

---

---

## LIBRO CUARTO.

### DE LOS JUICIOS SUMARIOS.

Este libro está dividido en cuatro secciones: en la primera se trata de los juicios de testamentarias; en la segunda de los juicios de alimentos; en la tercera de los juicios de arrendamientos y en la cuarta del juicio de apeo ó deslinde.

### SECCION PRIMERA.

—  
*De los juicios de testamentarias.*

#### CAPÍTULO I.

##### PROYECTO DE ESTA SECCION.

He considerado como sumarios los juicios de testamentarias, porque son sumarios los procedimientos judiciales que tienen lugar para repartir las herencias ó bienes mortuorios, ya sea con arreglo á los testamentos, ó á las leyes de la materia; pero propiamente hablando, estos procedimientos no podrian en rigor llamarse juicios, puesto que en ellos no hay disputa, y que llegado el caso de que la haya entre los herederos ó interesados, resultará un juicio que podrá ser ordinario, ejecutivo, sumario ó sumarísimo, segun fuere la accion que se intenta, pero que no será precisamente sumario.

Se comprende, pues, que yo aquí no voy á considerar sino los procedimientos judiciales que tienen lugar para la repar-

tacion de los bienes mortuorios; y que las disputas que pudieran ocurrir, se podrán aplicar á los trámites del juicio á que correspondan.

Como en los juicios de testamentarias ocupa un lugar tan importante el testamento, creo muy oportuno, antes de pasar á las resoluciones prácticas, dar una explicacion sobre la parte teórica de los testamentos, y á ello destinaré el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO II.

### DE LOS TESTAMENTOS Y HERENCIAS.

Importa mucho, al hablar de una materia tan extensa como la de testamentos, repartirla en varios puntos, á fin de facilitar su estudio y comprension. En tal virtud, dividiré el presente capítulo en siete partes, ocupándome en la primera de explicar la definicion, origen y divisiones del testamento; en la segunda examinaré los requisitos generales del testamento selemne; en la tercera hablaré del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo; en la cuarta del testamento escrito ó cerrado; en la quinta del testamento privilegiado; en la sexta del testamento de los extranjeros, y en la sétima trataré de la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas.

#### PARTE PRIMERA.

##### *Definicion, origen y divisiones del testamento.*

Se llama testamento la declaracion legal que uno hace de su última voluntad, disponiendo de sus bienes para despues de su muerte. (L. 1, tít. 1, P. 6.) Esta declaracion ha de ser legal, esto es, hecha con las formalidades pocas ó muchas que exigen las leyes, segun los casos, para evitar los fraudes y suposiciones de testamentos que pudiera formar la codicia; y como la disposicion que contiene el testamento es de última voluntad, no empieza á tener efecto sino despues de la muer-

te del testador, y puede siempre revocarse por él hasta el último instante de su vida. La voluntad del testador es el alma de su testamento, así como la voluntad del legislador es el alma de la ley, y debe respetarse hasta en las expresiones ambiguas que la oculten, sin que causen obstáculo alguno á su cumplimiento las nubes en que esté envuelta, siempre que de algun modo pueda descubrirse y conocerse.

La palabra *testamento* viene de las voces latinas *testatio mentis*, testimonio de nuestra voluntad, porque efectivamente es una manifestacion de nuestra voluntad, hecha delante de testigos. (L. 1, tít. 1, P. 6.)

El derecho de hacer testamento ó de disponer de nuestros bienes para un tiempo en que ya no existiremos, no nos viene por cierto de la naturaleza (Antonio Gomez á la ley 3 de Toro), pues en el derecho natural el hombre muere, sus bienes quedan vacantes, y se apodera de ellos el primero que llega: mas las leyes civiles de todas las naciones, despues de fijar el derecho de propiedad y de hacerle comunicable mediante los contratos, le hicieron tambien trasmisible en el instante de la muerte, abriendo así la puerta á los testamentos y sucesiones; de modo que no contentas con determinar á quién habian de pertenecer los bienes vacantes, han permitido al hombre determinarlos, hasta cierto punto, por sí mismo, para que mediante la justa distribucion de su hacienda, pueda recompensar á unos, castigar á otros, alentar á los que se inclinan al bien y dar consuelos á los que experimentan las desgracias de la naturaleza ó los reveses de la fortuna.

