

PARTE QUINTA.

Del testamento privilegiado.

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

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

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

Aunque el testamento privilegiado no está sujeto á las reglas y ceremonias del testamento solemne, tiene sin embargo requisitos esenciales que le marcan las leyes citadas. Según la ley 4, tít. 1, P. 6, podia testar el militar y soldado estando en accion ó peligro de muerte, según quisiese y pudiese, de palabra ó por escrito, y aun escribiéndolo con su sangre en su escudo ó armas, ó en la tierra ó arena, con tal que se probase con dos testigos presenciales y no en otra forma; pero fuera de la hueste, es decir, fuera de campaña, tenia que arreglarse á las leyes comunes. Posteriormente se dispuso en las Ordenanzas del ejército (Orden. militar, trat. 8, tít. 11, art. 1 hasta el 4), que todo individuo que gozase del fuero militar, lo goce tambien tocante á testamento en cualquier parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña; que en el conflicto de un combate ó cerca de empezarle, en naufragio ú otro inminente peligro militar, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito, sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad;—que se tenga por válida la disposicion del militar,

escrita de su letra en cualquier papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pueda testar en paraje donde haya escribano, lo haga con este, según costumbre. Ultimamente se declaró que todos los individuos del fuero de guerra puedan, en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí sus testamentos en papel simple, firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal. (L. 8, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.)

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

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

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

dican en cierto modo aquella costumbre de que hablan los autores referidos.

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

Convendrá decir aquí dos palabras sobre el testamento *ológrafo*.

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

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

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

PARTE SEXTA.

Del testamento de los extranjeros.

Es un principio inconcuso que el derecho de testar proviene de la propiedad y del derecho civil; porque como ya observé antes, en el estado natural, muerto el hombre, se apodera de sus bienes el primer ocupante, por lo mismo que en dicho estado no hay garantías ni propiedad estable. Se sorprende sin embargo nuestro entendimiento, cuando al registrar los antiguos códigos de naciones que ya no estaban, de seguro, en el estado natural, encontramos desconocidos el derecho de los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento solemne de la muerte; y todavía sorprende mas ver cómo aquellas mismas naciones entregaban al fisco las herencias de los extranjeros que tenian la mala fortuna de morir en ellas. Veamos aquí lo que dice Vattel sobre esta práctica contraria á los principios de justicia y de respeto á la propiedad:

«Esta práctica—dice el citado autor en el § CXII, cap. 8, lib. 2 de su derecho de gentes—se fundaba en cierto derecho que excluye á los extranjeros de toda herencia en el Estado, ya sea á los bienes de un ciudadano ó á los de un extranjero; y por consiguiente, no pueden ser sustituidos los herederos por testamento ni recibir ningun legado. Grocio dice con razon, que esta ley viene de los siglos en que se miraba á los extranjeros como enemigos. Aun cuando los romanos llegaron á ser muy cultos é ilustrados, no podian acostumbrarse á mirar á los extranjeros como hombres con los cuales tuviesen un derecho comun. Los pueblos—dice el jurisconsulto Pomponio—con los cuales no tenemos amistad, hospitalidad ni alianza, no son nuestros enemigos; sin embargo, si una cosa que nos pertenece cae en sus manos, son propietarios de ella; los hombres libres llegan á ser sus esclavos, y están en los mismos términos con respecto á nosotros. Es preciso creer que un pueblo tan sabio, solo por retorsion necesaria, conservaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir

de otro modo reparacion de las naciones bárbaras con las cuales no tenia ninguna amistad ni tratados. Bodino asegura que este derecho (el del fisco á la sucesion de los extranjeros) se deriva del mismo origen. En la mayor parte de los Estados civilizados se ha modificado y aun abolido sucesivamente. El emperador Federico II fué el primero que lo derogó por un edicto que permite «á todos los extranjeros que fallecen en el territorio del imperio disponer de sus bienes por testamento, ó si mueren sin testar, dejar que los hereden sus parientes mas inmediatos.»

