. 19 lib. 10. N.

para testar. Este debe tener las mismas solemnidades que el testamento (1). El comisario no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio ó quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni hacer ninguna especie de substitutiones, ni dar tutor á los pupilos; á menos que se le dé poder especial para ello, explicándolo así, y si es para instituir heredero, debe nombrarlo el que da el poder en él (2).

Si el poderdante no designó heredero ni dió poder para ello al comisario, ni para alguna de las cosas dichas, sino solo para que hiciera testamento, no podrá el apoderado mas que pagar las deudas del testador, y aplicar el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y el resto se entregará á los parientes que debieren heredar por intestado, y no habiéndolos se entregará á la viuda lo que por derecho le corresponda, y lo demas lo aplicará en beneficio de la alma (3).

El comisario debe usar del poder dentro de cuatro meses desde que se le dió, 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, prorogar estos plazos (4). Pasados estos términos sin haberse hecho el testamento, espira el poder, y los bienes todos pasan á los herederos por intestado; mas si el testador encargó al comisario determinadamente alguna cosa, y éste la hiciera pasado el término, se reputará hecha durante el poder (5).

Si el comisario no hizo el testamento, deben entrar en los bienes de su poderdante los herederos por intestado, y no siendo ascendientes ó descendientes, deberán aplicar la quinta parte á beneficio del alma del difunto, pudiendo en caso de no hacerlo dentro de un año, contado desde la muerte del testador, ser compelidos á ello por la justicia y á pedimento de cualquiera del pueblo (6); y si son ascendientes ó descendientes, deberán hacer lo conveniente atendida la calidad del difunto, la cantidad de la hacienda y la costumbre del lugar (7).

Si el testador comenzó el testamento nombrando heredero, y

(1) L. 13 del mismo tit. y lib. 6.ª tit. 19 lib. 10. N.—(2) L. 5.ª tit. 4.ª lib. 5. R. 6.ª tit. 19 lib. 10. N.—(3) L. 5.ª tit. 4.ª lib. 5. R. 6.ª tit. 19 lib. 10. N.—(4) L. 7.ª 3.—(5) L. 7.ª 3.—(6) L. 10.ª 4.ª lib. 5. R. 6.ª tit. 20 lib. 10. N.—(7) Sanz L. 4.ª Cons. c. 1.ª d. 28 p. 14.

después nombró comisario para que lo acabara, este no podrá más que disponer de la quinta parte de los bienes, después de pagadas las deudas, si no es que el poder se estienda á más (1), entendiéndose esto si los parientes son descendientes, pues siendo ascendientes podrá disponer del tercio (2).

El comisario no puede revocar el testamento hecho por su poderante, ni en el todo ni en parte, sin poder especial para ello (3). Tampoco puede revocar el que él hubiere hecho en su uso de su poder; ni después de hecho añadirle codicilo aun para causas piadosas, y aun cuando se hubiera reservado la facultad de hacerlo (4).

Cuando se nombran muchos comisarios para que colectivamente hagan el testamento, no podrán hacerlo unos sin los otros; pero si alguno muere, ó requerido por los demas no quisiere concurrir, procederán los restantes; y no poniéndose todos de acuerdo en lo que haya de hacerse, se estará á lo que determine la mayor parte; y estando iguales, decidirá el juez del lugar; y siendo éstos varios, el que elijan los comisarios; y no conviniéndose ni en esto, se escogerá por suerte (5); mas si el poder es para cada uno de los nombrados, á esto deberá estarse (6).

§ IV.

DE LOS HEREDEROS.

Hereditario se llama al que sucede en los bienes de otro; si sucede en todos con los derechos, deudas y acciones, es universal, y si solo en alguna cosa, es parcial, ó mas bien legatario. Los herederos son ó por intestado, que son los que suceden cuando el difunto no hizo el testamento, ó se anuló el que hizo, y de estos hablaremos en el § de intestados, ó por testamento, y son los que señala el testador. Estos son de tres clases: á saber, forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios. Forzosos se llaman los descendientes legítimos, y en su defecto los ascendientes, y de unos y de otros trataremos en los §§ V y VI. Necesarios se llamaban por derecho de las partidas los esclavos ins-

(1) L. 11 tit. 4 lib. 5 R. 5 6 tit. 19 lib. 10 N.—(2) Gomez en la ley 37 de Toro n. 2.—(3) L. 8 tit. 4 lib. 5 R. 5 4 tit. 19 lib. 10 N.—(4) L. 9 tit. 4 lib. 5 R. 5 5 tit. 19 lib. 10 N.—(5) Gomez en la ley 28 de Toro.—(6) Carp. L. 3 cap. 2 n. 36.

tituidos por sus señores, quienes tenían obligacion de admitir la herencia, y por esto se les daba ese nombre; y voluntarios son aquellos á quienes el testador nombra sin tener obligacion para ello.

Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó impedimento legal para ello, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las tres 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 necesario debe haberla en ambos tiempos, y 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 (1). Tampoco la tienen el traidor y sus hijos varones (2); lo mismo que los que aconsejan ó auxiliian la traicion (3), y ninguno de estos 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 ó deudos, cuyo nombramiento anula el testamento, y condena al escribano que lo estendiere á la pena de privacion de oficio (4).

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 *espurios*. Los primeros son los procedidos por hombre y muger hábiles para contraer matrimonio-

(1) LL. 4 t. 3 P. 6 y 6 y 7 t. 8 lib. 5 R. ó 4 y 5 tit. 20 lib. 10 N.—(2) Esta prohibicion 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 Constitucion que previene, que la infamia no pase del delincuente, y el 147 que prohibe la pena de confiscacion de bienes: de modo que podrán heredar hasta á su mismo padre.—(3) LL. 2 t. 2 P. 7 y 2, 3 y 4 t. 18 lib. 8 R.—(4) Cédula de 18 de agosto de 1771 que es el auto 3.º tit. 10 lib. 5 de la R. ó L. 15 tit. 20 lib. 10 de la N. y cédulas de 22 de diciembre de 1800, publicadas en 8 y 21 de octubre y 9 de noviembre de 1801, aunque estas se contraen á prohibir las mandas á favor de los confesores; sus iglesias &c.

nio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento, y ademas es necesario que el padre los reconozca por tales hijos naturales, siempre que la muger en quien los tuvo no viviese en su casa, ó no hubiese sido una sola (1). Respecto de estos hijos tienen obligacion los padres, abuelos y ascendientes de ambas lineas de darles alimentos (2). Y por lo que hace á la sucesion hereditaria podrán tener la de sus padres, siempre que éstos no tengan descendientes legítimos, aunque tengan ascendientes (3); y si el padre no les mencionare en el testamento, deberán los herederos darles alimentos (4). Habiendo descendientes, solo podrán suceder á su padre en el quinto de los bienes (5).

Respecto de las madres tienen los mismos derechos que hemos explicado, no solo los hijos naturales sino tambien los espurios, como no sean de los prohibidos que proceden de punible y dañado ayuntamiento (6), de que vamos á hablar.

Bajo este nombre de espurios, que antes 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 *sacrílegos* de monja ó fraile profeso, ó de clérigo de órden sagrado: los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *mancebos* de prostitutas ó mugeres públicas. Todos estos son de dañado ayuntamiento; pero es ademas punible si la madre era casada, porque entonses incurre en la pena de muerte (7).

A escepcion de los sacrílegos, todos los espurios 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 mas; pero los sacrílegos en nada pueden suceder, segun la L. 9 del t. 8 lib. 5 de la Recop. que es la 1.ª tit. 5 del lib. 10 de la Nov. aunque por su disposicion no es de creer que se entendieran escludidos los alimentos. A las madres suceden como herederos forzosos, menos los que pro-

(1) L. 9 t. 8 lib. 5 R. 6 t. 1 tit. 5 lib. 10 N.—(2) LL. 1 y 2 t. 15 y 14 10 P. 4, y 11 al fin del tit. 13 P. 6.—(3) L. 8 t. 8 lib. 5 R. 6 t. 20 lib. 10 N.—(4) L. 8 t. 13 P. 6.—(5) La misma ley 8 R. 6 t. 8 N.—(6) L. 7 t. 8 lib. 5 R. 6 t. 20 lib. 10 N.—(7) L. 7 t. 8 lib. 5 R. 6 t. 20 lib. 10 N.

ceden de ayuntamiento sacrílego, que nada pueden tener, ó de dañado y punible que solo tendrán el quinto.

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 mixta 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 heredero, si no se casa. La negativa tiene la singularidad de que no suspende la consecucion de la herencia, dando el nombrado caucion de que si en algun tiempo obrare contra la condicion, restituirá la herencia. A esta caucion llaman *Muciana* (1).

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

2.ª 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 (2).

3.ª 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 (3), aunque si se les permite poner gravámen.

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

(1) L. 7 t. 4 y 21 t. 9 P. 6.—(2) LL. 11 t. 4 P. 6 y 17 t. 1 de la misma.—(3) L. 11 t. 6 lib. 5 R. 6 t. 11 t. 6 lib. 10 N.—(4) L. 7 t. 4 P. 6.

5.ª Si la condicion depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida (1).

6.ª 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 (2).

7.ª La condicion perpleja que llaman dudosas, y se verifica cuando no se puede entender su sentido, porque repugnan entre sí las palabras, hace inútil la institucion de heredero (3).

8.ª El heredero antes de cumplir la condicion no trasmite la herencia á sus herederos.

Como el heredero, si acepta la herencia, resulta obligado á todo lo que lo estaba el testador por sus deudas, 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 deudas y resolver si le trae provecho ó no el aceptarla (4). Los jueces pueden conceder hasta nueve meses, y la autoridad suprema un año, aunque si en menos tiempo se conjetura que pueden deliberar, solo se concederán cien dias (5). 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 formarlo, especies, solemnidades y demas concerniente á 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 intitulados sino por justa causa bastante á la desheredacion. Se llaman tambien legítimos, porque han na-

(1) L. 14 del d. t. 4.—(2) L. 3 del mismo.—(3) L. 3 del mismo.—(4) L. 1 tit. 4 P. 6.—(5) L. 7 del mismo.

cido conforme á las leyes civiles y canónicas, y son de tres clases: unos que proceden de verdadero matrimonio: otros que fueron procreados durante él, pero en el que resultó impedimento ignorado por ambos padres ó por uno de ellos, y los últimos son los legitimados por subsiguiente matrimonio.

A todos estos deben los padres instituir por herederos de todos sus bienes, á escepcion del quinto, del que pueden disponer libremente; y con ellos no puede entrar en parte ningun extraño, de modo que su institucion seria inválida é ineficaz.

No se reputa extraño el hijo póstumo, que es el que nace despues de muerto el padre; mas para que sea habido por legitimo, es necesario que su madre lo dé á luz, cuando mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de ésta viva en su compañía; pues si nace entrado el oncenno mes del fallecimiento, aunque sea en un dia, ya no se reputa legitimo, y si en el séptimo ó noveno mes (1). Ademas, es necesario que viva veinticuatro horas despues de nacido, y que sea bautizado, pues de otro modo se reputa abortivo, y no hereda á sus padres (2).

El hijo legitimado por rescripto del príncipe, que en nuestro sistema de gobierno es por decreto del cuerpo legislativo, aunque lo sea para heredar á sus padres y ascendientes, no puede hacerlo en concurso de los descendientes legítimos, que lo son por matrimonio anterior ó posterior á la legitimacion de aquel; aunque para suceder á los parientes, lo mismo que en los honores y preeminencias de la familia, se iguala en un todo con ellos (3).

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

Esta sucesion de los descendientes puede verificarse ó por cabezas, esto es, teniendo cada uno igual porcion con los demas coherederos; ó por familias, esto es, que una familia tenga derecho á una porcion igual á la de cada uno de los herederos, porque represente á uno de ellos. Un ejemplo pondrá en claro esta doctrina. Muere un padre que tuvo cuatro hijos; de estos

(1) L. 4 t. 23 P. 4.—(2) L. 11 t. 4 P. 6.—(3) L. 10 t. 8 lib. 5 R.

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 difuntos por familias; de manera, que suponiendo que el caudal divisible, deducidas las deudas y el quinto, sean cuarenta mil pesos, correspondarán de ellos á cada uno de los hijos vivos á diez mil, y como los seis restantes representan á 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 han llevado los otros dos, y resultará que á los dos hijos de uno de los difuntos se darán otros diez mil pesos, que partidos entre sí les correspondarán cinco, y á los cuatro del último otros diez mil, y les correspondarán dos mil y quinientos.

§ VI.

DE LOS ASCENDIENTES.

Faltando los descendientes, son herederos forzosos los ascendientes, entendiéndose primeramente por tales los padres, con quienes ningún otro concurra, y así dividirán la herencia en dos partes iguales (1). Entre los ascendientes no se sucede por representación; así es que muerto uno de los padres, solo hereda el otro que sobrevive, con esclusión del abuelo de la otra línea (2). Muertos los padres, suceden los abuelos de ambas líneas, debiéndose partir los bienes indistintamente en dos porciones iguales para el paterno y materno (3): si de una parte existe solo un abuelo, y de la otra dos, aquel habrá la mitad de los bienes, y estos la otra (4); y á falta de los abuelos heredan los ascendientes mas inmediatos que hubiere, sean de la línea que fueren (5).

Con respecto á los ascendientes, puede el testador disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, reservando precisamente para aquellos las otras dos terceras partes, y debiendo sacarse únicamente de aquella los gastos de entierro, formación de inventarios, mandas y legados (6).

Los hermanos nunca son herederos forzosos (7), y cuando son

(1) L. 4. t. 13 P. 6.—(2) Gomez en la ley 6 de Toro n. 5.—(3) El mismo.—(4) L. 4 citada y Gomez.—(5) La misma L. 4.—(6) L. 1. t. 6 lib. 5 R. 5 l. t. 6 lib. 10 N.—(7) L. 2. t. 7 P. 1.

instituidos se entienden los que lo son de padre y madre, á 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, á favor de alguno de sus hijos, ó del tercio, del que no pueden disponer sino en favor de algún hijo ó nieto. Se dice mejora, porque aquel á quien se aplica resulta en efecto mejorado respecto de sus coherederos; pues á mas de la parte que como á tal le corresponda, tendrá la quinta de todo el caudal, y la tercia si fuere en ambas (*).

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

Las mejoras pueden hacerse en testamento ó por contrato entre vivos, revocables en los términos en que lo son los testamentos ó donaciones perfectas (1). Mas debe notarse que el padre no puede dar ni prometer por via de dote ó de casamiento á su hija, el tercio ó quinto de sus bienes, ni ella entenderse mejorada tácita ó espresamente por ninguna especie de contrato entre vivos (2). Pero no está prohibido á los padres mejorar á las hijas en testamento, siempre que no sea con respecto á 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 despues el tercio, como espresamente lo previene una ley del Estilo (3), aunque algunos autores le ponen ciertas limitaciones (4).

(*) Esta facultad que conceden las leyes á los padres por mejorar á 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 ilustracion que destruyó aquella, haga otro tanto con esta.—(1) L. 1. t. 6 lib. 5 R. 5 l. t. 6 lib. 10 N.—(2) L. 1. t. 2 lib. 5 R. 6 t. 3 lib. 10 N.—(3) L. 214 del Estilo.—(4) Gomez en la ley 17 de Toro n. 2, Angulo de molerat, ley 9 glos. 2 n. 45. Paz id Stil.

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 (1); y por eso no se sacan de las dotes ni de otras donaciones que los hijos traen á colocacion, porque ya no estaban en el patrimonio del padre (2).

Si el padre hiciere á alguno de sus hijos alguna donacion simple, se entiende que lo mejora aunque no lo espresc, y se aplica primero al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima (3). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto; y si aun excede, es inoficiosa en cuanto al exceso, que deberá restituirse á los demas interesados (4).

Las dotes no pueden reputarse como mejoras, pero si las donaciones *propter nuptias* que los padres suelen hacer á sus hijos varones; pero estas si exceden de lo que pudiera corresponderles por via de mejoras y legítimas, son inoficiosas y aquellas no, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tuvieran al tiempo en que se constituyeron ó al del fallecimiento del padre segun escojan las mismas hijas (5).

La mejora puede hacerse por el padre, señalando cosa cierta ó parte determinada de la herencia, con tal que su valor no exceda del importe del quinto ó tercio, segun fuere la mejora (6), 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 (7); mas esta facultad no puede cometerse á otro (8).

Para la mejor inteligencia de lo dicho en este §, queremos poner tres ejemplos que lo aclaran. 1.º Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego. A Pedro lo mejoró en el tercio, y á Juan en el quinto. Testó 1700 pesos, debía 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Primero se pagan las deudas, y queda de caudal la cantidad de 1500. 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 á Juan por su mejora.

(1) L. 7 d. t. 6 lib. 5 R. 5 7 t. 6 lib. 10 N.—(2) L. 2 del mismo.—(3) L. 10 del mismo.—(4) L. 3 t. 8 lib. 5 R. 6 5 t. 3 lib. 10 N. y Azeved. sobre la misma n. 26 y Covar. in cap. Raimald. § 2 n. 25.—(5) La misma l. 1 § 5.—(6) L. 3 tit. 6 lib. 5 R. 6 3 tit. 6 lib. 10 N.—(7) L. 4 del mismo t. y lib. R. 6 4 tit. y lib. N.—(8) L. 3 cit. en el N. l.

Habian quedado 1200, de los que se sacará el tercio que son 400, que se entregarán á Pedro como mejorado, y el remanente se dividirá en tres porciones iguales para los tres hijos. 2.º Supongamos que el mismo padre á mas de lo dicho tuvo una hija á la que dió 400 pesos de dote, el quinto y el tercio serán los mismos, como que no se han de sacar de los 400 dotalcs; pero estos se agregarán á los 800 restantes despues de sacados el quinto y el tercio, y resultará un total de 1200 que deberán partirse en cuatro partes iguales, que son 300 para cada uno de los cuatro hijos; mas como la hija tenia recibidos 400, deberá restituir 100, porque en el exceso es inoficiosa la dote, aunque podrá escoger el tiempo en que le fué 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.º Supongamos el mismo padre con los mismos tres hijos y el mismo caudal; pero que habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000 pesos, y á Juan otra por causa, de 300. Pues como las mejoras solo se sacan del caudal existente al tiempo de la muerte, el cual hemos dicho que eran 1500, resulta que el tercio y quinto importan los mismos 700, éstos se aplicarán á Pedro por la mejora de tercio y quinto que se le supone en virtud de la donacion simple, y se acumularán al remanente de 800 los 500, que importan las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2100 que se partirá en tres porciones iguales de á 700 pesos para los tres hermanos. Será entonces el haber de Pedro con mejoras y legítima 1400; tenia recibidos 1000, se le entregarán 400. Juan tenia recibidos por su donacion 300, solo le corresponden de legítima 700, se le entregarán 400, y á Diego se le entregarán integros los 700 de su legítima.

Lo dicho hasta aqui dá bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna; resta solo explicar lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones, y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de estos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion, deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion hereditaria ó legítima que le corresponda, y esto es lo que quiere decir *traer á colacion y particion*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues esto está establecido

para guardar la igualdad que aquellas destruyen, como hemos notado. Mas si se deben traer las dotes, donaciones propter nuptias ú otra causa; aunque si los hijos que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo, y entonces sin traerlas á colación se juzgan pagados de su legítima con lo que han recibido; á menos que sean infamiosas, esto es, que conciben á lo que desliran percibir, pues en ese caso deberían devolver el exceso (1). Debe igualmente traerse á colación el peculio profecticio (2); pero no el castrense, cansi castrense ni adventicio, pues estos quedan libres por el fallecimiento del padre, al hijo de quien son, sin derecho alguno de sus hermanos (3).

Tampoco hay obligación de traer á colación lo gastado por el padre en dar estudios al hijo y en los libros necesarios para ellos, aunque algunos autores quieren que esto se compate por cuenta de las mejoras; mas Sala cree esta opinión contraria á la ley de Partida que dice: *Non gelus pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*. El mismo autor es de opinión, que no deben llevarse á colación los gastos erogados en grados de universidad, y en otras condecoraciones que no tienen sueldos ni otros frutos (4).

§ VIII.

DE LA DESHEREDACION Y DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

La desheredacion es un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos (5). Solo puede desheredar el que es capaz de testar, tiene herederos forzosos y causas para ello (6). La desheredacion debe hacerse nombrando al que se deshereda, ó dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin condicion, y del total de los bienes, pues de otro modo no vale (7). Para que valga la de los descendientes, no solo se ha de expresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido (8); mas no es necesario esto si el heredero consiente tácita ó expresamente en la desheredacion, en cuyo caso no puede reclamarla, ni debe ser oído en juicio (9). Y si el testamento en que se hi-

(1) L. 3 t. 8 l. 5 R. ó 5 tit. 3 lib. 10 N.—(2) L. 5 t. 15 P. 6.—(3) L. 5 d. t. y P.—(4) Sala, ilustracion del derecho real lib. 2 t. 5 n. 11.—(5) L. 1 t. 7 P. 6.—(6) L. 2 del mismo tit. y P.—(7) L. 2 del mismo tit. y P.—(8) L. 7 t. 3 P. 6.—(9) L. 6 t. 8 P. 6.

zo se anula ó rompe, no vale tampoco la desheredacion hecha en él (1).