No falta quienes reprueben la facultad de hacer testamento, mirándola como causa y origen de infinitos males que afligen á la sociedad; pero hay tres razones poderosas que la justifican: 1ª La ley sobre sucesiones no puede menos de ser siempre muy imperfecta, pues no puede acomodarse á la diversidad de casos y circunstancias, y solo el propietario es capaz de tomar en consideracion las necesidades que tendrán respectivamente, despues de su muerte, las personas que dependen de él y el grado de afecto que le tienen. 2ª Revestido el propietario de esta facultad ó poder, que debe considerarse como una rama de la legislacion penal y remuneratoria, puede ser visto como un magistrado establecido para fomentar la virtud y re-

primir el vicio en el pequeño estado que se llama familia, pues hasta el hombre mas vicioso desea la probidad y buena reputacion de sus hijos. 3ª Este poder hace mas respetable la autoridad paterna y asegura la sumision de los hijos; bien que para no convertir al padre en tirano, se ha establecido lo que se llama legítima, de la cual no se puede privar á los hijos sino por causas señaladas en la ley, y probadas judicialmente.

Si el propietario no tiene herederos naturales, se le permite dejar sus bienes á quien le parezca, pues conviene que pueda cultivar la esperanza y recompensar el cuidado de un criado fiel, mitigar los pesares de un amigo, y sobre todo, atender á la suerte de una mujer á la cual solo ha faltado una ceremonia para ser llamada su viuda, y de unos huérfanos que son sus hijos á los ojos de todo el mundo, menos á los del legislador.

El testamento es de dos especies: *solemne y privilegiado*; aquel es el que se otorga con las formalidades prescritas por las leyes, como debe hacerse generalmente; y este es el que ningun otro requisito exige, sino que conste de algun modo la voluntad del otorgante. El testamento solemne se divide en *nuncupativo ó abierto y escrito ó cerrado*: el nuncupativo ó abierto es el que se hace ante escribano y testigos, ó solo ante testigos sin escribano, en cédula ó memoria, ó de palabra; y el escrito ó cerrado es el que el testador escribe ó redacta en secreto por sí ó por medio de otro, y le presenta luego cerrado ante escribano y siete testigos que lo firman con él mismo, en la cubierta. (L. 1, tít. 1, P. 6.)

Dada ya la definicion de testamento, y explicados su origen y divisiones principales, pasemos á la segunda parte de este capítulo.

#### PARTE SEGUNDA.

##### *Requisitos generales del testamento solemne.*

Para la validez de un testamento solemne, es preciso que se cumplan los requisitos ó solemnidades que exigen las leyes, y cuyos requisitos se dirigen á las personas que intervienen en el testamento, como el testador y los testigos; ó en cuanto á la forma, y entonces se refieren al contenido del instrumento y al papel en que este se extiende.

Comencemos, pues, con los requisitos que las leyes exigen en la persona del testador.

Puede hacer testamento cualquiera persona de uno ú otro sexo á quien la ley no lo prohiba. Tienen prohibicion legal las personas siguientes:

1º El que no haya cumplido catorce años siendo varon, y doce siendo hembra. (L. 13, tít. 1, P. 6.)

2º El demente ó loco mientras lo está; pero vale el testamento que hubiese hecho antes de la locura, y el que hiciere durante sus lúcidos intervalos, con tal que lo perfeccione dentro de ellos, pues no valdria si antes de la conclusion volviese á su fatal estado. (L. 13, tít. 1, P. 6.) Para evitar dudas y controversias sobre este punto, suele practicarse lo siguiente. Los parientes presentan escrito al juez manifestándole que el paciente se halla algunas veces en su acuerdo, y solicitando se autorice al escribano para que con asistencia de médico y cirujano (de dos médicos por lo comun), vea si se halla en estado de otorgar testamento, y proceda en su caso á examinar su voluntad. Obtenida la facultad judicial, declaran con juramento los facultativos si el loco está ó no en su juicio; extiende el escribano la declaracion, á continuacion de la providencia del juez, y á presencia de aquellos y de los testigos prevenidos por la ley, hace al testador las preguntas concernientes á su última disposicion, extiende el testamento, que deberán firmar el testador y todos los concurrentes que supieren, y evacuado todo se presentará al juez con escrito pidiendo lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los que asistieron al acto.

3º Tampoco puede testar el pródigo á quien se ha puesto intervencion judicial prohibiéndose la libre administracion de sus bienes; pero será válido el testamento que hubiese ordenado antes de dicha prohibicion. (L. 9, tít. 1, P. 6.)

4º El sordo-mudo de nacimiento, á no ser que sepa declarar su voluntad por escrito, pues en tal caso no hay razon para que se le prohiba. (La misma ley cit.)

