

CAPÍTULO III.

MEMORIAS TESTAMENTARIAS.

¿Qué es memoria testamentaria? ¿Cuántas son sus clases? ¿Cuáles los requisitos indispensables para su validez? ¿Cuál es su objeto? ¿Quién puede hacerlas? ¿Cómo se elevan á instrumentos públicos? He aquí las cuestiones que examinaremos en este capítulo, y en otros tantos párrafos, cuantas son las propuestas, para saber con método lo relativo al objeto de este capítulo.

§ I.

¿QUÉ ES MEMORIA TESTAMENTARIA?

Memoria testamentaria, es „un escrito privado, hecho separadamente del testamento, y al que el testador se remite en el mismo testamento, como parte integrante de este.” Tanto el origen como el uso y autoridad de estas memorias, no tienen por fundamento ni funte á la ley, sino á la costumbre universal, que si tiene el carácter de ley es porque se haya revestida de las condiciones indispensables para ello, como son, su introduccion y existencia á ciencia y paciencia del soberano, cosa que ha sucedido con las memorias; y en este sentido es como se ocupan de ellas los autores.

§ II.

¿CUÁNTAS SON SUS ESPECIES?

Pueden ser de dos especies estas memorias. Unas cuando el testador las cita en su testamento y son las legítimas desde su origen, pues reciben su autoridad del mismo testamento; y otras de que no se hace mérito en este, y son de ménos autoridad. Unas y otras, una vez protocolizadas producen los mismos efectos. Las pruebas que puedan darse para demostrar la verdad de las segundas, son, entre otras las siguientes: la confrontacion de las letras y firmas, y la perfeccion que existe entre la memoria misma y el testamento; perfeccion que resulta de que en éste falte alguna cosa que solo pudiera ser conocida y suplida por el autor del testamento y memoria, y se halle en ella, de que se puede inferir que ambos fueron hechos por un mismo autor.

§ III.

¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS PARA SU VALIDEZ?

Para que la memoria testamentaria sea válida es necesario, indispensable, que el testador la cite en su testamento ó poder para testar; bien expresamente ordenando que sea válida la memoria que dejare, bien anunciando las disposiciones que en ella ha de dejar consignadas, ó bien cuando sea probada su verdad, autenticidad é integridad, asi como el objeto de su existencia.

§ IV.

¿CUAL ES SU OBJETO?

El objeto de estas memorias es declarar el heredero instituido en el testamento, fijar la condicion de que hizo mencion el testador en el mismo testamento; decir los gravámenes impuestos á los herederos; aumentar disminuir &c. las mandas. Todas estas cosas son las únicas que pueden disponerse en testamento, refiriéndose á las memorias, pues he dicho y repito, que estas no valen sin estar enunciadas y mandadas observar en aquel ó con los requisitos que marqué en el párrafo anterior.

§ V.

¿QUIEN PUEDE HACERLAS?

Todo el que pueda testar, puede hacer estas memorias; como quiera que puede mandar lo que he dicho que puede disponerse en ellas; y tambien el que se observen tal como el testador lo mande; y de esto nos persuadirémos reflexionando, que á semejanza de los codicilos, son complemento de los testamentos.

§ VI.

¿COMO SE ELEVAN Á INSTRUMENTOS PÚBLICOS?

Teniendo presentes los infinitos fraudes que pueden hacerse en estas memorias, si no se preservan de ellos con protocolizarse, debo decir que hay dos modos de lograr esto; á saber: uno, cuando los escriba-