Los padres pueden desheredar á sus descendientes por diez causas: 1.ª Porque los hayan puesto las manos airadas, maquinando su muerte de cualquier modo, procurando que pierdan ó se menoscabe en gran parte su hacienda, ó acusándolos de delito por el que debieran morir ó ser desterrados; aunque si el delito es de traicion y fué probado, no tiene lugar la desheredacion (2). 2.ª Por infamarlos, de modo que valgan menos, ó tener acceso con la madrastra ó amiga, sabiendo que lo es. 3.ª Por ser hechiceros ó vivir con los que lo son (3). 4.ª Por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prison, aunque esta causa no comprende á las mugeres, que no pueden ser fiadoras (4). 5.ª Por impedirles que testen. 6.ª Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad del padre, ó hacerse cómico de profesion no siéndolo este. 7.ª Cuando la hija resiste casarse, queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo difiere hasta la edad de veinticinco años, pasados éstos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla (5). 8.ª Cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando; pues si muere intestado debe llevar el estrajo 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 estrajo, no vale la institucion (6). 9.ª Por no redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos; mas para incurrir en esta pena, el heredero debe ser mayor de diez y ocho años (7). 10.ª Si los descendientes de cristianos se hacen hereges ó moros, permaneciendo católicos sus ascendientes (8). El matrimonio clandestino declarado por la autoridad eclesiástica era causa para la desheredacion (9); mas como en el dia son nulos por el concilio de Trento, se duda de esta causa.

Las causas porque los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes, son ocho, á saber: 1.ª Por acusarlos de delito

(1) L. 2 t. 7 P. 5.—(2) L. 4 t. 7 P. 6.—(3) La misma ley 4.—(4) Dicho l. 4.—(5) L. 5 tit. 7 P. 6.—(6) La misma ley 5.—(7) L. 6 del d. t. y P.—(8) L. 7 del d. t. y P.—(9) L. 1 t. 1 lib. 5 P. 6 5 tit. 2 lib. 10 N.

que merezca pena de muerte ó destierro, excepto el de traición. 2.º Por maquinár su muerte con yerbas, veneno, &c. 3.º Por tener acceso carnal con la muger ó amiga de alguno de ellos. 4.º Por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. 5.º Por solicitar el marido la muerte de la muger, ó al contrario. 6.º Por no querer dar á sus descendientes lo que es necesario para su conservación. 7.º Por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. 8.º Cuando el ascendiente es herege y el descendiente católico. Probada cualquiera de estas causas, puede el descendiente desheredar á su ascendiente, y vale la desheredación (1).

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

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

Contra el testamento en que hay desheredacion, siendo válido conceden las leyes una accion que se llama de *inoficioso testamento*, y es por la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre, y con expresion de causa legitima,

(1) L. 11 t. 7 P. 6.—(2) L. 19 t. 7 P. 6.—(3) LL. 13 t. 7 P. 6 y 11 t. 8 lib. 5 R. ó 11 tit. 20 lib. 10 N.

pueden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.

Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria: 1.º Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure* nula la institucion de heredero (1). 2.º Tampoco será necesario al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legitima (2). De que se infiere que solo tendrá lugar cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido que es á quien toca probar la causa, en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente (3).

Esta accion no se dá á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes que son los que tienen derecho á la legitima, comprendiéndose entre estos los hijos naturales, y no de puñible ayuntamiento respecto de la madre á quienes compete la accion, aun cuando tenga ascendientes legitimos (4); mas tambien la tienen los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia á ellos á alguna persona torpe ó de mala fama (5).

El efecto de esta accion es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho y en la parte correspondiente, quedando todo lo demas del testamento en su vigor (6), como son mejoras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, &c.

Esta accion: 1.º siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este es subsidiario, y 2.º siempre que se consiente en la desheredacion expresa ó tácitamente (7); como si se dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia; pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oído, á menos que sea menor,

(1) L. 1 t. 8 P. 6.—(2) L. 5 tit. 8 P. 6.—(3) LL. 1 y 4 del mismo tit. y P.—(4) L. 5 de Toro. L. 7 t. 8 lib. 5 R. ó 5 tit. 20 lib. 10 N.—(5) LL. 2 y 3 t. 8 P. 6.—(6) L. 7 del mismo tit. y P.—(7) L. 6 t. 8 P. 6.

que entonces podrá hacerlo hasta cuatro años después de cumplidos los veinticinco.

§ IX.

DE LAS SUSTITUCIONES.

La sustitución en general es nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero (1). Puede ser directa y oblicua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y dá la herencia al sustituto sin intervención de otros; y la otra es la que se hace por palabras de ruego, y dá la herencia por suazo ó otro.

La sustitución se divide en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria. Vulgar es la que puede hacer cualquiera testador al heredero que instituye para el caso que no llegio á serlo (2). Se llama vulgar porque la puede hacer cualquiera testador; y para que el sustituto en ella entre en la herencia, lo mismo es que el heredero no quiera que el que no pueda aceptarla (3). 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 más, partirán la herencia en partes iguales, y si uno solo, ese la llevará toda (4).

Pueden ser sustituidos los que pueden ser instituidos, así como los inhábiles para ser herederos lo son también 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 correspondía á aquel á quien se sustituyó (5).

La sustitución 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 familia, sus hijos impú-

(1) L. 1 tit. 5 P. 6.—(2) La misma L.—(3) L. 3 t. 5 P. 6.—(4) L. 3. L. 2.—(5) L. 3 tit. 5 P. 6.

beres que se hallan en su potestad para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á la pubertad (1). Esta se distingue de la vulgar: 1.º en que sustituir vulgarmente pueden todos los testadores, y pupilarmente sólo los padres de familia; 2.º en que vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos, y pupilarmente sólo á los hijos impúberes; y 3.º 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 muriere antes de la pubertad (2).

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

Del primero se infiere: 1.º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, porque nunca tiene á los hijos en su potestad (4); 2.º Que ni el padre puede respecto de los emancipados (5); 3.º Que tampoco puede el abuelo, que no tiene patria potestad sobre los nietos (6); 4.º Que puede el padre respecto del hijo desheredado (7); y 5.º 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 mugeres, 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, á quien en opinión de algunos excluye el sustituto (8), 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 (9); pero quieren que

(1) L. L. 1 y 5 d. t. y P.—(2) L. L. 1 y sig. tit. 5 P. 6.—(3) L. 7 del mismo.—(4) L. 2 t. 17 P. 4.—(5) L. 15 t. 18 P. 4.—(6) L. 8 t. 1 lib. 5 R. 6 3 tit. 5 lib. 10 N.—(7) L. 6 tit. 5 P. 6.—(8) Greg. Lopez sobre la l. 5 t. 5 P. 6, y Febrero reform. P. 1 c. 5 § 3 n. 90.—(9) Cap. 1 de testam. in 6.

la sustitucion sea expresa, pues siendo tácita incluida en la vulgar, no queda escluida la madre (1).

Si el testamento se anula, queda sin efecto la sustitucion, y tambien 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 nacientes 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 (2). Como el fundamento de ésta es la necesidad, pueden hacerla el padre, la madre y los abuelos á sus descendientes legítimos, estén ó no en su poder, emancipados ó emancipados; y la madre puede hacerlo con los autumbrados, 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 legítimo; y si muere en la locura que padece, será su heredero Juan su hermano; y éste lo heredará en efecto en tal caso* (3).

En esta sustitucion se han de llamar los sustitutos precisamente en este orden: los hijos del loco ó fátuo, á falta de ellos los nietos y demas descendientes por su orden y grado. Falta de éstos, algunos autores quieren que se nombre un hermano (4), otros que sean todos (5), y en su defecto un extranjero (6).

Se acaba esta sustitucion ejemplar por recobrar el fátuo 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

(1) Salm. tr. 14 c. 5 n. 115.—(2) L. 10 l. 5 P. 6.—(3) L. 11 t. 5 P. 6.—

(4) Sala en sus notas á Vinnio, en la nota de derecho de España, puesta á este título § 1 n. 9.—(5) Febrero reformado P. 1 cap. 5 § n. 333.—

(6) Esto indica que aun en la sustitucion ejemplar se pretende que quede escluida la madre, pues no se le llama en el orden de las sustituciones; pero al 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 exerce de aquel fundamento. A esta opinion se inclina Alvarez, juzgando que debe observarse la l. 6 de Toro, y tenerse por derogada la II l. 5 P. 6, y remitiéndose á Greg. Lopez sobre d. 1 y á Covar. de testam.

modo que haya lugar: v. g. *Instituto á mi hijo Francisco 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 antes de la pubertad, entra la pupilar: si era loco ó fátuo, la ejemplar. Como esta sustitucion comprende á la pupilar, solo la puede hacer el padre (1).

La reciproca, que tambien llaman brevilocua, es cuando se nombran muchos herederos, y se substituyen unos á otros: como v. g. *Instituto y nombre 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 (2).

Si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituyese la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capax de sucesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el tiempo señalado para la restitucion (3).

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 el heredero, y aun rogárselo especialmente, pero no obligarlo á ello; y si el heredero diere palabra de hacerlo, estará obligado á cumplirla á lo menos por fidelidad (4).

Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda; para que tuviesen alguna utilidad, se estableció que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia, tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, y la que se llama *cuarta trebeliánica*. Para com-

(1) L. 12 t. 5 P. 6.—(2) L. 14 tit. 5 P. 6.—(3) L. 1 t. 4 lib. 5 R. 6 l. tit. 18 lib. 10 N.—(4) Salm. tr. 14 cap. 15 n. 66.

putarla, debe el heredero traer á cuenta la que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la tuvo en su poder (1). Si estos equivalen á la cuarta parte, restituirá la herencia íntegra; y si no, tomará de ella lo necesario para completar aquella (2). Pero si los frutos importaren mas, si el testador le señaló día para la restitucion 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 fué moroso en hacer la entrega, debe restituir el exceso (3).

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 (4).

§ X.

DE LOS LEGADOS Y FIDEICOMISOS.

Legado, manda ó fideicomiso particular, es una donacion que hace el testador en el testamento, ó en codicilo (5). Unos son forzosos, que son los que por disposicion del derecho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos, y otros voluntarios, que son los que dependen de la voluntad del mismo.

Los legados ó mandas forzosas son en el dia en México, conforme á la circular de 6 de agosto de 1896, los lugares santos de Jerusalem (6), santuario de Guadalupe (7), y para casar huérfanas pobres (8), habiendo cesado la de la causa del venerable Gregorio Lopez por la cédula de 1.º de junio de 1785; y la de redencion de cautivos por decreto de 9 de noviembre de 1820. La cantidad que haya de dejarse á estos objetos, depende absolutamente de la voluntad del testador. En los estados podrá subsistir estas mismas, ó sustituirse por otras segun hayan acordado las respectivas legislaturas.

Con respecto á los legados voluntarios, puede dejarlos todo el que puede hacer testamento, y pueden dejarse á todos los que

(1) L. 81. 11 P. 6.—(2) L. 81. 11 P. 6.—(3) D. l. 8.—(4) L. 1. l. 4 lib. 9 R. l. l. tit. 18 lib. 10 N.—(5) L. 12. l. 5 P. 6.—(6) Cédula de 30 de noviembre de 1699.—(7) Cédula de 7 de diciembre de 1756.—(8) L. 5 tit. 7 lib. 9 R. l. l. tit. 3 lib. 10 N.

pueden ser instituidos herederos; exceptuándose el de alimentos, que puede dejarse hasta á los incapaces de heredar como son los espurios (1).

El testador puede mandar que paguen legados, á todos los que perciban algo de su herencia, con tal que no los grave en mas de lo que reciban.

Se pueden legar todas las cosas que existen, ó 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 usufruto, una servidumbre, una deuda, pero no un templo, ni una plaza pública (2). Tambien puede legarse la cosa ajena, y entonces tiene el heredero la obligacion de comprarla á su dueño, y entregarla al legatario, y no queriéndola aquel vender, entregará su estimacion (3); mas esto se entienda si el testador sabia que la cosa era ajena; pues creyéndola suya, no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la mujer ó á algun pariente (4). La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya, es del legatario (5).

Si el legatario habia adquirido ya la cosa ajena que se le legó, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo ú oneroso; pues si fué por el primero, el legado es inútil, por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y á favor de una misma persona* (6); pero si la adquirió por el segundo, se le debe la estimacion.

Se pueden legar las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda (7); y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas, si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia (8); mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario (9). Igualmente será obligacion del heredero desempeñarlas, si estaban en una cantidad igual ó mayor que su valor, ya lo supiese ó ya lo ignorase el testador (10).

Pueden legarse tambien las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entienda legado solo el derecho de

(1) L. 9 tit. 3 lib. 5 R. l. 6. 2. l. 10 lib. 10 N.—(2) L. 13. l. 9 P. 6.—(3) L. 10 del d. t. y P.—(4) La misma L.—(5) La misma.—(6) L. 43. l. 9 P. 6.—(7) L. 11. d. t. y P.—(8) La misma L.—(9) L. 11. tit. 9 P. 6.—(10) La misma.

previada; pudiendo el heredero escisir al legatario la cantidad par que tenia empeñada su cosa (1).

Si el testador lega una cosa y luego la enagena, si la enagenacion fué por donacion que hizo de ella, se entiende revocado el legado (2); pero si fué por venta, se debe la estimacion al legatario (3).

Suelen hacerse legados de ciertas cosas incorporeales que se llaman *legado de nombre, de liberacion y de deuda*, sobre los cuales conviene saber, que se dice de nombre, cuando el testador lega á Pedro lo que debe Juan: de liberacion, 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 accion que el testador tenia contra su deudor; y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero (4). Por el de liberacion está obligado á entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de ella, dejándolo 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 (5). 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 illiquida 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 á 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 ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perece la cosa legada y otros casos. 1.º *La especie legada no perece para el heredero sino para el legatario* (6), á menos que aquel sea moroso en entregar, ó que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado á prestar la leve (7). 2.º *Cuando se lega una universalidad de cosas, por ejemplo, una comunidad de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere*

(1) L. 10 del mismo tit. y P.—(2) LL. 17 y 40 t. 9 P. 6.—(3) D. l. 40.—(4) L. 14 t. 9 P. 6.—(5) L. 15 tit. 9 P. 6.—(6) L. 34 del mismo t. y P.—(7) L. 41 del mismo t. y P.

pertenece al legatario, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador. 3.º *Para que el legado de género sea útil, es necesario que sea de género infimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*; por ejemplo, un caballo es legado de género infimo; pero un animal es de supremo, y seria ridiculo legarlo, pues podria pagarse con un insecto; por esto previene una ley (1), que si el testador lega una casa sin tenerla, el heredero no resulta obligado. 4.º *En el legado de género tiene la eleccion el legatario*; pero de tal suerte, que no puede elegir lo mejor (2); á diferencia del legado de opcion, que es cuando el testador con palabras expresas y terminantes concede al legatario la facultad de escoger de entre cosas de un mismo género la que mejor le parezca (3). En tal caso, hecha la eleccion por el legatario, no puede arrepentirse de ella (4); y si él no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger (5). Por lo que hace al legado de género y cantidad, la regla es, que *ni el género ni la cantidad perecen* (6); por manera, que el legado, por ejemplo, un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo y en su poder perece, queda en la obligacion lo mismo que antes.

Por último, pueden legarse los hechos; de modo que el testador obligue á su heredero á hacer alguna cosa en favor ó obsequio de otro, con tal que ella no sea torpe ó ridicula.

En los legados se conserva el derecho de acrecer, que no consiste ya en las herencias, en virtud de la ley 1.ª t. 4 lib. 5 de la R., y consiste en que la parte del colegatario que muere ó 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 por un momento, pasa el legado á los herederos y no acrece al otro (7). El segundo, que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. g. á Pedro y á Juan *les lego mi casa*; pero si á uno se lega la casa y al otro un campo, ni son conjuntos, ni hay derecho de acrecer (8). La conjuncion puede ser en la cosa, en las palabras, ó mixta. Se dice que hay en la cosa, cuando dos ó más son

(1) L. 23 t. 9 P. 6.—(2) L. 23 d. d. t. y P.—(3) L. 25 d. d. t. y P.—(4) D. l. 25.—(5) L. 20 d. d. t. y P.—(6) L. 41 d. d. t. y P.—(7) L. 33 t. 9 P. 6.—(8) D. l. 33.

mandados á 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 á muchos en una proposición y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demás, presumiéndose así de la voluntad del testador por no expresarse cosa en contrario (1).

Los legados se pueden hacer puramente para día cierto, con condición, con demostración, con causa ó 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 se señala el tiempo que debe durar. En el primero, el legado se debe luego; pero no se puede cobrar hasta que llegue el día; mas el segundo se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para día cierto se transmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el día, como haya sido después de la muerte del testador (2); pero si el día es incierto, como para cuando se case ó se ordene, no se transmite por reputarse condicional (3).

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

Con demostración se dice que lega un testador siempre que hace descripción de la persona ó de la cosa legada. La falsa demostración no vicia el legado, con tal que conste de la persona (4); de modo que se sepa de quién habla el testador, aunque yerro en el nombre y apellido (5); pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quién habló el testador, no vale el legado en rigor de derecho (6), aunque Molina pretende que en el fuero de la conciencia se debe dividir entre los que son del mismo nombre (7).

El legado causal, en el que se expresa la causa porque se de-

(1) L. 36 t. 9 P. 6.—(2) L. 34 d. d. t. y P.—(3) L. 31 del mismo t. y P.—(4) L. 1. 19 y 20 t. 9 P. 6.—(5) Paz in Prax. t. 1 p. 4 c. 1 n. 19.—(6) L. 9 tit. 9 P. 6.—(7) Molina. tr. 2 d. 197 n. 2.

ja, vale también aunque la causa sea falsa, como v. g.: *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*; aunque esto no hubiese sucedido vale el legado (1); pero si el heredero probase que el testador no habria legado si hubiera conocido la falsedad de la causa, no vale el legado (2). Tampoco valdria si la causa fuera final y no impulsiva, siendo falsa, como v. g.: *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*; pues no habiéndolos gastado no subsistiría el legado (3).

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*. Este se puede pedir inmediatamente; pero dando el legatario fianza de que cumplirá con el fin, y de restituirlo si no cumpliere (4).

El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que éste, ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos (5); pero si muere después del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, transmite su derecho al legado á sus herederos (6).

Los legados deben cumplirse en los mismos términos que quiso el testador; pero los profanos que no pueden tener cumplimiento, los adquiere el heredero, y los piadosos se convertirán en otro objeto pío (7), acudiendo antes al ordinario (8), con cuya licencia se pueden aplicar al bien común de la república, aun cuando no sea difícil su cumplimiento, segun la disposición del testador, en el caso de grave necesidad, como peste, hambre ó invasión (9).

El que se deja á los naturales de una ciudad se puede dar á los que tienen ánimo de permanecer en ella, y á los que llevarán diez años, si no consta que piensan salir de allí (10), á menos que se infiera otra cosa de la mente del testador; y en defecto de verdaderos naturales solo estos parece que deberían ser admitidos (11).

El que se deja para casar huérfanas, se puede aplicar á las

(1) L. 25 d. t. y P. cit.—(2) Alvarez lib. 3 t. 30.—(3) L. 30 t. y P. cit.—(4) L. 21 t. 9 P. 6.—(5) L. 34 d. d.—(6) L. L. 34 d. d. y 1 tit. 4 lib. 5 R. ó 1 tit. 18 lib. 10 N.—(7) Greg. Lop. en la l. 20 t. 0 P. 6.—(8) Lug. de Just. d. 24 sect. 13 n. 306.—(9) Loe. L. 1 p. 2 o. 1360.—(10) Sans. L. 4 cons. c. 2 d. 19.—(11) Greg. Lop. en la l. 2 t. 25 P. 4.

que tienen padres pobres é inútiles á falta de las que propiamente lo son (1).

Si los legados no se pudieren pagar por entero por no alcanzar los bienes, se pagarán á *pro rata*, aunque sean piadosos, ó de cosa determinada (2).

Si el testador lega una cosa á Juan y Francisco, se dividirá por igual entre los dos: si la lega á los dos hijos de Juan y al de Francisco, se dará la mitad á los primeros y la otra al segundo; y si alguno muere ó renuncia, su parte acrece á los demás como conjuntos (3).