5º El religioso profeso. Los religiosos profesos pueden hacer testamento antes de la profesion; pero no lo pueden hacer despues, pues no teniendo cosa suya, como dice la ley, por haber dejado las del mundo, no pueden dar ni mandar lo aje-

no; y si algo tienen, pertenece al convento. No obstante, los religiosos que sirven de capellanes en el ejército ó armada, tienen facultad de disponer libremente de todas las cosas y bienes que hayan adquirido con motivo del empleo y durante él, siempre y en cualquier tiempo que quisieren, así en vida como en muerte, á favor de cualesquiera personas, con tal que dejen alguna manda proporcionada á sus facultades para que se invierta en destinos piadosos. (Breve de Pio VI, á que se refiere la ley 9, tít. 27, lib. 1, Nov. Rec.) Los religiosos del Orden militar de San Juan de Jerusalem, llamados caballeros de Malta, ya sean bailíos, comendadores, priores ó capellanes de encomiendas, ya estén en el claustro, ya con empleo fuera de su convento, ya en sus casas, no pueden testar estando profesos, sin licencia de su gran maestro, pues son verdaderos religiosos, hacen voto de pobreza y no tienen voluntad propia. Es de advertir aquí que los religiosos que se secularizan tienen derecho á que el convento les restituya los bienes que le hubieren dejado en testamento ú otra disposición hecha antes de profesar, como igualmente los que poseyere por cualquiera otro título en representacion suya, pues las renunciaciones, trasposos ó disposiciones hechas por los religiosos á favor del convento, no se suponen simples y absolutas, sino limitadas, por la tácita condicion de que hayan de perseverar y morir en el instituto que abrazan; de suerte que si despues dejan de ser súbditos é individuos de la religion ú Orden, cesa la causa ó título que tenia el convento para poseer los bienes, los cuales, por consiguiente, hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, quien se estima en esta parte como si nunca hubiera sido religioso. No es necesario advertir que los religiosos secularizados pueden disponer de sus bienes en vida ó muerte del mismo modo que los seculares, puesto que han adquirido su antigua libertad. Todos los regulares secularizados de uno ú otro sexo, están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima como por cualquiera otro de sucesion, bien sea *ex-testamento* ó *ab-intestato*; entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, y sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas antes de la época expresada, cuya reso-

lucion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraron en religion. (Decreto de las Cortes, de 29 de Junio de 1832.)

6º El menor, salvo que haya llegado á la edad de la pubertad, pues entonces puede testar sin licencia ni autorizacion de sus mayores ó tutores; y la mujer casada puede hacerlo tambien sin el consentimiento de su marido y sin la autorizacion de la justicia. (L. 4, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.)

Los condenados á muerte ó deportacion pueden testar, entre nosotros, de todos sus bienes, pues la confiscacion no tiene lugar en México.

Pueden testar los que estén en rehenes, así como los prisioneros y cautivos, aunque estén en poder ajeno, pues conservan todos los derechos de ciudadanos. (L. 4 de Toro; Vattel, derecho de gentes, lib. 3.)

Los arzobispos y obispos pueden disponer por testamento como quisieren de sus bienes patrimoniales y de los que les vienen por industria, donacion, herencia ú otro título semejante; pero no de los que adquieren por razon de sus obispados, dignidades ó beneficios eclesiásticos, aunque en vida tienen facultades para distribuirlos entre sus parientes, amigos, criados ú otras personas. (L. 8, tít. 21, P. 1.)

Los clérigos seculares pueden testar no solo de sus bienes patrimoniales y de los habidos por industria, donacion, manda ó herencia, sino tambien de los adquiridos por razon de iglesias, beneficios ó rentas eclesiásticas, aunque hayan sido religiosos profesos. (L. 12, tít. 20, lib. 10, Nov. Rec., y L. 6, tít. 12, lib. 1, Rec. de Ind.)

Pueden por fin, y han podido siempre testar libremente los extranjeros, á pesar de que en otros estados se atribuian antes al fisco los bienes que un extranjero dejaba en ellos por su muerte.

Hemos visto ya una de las solemnidades que las leyes exigen para la validez del testamento solemne con respecto á las personas que intervienen en él, esto es, la capacidad en el testador para disponer de sus bienes. Veamos ahora los requisitos que se refieren á los testigos.

Pueden ser testigos en los testamentos aquellas personas á quienes no lo prohíbe la ley.