nos, plenamente cerciorados de la autenticidad, integridad y verdad de la memoria, la protocolizan con el testamento y la dan en cópia adjunta á la de este, á los interesados, para los usos que á estos convengan; y otra cuando ni la protocolizan ni dan en cópia, sino mediante auto del juez para ambas cosas, es decir para protocolizarlas y darlas en cópia. A mi ver debe hacerse lo segundo mejor que lo primero, no solo porque así el escribano garantiza mas su proceder, y se quita la responsabilidad que le resulta obrando de otro modo, sino tambien porque merece mas crédito, es por decirlo así mas auténtica, verdadera é íntegra la mandada protocolizar y dar en cópia á los interesados, por el auto de juez, que la protocolizada por solo el dictamen y convencimiento del escribano. Sobre la materia de este capítulo consúltese, ya que no leyes pues no las hay, sí los autores siguientes que hablan algo sobre ella, y son Carpio, Matienzo, Escriche, Febrero, el Escribano instruido, en la ley 1 tít. 14 lib. 5 R., Murillo, Romero Gil, Heinccio, con Sala, Serna y A. Gómez. Una vez protocolizadas las memorias, ¿qué efectos producen? Es claro que los del testamento de que son complemento, pues forman parte de él.

CAPÍTULO IV.

PODER PARA TESTAR.

¿Qué es poder para testar? ¿Cuántas son sus especies? ¿Cuales las solemnidades para su validez? ¿Cual su objeto? ¿Quién puede darlo? ¿A quien? ¿Cuales son las facultades del apoderado? ¿Es delegable el poder para testar, espresese ó no en él esta facultad? ¿Siendo varios los comisarios ó apode-

rados, se estará á lo que decida uno ó la mayoría?
¿Cual es el término señalado al comisario para obrar como tal? ¿Puede el testador prorogarlo? Cuestiones importantísimas son las anteriores, de cuya solución me ocuparé en los siguientes párrafos.

§ I.

¿QUÉ ES PODER PARA TESTAR?

Poder para testar, no es mas que un testamento en poder, ó un testamento con el nombre de poder; cosa de que nos persuadirémos en el curso de este capítulo; pero como el apoderado puede hacer algo más de lo que se le manda y de aquello para lo que se le dá facultade en el poder, merece por esto y el modo con que se estiende el testamento por apoderado, el nombre de poder. Daré pues una definición mas filosófica. Poder para testar, es „una disposicion por la cual una persona faculta á otra, para ordenar su última voluntad, declararla, y disponer de sus bienes conforme á derecho y atendiendo á las facultades que al efecto se le consedan por el poderdante ó testador.”

§ II.

¿CUANTAS SON SUS ESPECIES?

El poder para testar puede ser de dos clases. Una en que se den facultades al apoderado para hacer testamento, y se le especifica la manera de llevarlo á cabo: y otra cuando se le da poder para testar. Distinción que no hacen los autores, y que es indispensable para poder, conforme á las leyes, mar-

car las atribuciones de los comisarios, así como sus facultades. Y cuya distincion se infiere de las leyes 31, 32 y 33 de Toro.

§ III.

¿CUÁLES SON LOS REQUISITOS INDISPENSABLES PARA SU VALIDEZ?

Las leyes de 1.^a á 8.^a del tit. 19 lib. 10 de la Nov. exigen como requisitos indispensables para la validez del poder para testar, los mismos que las leyes ponen para la de los testamentos nuncupativos ó abiertos. Y como al hablar de estos, dijimos, conforme con las leyes que allí cita, que estas solemnidades ó requisitos en dichos testamentos eran tres, unidad de contesto, presencia de testigos y papel del sello respectivo; creo que para evitar repeticiones no debo volverme á ocupar de estos; aunque sí diré respecto de la última, esto es, del papel sellado que coforme á la ley de 30 de Abril de 1842, en los poderes para testar el primer pliego será siempre del sello segundo y los intermedios del cuarto sea cual fuere el interez que se verse; y segun la de 14 de Fefrero del corriente año los intermedios deben ser del sello 3.^o en todos casos.

§ IV.

¿CUÁL ES SU OBJETO?

Las leyes 31 y 32 de Toro, citadas, y todos los autores, dan por razon para que existan los poderes para testar, el que puede suceder, y de facto sucede muchas veces, que un individuo no quiere morir intestado, pero tampoco quiere ó no puede testar,

y que entonces consigue todo por medio del poder para testar, es decir, el que no muera intestado el que no lo quiera y sin embargo no puede hacer su testamento.