«Como el derecho de testar de los extranjeros ó de disponer de sus bienes despues de muertos — dice Vattel en el lugar citado, § CXI— resulta de la propiedad, no puede quitársele á ningun extranjero sin injusticia; por consiguiente, tiene por el derecho natural la libertad de hacer testamento. Pero se pregunta: ¿á qué leyes está obligado á conformarse, ya en cuanto á la forma, ó ya en cuanto á las disposiciones mismas de este instrumento? 1º En cuanto á la forma ó á las solemnidades destinadas á justificar la verdad del testamento, parece que el testador debe observar las establecidas en el país en que lo otorga, á menos que la ley del Estado de que es miembro no ordene otra cosa, en cuyo caso está obligado á observar las formalidades que esta le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el paraje del fallecimiento; porque si un viajero le otorga y le envia cerrado á su país, es lo mismo que si lo hubiese hecho allí, y debe observar sus leyes. 2º Por lo que hace á las disposiciones en sí mismas, ya hemos dicho que las que corresponden á los inmuebles, deben conformarse á las leyes del país en que están situados. El testador extranjero tampoco puede disponer de los bienes mobiliarios ó inmuebles que posee en su patria, sino conforme á las leyes de ella; pero en cuanto á los bienes mobiliarios, dinero y otros efectos que posee en otra parte, que lleva consigo ó que siguen su persona, es preciso distinguir entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Como el extranjero permanece ciudadano de su patria, está siempre sujeto á estas últimas leyes

en cualquier paraje que se halle, y debe conformarse á ellas en la disposicion de sus bienes libres y mobiliarios, de cualquiera clase que sean. Las leyes de esta especie del país en que se halla, y del cual no es ciudadano, no le obligan. Por eso un hombre que testa y muere en país extranjero, no puede quitar á su viuda la porcion de bienes mobiliarios que le asignan las leyes de la patria. Así, pues, un ginebrino, que está obligado por las leyes de Ginebra á dejar una legítima á sus hermanos ó primos, si son sus herederos mas inmediatos, no puede privarlos de ella testando en un país extranjero mientras permanezca ciudadano de Ginebra; y un extranjero que muere en ella, no está obligado en este punto á conformarse á las leyes de la República. Todo lo contrario sucede con las leyes locales, porque arreglan lo que puede hacerse en el territorio, y no se extiende fuera de él. El testador no está sometido á ellas despues que sale del territorio, ni afectan á los bienes que tiene igualmente fuera, porque el extranjero está obligado á observar estas leyes en el país en que está, en cuanto á los bienes que posee en él. Por eso un ciudadano de Neufchatel, á quien están prohibidas en su patria las sustituciones de los bienes que posee en ella, sustituye libremente los que tiene consigo, que no están bajo la jurisdiccion de su patria, si muere en un país en que aquellas se permiten; y un extranjero testando en Neufchatel, no podrá allí sustituir ni aun los bienes mobiliarios que posee, á no ser que pueda decirse que el espíritu de la ley exceptúa los de esta clase.»

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

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

Esta regla, fundada en la naturaleza misma del espíritu humano, está escrita en las leyes romanas (L. 21, § 1, ff. Qui test. fac. poss.; L. 50, § 3, ff. De leg. I; L. 75, ff. De leg. III).

Ha sido adoptada sin disputa por Menoch Grocio, Paul Voet, Sânde; sobre todo por Juan Voet, Rodenburg, Boullenocio, Hert, Vattel, Glück, el Repertorio de Jurisprudencia, Tittman, M. M. Mittermaier, Eichhorn, Mühlenbruch, Rocco, Burge, y la Cour royale de Paris. (Fœlix, derecho internacional privado, lib. 11, tít. 1, cap. 11, sec. VI.)