Tienen prohibicion para ser testigos en testamento ó cualquiera clase de última disposicion, los siguientes: 1º los condenados por cantares, dictados ó libelos infamatorios, por hurto, homicidio ú otro delito igual ó mayor. (L. 9, tít. 1, P. 6.) 2º Los apóstatas que se hicieron moros ó judíos, aunque despues se conviertan. (L. 8, tít. 16, P. 3.) 3º Las mujeres. (L. 9, tít. 1, P. 6.) 4º Los hermafroditas que participan mas de la naturaleza de hembra que de la de varon. (L. 10, tít. 1, P. 6.) 5º Los menores de catorce años. (L. 9, tít. 16, P. 3.) 6º Los locos mientras dure la demencia. (L. 8, tít. 16, P. 3.) 7º Los pródigos con intervencion judicial. 8º Los mudos y sordos. (L. 9, tít. 1, P. 6.) 9º Los ciegos, porque no pueden ver al testador. 10º Los que no entienden el idioma del testador, aunque el escribano se los explique, pues serian testigos de este y no de aquel. 11º Los siervos, á no ser que á la sazón estuviesen reputados por libres. (En México no hay siervos.) 12º Los herederos mismos y sus parientes dentro del cuarto grado civil, por afinidad ó consanguinidad. (L. 11, tít. 1, P. 6.) Los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejen las mandas; pero será conveniente buscar otros si pudiesen ser habidos. (L. 11 citada.)

Vistos ya los requisitos principales del testamento, que se dirigen mas directamente á las personas que intervienen en el acto solemne, pasemos á examinar los que se dirigen á la forma y ceremonial del mismo acto.

El instrumento solemne en que conste la última voluntad del testador, deberá contener:

1º El nombre, apellido, naturaleza y filiacion del testador, para que puedan los parientes hacer en su vista las pruebas que les convengan. 2º La invocacion divina, la protesta de la fé, y todo lo relativo al entierro y sufragios por el alma. 3º Las mandas ó legados forzosos y voluntarios, las mejoras, consignaciones y fundaciones que hiciere el testador. 4º La declaracion de sus deudas y créditos, de los matrimonios que hubiere contraido, de las dotes que hubieren llevado sus

mujeres, de las arras que les hubiese dado ú ofrecido, de los bienes que hubiese traído á cada matrimonio, de la edad y estado de sus hijos, de lo que les hubiese dado por dote ó donacion, etc., etc. 5º El nombramiento de tutores y ejecutores testamentarios á albaceas. 6º La institucion de herederos y sustitutos. 7º La revocacion ó confirmacion de otras disposiciones anteriores si las hubiere, etc.

Se duda si es requisito preciso para la estabilidad del testamento, que el escribano dé fé de que conoce al testador, ó que depongan de su identidad dos de los testigos instrumentales, como exige en los contratos, para evitar todo peligro de engaño. Unos tienen por indispensable esta circunstancia, para que se sepa si el testador es el mismo que manifiesta ser, fundándose en la ley 54, tít. 18, P. 3, que hablando del modo de ordenar los instrumentos, dice: *Et debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los homes á quien face las cartas, quién son, et de qué logar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño*: y en la ley 4, tít. 8, lib 10 de la Nov. Rec., que manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no le haga, á menos que presente dos testigos que digan que las conocen; mas otros afirman lo contrario, ya porque dichas leyes no hablan sino de los contratos, ya porque las relativas á la solemnidad de los testamentos no exigen este requisito, ya porque seria cosa durísima que un hombre que se hallase á punto de morir en paraje donde nadie le conociese, no pudiese declarar su última voluntad ni descargar su conciencia.

Estos son los requisitos que debe tener el testamento en general, y que se reducen en su esencia á que el testador exprese los bienes que tiene, y los reparta entre las personas que mas estima, cuidando de aquellos señalamientos precisos que las leyes disponen.

En cuanto al papel en que debe extenderse esta disposicion última y solemne, se exige como requisito de forma, que para el protocolo se use, como siempre, el del sello tercero, y para la primera y la última foja de las copias, del sello primero si el heredero es colateral ó extraño, ó si aunque sea ascendiente ó descendiente, la herencia equivale á un capital que produz-

ca un rédito anual de mas de dos mil pesos. En este último caso, si el rédito es de quinientos á mil novecientos noventa y nueve pesos, se usará en dichas fojas del sello segundo, y del tercero si no llega á quinientos pesos el rédito. De este último sello se usará en los pliegos intermedios de los testamentos, si el primer pliego es del sello primero, y si este fuere del segundo ó tercero, los pliegos intermedios serán del cuarto. En los testamentos de los notoriamente pobres se usará del sello quinto. (Ley de 30 de Abril de 1842, y ley de 14 de Febrero de 1856, arts. 15, 16 y 17.)

Es de advertir aquí, que aunque por lo pronto use el testador papel que no sea sellado ó que no sea del sello correspondiente, despues pueden pedir el albacea ó los interesados que se protocolice en forma, para que surta sus efectos, expresándose la causa de no haberse usado el papel respectivo.