Si se lega una cosa á Pedro, y después la misma á Juan, si se entiende que la voluntad del testador fué revocar por el segundo el primer legado, se dará toda la cosa á Juan; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente ó *in solidum*, se dará la cosa al que primero la pida, y al otro su estimación (4). Si á uno se le lega una misma cosa dos ó tres veces solo se le debe una (5).

Cuando son dudosas las palabras del testador en alguna disposición, no se conmuta, sino que se interpreta su mente, á juicio de hombres doctos que sepan pesar las circunstancias (6).

Los legados se acaban ó porque se quitan ó porque se transfieren, ó porque espiran. Se quitan, ó por palabras cuando el testador los revoca en testamento ó codicilo posterior (7), ó por hechos si borra ó tilda el legado por sí ó por medio de otro (8): si en vida del testador acaba la cosa legada, ó él le muda la forma; aunque en este último caso debe distinguirse: si la cosa puede reducirse á su antiguo estado, como la plata convertida en vaso, subsiste el legado; mas si no se puede, como en la lana de que se hizo paño, no subsiste (9). Por último, se quitan por escepcion, 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 (10).

Se trasladan los legados mudándose la persona del legatario, como dejando á Pedro lo que se dejaba á Juan; pero ha de ser con esta expresion: mudándose la cosa legada como si primero

(1) Mol. tr. 14 c. 5 n. 18.—(2) Sanz. L. 4 cons. o. 2 d. 11.—(3) Molin. tr. 2 d. 18 n. 2.—(4) L. 33 t. 9 P. 6.—(5) L. 40 del mismo.—(6) Lug. de Just. d. 24 sect. 13 n. 306.—(7) L. 39 t. 9 P. 6.—(8) La misma, vers. Obstat.—(9) L. 42 del mismo.—(10) Alvarez lib. 2 t. 21.

se legaba á Juan la casa, y después se le lega la hacienda: mudándose la persona á quien se obligaba á 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 ó codicilos; y para quitarlos no se requiere solemnidad, pues ni la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presuncion de que el testador mudó de voluntad; pero debe probarse.

Espiran los legados si el legatario muere antes que el testador: si perece la cosa legada sin mora ó 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 (1); pero no si se rompe por pretericion ó desheredacion injusta (2), ó porque falte la institucion de heredero, ó éste no acepte la herencia; pues en estos casos subsisten los legados, que espiran tambien siendo condicionales, si no se verifica la condicion estando en el arbitrio del legatario, pues no estándolo, como por caso fortuito, se tiene por cumplida (3).

Al legatario competen tres acciones para conseguir el legado contra el heredero ó albacea. La primera es personal por el cuasi contrato de la adiccion de la herencia; la segunda es real en los legados en especie por la traslacion 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 á favor de los legados. El legatario puede seguir la via ejecutiva contra el heredero, segun Paz, aunque otros lo niegan (4); pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del albacea (5), y tomándola la pierde (6), si no es que tenga licencia tácita ó expresa del testador para ello (7).

Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedir la el legatario, ó donde more el heredero, ó donde está la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente

(1) L. 1 y 2 t. 4 lib. 5 R. 6 t. 2 tit. 18 lib. 10 N.—(2) La 1. 1 dicha.—(3) L. 22 t. 9 P. 6.—(4) Molin. tr. 2 d. 194 n. 37.—(5) L. 1 t. 9 P. 6.—(6) L. 37 del mismo l. y P.—(7) L. 2 tit. 12 lib. 4 R. 5 t. 24 lib. 11 N.

de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se puede contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó donde estuvieren la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse (1).

El título II 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 á aquel por la adición de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fué que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros, supuesta la ley 1.ª tít. 4.º lib. 5.º de la Recopilación, que es la 1.ª tít. 18.º lib. 10.º de la Nov., opinan varios autores (2) que tampoco lo tienen la cuarta falcidia, ni la trebeliánica de que se habló en el párrafo anterior; pero otros sostienen que sí (3); 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, á 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 hicieron por razón del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto; aunque con respecto á los gastos de entierro debe tenerse presente que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto, pues dejándose á alguno son carga de él (4). 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 á la detracción de la falcidia los legados piamos, ni los que se dejan en testamento militar (5), ni los de

(1) L. 48 t. 9 P. 6.—(2) Gomez lib. 1 var. c. 12 n. 11 y Cevall. q. q. causa 4.º 20.—(3) Pichardo, Matienzo, Molina y Castillo, citados por Saiz, lib. 7 t. 6 n. 27 que se inclina á esa opinión.—(4) L. 13 t. 6 lib. 5 R. 6 P. t. 20 lib. 10 N.—(5) L. 4 t. 41 P. 6.

cosa cierta con prohibición al legatario de enagenarla (1). 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 á pagar se descubra alguna deuda grande del difunto que antes no se sabía, pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar (2). No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohíbe (3); y se pierde el derecho á ella si el heredero no hizo inventario (4), ó canceló maliciosamente el testamento ó los legados, ó hurtó ó 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: *legó á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero y gravándolo en dar á otro alguna cosa, se derogó en lo segundo, por haberse igualado los legados y los fideicomisos; de manera, que cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (5). Por lo que nada hay que añadir sobre ellos.

La donación *causa mortis* es cierta especie de manda, como la llama la ley 7.ª tít. 10.º lib. 5.ª R., que es la 1.ª tít. 7.º lib. 10.º de la N. ó legado, con el cual conviene en que se puede revocar libremente, y en que está sujeta á 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 éste sale de la enfermedad en que la hizo, y si él mismo se arrepiente de haberla hecho (6).

§ XI.

DE LA SUCESION POR INTESSTADO.

Esta tiene lugar, ó porque aquel cuyos eran los bienes hubiese muerto sin hacer testamento, ó porque éste hubiese sido anulado por faltarle alguno de las solemnidades del derecho, ó finalmente, porque en él se hubiese omitido la institución de herederos. Las diligencias que deben practicarse en el caso de

(1) L. 6 d. l. y P. cit.—(2) L. 6 t. 11 P. 6.—(3) La misma.—(4) L. 7 d. d. t. y P.—(5) Gutierrez com. de Ant. Gum. cap. 32 n. 1.—(6) L. ult. t. 4 P. 5.

morir alguno sin testamento, se explican en el § *Del juicio de inventarios*, limitándonos aquí á hablar solamente del orden de la sucesion á los bienes en cualquiera de los tres casos.

Faltando el heredero por cualquiera de los tres motivos indicados, entran en la sucesion de los bienes del difunto los descendientes, en defecto de éstos los ascendientes; unos y otros sin limitacion de grados, y faltando ambos, los parientes colaterales, y á falta de todos el erario publico (1).

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

Los hijos legítimos suceden todos indistintamente á sus padres, con exclusion de otros cualesquiera parientes (2), sin diferencia de grados; pues el nieto y biznieto son llamados lo mismo que el hijo, con tal que no tengan padre que esté mas inmediato que ellos: sin distincion de sexos, pues lo mismo suceden los hombres que las mugeres, y estén ó no emancipados: como igualmente los póstumos siendo nacidos en el término y con los requisitos legales (3).

Aunque en el llamamiento á la sucesion 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 § V de la sucesion por cabezas y por familias, y distinguir tres casos. 1.º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas*; esto es, á todos corresponden partes iguales. 2.º *Si solo hay hijos de los grados ulteriores, todos suceden por linajes ó familia*; esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean los hijos representados por éstos, sin consideracion al número de nietos ó biznietos que los representan. 3.º *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

(1) L. 22 t. 8 lib. 5 R. 6 t. 22 lib. 10 N.—(2) L. 3 t. 13 P. 6.—(3) Los parientes legales, que ya se han explicado en otra parte, son: nacer vivo, vivir veinticuatro horas, ser bautizado, y nacer antes de comenzarse el embarazo del fallecimiento del marido. L. 3 t. 8 lib. 5 R. 6 t. 20 lib. 10 N.

aquellos 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 á 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 á su padre, y la otra subdividida en dos será para los otros dos, siendo la sucesion *por familias*. Si deja un hijo y tres nietos de otro, éstos llevarán juntos igual porcion á la que lleve aquel, mas la dividirán entre sí en partes iguales, y en este caso hay sucesion *por cabeza y por familia*.

Los legitimados pueden serlo ó por subiguiente matrimonio, ó por decreto de la autoridad suprema, que antes era rescripto del príncipe, y en el dia es decreto del cuerpo legislativo; *si lo son por subiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos* (1); pero si lo son por rescripto, es necesario distinguir si la legitimacion es para suceder ó no: en este segundo caso nada recibirán; mas en el primero sucederán, si no hay legítimos ó legitimados por matrimonio, que habiéndolos, no pueden concurrir con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes (2).

Adoptivos se llaman los que lo son por adopcion, y ésta es de dos maneras: ó se hace de un hombre libre de la potestad paterna y con autoridad suprema, y entonces se llama *adrogado*, ó 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 (3), si ni uno ni otro tienen hijos legítimos, pues teniéndolos no suceden en nada (4).

Los ilegítimos, si son naturales suceden al padre que no tiene hijos legítimos, en el quinto (5); mas si son espurios en nada.

(1) L.L. 1 t. 13 P. 4, y 10 t. 8 lib. 5 R. 5 t. 20 lib. 10 N.—(2) L. 1 d. 1. 10 de la R. 6 t. de la N.—(3) L.L. 8, 9 y 10 t. 16 P. 4.—(4) L.L. 5 t. 6 lib. 3, y 1 y 5 t. 22 lib. 4 del Fuero Real.—(5) Feb. reform. P. 1 s. 5 t. n. 70 que cita en su apoyo la 1 s. t. 8 lib. 5 R. 5 t. 20 lib. 10 N.—Esta ley previene que el padre ó la madre no puedan manejar por via de alimentos á sus hijos ilegítimos mas de la quinta parte de sus bienes, y que el padre no teniendo descendientes legítimos, y siendo el hijo natural pura de dejarle todos sus bienes aunque tenga descendientes. Febrero, fundado en ella, asienta en este lugar, que los hijos naturales no habiendo legítimos, suces-

suceden aunque así á estos como á aquellos, 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 hubiere hecho testamento. A la madre no teniendo legítimos, suceden en todos sus bienes, no solo los naturales sino tambien los espurios, con tal que no sean sacrilegos ni de dafiado y punible ayuntamiento (1).

No habiendo descendientes, suceden los ascendientes sin limitacion de grados y con exclusion de los parientes colaterales; mas como en los ascendientes no tiene lugar el derecho de representacion, debe observarse la regla siguiente. *En la sucesion por intestado los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas; y si de distintas, la dividen por líneas* (2); por ejemplo, si el intestado deja abuelo de una parte, y bisabuelo de la otra, solo aquel heredará porque el mas cercano excluye al mas 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 (3). Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternales toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternales á los de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente por mitad para cada línea; á no ser que hayn costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el descendiente intestado (4). Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios á sus padres, madres y demas ascendientes (5); pero esto no se entiende de los adoptivos, pues de estos no son herederos por intestado los padres adoptantes (6), sino sus parientes mas cercanos.

A falta de descendientes y ascendientes entran en la sucesion del intestado sus parientes colaterales. Estos pueden ser legítimos

do en el quinto y no en el sexto, como prevenia la l. 13 P. 6. Su remisoro Gutierrez se inclina á esto último.—(1) L. 7 t. 8 lib. 5 R. 6 5 t. 20 lib. 10 N.—(2) LL. 4 t. 13 P. 6 y 1 t. 8 lib. 5 R. 6 1 t. 20 lib. 10 N.—(3) L. 8 t. 13 P. 6.—(4) Alvarez, lib. 3 t. 1 con remision á las LL. 4 t. 13 P. 6 y 1 t. 8 lib. 5 R. 6 1 t. 20 lib. 10 N.—(5) L. 6 al fin t. 13 P. 6, t. 13 P. 6 y 1 t. 8 lib. 5 R. 6 1 t. 20 lib. 10 N.—(6) L. 6 al fin t. 13 P. 6, t. 13 P. 6 y 1 t. 8 lib. 5 R. 6 1 t. 20 lib. 10 N.—(7) L. 6 al fin t. 13 P. 6,

timos ó naturales. Para los primeros deberán guardarse las reglas siguientes: 1.ª *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, excluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos por cabezas, y los hijos de estos por familias* (1). 2.ª *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia del tio* (2). 3.ª *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternales, y los que fueren de madre los maternales* (3); y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ó oficio, ó de otro cualquier modo (4).

Para el caso de que ó el difunto ó sus parientes sean naturales, se observarán las siguientes: 1.ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente* (5). 2.ª *Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, serán sus herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legítimo, éste solo será preferente á todos* (6). 3.ª *Si un legítimo muere sin dejar parientes legítimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean de parte de madre, y los de parte de padre serán excluidos* (7).

Esta sucesion entre colaterales no pasa del cuarto grado (8), aunque no faltan autores que intenten sostener que se entiende aun hasta el décimo, como se prevenia en las Partidas (9); y los bienes del que no los tiene en ese grado entran en el fisco (10), sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de éste á su muger (11).

(1) L. 5 t. 8 lib. 5 R. 6 2 t. 20 lib. 10 N. y 5 t. 13 P. 6.—(2) La misma L. 5 t. 13 P. 6 y 1 t. 8 lib. 5 R. 6 del Fuero Real.—(3) LL. 5 y 6 t. 13 P. 6.—(4) D. L. 6.—(5) L. 12 t. 13 P. 6.—(6) L. 12 t. 13 P. 6, es la que fundan algunos que preferian á los hermanos de madre.—(7) La misma.—(8) LL. 3 t. 9 y 9 t. 10 lib. 1 R. 6 3 t. 20 lib. 10 y 1 t. 11 lib. 2 N. que parecen derogatorias de la l. 13 P. 6.—(9) Es dudoso si estas reglas deben contarse por derecho canónico ó civil. Nota de Alvarez.—(10) Real instr. de 27 de Nov. de 1785 y 30 de agosto de 1790, inserta en la l. 6 t. 22 lib. 10 N.—(11) L. 12 t. 8 lib. 5 R. 6 1 t. 22 lib. 10 N. y al art. 7 de la instr. de 26 de agosto.

Aunque por derecho novísimo está permitido á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, ser herederos por testamento (1), se les ha prohibido espresamente suceder por intestado á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacitación personal, y repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo y todos sus derechos temporales (2).

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar á aquellos que tienen derecho á sucederles del modo y con el orden explicado; mas en las sucesiones trasversales se deducirá de los bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la hacienda pública (3), de que se hallan espresamente computadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes (4).

Los herederos por intestado deben invertir algunos bienes en beneficio de la alma del difunto; mas para saber cuanto deber ser, es necesario hacer distincion de casos y herederos. Estos ó son legítimos y forzosos, ó trasversales; y el difunto ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, y el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son descendientes ó ascendientes, ya sea que el pariente haya fallecido absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, sin que el comisario usase de él en el tiempo prefinido por las leyes; no están obligados á distribuir todo el quinto por su alma, sino á pagar los funerales, y aplicarle los sufragios que sean de costumbre en el país, teniendo el caudal, calidad y circunstancias del difunto, sin que para esto haya de hacer el juez el inventario de los bienes (5); y lo mismo debe decirse de los trasversales 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 (6); y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por

(1) H. R. céd. de 29 de Nov. de 1796, y 29 de abril de 1804, citadas por Alvarez.—(2) Prag. de 6 de julio de 1792, que es la l. 17 t. 20 lib. 10 N.—(3) Art. 5 del reglamento inserto en la cédula de 11 de junio de 1801.—(4) Art. 3 del mismo. Estas disposiciones, que son las últimas del derecho de España sobre deducciones de los intestados, podrán haber sido modificadas en algunas de las repúblicas de la América como punto perteneciente á su gobierno interior.—(5) L. 16 t. 4 lib. 5 R. 6 14 t. 20 lib. 10 N. y el suplemento de la 10.—(6) L. 10 tit. 4 lib. 5 6 13 tit. 20 lib. 10 N.

sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en inventariar los bienes (1) (*).

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

§ XII.

DEL CÓNYUGE VIUDO.

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

I. Tiene derecho el cónyuge que sobrevive, á la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio. Este derecho se funda en la sociedad ó *compañía legal* que hay entre

(1) Cédula de 20 de junio de 1766, en que se inserta la pragmática de 2 de febrero del mismo año.—(*) Seta en el número 12 del t. 4 del lib. 2, dice que esta prohibicion de poderse mezclar la justicia á formar inventario de la herencia del difunto intestado se entiende, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerse á título de que el heredero quisiera gastar lo correspondiente al bien del alma. Mas lo podrá formar si los herederos fueren menores ó estuvieren ausentes, con la circunstancia de que sea necesario para contar el dinero ó inventariar aliajux preciosas, sin gastar en ello mas de dos dias, ni llevar mas derechos que treinta reales por mañana, y otros tantos por tarde, y cita á Febrero en el lib. 1 cap. 1 § 1 n. 16.

los casados, como efecto civil del matrimonio (1). No tiene lugar en el caso de divorcio, pues el cónyuge que dió motivo á él pierde el derecho á los gananciales; tampoco en el de apostasía de cualquiera de ellos; y aunque por derecho antiguo se 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 á favor de los herederos de su marido la viuda que vive deshonestamente (2).

No se reputan bienes gananciales los que tenían los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (3); ni las herencias y donaciones que se hicieron á alguno de ellos (4), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinión de algunos autores (5) pertenecen á la compañía: ni por último, los bienes castrenses ó casali castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos (6); mas todos los demas que cualquiera de los cónyuges adquiriere por otro título con su trabajo ó industria, son y se reputan gananciales (7), lo mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo: de modo que si á éste le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes: de donde infieren algunas intérpretes que lo que gana el marido como juez, abogado, ó 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 haya aparecido, mas no en los sembrados en los cuales entran los gustos hechos en su beneficio (8). Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañía; mas no si son obra del tiempo. Esta doctrina de las mejoras en opinión de Febrero (9), se entiende solo en cuanto á lo gastado en hacerla, y no en cuanto al mayor valor de la finca; y no tiene lugar en los bienes amayorazgados (10). Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de retracto, la cosa será solo de

(1) Tello el t. 9 lib. 5 R. 54 lib. 10 N.—(2) L. 5 del mismo.—(3) L. 4 t. 9 lib. 5 R. 53 t. 4 lib. 10 N.—(4) L. 5 de d. t.—(5) Gutier. quest. poses. 113 y García de conjug. n. 125.—(6) LL. 3 y 5 t. 9 lib. 5 R. 52 y 5 t. 4 lib. 10 N.—(7) L. 2.—(8) L. 10 t. 4 lib. 3 Fuero Real.—(9) Feb. lib. 1. c. 4 § 3 n. 75.—(10) Sala lib. 1 t. 4 n. 19.

él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (1). Lo mismo debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los gananciales, envaltas ó ribetes, 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 (2).

Antes de aplicar al cónyuge que sobrevive la mitad que de ellos le corresponde, deben pagarse las deudas que sean de la compañía; y por eso la muger que renuncia su derecho á ella, queda libre de pagar parte alguna de las que hubiere contraído su marido durante el matrimonio (3). Se reputan como deudas de la compañía la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio, y deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado ó hecho, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió (4).

II. La ley 7 del título 13 de la Partida 6, concede á la viuda pobre el derecho de heredar la cuarta parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legítimos, y esta es la que se llama comunmente *cuarta marital*, que no es matemática, pues no puede pesar de cien libras de oro, sea cual fuere el caudal del marido. Febrero refiere la opinión de algunos autores que estienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su muger, pero cita al mismo tiempo un caso práctico en contra (5). Como el objeto de la ley fué, que la muger que habia disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viese en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podían abundar en riquezas; opina Alvarez (6), que supuesta la ley 1 del tit. 8 del lib. 5 de la Recopilación, que es la L.² del tit. 20 del lib. 10 de la Novísima (7), se puede dudar con fundamento, que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel

(1) Gom. en la 1. 70 de Toro n. 28.—(2) L. 11 t. 4 lib. 3 del Fuero Real.—(3) L. 9 t. 9 lib. 5 R. 59 tit. 4 lib. 10 N.—(4) L. 8 de d. l. 544, 3 lib. 10.—(5) Feb. part. 1 esp. 189 n. 103.—(6) Alvarez lib. 3 t. 1 § 1 en la nota.—(7) La 1 del t. 5 del lib. 5 de la Recopilación á que se refiere Alvarez, fija el derecho de los ascendientes y descendientes para heredarse reciprocamente en todos sus bienes.

objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala sin embargo opina (1) que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partidas; porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la muger por la cuarta marital, la cual debe sacarse de todos los bienes del marido, como deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole menos, le dejase con qué vivir.