La legislación mexicana tiene arregladas á estos principios de derecho de gentes sus disposiciones legales sobre testamentos de extranjeros; y donde principalmente se encuentran estas disposiciones, es en los diversos tratados celebrados entre México y las naciones extranjeras. Así, en el artículo 9 de los tratados celebrados con la Inglaterra en 26 de Diciembre de 1826, en Lóndres, se encuentra lo siguiente:

«Por lo que toca á la sucesion de las propiedades personales por testamentos ó de otro modo, y al derecho de disponer de la propiedad personal por venta, donacion, permuta ó de otro modo cualquiera, así como tambien la administracion de justicia, los súbditos y ciudadanos de las dos partes contratantes, gozarán en sus respectivos dominios y territorios los mismos privilegios, libertades y derechos que si fueren súbditos nativos, y no se les cargará en ninguno de estos puntos ó casos, mayores impuestos ó derechos que los que pagan ó en adelante pagaren los súbditos ó ciudadanos nativos de la potencia en cuyo territorio residan.» 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-Unidos del Norte, publicado en 1º de Diciembre de 1832, y sustancialmente es el 10 del tratado con los Países-Bajos, y el 11 con Dinamarca, publicados en 16 de Junio y 29 de Octubre de 1829. Cuyos tratados se pueden ver en el derecho internacional mexicano, páginas 97, 115, 121, 158 y 131.

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

«Son extranjeros para los efectos de las leyes:

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

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

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

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

V. Los ausentes de la República sin licencia ni comision del gobierno, ni por causa de estudios ó de interés público, que dejen pasar diez años sin pedir permiso para prorogar su ausencia. Este permiso no excederá de cinco años en cada vez que se solicite, necesitándose, despues de concedido el primero, exponer justas y calificadas causas para obtener cualquier otro.

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

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

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

IX. Los que se naturalizasen en otros países.

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

XI. Los que en la ocupacion de algunas ciudades ó poblaciones de la República por el enemigo extranjero, en caso de guerra con alguna potencia, enarbolaren en sus casas para su resguardo el pabellon de cualquiera nacion estraña, debiendo ser por este acto juzgados, y en caso de probada esta falta,

expulsos del territorio nacional como extranjeros sospechosos contra la nacionalidad del país. Se consideran como parte del territorio de la República los buques nacionales sin ninguna distinción.»

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

Dice el artículo 10 de la misma ley:

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

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

Por supuesto que los extranjeros que se naturalicen en México quedan convertidos en ciudadanos mexicanos, y deben por lo mismo sujetarse en su testamento á todas las leyes mexicanas, ya sean sobre bienes raíces que tengan en México, ó sobre bienes muebles, en cualquiera parte que estén.

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

«El extranjero se tendrá por naturalizado:

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

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

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

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

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

«Mas ¿podrá un extranjero que reside en Francia, hacer en la forma ológrafa un testamento válido, ó revocar en la misma forma el que hizo en su patria con respecto á los bienes que en ella poseia? Declarándose la validez de la revocacion por simple escrito ológrafo, y no presentándose otro testamento válido, no puede dudarse que los bienes inmuebles que el testador extranjero tuviere en Francia quedan sujetos á la declaración del tribunal frances; aunque las leyes del país del testador no admitan esta forma de testar, porque los inmuebles situados son regidos por la ley francesa, y pueden disponer de ellos los extranjeros, en virtud de la ley de 14 de Julio de 1819, del mismo modo y en la misma forma que los franceses.»

«Pero ¿qué diremos de los bienes existentes fuera de Francia? ¿Podrá el testador extranjero residente en Francia, disponer igualmente de ellos en la forma ológrafa? ¿Podrán alcanzarles la declaración que haga un tribunal frances, de la validez de la revocacion, hecha en papel ológrafo, de un testamento que hizo el testador con arreglo á las leyes de su país, que no admitian esta forma de testar? No: ni el extranjero residente en Francia puede disponer en la forma ológrafa de los bienes que tiene en su país, ni revocar tampoco en dicha forma un testamento auténtico que habia hecho en su patria. Esto era cierto aun entre los mismos franceses, cuando antes del código civil estaba dividida la Francia en provincias de derecho escrito y provincias de derecho consuetudinario, pues no era válido el testamento ológrafo que otorgaba en una provincia de derecho consuetudinario el habitante de otra provincia de derecho escrito, como se deja ver por una declaración del Parlamento de Aix, en 14 de Junio de 1719, en que se dice que un testamento ológrafo hecho por un provenzal

fuera de la Provenza y en una provincia en que estos testamentos están autorizados, no sería válido con respecto á los bienes de la Provenza, donde no se conocen tales testamentos. Mucho menos válido sería, por consiguiente, el testamento ológrafo que otorgue en Francia un extranjero, como por ejemplo, un español ó americano, con respecto á los bienes que posea en su tierra, donde no se admite por las leyes generales tal forma de hacer testamento.