De las solemnidades del testamento que quedan explicadas, las que se dirigen á la capacidad del testador y á la de los testigos son esenciales, de manera que si faltan, el testamento podrá anularse. Pero las que se dirigen á la forma del acto, y que tambien quedan explicadas, no son esenciales; de manera que si faltan, se anule la última voluntad del testador. Es preciso tener presente en primer lugar, que no es de absoluta obligacion el hacer testamento, y que ya las leyes han previsto el caso de que no se haga, marcando las personas que deben heredar ab-intestato, y el modo con que esto tenga lugar; y debe tambien recordarse que la institucion de heredero no es por lo mismo precisa, y que si falta en un testamento, la disposicion valdrá en cuanto á las mandas y legados, y pasarán los bienes á las personas designadas por la ley. (L. 1, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.)

#### PARTE TERCERA.

##### *Del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo.*

El testamento nuncupativo ó abierto, como ya dije antes, es el que se hace de viva voz en presencia del escribano y testigos, ó solo en presencia de testigos sin escribano, oyendo

todos su contexto, que el testador les manifiesta, ya de palabra ó ya mediante la lectura de alguna cédula ó memoria que se presenta escrita.

Si alguno ordenare—dice la ley 1, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.—su testamento ú otra postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin escribano público, que sean allí á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos y escribano en dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos de tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciere el testamento.

Tiene, pues, libertad una persona para hacer testamento nuncupativo:

1º Ante escribano y tres testigos vecinos del lugar.

2º Ante cinco testigos vecinos, sin asistencia del escribano, aunque lo haya en el pueblo.

3º Ante solo tres testigos vecinos, cuando no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos, ni escribano público en el lugar.

4º Ante solo siete testigos vecinos ó forasteros, aunque haya muchos vecinos y escribano público en el pueblo.

¿Bastarán tres testigos vecinos, aunque no intervenga escribano, pudiendo haberle? Antonio Gomez sostiene la afirmativa; pero parece estar en oposicion con la ley que exige tres testigos vecinos, cuando no *pudieren ser habidos cinco ni escribano*, dando á entender con estas palabras, que pudiendo ser habido escribano, no bastan los tres testigos.

¿Bastan dos testigos y el escribano cuando no pueden hallarse mas, con facilidad en el pueblo? D. Juan sala lo niega, fundado sin duda en que la ley pide tres testigos á lo menos cuando el testamento se ordena con escribano público; pero puesto que mas adelante se contenta la ley con tres testigos cuando no pueden ser habidos cinco ni escribano, parece que no encontrándose sino dos testigos y el escribano, se reunen ya los tres que busca la ley, pues el escribano debe reputarse á

lo menos por un testigo, y un testigo que aunque tal vez no sea vecino del lugar, merece sin embargo tanta fé como un testigo vecino, por suponerse persona conocida en el distrito.

¿Bastan cinco testigos no vecinos y el escribano? Febrero (tom. 2, pag. 9, núm. 15) dice: que el escribano supone por dos testigos, que con los cinco son los siete que pide la ley, y que por tanto, si el testamento hecho ante siete testigos no vecinos sin asistencia de escribano, es válido, tambien debe serlo el otorgado ante cinco y el escribano, añadiendo que así se practica.

¿Qual es el escribano que debe concurrir al testamento, el de número del pueblo ó cualquiera otro? En México se puede elegir por el testador cualquier escribano que tenga su título y que sea de número.

Las Partidas exigian que los testigos fuesen rogados por el testador, escribano ú otro en su nombre para asistir al testamento; pero como la Recopilacion no menciona esta circunstancia tomada antiguamente de las sutilezas del derecho romano, se tiene en el dia por bastante el que los testigos oigan y entiendan al testador, aunque no se les haya hecho ninguna especie de súplica al efecto. (Greg. López, glos. 7 de la ley 1, tít. 1, P. 6, y Gomez en la ley 3 de Toro.)

En cuanto á la vecindad de los testigos, se llama vecino el que tiene establecido su domicilio en algun pueblo con ánimo de permanecer en él, cuyo ánimo se reputa probado por el trascurso de diez años, ó por otros hechos que lo manifiesten, como si uno vende sus posesiones en un lugar y compra otras en aquel adonde trasfiere su habitacion. (L. 2, tít. 24, P. 4, y L. 6, tít. 4, lib. 7, Nov. Rec.) Cuando se impugna un testamento negando la vecindad á los testigos, debe probarla el que sostiene dicho testamento, porque cuando la ley exige alguna calidad en los testigos, no se presume si no la acredita el que se vale de ellos. (Véase lo que dije de la *negativa de calidad* en el capítulo de Pruebas.)