III. Muerto el marido, tiene su viuda derecho para cobrar, y los herederos, comisarios ó ejecutores del testamento, obligacion de entregarle la dote que llevó al matrimonio, debiendo hacerse esta devolucion inmediatamente si los bienes dotales eran raíces, ó dentro de un año si eran muebles (2), á no ser que se pactase otra cosa en la carta de dote (3); y los frutos de la dote pertenecen á la viuda desde la muerte de su marido, si no es que consista en dinero, cuyo producto es del que negocia con él (4). Este derecho de la muger pasa á sus herederos, si muere sin hijos antes que su marido; mas cesa si ella cometió adulterio; si pactó con su marido que sobreviviéndole ganaria la dote; y finalmente, si fuere costumbre en el lugar que por muerte de la muger quede al viudo, no habiendo hijos (5). La accion de la muger por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria; porque éstos tienen hipoteca tácita y legal á favor de aquella (6), y el pago de ella es preferente á los demas créditos que no sean hipotecarios privilegiados (7), entre los que se numera éste, y á los que solo prefieren los singularmente privilegiados (8).

IV. Los herederos ó ejecutores del marido tienen obligacion de entregar tambien á su viuda las donas ó arras, segun ella elija, debiendo hacer esta eleccion dentro de veinte dias despues

(1) Sala t. 8 lib. 2 n. 7.—(2) L. 31 t. 11 P. 4.—(3) Gomez en la ley 50 de Toro n. 46.—(4) Idem n. 47.—(5) L. 23 t. 11 P. 4.—(6) D. L. 23 y la 17 del mismo t. y P.—(7) L. 33 t. 13 P. 5.—(8) Los créditos singularmente privilegiados, que deben pagarse con preferencia á la dote, segun la l. 12 t. 13 P. 1, son los fúnebres segun las circunstancias del difunto, y los erogados en la fúccion del testamento, formacion de inventarios, y demas necesarias para la recaudacion de los bienes. Gomez añade los que se hicieron en la enfermedad del difunto; pero esto no es de ley.

de requerida por ellos; y si pasado el término no lo hiciere, pierde el derecho de elegir, y recibirá la que aquellos quieran darle de las dos cosas; si no hubo arras, tiene derecho á lo que el esposo la dió siendo desposados (1). Tambien lo tiene al lecho cotidiano decente, y conforme á su estado y calidad (2). Ademas de estos derechos que las leyes conceden á la viuda, se le deben dar, en opinion de Gregorio Lopez (3), los alimentos por todo un año, si durante él retienen los herederos la dote, y lo sufre el caudal del marido. Mas concluido el año cesa esta obligacion, aunque no se haya restituido la dote (4); y tambien en el caso de que la viuda tenga bienes de que mantenerse, ó de que se le haya restituido la dote antes del año y en otros que trae Gomez (5). Pero si queda preñada, se le deben los alimentos aunque tenga bienes, y se le haya restituido la dote (6) (*).

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 razon, dice Febrero, de que se dan al póstumo que trae en el vientre, á quien tiene obligacion de alimentar el padre; mas si no queda preñada, pero si con hijos que viven con ella, lo gastado y consumido por todos en sus alimentos, se ha de deducir del cúmulo del caudal inventariado; porque aunque por la muerte del marido se disolvió la sociedad conyugal, dura ó se contrae (7) de nuevo tácitamente con sus herederos en cuanto al lucro, por la comunion ó indivision de los bienes de todos. Si ni quedó preñada, ni con hijos en su compania, debe distinguirse si trajo dote, y hay gananciales, ó no: si ni trajo dote ni hay gananciales, tampoco se le deben alimentos; si hubo gananciales se le darán descontándosele de la parte que le corresponda; y si trajo dote, se le darán los alimentos durante el año de la retencion de aquella, no

(1) LL. 1, 2 y 4 t. 2 lib. 5 R. 5 6, 1 y 3 tit. 3 lib. 10 N.—(2) L. 6 t. 6 lib. 3 del Fuero Real.—(3) Greg. Lopez sobre la ley 31 t. 11 P. 4.—(4) Gomez en la ley 50 de Toro n. 48.—(5) Gomez allí mismo.—(6) Espin. gl. 14 n. 107.—(*) Las precauciones, órden y forma con que debe averiguarse la certidumbre de la preñez de la viuda, y evitar el fraude, se esplican en la ley 17 t. 6 de la P. 6. Mas advierte Febrero que no todas son necesarias, y deberá estarse á la costumbre que haya en el pueblo, como insinúa la misma ley.—(7) Sala lib. 1 t. 4 n. 18.

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 á su acreedor; pero sí de cuenta de los herederos, porque la dote, interin 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 representan, mientras no la restituyen (1): entendiéndose esto por solo 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 á la devolución; y si pedida no se la entregaren, podrá exigir los intereses de dote retardada (2). El luto de la viuda debe sacarse del caudal privativo del difunto, como deuda contra él, y no del inventariado, ni tampoco del quinto, en opinion de Febrero (3), que funda en varias razones y testimonios de varios autores contra otros que juzgan lo contrario. El lecho cotidiano que corresponde al cónyuge que sobrevive, debe entregarse aun cuando se le haya legado el quinto, y debe cargarse al caudal privativo del difunto.

V. El cónyuge que sobrevive, si contrae nuevo matrimonio, tiene obligación de reservar cierta clase de bienes á favor de los hijos del anterior, comprendiendo igualmente esta obligación á la viuda que al viudo (4). Los bienes que debe reservar son todos los que hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso ó legado, donacion entre vivos ó por causa de muerte, ó por otro cualquier título luertivo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente y pertenezcan á la que llaman *Sponsalitia largitas*. En virtud de esta obligación no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos ni disponer de ellos entre los hijos del siguiente matrimonio, ni entre otros parientes ni estraños, pues pierde la propiedad de ellos, y solo conserva el usufructo mientras viva, aunque sus hijos sean casados y velados, debiendo usar de ellos á arbitrio de buen varon, y quando hipotecandos tácitamente á su responsabilidad, todos los demas bienes que tenga (5).

Deben reservarse igualmente los bienes adquiridos por los pa-

(1) Gomez en la ley 56 de Toro n. 46.—(2) El mismo, *verz. Puz annen vero*.—(3) Feb. Part. 2 lib. 1 esp. 6 en el que podrán verse estas materias con toda la estension oportuna.—(4) L. 4.ª t. lib. 5. R. 6.ª tit. 2 lib. 10 N.—(5) L.L. 16 t. 13 P. 5, y t. 2 lib. 3 del Fuero Real.

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

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

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

Como el fundamento de la reservacion es el agravio que se supone hace al cónyuge difunto el que sobrevive pasando á otro matrimonio, y al fin de procurar que los hijos de aquel 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, á menos que hayan dejado descendientes, en cuyo favor subsistiria la obligación (6). Cesa tambien, si el cónyuge que murió primero dió su consentimiento ó beneplácito al que le sobrevivía para que contrajese otro matrimonio, y tambien si éste se contrae de consentimiento de los hijos, á quienes debia aprovechar la reservacion (7). Se disputa entre los autores si bastará que el consentimiento sea tácito, y Acevedo (8) se inclina á que sí, con tal de que esté comprobado con algun hecho. En estos casos retiene el cónyuge la propiedad que deberia perder por el nuevo matrimonio (9).

§ XIII.

DE LOS ALBACEAS.

El albacea, á quien llaman tambien testamentario, ejecutor, cabezalero y mansesor, es aquel á quien el testador encarga la

(1) Gomez en la ley 15 de Toro n. 7.—(2) El mismo n. 2.—(3) L. 6 tit. 9 lib. 5 R. 6.ª tit. 4 lib. 10 N.—(4) Gomez citado n. 3.—(5) El mismo n. 5.—(6) Acevedo sobre la L. 4.ª t. 1 lib. 5 R. n. ult.—(7) El mismo n. 36, y Gomez en la ley 14 de Toro n. 5.—(8) En el n. 36.—(9) Gomez n. 3, y Acevedo en el 36.

ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno solo ó á muchos para que se sucedan uno al otro, ó para que obren de mancomún; y aquel á quien se hace no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola no vale la delegacion en varios casos (1).

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

Los ejecutores de las últimas voluntades son como los tutores, testamentarios, legítimos ó dativos. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador; y dativos los que nombra de oficio el juez en caso que el nombrado en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto.

A nadie se puede obligar á que sea albacea (6); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó espresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos (7). En el caso de que el testamentario acepta, puede por sí dar á los legatarios las mandas que le fueren hechas, y tomar para sí el legado que le hubiere dejado el testador (8); mas perderá éste si renunciare el albaceazgo (9).

Si el testador designa por albacea á alguna persona con el nombre de su dignidad ú oficio, como el gobernador ú obispo, pasa el cargo á su sucesor (10); pero si solo se pone el nombre, ó de las circunstancias se colige que no tanto se atendió al em-

(1) Corpio lib. 1 de executor. testam. esp. 19 y 20.—(2) Véase el § 1 de los testamentos.—(3) Aunque se lea prohibe por la ley 3 t. 5 lib. 3 del Fuero Real, está derogada por costumbre contraria. Feb. part. 1 esp. 1 t. 15 n. 250.—(4) Csp. *Religiosis excois.* 2 De testam. in 6 y Clement. *Religiosis de testam.*—(5) L. 19 al fin t. 5 P. 3.—(6) Coloz. in esp. 19 De testam. n. 3.—(7) Sans. t. 4 Cons. c. 14. 42 n. 7.—(8) L. 29 tit. 10 P. 6.—(9) Sans. cil.—(10) C. 24 Sans. De testam. in 6.

pleo ó dignidad, cuanto á la persona por ser pariente, amigo ó paisano, no pasa al sucesor (1).

La ley 14 del tit. 4 del lib. 5.º de la Recopilacion, 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 obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de perder el legado, y no haciéndosele, bajo la de pagar el doble al interesado, y una multa de dos mil maravedis. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea, se entiende solo del abierto otorgado sin escribano; aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena solo tiene lugar en la ocultacion dolosa (2).

Para comenzar á ejercer su encargo el albacea, deberá presentarse ante el juez secular, aun cuando aquel sea clérigo, pues es el competente de la causa, acreditando su encargo, y pidiendo se cite á quienes interese (3); y deberán ser citados aun los clérigos, pues mas que citacion es un aviso (4) para poder proceder al inventario de los bienes y demas concerniente al desempeño de su oficio.

Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador (5), y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun cuando los releve de ello (6); pues esta cláusula solo remite la averiguacion nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto al dolo: sobre lo cual cita Febrero varias ejecutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo en caso de negligencia para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibicion del testador (7). Mas si éste encargó á su albacea por cláusula en el testamento ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algun comunicado secreto, no tendrá obligacion de dar cuenta, ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por

(1) Barb. in c. 2 De testam. in 6.—(2) Acev. sobre la l. 14 t. 4 lib. 5 R. contra Montalvo y Matlonzo. Véase el § 15.—(3) L. 15 t. 4 lib. 5 R.—(4) Solórz. Polític. 5 c. 7.—(5) El inventario puede ser solemne ó por simples memorias. Véase el § del juicio de Inventarios.—(6) L. 15 t. 10 P. 5, y sobre ella Greg. Lop.—(7) L. 7 del mismo t. y P.

hallarlas en su poder (1), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (2); aunque para evitar litigios, lo mejor es poner al albacea en la cláusula del testamento, la obligación de dar cuenta bajo de secreto al juez eclesiástico. Deben enagenar los bienes en pública almoneda (3), 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 (4).

Para la ejecución del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor ó menor que el legal; y si ninguno les señaló, debería ejecutarse lo mas breve que sea posible, conforme á la ley de Partida que dice: *Lo mas ayna que pudieren sin alogamiento é sin escatama ninguna* (5); 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 solacion retardada voluntariamente no puede excusarse de la nota de pecado grave (6). Mas mientras durare la formación del inventario no pueden los acreedores ni legatarios molestar al albacea ó heredero para que cumpla el testamento (7); pero si manifestare no querer hacer inventario, ni gozar del tiempo que para él le concede el derecho, podrá ser reconvenido despues de los nueve dias de la muerte del testador (8).

Si son muchos los albaceas, y no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecuten (9); y para precaver este embarazo, es muy conveniente que se confiera á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion sin necesidad de avisar á los otros, ni que éstos se mezclen en cosa alguna.

Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas (10); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribución de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte (11). Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva ó en general,

(1) Clement. de Testam.—(2) Sanc. l. 4 Cons. c. 1 d. 22.—(3) L. 22 t. 13 P. 3 al fin.—(4) L. 14 c. 4 lib. 5 R. 2 1. 13 lib. 10 N.—(5) L. 6 c. 10 P. 6.—(6) Sanc. l. 4 Cons. cap. 1 d. 23 a. 5.—(7) L. 7 c. 6 P. 6.—(8) L. 13 t. 9 P. 7, y Paz in Prax. t. 1 p. 4 c. 1 n. 45.—(9) L. 6 t. 10 P. 6.—(10) L. 7 c. 6 P. 6.—(11) Sanc. l. 4 Cons. c. 1 d. 22.

cumplen con dar la que quieran aunque sea la menos preciosa (1); pero si las palabras se dirigen al legatario, á éste toca la elección en los términos que hemos dicho.

El oficio de albacea acaba por su muerte, por la revocacion del testador, por enemistad que sobrevenga entre los dos, por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario, por el trascurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision, por complemento y ejecución de ella, y por haber cesado la causa porque fué constituido. Algunos quieren (2) que acabe tambien respecto de la vida que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio; pero la niegan otros (3).

En retribucion del trabajo del albacea, le era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenían ó 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 disposicion de la cédula de 20 de setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, mediante ser este un cargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

§ XIV.

DE LOS TESTAMENTOS DE LOS ESTRANEROS.

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

Uno y otro se fija por lo regular, en las conveniciones ó tratados que celebran entre sí las naciones, por lo que mira á sus respectivos súbditos que residen en paises extraños; y en la mexicana lo están ya con respecto á los súbditos del gobierno inglés en el artículo 9 de los tratados celebrados en Londres á 26 de diciembre de 1826, y publicados en 25 de octubre de 1827, cuyo tenor literal es el siguiente: "Por lo que toca á la sucesion de las propiedades personales por testamento ó de otro modo, y

(1) Salm. tr. 14 c. 5 n. 177.—(2) Espin. gl. 28 n. 35.—(3) Molin. tract. 2 d. 247 n. 14.

"al derecho de disponer de la propiedad personal por venta, donación, permuta ó testamento, ó de otro modo cualquiera, así como también la administración 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 residen." Este artículo es literalmente el 9 del tratado con Hannover, publicado en 29 de octubre de 1829, y el 13 del celebrado con los Estados-Únidos del Norte, publicado en 1.º 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.

Mas con respecto á aquellos con cuyos gobiernos no se hubieren celebrado por el nuestro ningunas convenciones ó tratados, deberá observarse lo que establece el derecho de gentes, cuyas disposiciones 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) (1).

(1) Las disposiciones de las leyes mexicanas con respecto á la adquisición de bienes inmuebles y por extranjeros, son las siguientes. Por el art. 6 de la ley de 12 de marzo de 1825, está prohibida la adquisición de propiedad territorial rústica á 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 posesión, sobre cuya expedición se dió por el gobierno supremo el decreto reglamentario de 1.º de mayo del citado año.

No obstante la prohibición que enuncia el art. 5 de la ley de 12 de marzo para que los extranjeros no naturalizados adquieran propiedad territorial, se concede á los que carezcan de esa circunstancia, la facilidad de ad-

"§ CXI. Como el derecho de testar ó de disponer de sus bienes en artículo de muerte resulta de la propiedad, no puede quitarse á ningún 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? 1.º 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 prescribe, 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 viajero le otorga, y le envía cerrado á su país, es lo mismo que si lo hubiese hecho allí, y debe observar sus leyes. 2.º Por lo que hace á las

quirir bajo las condiciones y prevenciones que explican los artículos 9, 10 y 11, que son las 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 ó no el permiso que se les pida, imponiendo en su caso las condiciones que crean convenientes, estipulándose las siguientes que servirán de base á todo contrato; en la inteligencia de que queda al arbitrio de las legislaturas restringirlas, pero no ampliarlas. 1.º Que la cuarta parte de los colonos sean mexicanos. 2.º Que dentro de siete años quedará dividido el terreno en suertes pequeñas, á juicio de las legislaturas. 3.º Que el empresario no naturalizado no pueda reservarse un terreno que exceda de diez y seis leguas cuadradas, el cual deberá enajenarse dentro de doce años contados desde el término en que la finca debiere quedar dividida en suertes. 4.º Que éstas deben quedar vendidas dentro del mismo periodo.

11. "Las propiedades que se adquieren por extranjeros no naturalizados en fraude de la ley, son denunciables por cualquier mexicano, á quien se adjudicarán, justificando 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 á las haciendas de plaza, y también la de 15 de agosto de 1824, sobre colonización.

" disposiciones en sí mismas, ya hemos dicho que las que con-
 " responden á 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 po-
 " see en su patria, sino conforme á las leyes de ella; pero en
 " cuanto á los bienes moviliarios, dinero y otros efectos que po-
 " see 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 permane-
 " nece ciudadano de su patria, está siempre sujeto á estas últi-
 " mas leyes en cualquier parage que se halle, y debe conformarse
 " á ellas en la disposición 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 testó y muere en país extranjero, no
 " puede quitar á su viuda la porción de bienes moviliarios que
 " le asignan las leyes de la patria. Así, pues, un ginebrino que
 " está obligado por la ley 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 mien-
 " tras 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 le-
 " yes locales; porque arreglan lo que puede hacerse en el terri-
 " torio, y no se entienden fuera de él. El testador no está so-
 " metido 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
 " Neuchâtel, á quien están prohibidas en su patria las sustitu-
 " ciones de los bienes que posee en ella, sustituye libremente los
 " que tiene consigo, que no están bajo la jurisdicción de su pa-
 " tría, si muere en un país en que aquellas no permiten; y un
 " extranjero testando en Neuchâtel no podrá allí sustituir si-
 " nua los bienes moviliarios que posee, á no ser que pueda de-
 " cirse 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 de-
 " ja en el extranjero. Esta práctica se fundaba en cierto
 " derecho que escluye á los extranjeros de toda herencia en el
 " estado, ya sea á los bienes de un ciudadano, ó á los de un es-
 " tranjero; y por consiguiente no pueden ser sustituidos los he-
 " rederos por testamento, ni recibir ningún legado. Grocio di-
 " ce con razon, que esta ley viene de los siglos en que se miraba
 " á los extranjeros como enemigos (1). Aun cuando los roma-
 " nos llegaron á ser muy cultos é ilustrados, no podían acostun-
 " brarse á mirar á los extranjeros como hombres con los cuales
 " tuviesen un derecho comun. Los pueblos, dice el juriconsul-
 " to Pomponio, con los cuales no tenemos amistad, hospitalidad
 " ni alianza, no son nuestros enemigos; sin embargo, si una co-
 " sa 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 (2). Es preciso creer
 " que un pueblo tan sábio, solo por retorsion necesaria conser-
 " vaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir de
 " otro modo reparacion de las naciones bárbaras, con las cuales
 " no tenia ninguna amistad. Bodin asegura (3) que este dere-
 " cho se deriva del mismo origen. En la mayor parte de los es-
 " tados civilizados se ha modificado y aun abolido sucesivamen-
 " te. 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 testa-
 " mento; ó si mueren sin testar, dejar que los hereden sus pa-
 " rientes mas inmediatos.

§ XV.

DE LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO Y DECLARACION DEL ABIERTO HECHO SIN ESCRIBANO.

Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado,
 pueden pedir que se abra, el heredero nombrado, el legatario y
 el albacea, intentando que se declare firme aquella disposición,
 ó el hijo preferido, ó injustamente desheredado, y los herederos
 por intestado, intentando que se declare nula; de modo que pue-

(1) Derecho de la guerra y de la paz, lib. 2 cap. 9 § 14.—(2) Digest.
 lib. 49 tit. 15. De captivis et postlimin.—(3) De la república lib. 1 cap. 6.

de pedirlo cualquiera que tenga interés, jurando que no lo hace maliciosamente (1), 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 (2); y si fuere rebelde, pagará al que lo demandare el legado que se le deje en el testamento, y el perjuicio que con su resistencia le causare.

Antes de verificar la apertura, hará el juez que los testigos instrumentales reconozcan á su presencia sus firmas, la del testador, y el pliego cerrado que contenga el testamento, y que depongan del fallecimiento del testador, porque lo hayan oído ó visto, y no sabiéndolo, lo certificará el escribano porque él lo haya visto, dando fe de la identidad, ó porque se lo hayan dicho en su casa y vecindad; pues antes de que se acredite el fallecimiento, no se puede proceder á la apertura.