§ V.

¿QUIÉN PUEDE DARLO?

Tengo probado que todo el que tiene dominio y propiedad y no tiene prohibicion especial ó general, en contra, puede testar; es decir tiene aptitud para testar; pues el que tiene aptitud la tiene para conferir poder para que por él teste otro cuando al dador no le es posible hacerlo. Y tanto mas, cuanto que la ley se lo permite, lejos de prohibírselo. Llámase testador el que da el poder para testar: leyes 6 tít. 5 lib. 3 del fuero Real, 31 y 32 de Toro, ó 1 tít. 19 lib. 10 Nov.

§ VI.

¿A QUIENES?

Toda persona que no tiene imposibilidad para ser apoderado, puede serlo para testar. Y siéndolo se llama comisario, por la comision que se le da por el poderdante ó testador: leyes citadas.

§ VII.

¿CUALES SON LAS FACULTADES DEL COMISARIO?

El poder para testar no puede otorgarse rectamente si no se conocen las facultades, que tiene y pueden darse al comisario ó apoderado. Este, pues, no puede instituir heredero ni hacer mejoras de tercio y quinto, ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlo vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ó de otra manera, ni darles tutor, á no ser que se le confiera facultad expresa para ello, la que no se entiende conferida para hacer la institucion de heredero, si el nombre de este no estuviere designado en el poder, al cual debe estrictamente ceñirse el comisario en estos casos, sin hacer otra cosa que lo que especialmente se le hubiere encargado: leyes 1.ª tít. 19 lib. 10 Nov. No espresandose el nombre del heredero, ni dandose facultad para hacer alguna de las cosas indicadas, sino simplemente para hacer testamento, puede el comisario pagar las deudas del testador, y destinar el quinto de sus bienes para su alma; mas el remanente lo debe entregar á los herederos ab intestato, ó bien disponer de él en favor de causas pias en caso de no haber tales herederos, despues de dar á la viuda lo que por derecho le corresponda: ley 2 tít. y lib. citados: de cuyos derechos me ocuparé en el párrafo 5.º del siguiente capítulo. Si el testador habiendo nombrado heredero, dió poder á otro para que acabase por él el testamento, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes, despues de haber cubierto y cumplido las deudas y cargas del testador, á no ser que se le especifiquen en el poder facultades, á las que

deberá estarse y en cuya virtud podrá hacerse mas: ley 6.^a del tít. y lib. citados. Tampoco puede el comisario, revocar en todo ni en parte el testamento hecho por el testador, ni el que el mismo apoderado hiciere en virtud del poder, ni aun cuando se haya reservado la facultad de hacerlo; á menos que tenga expresas estas facultades en el poder. Tampoco, despues de haber hecho testamento, puede hacer codicilo, ni declaracion alguna por cualquiera motivo que sea, ni aunque al formar el testamento se hubiere reservado esta facultad: leyes 4 y 5 tít. 19 lib. 10 Nov.

Pero ¿qué sucederá si el comisario muere antes de concluir ó empezar su obra? Febrero al contestar á esta pregunta, dice: si el comisario falleciese, antes de otorgar el testamento, entrarán á la herencia los parientes, como si el poderdante hubiese muerto ab intestato, con la condicion que se ha mencionado en el número 7. Si dos personas se han dado mutuamente poder para testar, y muere en tal estado una de ellas, se entenderá que no muere ab intestato, si usando del poder testa á su nombre el que sobrevive, pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.” Si hubiere comenzado en virtud del poder, el testamento de su poderdante ó sea del testador; como en el poder debe concederse facultad especial para cada cosa del testamento, puede el mismo poder, servir de testamento; pero si fuere poder para que haga el apoderado testamento á nombre del testador, y no se le especifica cada cosa, sino que en general se le dá poder para testar, cesó el poder y no puede nadie instituirle en el cargo de apoderado. Pero segun las leyes cesan con la muerte del comisario sus facultades.