Dos requisitos tiene, ademas, el testamento nuncupativo ó escrito. El primero es que el testador no interrumpa su última voluntad, es decir, que haya unidad de contexto, que consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los testigos

ó con otra persona; bien que no se opone á ella la interrupcion del acto de testar, ó por accidentes del testador, ó por ocupaciones de los testigos. El segundo requisito consiste en que los dichos testigos entiendan clara y distintamente todo el contexto del testamento, para que siendo interrogados puedan deponer contestes, y que mientras se lee ú otorga el testamento estén todos presentes sin faltar ninguno, por manera que no basta que algunos de los testigos oigan parte del testamento y los otros lo restante, ni que el testador les manifieste separadamente su voluntad, sino que todos ellos juntos en un mismo acto, lugar y tiempo, sin intermision, lo han de oír íntegramente de boca del mismo testador. (L. 3, tít. 1, P. 6, y L. 1, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.)

Cuando el testador es extranjero que no sabe el idioma vulgar y quiere hacer testamento nuncupativo, lo mas conforme á la ley es que le sirvan de testigos tres intérpretes, y que autorice el instrumento el escribano; porque si se llamaran testigos que no supieran la lengua del testador, y uno ó dos intérpretes, resultaria que los testigos lo serian de los intérpretes y no de aquel.

El testamento nuncupativo es el mas frecuente en México, y la práctica que generalmente se acostumbra para otorgarlo, consiste en que la persona que lo quiere hacer llame á un escribano de su confianza y le diga los puntos principales de su última disposicion que quiere arreglar; ó se los dé escritos, para que el escribano extienda en forma el testamento. Formado este con los requisitos de estilo, lo leerá el referido escribano ante el testador y los testigos, y aprobado y firmado por el testador y los testigos, ó por solo estos si aquel ya no pudo verificarlo, se entregará al albacea ó lo guardará el mismo testador si aun está en buen estado de salud y quiere conservarlo.

Conviene advertir aquí que el ciego no puede hacer sino testamento nuncupativo ó abierto, para evitar una suplantacion que no puede temer el que tiene vista, aunque no sepa leer. (L. 14, tít. 5, P. 6.) La ley de Partida disponia que el ciego no pudiese hacer testamento sino ante siete testigos y un escribano público; que lo otorgase á presencia de aquellos despues de escrito y leído; que lo firmase cada testigo ú otro por el que no supiese escribir, y que á falta de escribano con-

curriese un testigo mas que lo escribiese, de manera que con él fuesen ocho testigos. La Recopilacion mandó despues que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, sin decir nada de escribano ni de las demas circunstancias. (L. 2, tít. 18, lib. 10 de la Nov. Rec.)

De aquí nacen varias dudas:

1<sup>a</sup> ¿Es necesaria todavía la intervencion de escribano para el testamento del ciego? Muchos juriconsultos la exigen, porque la nueva ley solo ha variado el número de testigos, sin meterse en hacer otras mudanzas; pero no falta quienes se esfuerzen en probar lo contrario, y parece mas fundada la opinion de los primeros.

2<sup>a</sup> No concurriendo ó no pudiendo ser habido escribano, ¿deben hallarse presentes ocho testigos, como ordenaba la ley de Partida? Opinan generalmente los autores ser necesarios los ocho, porque la ley de Partida no está corregida por otra posterior; pero puesto que esta ley no pide, en defecto de escribano, sino un testigo mas que escriba el testamento, parece natural que habiéndose rebajado por la ley de la Recopilacion á cinco testigos el número de siete que antes se requerian, basten ya seis testigos cuando no concurra escribano, sirviendo el sexto para escribir el testamento, como antes servia el octavo.

3<sup>a</sup> ¿Deben firmar los testigos todos, y el que sepa por el que no sepa? Aunque así lo previene la ley de Partida, generalmente lo que se practica es firmar uno de los testigos por el ciego, y el escribano por sí mismo como en todos los demas, nombrándose los otros testigos al fin del testamento, como en otra cualquiera escritura, sin que haya mas firmas.

4<sup>a</sup> Los testigos ¿han de ser vecinos del pueblo en que se otorga el testamento? Se opina comunmente no ser preciso que lo sean, porque ninguna ley lo previene.

Pueden verse estas dudas tratadas con mas extension en Gomez, ley 3 de Toro, nn. 49 y 50; Greg. López en la ley 3, tít. 12, P. 6, glosa 2, al fin; Acevedo, ley 2, tít. 4, lib. 5, Recop., nn. 25 y sig.; Febrero, tom. 2, pág. 9, núm. 15.