Si han fallecido los testigos ó están ausentes sin saberse donde, se rendirá informacion de ello, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian 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 ó se comprobarán. Mas si los testigos viven, pero no pueden ser habidos todos, bastará que concurra la mayor parte; y si ni esto se pudiere lograr, y el juez entendiere que de omitir la apertura resulta perjuicio á los interesados, podrá llamar hombres buenos, y ante ellos abrir el testamento, hacerlo copiar y leer, y firmándolo los hombres buenos, volverlo á cerrar y guardar, para cuando se presenten los testigos instrumentales y lo reconozcan en la forma prevenida. Si no se abriere ante el escribano que presencié su otorgamiento, deberá reconocer su firma y signo.

Hecho el reconocimiento por los testigos, y no estando el pliego raído ó borrado, ni siendo sospechoso por otro motivo, lo hará abrir el juez á presencia del escribano y testigos, y leyéndolo primero para sí, por sí el testador previniere que alguna parte no se lea ó publique hasta cierto tiempo, en lo que deberá obser-

(1) L. 1 t. 2 P. 6.—(2) L. 2 del mismo tit. y P.

quirse su voluntad (1), lo hará leer y publicar delante de todos, mandando sea reducido á escritura pública, á cuyo efecto se protocolizará en los registros del escribano ante quien se abra, y á los interesados se darán los testimonios que pidieren, debiendo ser íntegros para los herederos, y á los demas de la cláusula que les compete con la cabeza y pié del testamento.

Si la disposición testamentaria estuviese escrita en papel simple, pero ante el competente número de testigos, el heredero ó albacea ocurrirá al juez presentándosela, con expresion del sujeto que la escribió, de lo que pasó en aquel acto, del motivo porque fué hecha así y sin escribano, y de haber fallecido bajo de ella el testador; y pidiendo que, prévia informacion de los testigos y reconocimiento de sus firmas, se declare aquella disposición por testamento inncupativo, se den á los interesados los testimonios correspondientes, y se protocolice en el registro del escribano. El juez mandará recibir la informacion, y hecha proveyrá en todo de conformidad. Si el testador manifestó su voluntad solo de palabra ante el número legal de testigos, se practicarán las mismas diligencias, omitiendo por supuesto, la presentacion del papel simple, que no hay, y pidiendo que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto (2).

§ XVI.

DEL JUICIO DE INVENTARIOS.

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

El conocimiento en inventarios corresponde al juez secular ordinario (3); pues los tribunales eclesiásticos están inhibidos pa-

(1) L.L. 5 y 6 t. 2 P. 6.—(2) L. 4 t. 2 P. 6 Febrero de Tapia tom. 1 lib. 2 t. 2 cap. 25.—(3) Art. 14 cap. 2 de la ley de 9 de octubre de 1812. "Los jueces de partido por lo respectivo á los pueblos de su residencia, "conocerán á prevención con los alcaldes de los mismos, de la formacion "de inventarios, justificaciones *ad perpetuum*, y otras diligencias judicia-

ra mezclarse en ningún caso en la nulidad de testamentos, inventarios, secuestro ó administración de bienes, aun cuando el testador, albacea ó herederos sean eclesiásticos (1), y el de las testamentarias de los militares, que por la cédula de 13 de junio de 1764 correspondía á los jueces de su fuero; se consintió á la jurisdicción ordinaria por el art. 4.º de la ley de 15 de octubre de 1823 (2).

Están obligados á 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 púerulo 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 ó nombramiento; debiendo concluirlo dentro de noventa, si no es que los bienes del difunto estén fuera del lugar, en cuyo caso goza de

“les de igual naturaleza en que no haya todavía oposición de parte.” Art. 6 cap. 3. “Conocerán tambien los alcaldes de los pueblos en todas las

“diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que lleguen á ser con-

“tenelosos entre partes, en cuyo caso las remitirán al juez de partido.” Art. 7. “Podrán asimismo conocer é instancia de parte en aquellas dil-

“gencias que, aunque contenciosas, son urgentísimas, y no dan lugar á

“acudir al juez del partido; como la prevención de un inventario, la inter-

“posición de un retracto y otras de esta naturaleza, remitiéndolas al juez

“eventual 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 ó aprobarlos; nombrar tutor ó curador á los menores cuando sea necesario; dar licencia á las mugeres ca-

ñadas para que comparezcan en juicio en ausencia, enfermedad ó demencia

de sus maridos; dar testimonios de autos, con citación de las partes; autorizar informaciones para pruebas de nacimiento ó de causas penden-

tes en término probatorio; evacuar exhortos y demas 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 mas ó menos, según la forma que hayan dado sus res-

pectivas legislaturas á la administración de justicia.—(1) Cédula de 13 de junio de 1775.—(2) Art. 4.º de la ley citada. “Exceptuábase de la jurisdic-

“ción militar las testamentarias de los individuos del ejército, tanto en lo contencioso como en lo económico, quedando sujetas en lo de adelante á la jurisdicción ordinaria.”

un año (1); lo corriente es comenzarlos pasados los nueve dias del fallecimiento. Si el heredero pide al juez los nueve meses, y á la autoridad suprema el año para deliberar, no le corre el término. El inventario hecho por uno de los herederos, aprovecha á los demas; 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 (2); 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 á los herederos, legatarios y acreedores, aunque en cuanto á 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 (3); que se inventarién todos los bienes del difunto, con inclusion de deudas activas y pasivas, cosas litigiosas y demas: que se espese el día, mes y año en que se empieza y acaba; que asistan á 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, ú al tiempo mismo de hacerlo, debe-

- (1) L. 5 tit. 6 P. 6.—(2) Febrero de Tapia tom. 6 tit. 1 cap. 1 n. 29.—(3) Los derechos que devengan el juez y el escribano en la asistencia á 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, marques de Amurillas, inserto en la Colección impresa el año de 1759, y son los siguientes. “El juez que asista á los inventarios, ganará por cada asistencia de mañana ó 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 á razón de dos reales foja, de veinte renglones plana y siete palabras por renglón, y tres reales siendo de guarismo, ó de treinta renglones y diez palabras. A los jueces foráneos se señalan por cada asistencia cuatro pesos, y á los escribanos foráneos diez y ocho y medio reales, fuera de lo escrito, que deben cobrar á real foja, y siendo de guarismo ó de treinta renglones y diez palabras, á dos reales.”

rá practicarse la valuación de los bienes, bastando en este caso la primera citación á los interesados. Esta valuación debe hacerse por los peritos deputados ó escogidos por las partes (1); éstos prestarán juramento de cumplir fielmente, y aquellos reproducirán el que tienen hecho. Los deputados pueden ser recusados por los interesados, mas no los que ellos escogieron.

En caso de discordia entre los peritos, se debe recurrir á un tercero nombrado por los interesados ó por el juez, si ellos lo resisten. Si con este no se avienen en el precio, y todos estuvieren discordes, podrá el juez interponer su voto, eligiendo un medio proporcional, que en opinión de Febrero (2), citando á Hermosilla, es la sentencia mas 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 sacada la tercia parte que son diez, el resto será el justo precio de las cosas.

(1) Los derechos de los avaluadores se señalan en el citado arancel de jueces de inventarios en los términos siguientes. " Los oficiales que fueron nombrados para el avalúo de cada especie de que se compusieron los bienes, así de carpintería ó pintura, herrería, carrocería, como de librería y otros, llevarán á tres pesos por cada mañana ó tarde de las que ocuparen útiles en los avalúos; y los mismos percibirán los plateros, cuando fuere solo el avalúo de plata labrada; pero siendo la tasación de pedrería ó perlas, respecto á la mayor profusidad que requiere, llevarán á cuatro reales por ciento hasta el valor de diez mil pesos, y del que pasare hasta veinte mil, á dos reales por ciento, y de la que excediere de dicha cantidad, llevarán á razon de un peso por millar; y los maestros de arquitectura llevarán á 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; de ahí en adelante á cuatro reales por millar, sin que unos ni otros avaluadores se excedan de lo que así lo queda regulado, pena de que devolverán íntegramente todo lo que hubieren percibido, y de que no se pasará en data á las partes que lo hubieren satisfecho. A los avaluadores foráneos se señalan dos pesos por cada mañana ó tarde; á los plateros en obras de pedrería dos y medio reales por ciento hasta el valor de diez mil pesos; un real por ciento hasta el de veinte mil, y de ahí en adelante cinco reales por millar; á los arquitectos diez y medio reales por millar hasta el valor de cinco mil pesos, pero no debiendo ser menos nunca sus derechos de tres pesos; de ahí á diez mil, cinco reales por millar, y de ahí en adelante á dos y medio reales por millar."—(2) Febrero de Tapia tom. 6 t. 1 cap. 2 n. 34.

Esplicadas 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 mas esencial que ocurre en la ocultacion de bienes.

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

Esta prueba no solo puede hacerse por testigos de vista, sino tambien por los de oídas, presunciones ó 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 premeditacion 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, ó en el que deja la cosa depositada en lugar por donde transitan muchos.

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

En el juicio de ocultacion se procede ordinariamente, aunque proceder de otro modo no anula el proceso, y por él no se suspende la division de lo inventariado. Si ésta no está hecha, el juicio de ocultacion 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.

No se reputa tal, ni incurre en la pena el que se vale de otro para que forme el inventario, y este oculta: ni el poseedor, que

como tal y no como heredero, forma el inventario y escrúbenle; pero que como penal se restringe esta ley (1).

MODO DE PROCEDER EN LA FORMACION DE INVENTARIOS POR SIMPLES MEMORIAS.

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

Supuesta esta determinacion, y en los casos en que el derecho no exige que el inventario sea solemne, el albacea ó herederos presentan escrito al juez, pidiéndole licencia para la formacion de memorias simples. Formadas éstas, y apreciados los bienes por peritos avaluadores escogidos por los interesados, se presentan para su aprobacion al juez que dió la licencia; y para escusar traslados á los interesados, suelen poner éstos su conformidad en el mismo escrito por un *otrosí*. El juez provee auto para que se ratifiquen los que lo suscriben, y fecho aprueba las memorias, elevándolas á la clase de inventarios solemnes, y condenando á las partes á 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 abaceazgo. Presentada ésta, se corre traslado á los interesados para que la anoten ó aprueben. Si la anotan debe darse traslado al albacea para que responda; y terminado éste artículo pronuncia el juez el auto de aprobacion, en que obligando á las partes á estar por ella, les previene nombren sujeto que forme la cuenta de division y particion, 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

(1) Febrero de Tapia tom. 6 L. 1 esp. 4 n. 7 y 8.

presentarla con las memorias, aprobada al calce por los accionistas, y entonces solo se practicará antes de aprobarla el juez, la diligencia de que ratifiquen su aprobacion.

Aceptado el nombramiento por el contador, hecho el juramento y discernido el cargo (1), se le entrega el expediente de inventarios con todos los recados y documentos necesarios para la formacion de la cuenta, cuyo mecanismo se reduce á notar por medio de suposiciones el caudal que trajo el marido, (suponiendo que él sea el difunto) la dote y parafernales de la muger, la dote dada á la hija, de la que debe traer á colacion una mitad en la division de los bienes de cada uno de sus padres, las deudas pasivas del caudal, una relacion del testamento del que debe correr, agregada copia á las memorias, y todas las demas circunstancias de los bienes: purificados todos estos datos, se liquida lo que corresponde á los acreedores, separando desde luego la dote y parafernales de la muger; 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, ó á su destino; despues el tercio si hubo mejora en él, y el remanente se divide en por-

(1) En el arancel del Contador de menores y albaceazgos de esta ciudad, inserto en la Coleccion impresa en 1759, se fijan los derechos que deben llevarse por la formacion de las cuentas de particion y division, en los términos siguientes. "De las cuentas que formare cuyo importe fuere desde de uno hasta cincuenta mil pesos, á razon de dos por ciento: de aquellas cuyo importe subiere de cincuenta hasta cien mil pesos, llevará á 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, á razon de cuatro reales por ciento; advirtiéndose que estos derechos se han de deducir del caudal líquido, sacada la dote, y que si el trabajo se aumentare considerablemente por serlo la cantidad del caudal, ó por la concurrencia de dos ó mas matrimonios, se convenirá con los interesados, para que con mandamiento de juez se satisfagan segun fuere la operacion. Del importe de las deudas incobrables deducirá tambien el tanto de derechos que le corresponden; pero lo cobrará de las mismas deudas, eligiendo la que le parezca, de la que le harán cesion los herederos. A los contadores forineros se señala por cuenta de un mil hasta cincuenta mil pesos, diez reales por ciento; por lo que el caudal excediere hasta cien mil, un peso por ciento; y por lo que hasta doscientos mil, cinco reales por ciento."

ciones iguales entre los herederos ó sus representantes segun sean, aplicando á las dotadas en cuenta de sus legítimas, las dotes recibidas, haciendo todas aquellas deducciones y colaciones á que haya lugar, segun los datos, y jurando al fin su cuenta.

Presentada por el contador, se corre traslado á los interesados; si le objetan reparos, los allanará el contador, y quedando conformes los accionistas la aprueba el juez, y manda expedir los libramientos, y hacer las adjudicaciones ó particiones correspondientes.

Si los bienes no son de fácil division, ó se adjudican á alguno de los interesados, pagando éste á los demas sus respectivas porciones, ó se enagenan á un tercero (1); y en estos casos habiendo menores debe hacerse por el juez la informacion de utilidad.

Hecha así la division, y otorgada por los accionistas la fianza de saneamiento mútuo por la eviccion á que quedan obligados, es acabado el juicio de inventarios.

SOLEMNES A PETICION DE PARTES.

La viuda ó cualquiera de los interesados presenta escrito al juez, con expresion del fallecimiento del testador, hijos y herederos instituidos, remitiéndose al testamento que debe acompañarse, pidiendo se proceda á la formacion de inventarios y avalúo de los bienes, y designando los peritos que tuvieren á 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 á los interesados, y nombrando curador al menor, si es pupilo, ó mandando 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 á los interesados este auto y el nombramiento de peritos, los que, si no hay contradiccion, juran el fiel cumplimiento.

Si alguno de los interesados está ausente, se le cita por medio de requisitoria para los inventarios que deberán comenzarse

(1) La enagenacion de los bienes por no ser de fácil division, ni poderse adjudicar, aun cuando fuera en pública subasta, no causaba alabanza por las cédulas de 5 de setiembre de 1733 y 23 de marzo de 1784. Estas disposiciones podrán haber sido variadas en los siglos.

se dentro de treinta dias, apcribiéndole de que pasado el término se seguirán, y le parará en perjuicio no compareciendo por sí ó por apoderado. No subintendiéndose donde está, se le cita por edictos y se le nombra defensor que es un curador *ad litem*.

Despues se dá principio al inventario, notándolo por dias, con expresion 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 á la viuda ó hijos que vivieren en la casa, ó á 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 á su nombre.

Si no asistieren los interesados, se les dá traslado luego que el que pidió la licencia lo presenta para su aprobacion, y lo costearán dentro de tres dias. No haciéndolo se aprueban; y si lo hacen con reparos, se sigue artículo; mas si asistieron no hay necesidad de traslado, pues si juzgan que hubo ocultacion, ó 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 formacion de inventarios, suele hacerse la admision de la herencia con el beneficio de ellos; pero si no se hizo, se hará despues por pedimento separado. Aprobados por el juez, sigue la particion 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, y recojan las llaves, se dé fe de estar muerto, y se reciba informacion sobre la identidad del difunto. Si la muerte fué repentina, debe ademas mandar que reconozcan el cadáver un médico y un cirujano para que digan si fué ó 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 fué natural. Despues nombrará el juez (si no hay parientes, ó no están allí) defensor á la herencia yacente; y procederá á la formacion de inventarios, poniendo los bienes en depósito á contento del defensor.

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

Prestando alguna la herencia, se presentará peticiones, 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 ó la impugnará según le parezca; y oída una y otra parte, declarará el juez al pretendiente por heredero abintestato, mandando que le entreguen los bienes con la obligación de hacer por el alma del difunto los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado.

§ XVII.

DE LOS TESTAMENTOS DE LOS MILITARES.

Los cosas hay en los testamentos de los militares á que es necesario atender: primera, su otorgamiento válido, y la segunda, su cumplimiento, ó sea la práctica de las diligencias conducentes á que tenga efecto la voluntad del testador despues de su fallecimiento, que es lo que se llama *testamentaria*.

En el § I se ha explicado el privilegio de que gozan los militares para otorgar válidamente sus testamentos sin solemnidad alguna, con tal que conste ciertamente de su voluntad; y del mismo gozan los individuos de marina, conforme al tit. 6 del trat. 6 de la ordenanza general de la armada.

Por lo que hace á la ejecución del testamento, ó sea la formación de inventarios, particion y entrega de los bienes que quedaren por muerte de algun militar, y demas diligencias que forman una testamentaria, aunque por el art. 5 del tit. 11 del trat. 8 de la Ordenanza, y por varias cédulas y órdenes posteriores, especialmente la de 18 de octubre de 1776, se cometa esclusivamente el conocimiento y práctica de las actuaciones al juzgado militar por medio del *notario, gobernador de la plaza, ó comandante del cuerpo*, y en defecto de estos por los jueces ordinarios como comisionados de la jurisdiccion militar, el art. 4.º de la ley de 15 de setiembre de 1823 (de que se ha hecho

mencion en el § XVI), la ha separado en un todo del conocimiento de estos negocios; de manera, que por esta ley han quedado derogados todos los artículos de la Ordenanza y resoluciones posteriores á ella, que facultaban á la jurisdiccion militar para proceder á la formación de inventarios, aseguramiento de bienes y demas diligencias que pertenecen á lo económico de las testamentarias, como igualmente para decidir y terminar las contiendas, artículos y demandas que sobre ellas ocurriesen, que es lo que forma lo contencioso, pues todo ello corresponde únicamente á la jurisdiccion ordinaria, sea cual fuere el grado del causante, y sea por testamento ó por intestado (1).

Entre estas disposiciones que como derogadas es inútil estraxar, se encuentran algunas prevenciones, que aunque dirigidas á la jurisdiccion militar, ni suponen necesariamente su existencia, y su objeto como muy importante debe llenarse por la ordinaria que conoce en lugar de aquella; por lo que convendrá tenerlas presentes.

El art. 15 del tit. 11 del trat. 8 previene que al formarse los inventarios se tenga cuidado de recoger todos los planos y papeles de oficio relativos al encargo ó comision del difunto; asistiendo al reconocimiento y separacion de los papeles el heredero, si estuviere, ó el hijo ó pariente mas inmediato, y el jefe militar que allí resida; y si el que falleciere fuere el general del ejército en campaña, asistirá al inventario de papeles, y recogerá los de oficio el inmediato jefe que le suceda en el mando, concurriendo tambien el mayor general de infanteria; y fuera de campaña recogerá los papeles de todo militar que muera en mando ó comision el inmediato jefe, según lo dispone el art. 10. Confiere al 21 del tit. 6 del trat. 1 de la Ordenanza de inge-

(1) Por decreto de 3 de marzo de 1842, se dispone: Primero, que quede derogado el art. 4 del decreto de 15 de setiembre de 1823, declarándose corresponder á la jurisdiccion militar el conocimiento de las testamentarias de los individuos del fuero de guerra en los términos prescritos en la ordenanza general del ejército, cédulas, decretos, órdenes y declaraciones que sobre el particular regian antes de la expresada ley de 15 de setiembre; Segundo, que no se cobren derechos de honorario alguno en la instruccion ó formación de los juicios correspondientes á tales testamentarias; y tercero, que la jurisdiccion ordinaria continúe conociendo de los pendientes á virtud del art. 4 de la referida ley, correspondiendo esclusivamente á la de guerra los que ocurran en lo sucesivo.

nieros, siempre que muera el ingeniero general, se entregará por inventario de los papeles pertenecientes al servicio, el director ó comandante del departamento, observando las reglas de formalidad que para igual caso de muerte de oficial en cuando prescriben las Ordenanzas generales. Si falliere el ingeniero comandante en la guarnición de una plaza, se entregará por inventario de los papeles del servicio el inmediato que le debe suceder; mas si fuere solo, el comandante dispondrá que el mayor con otro oficial de la guarnición practiquen esta diligencia, dirigiendo los papeles al general para que los pase al director de ingenieros; y en general, siempre que fallezca algun ingeniero, el que fuere ó quedare en su lugar se entregará por inventario de los papeles pertenecientes á fortificaciones y demas ejercicios militares, los que se remitirán al comandante del departamento, dando copia al comandante militar del estado.