Si como no cabe duda y lo hemos dicho ya en el curso de este capítulo, el poder para testar, cuan-

do positivamente se nombra y faculta al comisario para que ejecute todo lo que el testador le ordena, al facultarlo, debe contener muy explicita, y terminantemente todo lo relativo á las herencias, y teniendo, mas que poder para testar, es un testamento en poder; y cuando un testador muere y deja su testamento, este produce todos sus efectos. El poder, muertos el poderdante ó testador y apoderado ó comisario debe producir igualmente salvas pequeñas diferencias los mismos ó semejantes efectos que aquel, y por lo mismo parece natural la existencia de una ley que nos hablara de estos casos.

§ VIII.

¿ES DELEGABLE EL PODER PARA TESTAR, EXPRESAMENTE Ó NO ESTA FACULTAD EN EL PODER MISMO?

Solo en dos casos puede delegarse el poder para testar. Primero: cuando el poderdante ó testador concede en el mismo poder, facultad de delegarlo ó sustituirlo, y determina la persona en quien puede delegarse ó sustituirse; y segundo, cuando nombra por su apoderado ó comisario á un individuo, no tanto por sus cualidades personales, amistad que con él tenga y conocimiento del apoderado en todos los negocios del poderdante, sino por el puesto que ocupa ó dignidad que lo caracteriza; y en este segundo caso se delega el poder, ó mas bien se sigue ejerciendo por el individuo que sustituye al que ocupaba el puesto, ó tenia la dignidad en cuyo miramiento fué nombrado apoderado ó comisario por el testador, para que á su nombre testára segun las facultades que al efecto se le concedan en el poder de que hablamos. Este segundo caso se verifica

cuando dice el poderdante, „doy poder al Obispo de Michoacan para que por mí teste, y á mi nombre haga esto, aquello ó lo otro.” Pues como se vé, no nombra precisamente al actual Obispo, sino en general al Obispo de Michoacan, y por tanto los Obispos por sucesores del actual, tambien van á su turno siendo comisarios del testador.

§ IX.

¿SIENDO VARIOS LOS COMISARIOS Y ESTANDO DIVIDIDOS Ó NO CONCURRIENDO TODOS A CUMPLIR CON SU ENCARGO, A QUÉ DEBERÁ ESTARSE EN LO QUE HICIEREN; A LA MAYORÍA Ó Á UNO SOLO?

Muchos testadores para tener ménos temor de que haya errores, malas prevenciones &c. en el comisario, y á fin de evitarlo, nombran otros comisarios y olvidan, que por desgracia juegan mas las pasiones donde hay dos ó mas, que en uno solo; y que la pluralidad de comisarios concluye con el poder, á manera del politicismo religioso y que con los muchos comisarios mas facilmente fracasan las buenas ideas y se escocyan tristemente los mas nobles sentimientos; salvo algunas honrosas ecepciones que confirman las reglas anteriores. Mas sea de esto lo que fuere lo cierto es, que puede nombrarse uno ó mas comisarios, y esto hacerse de una de dos maneras: ó de mancomun ó cada uno *in solidum* y esto es mejor, aun para prevenir en parte los males que indiqué al principio de este párrafo. Si se hubieren nombrado varios comisarios para que todos de comun acuerdo hagan por su poderdante el testamento de este, y no se pudieren convenir, se estará á la mayoría de los votos; y lo mismo sucederá si uno de los comisarios muriere,

ó no quisiere concurrir cuando se le llama á coadyvar á hacer el testamento; pues entonces lo que hicieren los demas será válido, como quiera que de otro modo se perjudicarian los herederos, legatarios &c., los mismos bienes del testador, en suma toda la sociedad. Pero si ni aun los que concurren estuvieren de acuerdo, se estará á lo resuelto por su mayoría, y en caso de igualdad, á la decision del juez del lugar; y si estos fueren vários á la del que elijan los comisarios; pero si ni aun en esto estuvieren acordes, decidirá la suerte. Nada de esto sucederá si se nombra cada comisario *in solidum*; pero entonces el que primero empiese á obrar seguirá conociendo hasta concluir: l. 9 tít. 4 lib. 5 R., ó 5 tít. 19 lib. 10 Nov. Carpio, y Antonio Gómez en la ley 38 de Toro.