El testador puede hacer su testamento por sí mismo, ó nombrar un *comisario* ó apoderado que lo haga, otorgándole al efecto el correspondiente poder, que por tener las mismas so-

lemnidades que el testamento nuncupativo, conviene examinar aquí. (LL. 31 y 39 de Toro, ó 1 y 8, tít. 19, lib. 10, Nov. Rec.)

El comisario nombrado para testar no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio y quinto, ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlos vulgar, pupilar, ejemplarmente ó de otra manera, ni darles tutor, á no ser que se le hubiere dado facultad específica para ello; mas nunca se entenderá tenerla para nombrar heredero si el nombre de este no estuviese expresado en el poder, al cual debe ceñirse el comisario en estos casos, sin hacer otra cosa que la que especialmente se le hubiere encargado. (L. 31 de Toro, ó 1, tít. 19, lib. 10, Nov. Rec.)

Cuando el testador no expresó el nombre del heredero ni dió facultad para hacer alguna de las cosas indicadas, sino solo para hacer testamento por él, puede el comisario pagar las deudas del testador y repartir por su alma el quinto de sus bienes líquidos, debiendo entregar el remanente á los herederos ab-intestato, ó bien disponer de él por causas pías en caso de no haber tales herederos, despues de dar á la viuda lo que por derecho le corresponda. (L. 32 de Toro, ó 2, tít. 19, lib. 10, Nov. Rec.)

El comisario debe usar del poder en el término de cuatro meses si estuviere en el lugar al tiempo en que se le dió; en el de seis meses si estaba ausente, pero dentro de la nacion; y en el de un año si estuviere fuera de ella, á menos que el testador hubiese coartado ó alargado el término. Pasados dichos términos perentorios, que corren tambien contra el comisario que ignorase su nombramiento, irán los bienes del testador comitente á sus herederos ab-intestato ó al designado en el poder si lo hubiere, los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos, estarán obligados á disponer de la quinta parte por el alma del difunto, y serán habidas por hechas todas las cosas que este hubiere encargado. (L. 33 de Toro, ó 3, tít. 19, lib. 10, Nov. Rec., y Ant. Gomez en ella, y ley 36 de Toro, ó 13, tít. 20, lib. 10, Nov. Rec.)

El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho, ni en todo ni en parte, á no estar en el poder esta facultad, ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho



en uso de su poder; ni despues de hecho el testamento puede hacer codicilo ni declaracion alguna por cualquiera motivo que sea, aunque se hubiere reservado libertad para ello. (L. 37 de Toro, ó 6, tít. 19, lib. 10, Nov. Rec.)

Cuando hay muchos comisarios nombrados por el testador, y alguno de ellos muere, ó no puede, ó no quiere desempeñar el cargo, queda refundido el poder por entero en los demas, y siempre se está á lo que hiciere la mayoría; mas en caso de no haberla por razon de empate, deben tomar por tercero al juez de primera instancia que residiere en el pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario, para proceder todos reunidos á la ejecucion de lo contenido en el poder. Si hubiese dos ó mas alcaldes, y los comisarios no se convinieren en su eleccion, deberá entonces hacerse esta por suerte. (L. 38 de Toro, ó 7, tít. 19, lib. 10, Nov. Rec.)

Puede verse un ejemplo de testamento nuncupativo en el «Manual de testamentos,» pág. 31 de la segunda edicion, en donde se habla del mandato, y se encontrarán asimismo en el Manual citado, ejemplos de poder para testar, y de testamentos por poder.

Diré aquí algo acerca del codicilo.

El codicilo consiste en una disposicion de última voluntad hecha antes ó despues del testamento, del cual se diferencia en algunas cosas. (L. 1, tít. 12, P. 6.) Puede haber codicilo sin que haya testamento. El codicilo es de dos clases, como el testamento, á saber: nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado; el primero deberá tener las mismas solemnidades que el testamento abierto ó nuncupativo (L. 1, tít. 12, P. 6, y 1, 2, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.); y el codicilo cerrado deberá tener cinco testigos que lo firmen. (L. 3, tít. 12, P. 6.)

En el codicilo se pueden aumentar, disminuir ó variar los legados y hacer cualquiera otra modificacion; como igualmente declarar el nombre del heredero instituido en el testamento, las condiciones anunciadas en él, y los agravios ó causas que dieron lugar á la desheredacion de los herederos forzosos; pero no instituir heredero directamente ni poner condicion al nombramiento hecho en el testamento, ni instituir, ni desheredar; bien que puede darse y quitarse indirectamente la herencia, encargando al heredero *ab-intestato* ó al nombrado en el tes-

tamento, que entregue la herencia á otro, en cuyo caso se reservará la cuarta trebeliánica (L. 2, tít. 12, P. 6); y aun segun opinan muchos autores, tiene el heredero legítimo ó testamentario la obligacion de dar la herencia al nombrado en el codicilo, aunque no le sea hecho este encargo, porque la institucion directa de heredero hecha en el codicilo, se convierte, dicen, en fideicomisaria, con facultad, sin embargo, de reservarse la cuarta trebeliánica. Mas no es fácil combinar esta opinion con la prohibicion legal de nombrar heredero en el codicilo.