Si algun militar dejare dispuesto en su testamento que de sus bienes se hagan algunas fundaciones piosas, no podrá por este titulo mezclarse el eclesiástico en el conocimiento de la testamentaria; pues conforme á la órden de 9 de febrero de 1783, solo le corresponde, después que se haya pasado el año del fallecimiento del testador, averiguar si se ha cumplido lo perteneciente á causas piosas en el modo que determinan las leyes, sin que proceda á conocer sobre formalizar las testamentarias ó á prevenir los abintestatos, ni á deducir y distribuir el quinto ó parte de los bienes del difunto con el pretexto de aplicar su producto á causas piosas; porque solo es de su inspeccion que efectivamente se destine á ellas, y únicamente tiene jurisdiccion para conocer en el juicio de visita si está cumplida la última voluntad ó lo que el derecho dispone; y hallando no estarlo, y que ha de proceder contra persona seglar ó al señóro de bienes temporales, debe impartir el auxilio del brazo secular para ser obedecido antes de usar de las superiores armas de la Iglesia.

El conocimiento de las testamentarias de los individuos de la marina, conforme á la Ordenanza de la armada, pertenece á sus respectivos gefes, así como el de los de los individuos de la milicia activa, por la declaracion de la Ordenanza de milicias y varias órdenes posteriores, á los coronales ó comandantes de los respectivos cuerpos; pero siendo tan general la declaracion del

art. 4.º de la ley de 15 de seniembre de 1823 á favor de la jurisdiccion ordinaria, á ella corresponde el conocimiento de unas y otras (1), subsistiendo únicamente los artículos de la Ordenanza de marina que hablan de esto, en cuanto á aquellas medidas urgentes para la aseguracion de los bienes de los que mueren á bordo, y que se detallan en los mismos.

Con respecto á los oficiales militares que murieren intestados sin dejar herederos legitimos, se dispone en el cap. 2 del reglamento del montepio militar de 2 de abril de 1761, que suceda en sus bienes el mismo monte, y esta determinacion fué renovada por la órden de 31 de marzo de 1783, comunicada en 11 de abril del mismo.

No siendo, pues, del resorte de la jurisdiccion militar formar los inventarios ni practicar las demas diligencias que constituyen una testamentaria, no es tampoco del caso el formulario de ellas; por lo que no se agrega, y solo conviene explicar las diligencias que podrán practicarse en el caso de que el militar muera en el campo, en el que por no hallarse la justicia quedaria quizá sin cumplirse la última voluntad de aquel, no comprobándose oportunamente. Al efecto, si la disposicion se hizo por escrito en papel simple, verificado el fallecimiento se comprobará la identidad de la firma por el primer ayudante del regimiento, examinando bajo de juramento dos testigos que la conozcan, y digan *si la que se les presenta es del sugeto que expresa y la misma que acostumbraba hacer*; y si la disposicion fuere verbal, certificado por el mismo ayudante el fallecimiento, se examinarán los testigos ante quienes la hubiere hecho, especificando los pormenores de ella; y en uno y otro caso servirán estas actuaciones de basa para las que debe practicar la justicia ordinaria para llevar á efecto las disposiciones del difunto.

NOTAS IMPORTANTES.

Como esta edicion se ha hecho conforme á las anteriores, y hoy se han variado por las últimas disposiciones algunos puntos relativos á las materias que se tratan en esta obra, para su complemento añadimos las siguientes notas.

(1) Téngase presente el decreto de que se habla en la nota de la página 69.

1.ª — En el § XIV en que se habla de los testamentos de los extranjeros, se pusieron por vía de nota las disposiciones legales que existen sobre adquisición de bienes raíces por ellos, sobre lo cual existe ley la más reciente de 14 de marzo de 1842 que los habilita para adquirir fincas rústicas, urbanas y minas, en los términos que en ella se expresan, exceptuando por el art. 5.º de las leyes vigentes ó que rijan en la república en cuanto á la traslación, uso, conservación y pago de impuestos, y facultándolos á transmitirlos por testamento ó herencia á otras personas, aun no residentes en la república; pero con obligación éstas de venderlas dentro de dos años contados desde el día de la traslación.

2.ª — En el § XVI se puso por nota el art. 4.º de la ley de 15 de setiembre de 1823, que derogando todas las disposiciones anteriores, declaró ser propio de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las testamentarias de los militares de cualquiera clase que fuesen, y en ese sentido escribió el § XVII, en el que se trata de los testamentos de los militares pero á su calce se ha puesto ahora por vía de nota el decreto de 4 de marzo de 1842, que derogando el art. 4.º de la ley de 15 de setiembre de 1823, ha declarado de nuevo vigentes todas las disposiciones relativas al conocimiento de las testamentarias de los militares, que corresponde á los juzgados de su fuero, según los respectivos á cada arma.

3.ª — Los derechos que en esta obra se señalan para jueces, escribanos, peritos avaluadores, contadores y demás personas que intervengan en los juicios de inventarios y testamentarias, están arreglados á los aranceles antiguos; pero como hoy existen los que ha formado de nuevo la suprema corte de justicia con arreglo á la facultad que le dió para ello la constitucion de 1836, á ellos deberán arreglarse, no poniéndose en los lugares respectivos las partes correspondientes, porque como son diversos los derechos en cada departamento, pues para cada uno se ha dado un arancel, se habria abultado demasiado el volumen de esta obra poniendo los de todos, ó saldría diminuto si solo se ponía los de algunos.

4.ª — Las cuentas de particion y division se extienden en papel del sello 3.º que por la última tarifa de 30 de abril de 1842 es del valor de un peso las hijuelas y los testimonios de ellas, en el que les corresponda según su importancia, que el es de dos mil pesos para arriba, será el del 1.º, que es del valor de ocho pesos; de quinientos hasta mil novecientos noventa y nueve, del 2.º, que es del valor de cuatro pesos; y de ciento á cuatrocientos noventa y nueve, del 3.º, que es de un peso; debiendo entenderse esto en las copias solo respecto del primer pliego, pues si éste no bastare, los demás serán del sello 4.º, que es de á dos reales el pliego.

En los testamentos de los notoriamente pobres se usará del sello 4.º que es de á un real el pliego, y dividido en tantos pliegos de á medio real cada uno.

FORMULARIO

DE LOS INSTRUMENTOS DE MAS USO

EN MATERIA DE TESTAMENTOS.



TESTAMENTO REGULAR.

En el nombre de Dios Todopoderoso, uno en esencia y trino en personas. Yo D. Fulano de tal, natural y vecino de tal parte, hijo legítimo y de legítimo matrimonio de D. N. y de D.ª N. difuntos, naturales que fuere de tal parte, hallándome enfermo en cama de la enfermedad que Dios Nuestro Señor se ha servido enviarme, pero en mi entero juicio y cabal memoria, creyendo como firmemente creo todos los misterios de nuestra santa fe católica, en cuya fe y creencia quiero y protesto vivir y morir, y esperando en la Divina misericordia me perdonará mis culpas y pecados por la intercesion de María Santísima Nuestra Señora, á cuyo patrocinio me acojo, para que con el Santo Angel de mi guarda, Santo de mi nombre, y demás santos de mi devocion me amparen y favorezcan en el trance de mi muerte; hago, otorgo y ordeno este mi testamento en la forma siguiente:

Primeramente encomiendo mi alma á Dios que la crió de la nada, y mi cuerpo á la tierra de que fué formado.

En seguida se irán asentando todas las disposiciones del testador, relativas al entierro de su cadáver, misas que hayan de decirse, y sufragios que quiera que se le apliquen.

Seguirán las declaraciones que haga de si es casado y con quién; si trajo dote su muger, y en qué bienes y forma; si él ó ella trajeron capital al matrimonio, en qué cantidad, y si subsiste ó no; si dió arras ó donas, y á qué ascendieron.

Si han tenido hijos, y cuantos; si alguno ó algunos se han casado; si les han dado dote á las mugeres, y en qué forma y cantidad; si á los varones les han hecho donacion propter nuptias, ó de otra especie, con causa ó sin ella; y si algunos han percibido ya parte de sus legítimas, con todo lo demás que quieran que se tenga presente y se traiga á colacion por los partícipes.

Si hubiere deudas puestas se especificarán si se quiere, á su remisión al hablar de ellas á los libros de caja ó otras constancias.

A continuación se mencionarán los bienes de que conste el caudal, incluyendo las deudas activas, indicando sus respectivas constancias, ó remitiéndose á los documentos ó instrucción que se deja al albacea.

Se asignará la cantidad que se deje á las mandas forzosas, se harán los legados y distribución del quinto ó tercio [según fuere el testador] en los términos que disponga.

Si aplicare el quinto, como debe, en favor de los hijos habidos fuera del matrimonio, ó de otros objetos reconocidos, podrá hacerse por medio de un comunicado secreto, á su albacea ó confesor, cuya cláusula puede extenderse en estos términos.

Mando que el quinto de mis bienes, deducidos los gastos que debe cubrir, se entregue cuanto antes á N., mi confesor, ó á N. mi albacea, para que con él ejecute lo que bajo secreto le dejo comunicado para descargo de mi conciencia, sin que persona ó juez alguno eclesiástico ó secular, le pueda pedir cuenta de dicha cantidad; y solamente quiero que el señor juez de testamentos le pueda pedir que bajo el mismo siglo se la manifieste, para que le conste estar cumplida mi voluntad y lo declare así por un auto sin otra expresión.

Después de esto se pondrá la institución de herederos, en la que podrán tener lugar las siguientes cláusulas.

INSTITUCION DE HEREDEROS.

Después de cumplido y pagado todo lo expresado del remanente de mis bienes, muebles y raíces, derechos y acciones, instituyo por mis únicos y universales herederos, á los expresados D. N., D. N., y D. N., mis hijos, y de la citada D.^a Fulana mi mujer, y á los demás descendientes legítimos que tuviere al tiempo de mi fallecimiento y deban heredarne, para que los hayan y lleven por su orden y grado, según su representación y lo dispuesto por las leyes con la bendición de Dios y la mía.

CLAUSULA DE DESHEREDACION.

En atención á que mi hijo Diego, de edad de tantos años, me dió atrevidamente una bofetada, me preudió, me injurió, á me

acusó de delito por el que fui desterrado [ó la causa que fuere], usando de las facultades que me dan las leyes del tit. 7 de la Partida 6, le desherede enteramente de la legítima paterna que después de mis días le podía tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podía pretender; y quiero y mando que ni por razón de alimentos ni por otro título ni motivo sea admitido total ni parcialmente á su goce, sin que por esta preterición y desheredación pueda anularse este mi testamento en tiempo alguno.

CLAUSULA DE MEJORA.

A mi hija Fulana, casada con N., la di en dote para su casamiento tal cantidad; y respecto á no poder ser mejoradas las hijas por contrato entre vivos por razón de dote ni casamiento, mando que traiga á colación y partición con sus hermanos, la dote que le entregué, y no estando prohibido que lo sean por última disposición, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que le consigo con tal y tal cosa para que las haya y herede á mas de su legítima, haciéndose la deducción conforme á la ley del castillo.

INSTITUCION DE HEREDERO A UN HIJO NATURAL A FALTA DE DESCENDIENTES LEGITIMOS.

Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural que reconozco, llamado N. N., que tuve en Fulana, siendo ambos solteros y sin impedimento canónico para contraer matrimonio: sin embargo de tener ascendientes legítimos, usando de la facultad de la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de mis bienes, derechos y acciones, al expresado N. para que los haya y herede con la bendición de Dios y la mía.

NOMBRAMIENTO DE TUTOR.

En atención á que mis hijos N. y N. se hallan aún en la edad pupilar, en uso de la facultad de la ley 3.ª tit. 16 de la Partida 6, nombro por tutor y curador de sus bienes á Fulano, y en consideración á su notoria honradez, buen manejo, y afecto que me tiene acreditado, le relevo de fianzas, y le comigno frutos por alimentos para su crianza y manutención; y suplico al señor juez ante quien se presentare testimonio de esta cláusula, aprue-

be y confirme este nombramiento, y le discierna el cargo con la relevación y consignación mencionadas, que así es mi voluntad.

NOMBRAMIENTO DE ALBAULAS.

Nombre por testamentarios, albaceas y ejecutores de este mi testamento á N. y N., y á cada uno de ellos en *solidum* doy todo mi poder cumplido, cuanto en derecho se requiere para que puedan entrar y entren en todos mis bienes, y los vendan y rematen en pública almoneda ó fuera de ella, según les pareciere conveniente, para que de su producto cumplan y paguen sus disposiciones dentro del término legal, ó el mas tiempo que necesiten, pues al efecto se los prorrogo; y les doy facultad para que puedan sustituir sus oficinas y subrogar otros en su lugar que lo lleven á debida ejecución, á los cuales doy por nombrados, y les concedo la misma facultad y potestad que á los expresados.

Si el nombramiento no fuere para que procedan in solidum, se omitirá esta cláusula, explicando los términos en que hayan de entrar en el encargo.

VALOR DEL TESTAMENTO.

Y por el presente revoco y anulo cualquiera otro testamento ó testamentos, rodillo ó codicilos que yo haya hecho y otorgado, para que no valgan ni tengan efecto alguno en juicio ó fuera de él, ahora ni en tiempo alguno que parezca y sea mostrado, aunque tenga cláusulas derogatorias y palabras particulares de que haya de hacer especial mención, de los que al presente no me acuerdo, y doy por expresadas literalmente; y quiero y mando que el presente se cumpla y ejecute como mi última y deliberada voluntad en la forma y modo que mejor lugar haya en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano público de esta ciudad, á tantos de tal mes y año, siendo testigos N., N. y N., vecinos de ella. Y yo el escribano doy fe que conozco al otorgante, quien á lo que parece se halla en su entero juicio, acuerdo y cumplida memoria: en testimonio de lo cual lo firmo.

Nota.—En el § 1 se implió el papel sellado de que debía usarse para los testamentos, conforme á las disposiciones del derecho español, alteradas por la ley de 6 de octubre de 1823.

OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO CERRADO.

En la ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Fulano de tal, vecino de ella &c. (*su filiación*), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios Nuestro Señor se ha servido enviarme, y en su juicio y razon natural, á quien doy fe conozco, dijo: Que en aquel pliego cerrado se contenia su testamento y última voluntad, en el que tiene hecha la protesta de la fe católica, y deja señalada sepultura, herederos, albaceas y otras mandas y disposiciones testamentarias: que quiere subsista cerrado durante su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal, y en los términos que indica: y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga, ni haga fe judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (*aquí los nombres de los siete testigos*) llamados y rogados por él, y que tambien firmaron por ante mí el infrascripto escribano público. (*Aquí las ocho firmas del otorgante y testigos, supliéndose por los que sepan las de los que no sepan*). En fe de lo cual lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

CODICILO ABIERTO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año: ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, dijo: Que en tal día de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano público, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras, y poniéndolo en ejecución por vía de codicilo, ó en la forma que mejor lugar haya en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente:

A continuación se asentarán las determinaciones del testador, y concluídas se pondrá la siguiente cláusula.

Todo lo cual quiere que valga en la vía y forma legal, y manda se guarde, cumpla y ejecute, y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última voluntad, y á la que con ningún motivo ni pretesto se contravenga. Así lo otorga y firma, siendo testigos &c.

CODICILLO CERRADO.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino &c., dijo: Que en tal día mes y año, otorgó su testamento cerrado ante Fulano, escribano, y como despues haya dispuesto revocarle, quitarle y emendarle algunas cosas, y añadirle otras, como lo ha hecho por el codicillo cerrado, lo otorga por tal codicillo, y quiere que despues que fallezca y no antes, se abra y publique con la solemnidad de derecho, y que su contenido valga, se cumpla y ejecute sin tergiversacion como su última voluntad; pues en la que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo deja en su fuerza y vigor; y asimismo revoca todos los codicillos que antes de ahora haya formalizado para que ninguno valga judicial ni estrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los cinco testigos) llamados y rogados por él, y que tambien firmaron por ante mí el infrascripto escribano público. (Aquí las firmas del otorgante y testigos). En fe de lo cual lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

Nota. La presencia de cinco testigos para el otorgamiento de codicillo cerrado, aunque no está prevenida por ley, está fundada en la razon de la ley. Véase á Febrero. Part. 1.^a cap. 1.^o § final.

PODER PARA TESTAR (*).

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, á quien doy fe conozco, (aquí en naturaleza, filiacion y protesta de la fe, como en el testamento abierto) dijo: Que por cuanto tiene suma confianza y satisfaccion de que N. su intimo amigo, hermano ó pariente desconfiará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente el arreglo y disposicion de su última voluntad conforme á los comunicados que le tiene hechos, ó á la memoria que le deja escritos por tanto, otorga y confiere al citado N. poder tan amplio, firme y eficaz, como un derecho se requiere, para que en su nombre y representando su persona, formalice y ordene su testamento y

(*) Debe otenderse en papel del sello 2.^o segun el art. 7 cap. 2 de la ley de 6 de octubre de 1823.

última voluntad dentro (ó fuera) del término legal, haciendo en él los legados [aquí seguirán explicándose todos los actos para que dá facultad el poderdante á su comisario, especificando especialmente aquellas para que no basta el poder general, como son las de hacer mejoras, desheredaciones, sustituciones, nombramiento de tutor, y aun de herederos, teniendo presente que para esto último es necesario que se designen las personas por el poderdante; si no se extendiere á esto el poder, se insertará en el ó á continuacion de lo dicho, la cláusula de institucion de herederos, y todas las demas de lo que dispusiere por sí mismo]. Para todo lo cual le dá el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y ampliaciones convenientes, y que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion para ello, para otorgar su testamento, y para evacuar lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le prorroga el término que el derecho prefiere por el que necesite sin limitacion. Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni estrajudicialmente, excepto este poder, y el testamento ó disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tenga y cumpla por su última voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, siendo testigos [aquí los nombres de tres á lo menos] vecinos de esta ciudad: doy fe. La firma del otorgante y del escribano.

Nota. En los lugares en que no hubiere escribano, se otorgarán estos instrumentos por los alcaldes constitucionales, ó por los jueces de partido, con testigos de asistencia. (Directorio de alcaldes pág. 25).

Otra. En el arancel de los escribanos públicos, formado por la junta de aranceles, impreso en el año de 1759 é inserto en la Coleccion, se señalan los derechos que deben cobrar por los instrumentos especificados en los términos siguientes.

Artículo de escrituras y testamentos llanos: "De un poder para testar ó testamento llano, cinco pesos; y de un codicillo también llano, tres pesos, fuera del papel y escrito."

Artículo de instrumentos laboriosos. "De todas las escrituras que tengan mucha ocupacion y trabajo, como testamentos, co-

“dicilos dilatados, transacciones, compañías, compromisos, capitulaciones matrimoniales, cartas doteales, renunciaciones, donaciones, ventas otorgadas por las iglesias, monasterios ó comunidades, fundaciones de mayorazgos, capellanías y obras pías, censos perpétuos ó redimibles con muchas hipotecas, y otros de esta naturaleza, aunque aquí no se usasen, podrán llevar hasta treinta pesos y lo escrito; y si les pareciere esta corta remuneracion respecto al trabajo que hayan impendido, ocurran al juez que lo tase, y con su tasacion lo cobrarán, con calidad de que todo lo que así se remite á tasacion, no han de poder retener los escribanos con el pretexto de mayor remuneracion, sino entregar los instrumentos con la protesta de pedir, y en el interin reciban los derechos que prescribe este arancel á cuenta de lo que hubieren de haber.”

A los escribanos foráneos se señalan por un poder para testar ó testamento llano, tres pesos dos y medio reales, y por un testidillo llano dos pesos, fuera de papel y lo escrito. Por los testamentos ó codicilos dilatados ó laboriosos pueden cobrar hasta veinte pesos, y si les pareciere corta esta remuneracion, ocurran al juez para que lo tase sin detener los instrumentos.

TESTAMENTO EN VIRTUD DE PODER.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, á nombre de Fulano, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes y año, por ante Fulano, escribano público, cuya còpia original entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y cuyo tenor literal es el siguiente: [aquí la còpia del poder]. Conuerda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fe; y asegurando el otorgante, como asegura y declara, no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y que en uso de sus facultades aceptándola nuevamente, dijo: Que el mencionado Fulano falleció tal día bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que él dejó ordenado y lo tenía comunicado, se hizo tal día su entierro [aquí se expresan los términos en que esto se verificó, y susfragios que se le aplicaron]; por todo lo que se pagaron los correspondientes derechos.

A continuacion se van explicando las determinaciones del di-

fuato y el cumplimiento que los haya dado el comisario, las facultades que le hubiesen sido conferidas, y el uso que haya hecho de ellas; y si alguna de las disposiciones del poderdante no se cumpliere, se expresará el motivo, y al fin se pondrá la conclusion.

DILIGENCIAS PARA LA APERTURA DE TESTAMENTO CERRADO.

Pedimento. Fulano de tal, vecino de tal parte, ante V., como mejor lugar haya en derecho, digo: Que Fulano de tal, vecino de esta misma, estando enfermo otorgó el testamento cerrado que en debida forma presento, ante N. escribano, en tantos de tal mes y año, y bajo de él falleció hoy á tales horas; y respecto á tener entendido que me dejó por su testamentario [ó lo que fuere], para que se cumpla lo que en él dispone:

A V. pido, que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo á escritura pública, se den á los interesados los traslados y còpias que pidan y les competan, interponiendo para su mayor validacion la autoridad judicial en derecho necesaria, pues así es justicia: juro no pedirlo de malicia, y lo necesario &c.