«Se dice que el lugar rige el acto, *locus regit actum*; esto es, que las formalidades que se estilan en el país donde uno se encuentra, son las que debe seguir cuando testa ó celebra algun contrato. Es verdad; esta es una máxima de derecho internacional, reconocida por todos los pueblos civilizados; pero es una máxima que se aplica solamente á los contratos y testamentos que se hacen con el ministerio de notarios ú oficiales públicos, ó de personas que están autorizadas por las leyes de su país para recibir alguna de estas especies de instrumentos, como lo están en ciertos países para recibir testamentos los eclesiásticos que ejercen la cura de almas; porque de una parte, el ciudadano que se encuentra fuera de su país no puede razonablemente ser privado de la facultad de contraer ó testar, y de otra parte no pueden ser recibidos estos actos sino por los oficiales públicos del lugar en que se hacen, y con las formalidades prescritas por las leyes de este lugar.

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

el testamento habrán de probar que este es obra de la persona á quien lo atribuyen, sea por medio de testigos, sea por documentos, sea por medio de expertos, en fin, del mismo modo y forma con que se prueban los escritos privados.

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

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

PARTE SÉTIMA.

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

DE LA HERENCIA.—Se llama herencia la sucesion en los bienes y derechos que tenia alguno al tiempo de su muerte, y el conjunto de los mismos bienes y derechos que deja el difunto, deducidas las deudas. (L. 8, tít. 33, P. 7.)

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

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

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

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

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

Del heredero y de sus cualidades y clases.—Se llama heredero al que sucede en los bienes del difunto, ó lo que es lo mismo, á la persona á quien toca la herencia del difunto; y como la herencia puede recaer por testamento y ab-intestato,

de aquí es que la primera division de los herederos deberá ser en testamentarios y ab-intestato.

Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó impedimento legal para ello, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las dos clases de herederos, á saber: en el forzoso hasta que haya capacidad al tiempo de la muerte del testador, aunque no la hubiese al de la institucion, 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 herejes declarados por sentencia; el que á sabiendas se ha hecho bautizar dos veces, y los colegios, cofradías, ayuntamientos ó sociedades erigidas contra derecho. (LL. 4, tít. 3, P. 6; y 6 y 7, tít. 8, lib. 5, Rec.; ó 4 y 5, tít. 20, lib. 10, Nov.) Tampoco la tienen el traidor y sus hijos varones. (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 prohíbe la pena de confiscacion de bienes, de modo que podrán heredar hasta á su mismo padre); lo mismo que los que aconsejan ó auxilian la traicion (LL. 2, tít. 2, P. 7, y 2, 3 y 4, tít. 18, lib. 8, Rec.), y ninguno de estos puede ser nombrado heredero, y siéndolo es nulo el testamento. (En México, repito, no es así.) Lo mismo sucede respecto del confesor del enfermo en su última enfermedad, su iglesia, convento, órden, parientes ó deudos, cuyo nombramiento anula el testamento, y condena al escribano que lo extendiere, á la pena de privacion de oficio. (Cédula de 18 de Agosto de 1771, que es el auto 3º, tít. 10, lib. 5, de la Rec., ó L. 15, tít. 20, lib. 10 de la Nov., y cédulas de 22 de Diciembre de 1800, publicadas en 8 y 21 de Octubre y 9 de Noviembre de 1801, aunque estas se contraen á prohibir las mandas á favor de los confesores, sus iglesias, etc.)