§ X.

¿CUÁL ES EL TÉRMINO SEÑALADO AL COMISARIO PARA OBRAR COMO TAL?

Debe el comisario concluir su comision en el término perentorio de cuatro meses, contados desde la muerte del testador, si recide aquel en el mismo lugar, mas si está ausente de él, pero en la República, tendrá seis meses; y el de un año, si se encontrase en pais extranjero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento ni practicado lo demás para que se le confirió el poder, no podrá ya usarlo ni pedir proroga, aunque alegare que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y no haciendolo se tendrá por hecho y será válido. Ley 3 tít. 19 lib.

10 Nov. De modo que pasado el término solo puede llevar á efecto las disposiciones específicas y no las genéricas.

§ XI.

¿PUEDE EL TESTADOR PROROGAR ESTOS TÉRMINOS?

El testador puede prorogar en el poder el término concedido por la ley, no solo para que el comisario ejecute sus disposiciones como si fuera albacea ó testamentario, sino tambien para hacer su testamento disponiendo ó declarando lo que tuviese comunicado, á cuyo fin se entiende que renuncia la ley 33 de Toro como establecida á su favor. Ley 3 tít. 19 lib. 10 Nov. De este modo se podrán evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario, arrogarian al heredero y demas interesados, si dejase pasar el término, por cuya razon no deberá tener reparo el escribano en ordenar el testamento, aunque esté pasado el plazo legal, siempre que contenga el poder la cláusula derogatoria del mismo; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las cuestiones anteriormente referidas.

CAPÍTULO V.

OTROS MODOS DE HEREDAR, Ó SEA DE LA ADQUISICION DE BIENES POR SUCESION INTESTADA.

¿Qué es sucesion intestada? ¿En qué casos tiene lugar? ¿Cuántos y cuales son los modos de suceder *ab intestato*? ¿Qué personas son llamadas á la sucesion? ¿Cuántos son las órdenes de suceder, y cuáles son? Con estas cuestiones que resol-

vámos creemos sin temor de equivocarnos, llenar con mucho el objeto de este capítulo, fin de la tercera parte de este compendio. Las examinaremos en los siguientes párrafos.

§ I.

¿QUÉ ES SUCESION INTESTADA?

Sucesion intestada es un modo de heredar, establecido por las leyes á falta de disposicion expresa del difunto: en consecuencia el heredero *ab intestato* es llamado por la ley en defecto de heredero testamentario. Tambien se llama legítima esta sucesion, como tengo dicho en la segunda parte, atendiendo á que su origen y naturaleza dimanen en todo de la ley que quizo suplir el gran vacío que la sociedad hubiera experimentado, si los hijos ó parientes del finado hubieren quedado expuestos á los funestos resultados de un descuido, de una fatal casualidad ó quiza de una perversa intencion ó negligencia. Y no se crea que solo estos motivos y fundamentos tuvo la ley en cuenta; pues tambien se apoyó como he dicho en otra parte, en los sentimientos naturales del corazon; é interpretando por él la voluntad del hombre, llamó á la sucesion á aquellos cuyas relaciones con el difunto, los tenian muy presentes á la memoria de este, é íntimamente unidos á sus deseos, amor, cariño, gratitud y consideraciones. Y por esto las leyes de sucesion intestada, disponen que entren á la herencia primero los descendientes del intestado, pues supone, y no se equivoca, que en caso de que hubiera testado, los habria, en virtud del amor que les tenia, dejado de heredero: lo mismo sucederia con sus ascendientes, pues estos ocupan despues de aquellos un lugar