Auto. Presentado el testamento que se refiere, hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, tráigase todo para proveer. El señor juez D. N. así lo proveyó y firmó.

Informacion. En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, contenido en el pedimento y auto anteriores, cumpliendo con lo prevenido, presentó por testigo á N., de quien por ante mí el señor juez recibió juramento por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, por el que prometió decir verdad en lo que supiere y fuere preguntado; y siéndolo al tenor del pedimento, y habiéndole manifestado el pliego cerrado, dijo: Que es cierto que Fulano de tal, vecino de esta ciudad, estando enfermo y al parecer con pleno uso de sus sentidos y potencias, otorgó en tal día su testamento cerrado ante N. escribano, cuyo acto presencié el declarante como testigo llamado y rogado, con los demas que en él constan, y á vista de todos expresó con palabras claras y perceptibles, que aquel pliego cerrado contenia su testamento y última voluntad, en el que dejaba hechas

todas sus disposiciones: que no quería que se abriese sino después de su fallecimiento, y con las solemnidades de derecho, que por él revocaba todas las disposiciones testamentarias que antes hubiera formalizado: que el declarante firmó con el testador y los otros que supieron, y por los que no, lo hizo N.; y que la firma que dice *Fulano de tal*, es suya propia, la misma que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como también el pliego que está del mismo modo que cuando firmó; é igualmente dijo, que el otorgante falleció en este día de la enfermedad que padecía, pues él lo vió cadáver (ó lo oyó decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra ni por escrito. Que es lo que sabe y puede declarar, y todo la verdad, bajo el juramento interpuesto, en el que se afirmó y ratificó, y lo firmó con el señor juez, expresando tener tantos años de edad, de que doy fé.—Firma del juez.—Del testador.—Ante tal, Fulano de tal.

Las demás deposiciones, que por lo menos deben ser cuatro, se entenderán en los mismos términos; pues se supone que son contestes.

Auto. Por lo que resulta de la información anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra alguna el testamento presentado, ábrase y publíquese por el presente actuario, y hecho, se proveerá. El señor juez &c.

Diligencia de apertura. Incontinenti el expresado señor juez quitó á mi presencia y de los testigos examinados el sello (óblea ó lacre), con que estaba cerrado el repetido pliego, lo abrió y leyó secretamente para sí, y en seguida me lo entregó para que lo publique, constante de tantas fojas útiles escritas en papel común (ó sellado) y al pie una firma que dice: *Fulano de tal (ó sin firmar)*, y su tenor literal es el siguiente: (se lee) doy fé.—Fulano de tal.

Auto. En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor juez D. N. habiendo visto estos autos, dijo: Que reduce á escritura pública, y declara por testamento y última voluntad de Fulano de tal todo lo que en tantas hojas que contiene y rubricó, está escrito: manda que se protocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley, y que da él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertencieren, y para la mayor subsistencia y vali-

dacion de todo, interpone su autoridad en la forma legal; y lo firmó de que doy fé.—Firma del juez.—Ante mí N.

En la copia se pondrá primero el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencias de apertura; despues el testamento y su otorgamiento, y al último el auto final.

DILIGENCIAS PARA DECLARAR POR TESTAMENTO NUNCUPATIVO
EL DISPUESTO DE PALABRA ANTE TESTIGOS.

Pedimento. Fulano de tal, vecino de este pueblo, ante V. como mejor lugar haya en derecho, digo: Que Fulano de tal de la misma vecindad, hallándose tal día muy grave de la enfermedad de que padecía, y no pudiendo por lo mismo formalizar su testamento por ante escribano á presencia de N., N. y N., á quienes interpeló como testigos, despues de haber hecho la protesta de la fé, dijo: (ó dictó si fuere en cédula, la que se acompañará al pedimento) que quería que despues de su fallecimiento se hiciera (aquí se pone en resúmen la disposicion si fué verbal, ó con referencia á la cédula si fué por escrito), y pidió á los testigos, que lo fuesen de que aquella era su última voluntad, y que así lo declarasen en juicio, si sobre ello fueren preguntados; y mediante á haber fallecido hoy bajo de esta disposicion: A V. suplico se sirva mandar, que al tenor de este escrito se examinen los testigos nominados, y declarar sus deposiciones (ó la referida cédula) por testamento nuncupativo del expresado Fulano de tal, y asimismo que se protocolicen en el registro del oficio, y se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren, interponiendo para mayor validacion y firmeza su autoridad judicial cuanto en derecho se requiera; pues así es justicia &c.

Auto. Recíbese á esta parte la información que ofrece, y evacuada, tráigase para proveer lo que haya lugar. El señor juez D. N. &c.

Informacion. En tal pueblo, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano Fulano de tal, vecino de él, presentó por testigo para la información que tiene ofrecida y le está mandada recibir, á N., de la misma vecindad, á quien el señor juez por ante mí recibí juramento por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, por el que prometió decir verdad en lo que supiere y fuere preguntado; y siéndolo al tenor del pedimento que lo motiva,

dijo: (aquí la relación del testigo detallando las disposiciones del difunto) y sabe el declarante que el referido testador falleció bajo esta disposición, porque no oyó que hubiese otorgado otra; que es lo que pasó en aquel acto, y la verdad bajo del juramento hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firma con el señor juez, expresando tener tal edad, y no ser pariente del difunto, ni de la parte que lo presenta. Firma del juez.—del testigo —y autorización del escribano.

Así se entenderán las declaraciones de los demás testigos citados.

Auto. En tal parte, á tantos de tal mes y año, el señor juez D. N. habiendo visto estos autos, dijo: Que mediante resultar por las declaraciones contestes de los cinco testigos instrumentales que han sido examinados, la disposición bajo de que falleció Fulano de tal, vecino que fué de ésta, debió declarar y declarar todo cuanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo y última voluntad; y en su consecuencia mandó que como tal se observe y cumpla íntegra é inviolablemente que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente escribano, á que reduce dichas disposiciones, para que por tal se estimen y tengan, y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fueren de dar; de manera que hagan fe, pues para su mayor validación interpone la autoridad de su oficio cuando puede y ha lugar en derecho, y lo firmó; de que doy fe.—Firma del juez.—Ante mí N. N.

INVENTARIO A INSTANCIA DE PARTE.

Pedimento. Fulana de tal, vecina de esta villa y viuda de N., ante V. como mejor lugar haya en derecho, digo: Que el citado mi marido falleció el día tantos, bajo del testamento que tenía otorgado en tantos ante F. escribano, por el cual instituyó por herederos á Fulana, miestra hija, menor de doce años, y á N. y N., sus hijos, y de su primera mujer Doña N., mayor de veinticinco años, según se acredita del referido testamento, del que en debida forma presento copia testimonial; y para que se sepa qué bienes dejó, y á su tiempo se dividan entre los interesados, aceptando, como acepto á nombre de mi hija la herencia con beneficio de inventario, y no de otra suerte.

A V. pido se sirva haber por presentado el testamento, y por aceptado por mí en nombre de mi hija la herencia con el beneficio expresado: y en consecuencia mandar que con citación de los interesados se inventarían y tasen por peritos que elijamos, los bienes todos del difunto, para fecho pedir lo que corresponda en justicia: ella mediante, juro lo necesario &c.

Otrosí. Respecto á carecer de edad competente la expresada N., mi hija, para nombrar por sí curador para este pleito, pido á V. se sirva proveerla del que sea de su agrado, para que con su asistencia se practique todo: juro ut supra &c.

Auto. Por presentado el testamento que se refiere, y por aceptada la herencia en la forma que se expresa con citación de los interesados hágase el inventario y tasación de los bienes, caudal y efectos que dejó Fulano de tal, á cuyo fin nombren tasadores; y atendida la edad pupilar de N., se nombra por su curador para pleitos á F., á quien se notificará para que lo acepte y jure, y dé la fianza en derecho necesaria, y discernido que le sea el cargo, se practique todo con su asistencia por ante cualquier escribano; y evacuado pidan las partes lo que les convenga. El señor juez D. F. lo decretó y firmó á tantos, de que doy fe, &c.

Notificación, aceptación, juramento y fianza del curador. En tal parte, á tantos &c. Yo el presente escribano hice notorio el auto anterior á F. en su persona, y enterado de su contenido, dijo: Que acepta el cargo de curador para pleitos de N., pupila, hija de Fulano de tal difunto; y bajo de juramento que hizo por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, en forma de derecho, se obliga á usar bien y fielmente de su oficio, y defender á su menor, no solo en el inventario, tasación y partición de los bienes de su padre para que no sea perjudicada en su haber legítimo, sino en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que al presente tenga, ó en adelante tuviere, ya sea actora ó demandada hasta conseguir lo que intente; y á este efecto practicará cuantos pedimentos, recursos y diligencias judiciales y extrajudiciales sean necesarias, y practicarlas por sí dicha menor, si pudiera; de modo que por su culpa, omisión ó negligencia no quede indefensa ni sufra el mas leve detrimento, y para ello se aconsejará de letrados y personas de ciencia y conciencia. Y si por no cumplir lo prometido se la irrogare algun

perjuicio, lo satisfará y resarcirá con sus bienes, á lo que quiere y consiente ser apremiado por todo el rigor de la ley. Y para mayor seguridad ofrece por su fiador á N., que está presente, el cual dijo que se constituye por tal, y promete y se obliga á que el nominado curador cumplirá como debe lo que ha ofrecido, y en caso de no, pagará á la menor los daños que la ocasión, y no lo haciendo, los satisfará el otorgante como su fiador lizo, hecha prévia escusion en sus bienes, á cuyo fin hace suya propia en ese caso la responsabilidad y deuda ajena. Y á todo lo referido se obligan ambos con sus personas y bienes habidos y por haber: dan amplio poder á los señores jueces de la república, y especialmente á los de esta villa, para que á todos los compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida renuncian las leyes de su favor, y así lo otorgan y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos N., N., N., de esta misma vecindad.—*Las firmas del otorgante y del escribano.*

Discernimiento de la curaduría. En tal parte, &c. el señor juez D. F., habiendo visto las diligencias anteriores, dijo: que discernia y discierne el oficio y cargo de curador para los pleitos de la persona y bienes de la pupila N. á F., y le confiere poder amplio con libre, franca y general administracion, y con facultad bastante, cual en derecho se requiere, para que la defendida, así en el juicio de inventario y particion de los bienes de N., su padre, como en todos los pleitos, causas y negocios civiles y criminales que en la actualidad tenga ó en adelante tuviere con cualesquiera persona, siendo actora ó demandada, en todos los tribunales superiores é inferiores, poniendo demandas ó contestando las que le pusieren, presentando pedimentos, memoriales, escrituras y otros documentos justificativos: pidiendo ejecuciones, prisiones, solturas, embargos, desembargos, ventas y remate de bienes, requerimientos, notificaciones, citaciones, protestas, recusaciones y juramentos: y presentando alegatos, probanzas, ratificaciones y abonos de textos, comprobaciones de instrumentos, de letras y de firmas, y nombramientos de peritos para ellas, y para otras cosas y reconocimientos que se ofrezcan firme artículos é introduzca recursos, los siga ó se aparte de ellas, declina jurisdiccion de jueces incompetentes, acuse rebeladas, pretenda, goce ó renuncie términos y prorrogaciones de ellas, re-

darguya de falsos, civil y criminalmente los instrumentos que produjeren los coligantes: tache y contradiga todo lo que por estos se presentare; dijere y alegare: concluya, oiga autos y sentencias interlocutorias y definitivas: consienta las favorables, y apele y suplique de las gravosas y perjudiciales: gane provisiones, sobrecartas, censuras y otros despachos, los que haga leer é intimar en donde y á las personas contra quienes se dirijan, y haga y practique finalmente todos los pedimentos, actos, autos y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran y debe practicar como buen curador para pleitos en utilidad de su menor, hasta conseguir ejecutoria con ejecucion de ella, tomando consejo en lo que el suyo no basta, de letrados y personas de ciencia y esperiencia que sepan dársele para el acierto y mayor defensa de la referida su menor, de modo que á ésta no se irroque detrimento por su culpa y morosidad, pena de los daños; pues para todo lo referido y lo anexo y dependiente, le confiere dicho señor juez poder amplio, con facultad de que por su cuenta y riesgo pueda sustinir esta curaduría, en quien, y las veces que quisiere, revocar los sustitutos y elegir otros; y á todo lo que practicaren en utilidad y defensa de la citada menor y de sus bienes, interpona su autoridad y decreto judicial cuanto ha lugar en derecho, y lo firmó.—Firma del juez.—Del escribano.

Citaciones. En tal parte &c., yo el escribano cité para proceder al inventario que espresan estos autos á F., viuda de F., á N., y N. hijos de éste, y á F. curador para pleitos de N. menor, quienes se dieron por citados para el día de mañana (*si á un tiempo se hubiere de hacer el inventario y tasacion, se agregará*), y dijeron: Que para que el inventario y tasacion se evencen á un tiempo y con mayor prontitud, nombran uniformemente (*si así fuere, y si no en los términos que lo hagan*) á F. agrimensor, para el aprecio de las tierras (*y así á los demas evaluadores que fueren necesarios*), á quienes se hará saber este nombramiento á fin de que lo acepten. Esto respondieron y lo firmaron: doy fe.

Notificacion de un perito. En tal parte &c., yo el escribano hice notorio el nombramiento que de él se ha hecho, á F. agrimensor, en su persona que conzco y entendido, dijo: Que acepta el cargo que se le ha hecho, y se obliga á evacuarlo bien y fiel-

mente según su inteligencia, sin agravar á los interesados esto respondió y firmó: doy fé.

Aprobacion de peritos nombrados. En tal parte &c., el señor juez D. F. habiendo visto estos autos, dijo: Que habia y hubo por nombrados para peritos avaluadores de los bienes á que se refieren estas diligencias á N., N. y N., quienes fechos el justiprecio, harán de él su relacion jurada para en su vista proveer, Así lo decretó y firmó.

PRIMER DIA DE INVENTARIO Y TASACION.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, estando en la casa en que vivió y murió N., á efecto de proceder al inventario y tasacion de sus bienes, presentes sus hijos mayores N. y N., que dijeron aceptaban la herencia con el beneficio de inventario y no de otra suerte, y F. curador para pleitos de N. menor, require á Fulana su viuda, á fin de que pudiese de manifiesto los bienes que dejó para inventariarlos y apreciarlos; y estando igualmente presentes los peritos avaluadores nombrados N., N. y N., se les recibió juramento que hicieron por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, y bajo de él prometieron hacer el aprecio según su leal saber y entender, sin causar agravio á los interesados, y en seguida se inventariaron y avaluaron los siguientes:

Se irán liatando los que fueren con sus precios.

Y por ser tal hora de la tarde se suspendió este inventario para proseguirlo mañana, importando los bienes inventariados y tasados en este día, tantos pesos, salvo error, que declararon los apreciadores haber apreciado bien y fielmente según su inteligencia, bajo del juramento fecho en que se afirmaron y ratificaron: y por convenio de los interesados se constituyó depositaria de los mismos á la nominada viuda, la cual se da por entregada de ellos con renuncia de las leyes de este caso, y se obliga á custodiarlos, tenerlos en depósito y fiel sucomienda, y no entregarlos á persona alguna sin especial mandato del señor juez que conoce de estos autos, á otro competente, bajo la pena de pagarlos de los suyos, y de incurrir en las imposturas por derecho contra los que no dan cuenta de las depósitos que la justicia les confia, y de mas que haya lugar, para lo cual obliga todos los suyos muebles y raices, habidos y por haber; y da por

der á los señores jueces que deban conocer de esta causa para que á ello la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe, renuncia las leyes de su favor, y así lo otorga, y firmó con los demas interesados, á quienes doy fé conozco, y los peritos avaluadores; siendo testigos F., F. y F. de esta vecindad.

Se siguen anotando los demas dias del inventario y tasacion, aunque para la suspension de cada uno no es necesario poner el nombramiento del depositario, sino que basta explicar que quedó entregado.

Conclusion del inventario, juramento y protesta. Y en la forma espuesta se concluyó el inventario de los bienes, créditos, caudal y efectos que se hallaron pertenecer al mencionado N., los cuales quedaron en la casa que vivió, y al cargo y cuidado de la mencionada N., su viuda, la que constituyó depósito de los inventariados en este día en los mismos términos que de los demas; y bajo el juramento que hizo por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz en forma de derecho, declaró no tenia noticia de otros, y protestó y se obligó bajo del mismo, á que siempre que la tenga los manifestará, y aumentará este inventario para que los interesados no esperimenten perjuicio en su importe, y lo firmó con los demas, siendo testigos F., F. y F. de esta vecindad.

FORMA DE UNA CUENTA DE PARTICION Y DIVISION CON MEJORAS Y COLACION.

En tal pueblo, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino de tal, contador y partidador nombrado por Maria, viuda de Pedro, por Juan, Francisco y Teresa, muger de Luis, hijos los tres de ambos y por Mariana, hija de Pedro, y de su primera muger Rita, para dividir entre ellos los bienes, derechos y acciones que han quedado por el fallecimiento del expresado Pedro, habiendo visto y héchome cargo de los inventarios y tasacion de dichos bienes, lo deducido por las partes interesadas, diligencias, proveidos y demas recaudos que obran en los autos seguidos con este motivo en este juzgado por el que se me han entregado, haciendo para mayor claridad las siguientes esplicaciones. (*Seguirán estas numerándolas, y conforme convengan con arreglo á*

los documentos y demas constancias que se tengan á la vista, y concluidas).

Con arreglo á todo lo cual procede á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él, division y adjudicacion en la forma siguiente:

CUERPO DE HACIENDA.

1. Primeramente se ponen por caudal dos mil pesos, valor de una huerta de tantas fanegas, situada en tal parte, que linda [aquí sus linderos] que trajo Pedro al tiempo de contraer matrimonio con la expresada María, avaluada entonces en mil quinientos pesos, y al presente por esta particion en dos mil.	2,000
2. Quinientos pesos de otra idem que contiene tantas fanegas, situada &c. que compró el referido Pedro durante su matrimonio, apreciada en tal cantidad.	500
3. Mil y quinientos de otra idem de tantas fanegas &c. que trajo en dote la referida María, avaluada en esa cantidad.	1,500
4. Seiscientos pesos, precio de una casa sita en tal parte, que la expresada María heredó durante el matrimonio por fallecimiento de su padre Santiago, que ha administrado hasta el día de su muerte el referido Pedro, que por no haberse avaluado al tiempo que la entró al matrimonio, ha costado ahora valer entonces setecientos pesos, y al presente solo seiscientos.	600
5. Seiscientos de otra idem propia de Juan, hijo y heredero de Pedro, que compró aquel con dinero que ganó por sí y se ha avaluado en esta cantidad.	600
6. Ciento veinte pesos de un par de caballos de tales señas avaluados en esa suma.	120
7. Ochenta pesos en que se avaluó un ajuar de tales señas.	80
8. Setenta en que lo fué un bufete de tales.	70
9. Sesenta en que se avaluó una cómoda de tales.	60
10. Doseientos pesos del de un aderezo de oro y perlas de tanto peso &c.	200

11. Sesenta del de un ropero de madera fina de tales señas	60
12. Cien pesos, valor de dos sortijas de oro con tantos diamantes rosas	100
13. Ciento diez del de un servicio de plata, compuesto de tales piezas con peso de diez marcos.	110
14. Novecientos pesos que en dinero efectivo se encontraron en tal parte.	900
15. Setecientos pesos que resulta debiendo al referido Pedro, Antonio por tal causa.	700
16. Y últimamente, cuatrocientos pesos que resta aun Pablo por tal cuenta.	400

Cuyas partidas hacen la suma de ocho mil pesos . . . 8,000

Y para liquidar los gananciales habidos durante el matrimonio, y pertenecen á ambos cónyuges, se bajan de dichos bienes las siguientes.

DEUDAS DEL CUERPO DE HACIENDA.