Los referidos tienen inhabilidad para suceder á todo género de personas. Hay otros que solo la tienen para personas determinadas. Tales son los hijos legítimos respecto de sus padres. Se llaman ilegítimos los que no son habidos en matrimonio, y se distinguen en *naturales y espúrios*. Los primeros son los procreados por hombre y mujer hábiles para contraer

matrimonio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento; y además, es necesario que el padre los reconozca por tales naturales, siempre que la mujer en quien los tuvo no viviese en su casa ó no hubiese sido una sola. (L. 9, tít. 8, lib. 5, Rec., ó 1, tít. 5, lib. 10, Nov.) Respecto de estos hijos, tienen obligación los padres, abuelos y ascendientes de ambas líneas, de darles alimentos. (LL. 1 y 2, tít. 15; y 5, tít. 19, P. 4, y 11 al fin del tít. 13, P. 6.) Y por lo que hace á la sucesion hereditaria, podrán tener la de sus padres, siempre que estos no tengan descendientes legítimos, aunque tengan ascendientes (L. 8, tít. 8, lib. 5, Rec.; ó 6, tít. 20, lib. 10, Nov.); y si el padre no los mencionare en el testamento, deberán los herederos darles alimentos. (L. 8, tít. 13, P. 6.) Habiendo descendientes, solo podrán suceder á su padre en el quinto de los bienes. (La misma ley 8 Rec.; ó 6 Nov.)

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

Bajo este nombre de espúrios, que antes se aplicaba únicamente á los que no tenían padre conocido, se comprende en el día á todos los ilegítimos que no son naturales, y son los *adulterinos*, que proceden de hombre casado, ó de hombre y mujer casados; los *sacrílegos* de monja ó religioso profeso, ó de clérigo de órden sagrado; los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *manceres* de prostitutas y mujeres públicas. Todos estos son de dañado ayuntamiento; pero es además punible si la madre era casada, porque entonces incurria en la pena de muerte. (L. 7, tít. 8, lib. 5, Rec.; ó 5, tít. 20, lib. 10, Nov.)

A excepcion de los sacrílegos, todos los espúrios tienen derecho, ya por testamento, ya por intestado, para suceder á sus padres que tengan descendientes legítimos, en el quinto de sus bienes, sin que se les pueda mandar mas; pero los sacrílegos en nada pueden suceder, segun la L. 9 del tít. 8, lib. 5 de la Rec., que es la 1, tít. 5 del libro 10 de la Nov., aunque por su disposicion no es de creer que se entiendan exclui-

dos los alimentos. A las madres suceden como herederos forzados, menos los que proceden de ayuntamiento sacrílego, que nada pueden tener, ó de dañado y punible, que solo tendrán el quinto. Véase lo que diré mas adelante sobre hijos naturales. La ley de sucesiones de 10 de Agosto de 1857, dice lo siguiente sobre calidades de los herederos de testamento.

Serán inhábiles para heredar por testamento, y aun para adquirir legados: 1º, el médico que asista y el sacerdote que confiese al testador en su última enfermedad, si no fueren personas que tengan derecho de heredarle ab-intestato; pues siéndolo, conservarán para sucederle por testamento y adquirir legados, la misma habilidad que tuvieren antes de asistir ó confesar al testador; 2º, los parientes del médico y confesor susodichos, con la excepcion indicada en la fraccion que precede; 3º, la iglesia, convento ó monasterio del dicho confesor. El escribano que, *á sabiendas*, otorgue un testamento en que se contravenga á las tres prevenciones que anteceden, será privado de oficio. El juez á quien se presentare el testamento, impondrá de oficio esa pena, procediendo de plano; y si no lo hiciere así, será suspendido por seis meses. Ni sobre la privacion, ni sobre la suspension, se admitirá recurso alguno en el efecto suspensivo, pero sí en el devolutivo; 4º, las manos muertas, si la herencia ó legado consistiere en bienes raíces; 5º, el condenado por haber dado, mandado, ó intentado dar muerte á la persona de cuya sucesion se trate, ó á los padres, hijos ó cónyuge de esta; 6º, el que haya hecho contra ella acusacion de delito que merezca pena capital, aun cuando sea fundada, si fuere su descendiente, su ascendiente, ó su cónyuge; á menos que esto haya sido preciso para que el acusador salvara su vida ó la de alguno de sus descendientes ó ascendientes, de un hermano suyo ó de su cónyuge. Pero cuando el finado no fuere descendiente, ascendiente ni cónyuge del acusador, se necesitará que la acusacion sea declarada calumniosa; 7º, el mayor de edad que, sabedor de que el difunto no murió naturalmente, no denuncie á la justicia el homicidio, dentro de seis meses contados desde el día en que llegó á su noticia; á no ser que los tribunales comiencen á proceder de oficio dentro de dicho término. Pero la falta de denuncia no perjudicará al heredero, si fuere descendiente ó