El codicilo no se anula por otro posterior, como no conste haber sido tal la voluntad del que le hizo, de modo que pueden ser válidos todos los codicilos de una misma persona, aunque sean muchos, si no se contradicen. (L. 3, tít. 12, P. 6.)

Pondré un ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto, para que se comprenda bien su naturaleza; y luego, al hablar del testamento cerrado, pondré ejemplo de codicilo cerrado.

Sello tantos, etc.—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 dia, 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 ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mejor haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.»

A continuacion se asentarán las determinaciones del testador, y concluidas se pondrá la siguiente cláusula:

Todo lo cual quiere que valga en la via 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, á la que con ningun motivo ni pretexto se contraveniga. Así lo otorga y firma, siendo testigos, etc.»

#### PARTE CUARTA.

##### *Del testamento escrito ó cerrado.*

Testamento escrito ó cerrado es el que se hace en escritura cerrada, signada en la cubierta por escribano y firmada de este, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regular-

mente el escribano y testigos, ó á lo menos estos, su contenido. (L. 1, tít. 1, P. 6.)

Llábase escrito ó cerrado este testamento de que voy hablando, porque el testador no lo hace de palabra, sino que lo escribe por sí ó por medio de otra persona de su confianza en *poridad* ó secreto, como dice la ley 2, tít. 1, P. 6, y luego lo cierra de modo que nadie pueda enterarse de su contenido; y así escrito en papel blanco ó sellado, y cerrado con lacre ú oblea, ú otra cosa que lo asegure, lo presenta al escribano y siete testigos, declarando que aquel es su testamento; el escribano extiende en la cubierta el otorgamiento, que firman el testador, los siete testigos y el escribano con su signo. Si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos dirigiéndole alguno la mano trémula, debe firmar por él uno de los testigos; si algunos de estos no saben, firmará por ellos otro; y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa; primero por el otorgante ó testador, luego por sí como testigo, y despues por los demas, expresando el nombre y apellido de cada uno; de manera que ha de haber ocho firmas en el otorgamiento, ademas del signo del escribano, y debe saber escribir un testigo á lo menos.

Este modo de proceder está conforme con los requisitos que exige la ley para el testamento cerrado.

«En el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, dice la ley 12, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec., mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con su escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiese firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. El escribano debe prevenir en el otorgamiento, que tal testigo firmará por el testador, por sí ó por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder; y luego que él mismo lo signe y firme despues de todos, entregará el testamento, así autorizado, al testador para que lo guarde en su poder ó en el de la persona que elija, pues no puede parar este documento en poder del escribano como tal, hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público.»

La intervencion del escribano se tiene entre los autores por absolutamente necesaria, aunque algunos, sin fundamento, quieren que pueda suplirse añadiendo un testigo mas, como en el testamento del ciego. No es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga el testamento; pero se ha de expresar de dónde lo son, para poder recibir sus declaraciones en el acto de la apertura. Un mismo testamento puede ser en parte cerrado y en parte abierto. A su tiempo veremos las diligencias que se practican para la apertura de un testamento.

En el Manual citado de testamentos, página 45, 2ª edicion, se encontrará un ejemplo de testamento cerrado.

Dije antes que para el codicilo cerrado ó escrito se necesitan cinco testigos, lo cual, aunque no está expresado terminantemente en la ley 3, tít. 12, P. 6, que habla de este codicilo, pero se infiere de la razon de esa misma ley, y así lo explican perfectamente los autores. (Greg. López, glosa 2 de la ley citada; Ant. Gomez en la ley 3 de Toro, núm. 69, y Febrero Mex., tomo 2, pág. 216, núm. 4.)

Hé aquí un ejemplo de codicilo cerrado:

En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino, etc, dijo: Que en tal dia, mes y año otorgó su testamento cerrado ante Fulano, escribano; y como despues haya dispuesto revocarle, quitarle y enmendarle algunas cosas, y añadirle otras, como lo ha hecho por el codicilo cerrado, que expresó contenerse en este pliego cerrado, lo otorga por tal codicilo, 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 lo 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 codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. 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 infrascrito escribano público.—(Aquí las firmas del otorgante y testigos.)—En fé de lo cual lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.