Primeramente se bajan de él mil y quinientos pesos, valor de la huerta que trajo como capital al matrimonio el citado Pedro, y de que se ha hecho cargo en el número 1 del cuerpo de hacienda.	1,500
Se bajan seiscientos pesos por el valor de la casa que heredó María su muger, y trajo sin aprecio al matrimonio, segun se ha explicado en el número 4.	600
Se bajan cien pesos del demérito que dicha casa ha tenido en el tiempo que la administró Pedro, y que debe cobrar su muger.	100
Se bajan mil y quinientos pesos que trajo María por via de dote estimada cuando contrajo matrimonio.	1,500
Se bajan para la misma María doscientos pesos que de los bienes gananciales habidos en su matrimonio dió Pedro por via de dote á su hija Mariana y de su primera muger Rita.	200
Se bajan doscientos sesenta pesos que se están debiendo á Felipe por tal cosa, cuya deuda fué contraida por Pedro durante su matrimonio con María.	260

Se bajan seiscientos pesos, valor de la casa que Juan, hijo y heredero de Pedro compró por sí y administró su padre.	600
Ultimamente, se bajan ciento veinte pesos del usufruto de cuatro años que percibió Pedro de la expresada casa de Juan	120
(*) Cuyas partidas suman la cantidad de cuatro mil ochocientos ochenta pesos	4.880

LIQUIDACION DE GANANCIALES.

Importa el cuerpo de hacienda ocho mil pesos.	8.000
Idem las bajas y deducciones por sus deudas y responsabilidades, cuatro mil ochocientos ochenta.	4.880
Resultan por bienes gananciales entre Pedro y María, tres mil ciento veinte pesos.	3.120
Los que divididos en dos partes iguales para los cónyuges, tocan á cada uno mil quinientos sesenta.	1.560

DISTRIBUCION DEL CUERPO DE HACIENDA.

Ha de haber María por su dote.	1.500
Por el valor de la casa que heredó de su padre.	600
Por el demérito que tuvo y debe cobrar	100
Por el menoscabo de la dote que llevó Mariana su hijastra	200
Por lo que le corresponde de gananciales.	1.560
Juan ha de haber por el valor de la casa que compró.	600
Por el usufruto de ella.	120
Felipe ha de haber por su deuda.	200
Pedro ha de haber por el capital que trajo al matrimonio.	1.500
Por lo que le corresponde de gananciales	1.560

Cuyas partidas suman ocho mil pesos, que son los mismos que ha importado el cuerpo de hacienda. 8.000

(*) Si hubiere bienes reservables á favor de los hijos del primer matrimonio, se lleven en el Cuerpo de hacienda, y se bajen en las deudas del mismo, haciéndose de ellos liquidacion y distribucion entre sus partícipes.

CUERPO DEL CAUDAL PATERNO.

Importa el caudal que ha quedado liquido á favor de Pedro:	
1.º Por el capital que trajo al matrimonio.	1.500
2.º Por la mitad de los gananciales hubidos	1.560
Suma el caudal paterno.	3.060

BAJA DEL CAUDAL PATERNO.

Se bajan de él sesenta pesos que el referido Pedro mandó en arras á su muger María, segun consta de la cláusula de su testamento en que así lo declara. 60

RESTA DEL CAUDAL.

Por lo que es visto resulta liquido el caudal en tres mil pesos. 3.000
Y porque Francisco, hijo y heredero de Pedro, fué mejorado por él en el tercio y quinto de sus bienes segun aparece de su testamento, se procede á liquidarlos en la forma siguiente:

BAJA Y LIQUIDACION DE TERCIO Y QUINTO.

Quinto. Importa el quinto de los tres mil pesos á que ha quedado reducido el caudal liquido de Pedro, seiscientos pesos. 600
Que rebajados del monto total de tres mil, resulta el caudal reducido á dos mil cuatrocientos pesos. 2.400
Tercio. Importa el tercio de ellos ochocientos pesos. 800
Que deducidos de los dos mil cuatrocientos á que habia quedado reducido el caudal mortuorio, resulta este liquido en mil seiscientos pesos. 1.600

AGREGACION DE DONACION Y DOTES QUE DEBEN TRAERSE A COLACION.

A los cuales se agregan trescientos pesos de que el referido Pedro hizo donacion á su hijo Francisco, segun consta de la escritura otorgada en tal fecha por ante F. escribano. 300

Se acumulan igualmente al caudal doscientos sesenta pesos que importó la dote que Pedro hizo á su hija Te-

resa cuando contrajo matrimonio con Luis, segun consta de la escritura otorgada &c. 260

Por último, se agregan doscientos pesos que dió igualmente en dote á su hija Mariana, habida de su primer matrimonio con Rita, cuando ella lo contrajo con Fernando, segun consta de la escritura &c. 200

Cuyas partidas importan la cantidad de dos mil trescientos sesenta pesos. 2.360

LEGITIMA DE LOS HIJOS.

Y dividida esta cantidad en cuatro partes iguales correspondientes á los cuatro hijos y herederos de Pedro, son Juan, Francisco y Teresa, del segundo matrimonio, y Mariana del primero, toca á cada uno de ellos por legitima y porcion hereditaria, quinientos noventa pesos. 590

RESUMEN DEL CAUDAL PATERNO.

Francisco ha de haber por el quinto en que fué mejorado. 600
 Por el tercio en que lo fué igualmente. 800
 Por su legitima. 590
 Juan ha de haber por su legitima. 590
 Teresa ha de haber por su legitima. 590
 Mariana ha de haber por su legitima. 590
 Y Maria por las arras. 60

Cuyas partidas suman la cantidad de tres mil ochocientos veinte pesos. 3.820

De la cual deben hacerse las siguientes

BAJAS DE DONACION Y DOTES.

De la donacion de Francisco. 300
 De la dote de Teresa. 260
 De la dote de Mariana. 200

Cuyas tres partidas suman la cantidad de setecientos sesenta pesos. 760

Los que rebajados de los referidos tres mil ochocientos veinte á que ascendió el caudal liquido con lo colaciona-

do, resultan los tres mil sesenta de que se formó el caudal mortuario de esta particion. 3.060

RESUMEN Y DISTRIBUCION DEL CUERPO DE BIENES ENTRE SUS INTERESADOS.

Maria, viuda, por su dote. 1.500
 Por la casa que heredó de su padre. 600
 Por el menoscabo de ella. 100
 Por otro tanto de la dote de Mariana. 200
 Por la parte de gananciales. 1.560
 Por las arras que le dió y mandó Pedro. 60
Juan, por la casa que compró con bienes castrenses. 600
 Por el usufruto de ella. 120
Felipe, por lo que le debe la herencia. 260
Francisco, por el quinto. 600
 Por el tercio. 800
 Por su legitima. 590
Juan, por su legitima. 590
Teresa, por su legitima. 590
Mariana, por su legitima. 590
 Cuyas partidas suman la total de ocho mil setecientos sesenta pesos. 8.760
 De que rebajados setecientos sesenta que importan la donacion de Francisco y dotes de Teresa y Mariana. 760
 Resultan ocho mil. 8.000

Que son los mismos que importó el cuerpo de hacienda de todos los bienes del espresado Pedro; y para satisfacer á cada uno de los interesados lo que les pertenece, paso á formar las adjudicaciones é hijuelas de ella, en los términos siguientes.

HIJUELAS Y ADJUDICACIONES DE LOS INTERESADOS.

Hijuela de Maria viuda. Ha de haber Maria, viuda de Pedro, de los bienes de la testamentaria de éste, por su dote, casa que heredó de su padre, menoscabo de ella, otro tanto de la dote que dió su marido á Mariana su hija y de su primera muger Rita, de bienes gananciales, y por las arras que la mandó el referido Pedro, cuatro mil veinte pesos, para cuyo pago se le adjudican los bienes siguientes.

1. Primeramente se le adjudica una huerta de tantas fanegas, situada &c., la misma que se especifica en el núm. 1 del cuerpo de hacienda de esta particion en precio y estimacion de dos mil pesos.	2,000
2. Otró: la huerta especificada en el núm. 3 en precio y estimacion de seiscientos pesos.	600
4. Otró: Una casa sita en tal parte &c., que se especifica en el núm. 4, la misma que heredó de su padre en precio y estimacion de seiscientos pesos.	600
6. Otró: un par de caballos de tales señas, de que se habla en el núm. 6 en precio de ciento veinte pesos.	120
12. Otró: dos sortijas de oro con tantos diamantes, que se especifican en el núm. 12 en precio de cien pesos.	100
15. Y por último se le adjudican setecientos pesos que ha de cobrar de Antonio, que los debe á la testamentaria, segun se explica en el núm. 15.	700

Cuyas partidas suman la cantidad de cuatro mil veinte pesos que por dichos titulos pertenecen á la referida Maria, y con las que queda pagada de ellos.

4,020

Hijuela de Francisco. Ha de haber Francisco, uno de los hijos y herederos de Pedro, por el tercio y quinto en que fué mejorado, y legitima que le corresponde, mil novecientos noventa pesos, de que se le hace pago en esta forma.

Primeramente se le aplican trescientos pesos que importó la donacion que le hizo su padre, segun la escritura otorgada en tal fecha por ante F. escribano,

300

3. Item: se le adjudica la huerta de tantas fanegas &c., que se especifica en el núm. 3 del cuerpo de hacienda en el precio de mil y quinientos pesos.

1,500

7. Item: un ajuar de tales señas anotado en el núm. 7 en el precio de ochenta pesos.

80

13. Item. Un servicio de plata compuesto de tales piezas anotado en el núm. 13 en el precio de ciento diez pesos.

110

Cuyas partidas suman la cantidad de mil novecientos noventa pesos, y con la que Francisco resulta pagada de

todo lo que le pertenece de la herencia de su padre, con la obligacion de satisfacer los gastos funerales como mejorado en el quinto.

1,900

Hijuela de Juan. Ha de haber Juan, otro de los hijos y herederos de Pedro, por sus bienes propios y usufructo de ellos en los cuatro años que los administró su padre, ó por la legitima que le corresponde de la herencia de éste, mil trescientos diez pesos, de que se le hace pago en los bienes siguientes.

5. Primeramente se le aplica la casa, sita &c., la misma que él compró y que está anotada en el núm. 5 en el precio de seiscientos pesos.

600

16. Item: se le aplican cuatrocientos pesos que debe al caudal mortuorio Pablo por tal cuenta, segun se anota en el núm. 16.

400

14. Y por último, se le adjudican novecientos pesos que en dinero efectivo se encontraron, como consta del núm. 14.

900

Cuyas partidas suman la cantidad de mil novecientos pesos

1,900

E importando lo que ha de haber, mil trescientos diez

1,310

Es visto llevar de mas quinientos noventa.

590

Por cuyo exceso quedará obligado á satisfacer á Felipe doscientos sesenta que le debe la herencia.

260

Y á Teresa su hermana á cuenta de su legitima, trescientos treinta

330

Cuyas dos partidas importan el exceso de quinientos noventa, que deducido resulta pagado de su haber.

590

Hijuela de Teresa. Ha de haber Teresa, tercera hija y heredera de Pedro por su legitima, quinientos noventa pesos, de que se le hace pago en esta forma:

Primero se le aplican doscientos sesenta pesos que importó la dote que su padre le constituyó por la escritura de tal &c

260

Y lo segundo se le adjudican trescientos treinta pesos,

que debe entregarle su hermano Juan por el resaca
que lleva en su hijuela 330

Cuyas dos partidas importan la suma de quinientos noventa pesos de su legítima, de que resulta pagada 590

Hijuela de Mariana. Ha de haber Mariana, hija y heredera de su difunto padre Pedro, por la legítima que le corresponde, quinientos noventa pesos de que se le hace pago en esta forma:

Primero: se le aplican doscientos pesos que importó la dote que su padre le constituyó por escritura de tal fecha 200

8. Item: se le adjudica un bufete con tales señas, anotado con el núm. 8 en el precio de setenta pesos. 70

9. Item una cómoda de tales, según se explica en el núm. 9, en el precio de sesenta pesos. 60

10. Item: un aderezo de oro y perlas anotado en el núm. 10 en el precio de doscientos pesos. 200

11. Y últimamente: un ropero de madera fina, según se especifica en el núm. 11 en el precio de sesenta pesos. . . . 60

Cuyas partidas importan la suma de quinientos noventa pesos de su legítima, de que resulta pagada 590

Y en esta forma concluí esta particion, con la advertencia de que la cama en que dormía ordinariamente la expresada María con el repetido Pedro su marido, que se compone de tales piezas, y que fué avaluada en tanto, no se ha incluido en el cuerpo de hacienda de esta particion para mayor claridad de ella; y se le adjudica á la viuda para que la use como propia, con la condicion de que si pasare á segundas nupcias haya de restituir á los herederos de Pedro, su difunto marido, tanto, que es mitad del valor que hoy tiene la cama, por corresponderle á ella la otra como parte de los gananciales habidos en el matrimonio; y reservándome, como me reservo, aclarar las dudas que puedan ofrecerse en esta particion, y deshacer cualquiera error de cuenta que en ella se hallare, declaro haberla hecho bien y fielmente, sin agravio de parte alguna, según mi leal saber y enten-

tender, y bajo el juramento que tengo hecho; y la firmo en tal parte, á tantos de tal mes y año.

Auto de aprobacion. En tal parte, &c., el señor juez D. F. habiendo visto estos autos, dijo: Que aprobaba y aprobó la cuenta de particion formada por N. de los bienes y herencia de F. entre sus hijos y herederos N., N. y N., que obra en estos autos desde la foja tal á tal, y obliga á los interesados á estar y pasar por ella; y manda que para título de los bienes que les van adjudicados se libre testimonio á cada uno de ellos de la hijuela que respectivamente le pertenece: para todo lo cual interponia é interpuso su autoridad y judicial decreto cuanto baste y en derecho se requiera. Así lo proveyó, mandó y firmó.

Testimonio de una hijuela. F. escribano, &c., certifico y doy fé en testimonio de verdad, que en la particion judicial de los bienes que quedaron por fallecimiento de N., hecha entre sus herederos, por N. contador nombrado por los interesados, comenzada tal día, acabada tal, y aprobada por el señor juez D. F., en auto de tal: se encuentran adjudicados á N., uno de los herederos, los bienes que reza su hijuela, cuyo tenor es el siguiente (*aquí la hijuela*), según consta de lo referido en dicha particion que original obra en los autos de inventarios de los expresados bienes, cuyas diligencias se han actuado por mi oficio, en el que existen por ahora. Y para que conste, á pedimento de N., y cumplimiento del citado auto, doy la presente que signo y firmo en tal parte á tantos.

FIN.

INDICE.

	PAG.
§ I.—De los testamentos: su definición y especies: solemnidades que existen: quiénes no pueden ser testigos: papel en que deben estenderse: testamentos privilegiados que no requieren las mismas solemnidades: quiénes pueden hacer testamento y quiénes no: cómo pierden su efecto.	1
§ II.—De los codicilos: su definición y especies: quiénes pueden hacerlos: cosas que pueden y no pueden mandarse en ellos	8
§ III.—De los comisarios: poder para testar, y solemnidades que debe tener: á qué se extiende la facultad de los comisarios: término en que deben usar del poder: qué debe hacerse cuando no usaron en él del poder: y qué cuando son muchos	ib.
§ IV.—De los herederos: sus especies: capacidad para heredar: quiénes la tienen, y quiénes no: modos con que puede hacerse la institución: de la condicional, y reglas que deben guardarse: derecho de deliberar, y beneficio de inventario.	10
§ V.—De los descendientes: quiénes se reputan tales: habiéndolos, suceden en todo menos en el quinto: excluyen la concurrencia de los extraños: el legitimado por rescripto es extraño si hay otros legítimos: lo mismo los naturales: la sucesión á la herencia es ó por cabezas ó por familias. . .	14
§ VI.—De los ascendientes: entran á falta de descendientes: no suceden por representación: entran en toda la herencia, menos el tercio de que puede disponer el testador.	16
§ VII.—De las mejoras: qué son, por quiénes, y de qué pueden hacerse: cuál debe sacarse primero: qué debe deducirse de la del quinto: cómo se computan: qué bienes deben traerse, á colación para la división de una herencia. .	17
§ VIII.—De la desheredación: qué cosa sea: cuándo y cómo pueda hacerse: causas para desheredar á los des-	

endientes, á los ascendientes, al hermano y al extraño que estaba instituido: de la accion de inoficioso testamento: cuándo tiene lugar: á quiénes se concede: su efecto y causas por que cesan.

20

§ IX.—De las sustituciones: su definición y especies: de la vulgar: quiénes pueden ser nombrados en ella, y cómo se acaba: de la pupilar: sus fundamentos y efectos: de la ejemplar: quiénes pueden hacerla, y en quiénes: de la compendiosa: de la recíproca: de la fideicomisaria, y de la cuarta trebellánica

24

§ X.—De los legados: su definición y especies: cuáles son los forzosos: por quiénes y á quiénes pueden hacerse los voluntarios: de qué cosas pueden hacerse: del derecho de acrecer: de los diversos modos con que se hacen: cuándo se adquiere el derecho á los legados, y modos de cumplirlos: los legados acaban, se quitan ó espiran: de las acciones del legatario, y lugar donde puede pedirlos: de la cuarta fideicomisaria: de los fideicomisos particulares y donaciones causa mortis

28

§ XI.—De la sucesion por intestado: en qué casos tiene lugar: quiénes deben suceder: qué se entiende por descendientes: reglas para la sucesion de los hijos ó descendientes legítimos: de los legitimados: de los adoptivos: de los ilegítimos: regla para los ascendientes: como suceden los colaterales: reglas para los legítimos y naturales, y hasta que grado: los religiosos no suceden por intestado: entrega de bienes á los herederos del intestado, é inversion que deben hacer: inexistencia del juzgado de bienes de difuntos

37

§ XII.—Del cónyuge viudo: I. Tiene derecho á la mitad de gananciales: casos en que lo pierde: qué bienes se reputan tales, y cuáles no: cómo se deduce esta mitad. II. De la cuarta marital: cómo se computa, y opiniones de los autores sobre si subsiste ó no. III. De la dote: cuándo debe entregarse, y en qué casos se pierde el derecho á ella: su accion es hipotecaria, y su pago privilegiada. IV. De la entrega de las arras ó donas: del hecho cotidiano y de los alimentos: de donde deben deducirse así estas como el valor de las arras. V. De la obligacion de conservar: á

qué bienes se estiende, y á cuáles no: cómo se deben dividir, y en qué casos no tiene lugar.

43

§ XIII.—De los albaceas: quiénes pueden serlo: sus especies: á nadie se puede obligar á serlo: al que acepta el cargo, se debe obligar á cumplirlo: obligaciones que tienen de dar cuentas, y otras: término en que deben cumplir el testamento: qué deben hacer cuando son varios: cómo y por qué acaba el albaceazgo: si pueden pedir premio por él.

49

§ XIV.—De los testamentos de los estrangeros: se arreglan por los tratados con sus respectivas naciones: artículo del tratado con Inglaterra sobre este punto: doctrina de Vatel en esta materia, explicando las leyes á que deben arreglarse los testamentos de los estrangeros ya en su forma, ya en sus disposiciones: leyes mexicanas sobre propiedad territorial, en la nota

53

§ XV.—De la apertura del testamento cerrado y declaracion del abierto hecho sin escribano: quiénes pueden pedir aquella y con qué condiciones: diligencias que deben practicarse: qué debe hacerse para que la disposicion otorgada por escrito ó de palabra ante testigos y sin escribano se declare por testamento abierto.

57

§ XVI.—Del juicio de inventarios: qué cosa sea inventario, y sus especies: á quién corresponde conocer en ellos: quiénes tienen obligacion de hacerlo, y el heredero dentro de que término: requisitos del solemne: del avalúo y discordia entre los peritos: (derechos de éstos, en la nota): de la ocultacion de bienes: modo de proceder en los inventarios por simples memorias: idea de la cuenta de division y particion (y derechos del contador, en la nota): inventarios solemnes á peticion de parte: idem de oficio por muerte abintestato.

59

§ XVII.—De los testamentos de los militares: en ellos debe considerarse su otorgamiento y ejecucion: privilegio que gozan para su otorgamiento remissivamente al § I: es comun á los individuos de la marina: su ejecucion en lo económico, y en lo contencioso es propia de la jurisdiccion ordinaria: ésta deberá guardar lo dispuesto en la ordenanza para el arreglo y entrega de los papeles de oficio: dis-

posiciones sobre esto de la ordenanza de ingenieros: la autoridad eclesiástica está inhibida de conocer en los testamentos de los militares que dejen fundaciones piadosas; es propio de la ordinaria el conocimiento de las de los individuos de la milicia activa y marina, y los jefes de ésta harán las diligencias urgentes respecto de los que mueren á bordo: los bienes de los militares intestados sin herederos, correspondian al montepío militar: diligencias que deben hacerse para la legalidad del testamento del militar que muere en el campo. 68

Formulario. 73
 Testamento regular con diversas cláusulas ib.
 Otorgamiento de testamento cerrado 77
 Codicilo abierto ib.
 Codicilo cerrado. 78
 Poder para testar ib.
 Testamento en virtud de poder. 80
 Diligencias para la apertura de testamento cerrado. . . . 81
 Diligencias para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos. 83
 Inventario á instancia de parte 84
 Forma de una cuenta de partición y division con mejoras y colacion 89