ascendiente del homicida, su esposo ó esposa, su hermano, tío, sobrino, ó cualquier otro de los parientes colaterales que se halle en igual ó mas cercano grado de parentesco con el homicida que con el difunto. Como se ha dicho, hay obligacion de denunciar el homicidio, en los casos no exceptuados; pero en ninguno la habrá de denunciar al homicida; 8º, el cónyuge supérstite, declarado adúltero en juicio en vida del otro, ó que estuviere divorciado y hubiere dado causa al divorcio, si se tratare de la sucesion del cónyuge difunto; 9º, la mujer condenada como adúltera en vida de su marido, si se tratare de la sucesion de los hijos legítimos habidos en el matrimonio en que cometió el adulterio; 10º, el padre y la madre para heredar al hijo expuesto por ellos; 11º, el que hubiere cometido contra la vida ó el honor del difunto, de sus hijos, de su cónyuge ó de sus padres, un atentado por el que deba ser castigado criminalmente, si así se declara en juicio; á menos que se pruebe la existencia de algunos hechos de que *claramente* se infiere haber perdonado el difunto al culpable; 12º, el que usare de violencia con el difunto para que haga ó deje de hacer testamento; 13º, el padre ó la madre que no reconociere sus hijos naturales, para heredar á estos ó á sus descendientes.

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

Del heredero condicional.—La institucion de heredero puede hacerse puramente, ó bajo de condicion, á dia fijo ó hasta cierto tiempo. Por condicion se entiende *una circunstancia por la cual se suspende la cosa, hasta realizarse algun acontecimiento incierto*; por lo que se ve que la de pre-

térito no es rigurosamente 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 se llama *Muciana* (L. 7, tít. 4 y 21, tít. 9, P. 6.)

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

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

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

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

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

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

6ª La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho

ó de derecho, se tiene por no puesta, á diferencia de los contratos, á los cuales los vicia. (L. 3 del mismo.)

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

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

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

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

Pueden ser sustituidos los que pueden ser instituidos, así como los inhábiles para ser herederos lo son tambien para ser sustitutos. Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y al contrario, y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á que lo era el heredero; de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta parte, otro en la sexta y otro en la octava de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo orden, ninguno de estos entrará sino en la parte que correspondia á aquel á quien se sustituyó. (L. 3, tít. 5, P. 6.)

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

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

De esta nocion de la sustitucion pupilar se infieren tres axiomas: 1^o El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad. 2^o La causa de ella 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 sustitucion de heredero, que es doble. (L. 7 del mismo.)

Del primero se infiere: 1^o Que la madre no puede sustituir pupilarmente, porque nunca tiene á los hijos en su potestad. (L. 2, tít. 17, P. 4.) 2^o Que ni el padre puede respecto de los emancipados. (L. 15, tít. 18, P. 4.) 3^o Que tampoco puede el abuelo, que no tiene patria potestad sobre los nietos. (L. 8, tít. 1, lib. 5 R., ó 3, tít. 5, lib. 10 N.) 4^o Que puede el padre respecto del hijo desheredado. (L. 6, tít. 5, P. 6); y 5^o Que la sustitucion acaba por la emancipacion, sin necesidad de prueba.

Del segundo axioma resulta que no se puede sustituir al hijo, sino para el tiempo que le reste hasta cumplir la edad, que son catorce años en los hombres y doce en las mujeres, y cumplida esta, acaba desde luego la sustitucion. Y por último, del tercero: que el padre no puede hacer sustitucion sin hacer testamento para sí, y el sustituto recibe todos los bienes del hijo por cualquiera línea que le vengán, aun cuando tenga madre, á quien en opinion de algunos excluye el sustituto. (Greg. López, sobre la ley 5, tít. 5, P. 6, y Febrero reform., P. 1, c. 5, § 3, núm. 90), fundados en la razon de que esta sustitucion es parte del testamento del padre, que no tiene obligacion de dejar nada á su mujer, madre de su hijo,