

casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo hábil su enagenacion, puede reivindicarlos de los que los posean, sin necesidad de hacer excusion en los maternos⁴.

32. Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, casándose, si enagenare algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea antes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre, ni tampoco despues, si aceptan la herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante, y así solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor; pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repetición².

33. Por pasar á segundas nupcias no pierde la muger el usufructo que el marido la dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozara mientras viviese. Y lo propio milita para con el marido si su muger lo deja por usufructuario. Ni tampoco si se lo lega con la condicion de *si viviere casta y honestamente*, sin añadir *si permanciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente³.

⁴ Gom. en la ley 15 de Toro, num. 3, vers. *Dubium tamen est*, y vers. *Item alid.*
— ² Ley 24, tit. 13, Part. 5, et ibi glos. 9, 10 y 11; Covarr. lib. 1, Var. cap. 8, num. 5; Pinel. in leg. 1, Cod. de bonis matern. part. 5, num. 21. — ³ Castill. de usufruct. dicho cap. 2, num. 127, hasta el fin; Gom. en la ley 15 de Toro, num. 9.

CAPITULO XXV.

DE LAS DILIGENCIAS QUE DEBEN PRACTICARSE PARA LA APERTURA DE LOS TESTAMENTOS Y CODICILOS CERRADOS, Y PARA REDUCIR Á INSTRUMENTO PÚBLICO LOS ABIERTOS.

El que tiene en su poder algun testamento cerrado debe presentarle á la justicia dentro de un mes despues de la muerte del testador. — El interesado en un testamento puede pedir por sí ó por procurador, que se abra y publique. — A la apertura precederá el exámen de los testigos, y reconocimiento de sus firmas. — ¿Qué deberá hacerse cuando no puedan ser habidos todos los testigos? — ¿Cómo se suplirá su falta si todos han muerto? — Antes de publicado un testamento son nulos los contratos que se celebren sobre cosas de la herencia. — ¿En qué caso no debe dar el juez copia del testamento? — ¿Qué deberá hacer el heredero para llevar á efecto un testamento nuncupativo, hecho sin escribano, ó verbalmente?

1. DEJO ya explicado todo cuanto concierne á la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso á expresar dentro de qué término está obligada la persona, en cuyo poder existen, á manifestarlos á la justicia; en qué pena incurre si no lo hace; quién es parte legitima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla; por qué juez se han de abrir, y cómo; y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado bajo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la justicia ordinaria del pueblo en que este murió, dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, y no cumpliéndolo, pierde el legado que le dejó, el cual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedis á la Real Cámara, sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el clérigo con pretexto de ser lego el juez; porque lo es competente, segun está declarado en la Real cédula de 13 de junio de 1775, y en las leyes que se citan¹.

2. El que tiene interes en el testamento, ú otro en su nombre

¹ Leyes 1 y 2, tit. 2, Part. 6, y 5 y 6, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

con su especial poder, puede pedir se abra, expresando haber fallecido el testador bajo de él, jurando no pedirlo de malicia, y si solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el juez ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento, dispondrá el juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente¹.

3. Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer á su presencia los testigos instrumentales, los cuales bajo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su exámen al escribano ni á otro por ser este un acto personalísimo) reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que por este ó por algunos de ellos firmó, ó igualmente el testamento ó cuaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oído, ó visto cadáver, y no sabiéndolo, pondrá el escribano fe de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el juez que el testamento ó cuaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el escribano y los testigos, y entregarlo á este para que lo lea y publique delante de todos, y despues de abierto y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga ó estime por testamento y última voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del escribano ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto haya lugar en derecho, pues hasta que se abra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto.

4. No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos, basta que comparezca la mayor parte (que á lo menos han de ser cuatro), y despues lo ha de enviar á los demas para el mismo efecto, si estan en otro lugar, ó enfermos, ó son personas muy condecoradas ú honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos

¹ Ley 2, tit. 2, Part. 6.

ni la mayor parte, y el juez conoce que de esperarlos y omitir su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego volver á cerrarlo, y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestárselo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias, no resultase cosa en contrario; las mandará unir á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que á cada uno corresponda. Hasta aquí la ley de Partida¹.

5. Pero si han fallecido todos los testigos (como puede suceder) ó se cree así, ó se hallaren ausentes sin saber su paradero, se debe hacer informacion de ello; de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si ha muerto; de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fe sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ó se comprueben (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento); y luego el juez lo mandará abrir en la forma explicada²: y si quisiere rubricará sus hojas, sin embargo de que no es preciso, previniéndose así en la diligencia de apertura. Si el escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma; bien que no es rigurosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

6. No puede hacerse pacto, concierto ni transaccion antes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó los legados que contiene, y si se hace es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos³; por lo que aunque uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituírsela⁴. El juez debe mandar que se dé traslado íntegro del testamento á los herederos del testador; y á los demas interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes ni hora en que fue hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida⁵. Lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pie del

¹ Ley 5, tit. 2, Part. 6. — ² Bas *Theat. jur. prud.* part. 1, cap. 5 y 6. —

³ Ley 1, tit. 2, Part. 6, y *De his controversiis*, ff. de *transact.* — ⁴ Ley 23, tit. 11, Part. 5. — ⁵ Leyes 105, tit. 18, Part. 5, y 5, tit. 2, Part. 6.

testamento, y nada mas, de lo cual no resulta perjuicio, falsedad ni fraude.

7. Prohibiendo el testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo así el juez; y si este entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé, aunque el testador no lo haya prohibido¹; y por eso es buena prevencion que el juez, sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lo lea para sí por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos, que saben su oficio.

8. Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al juez con pedimento, expresando si el testador la escribió, ó quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber escribano en el pueblo (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella, y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presentes, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias y los testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que á ello y á sus traslados interponga el juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la cual lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, y deferirá á lo demas pretendido; de lo que se instruirá el escribano por las diligencias que se insertarán á continuacion. Si el testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las disposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida², que no está derogada ni corregida; y es lo que se practica.

¹ Leyes 5 y final, tit. 2, Part. 6. — ² Ley 4, tit. 2, Part. 6.

Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.

CAPITULO XXVI.

PREVENCIONES Á LOS ESCRIBANOS PARA EL ACIERTO EN LAS MATERIAS DE ESTE TÍTULO.

El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho. — Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pias, que es nula por derecho. — Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores. — No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo. — La cláusula que prohíbe al propietario la accion de obligar al usufructuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos. — De las varias especies de fianzas que debe dar el usufructuario. — ¿Qué fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso? — ¿Cuáles deben darse por razon de animales no productivos? — La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun cuando se case segunda vez, es nula. — Advertencias sobre el testamento de los extranjeros. — El nombramiento de futuro en orden á heredero, no es válido. — El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien prefiar. — Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse. — El testamento puede otorgarse á cualquiera hora del dia ó de la noche. — No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunte á quién instituye por heredero. — ¿Cómo debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad? — ¿Qué debe hacer cuando el testador padece demencia, con lúcidos intervalos? — ¿Cómo ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma? — ¿Por qué razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero? — ¿En qué manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento? — ¿Qué legados ó limosnas son válidas cuando se hacen en favor de los religiosos de San Francisco? — Sobre el legatario del tercio entre los ascendientes.

1. DEBE instruir el escribano al testador de lo que previenen las leyes á fin de que arregle á ellas sus disposiciones, pues aunque tenga libre voluntad de hacer de lo suyo lo que le parezca, siempre es con sujecion á derecho.