

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.

2. Está reprobada por ley la cláusula siguiente : *prohibo á los arzobispos , obispos ó sus vicarios , que celen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellania ó memoria de misas que dejo fundadas , y mando que si se entrometiesen en su conocimiento se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella , y en este caso la revoco y anulo en todas sus partes.* Es nula esta cláusula : 1º porque ningun testador puede privar á la jurisdiccion eclesiástica del conocimiento y accion que le conceden los sagrados cánones en las mandas piadosas ; 2º porque una vez erigidos los bienes en capellania ú otra fundacion eclesiástica , aceptados por esta jurisdiccion y sujetos á ella , no queda facultad al dueño de desposeerlos de la nueva condicion legal que han adquirido ; 3º porque dicha cláusula se opone á los mismos fines del testador , que son asegurar la fundacion hecha y la aplicacion de sus bienes á su debido objeto ; pues si se inhibiese de su vigilancia en estos puntos á quien de derecho corresponde , se cometerian fraudes que hiciesen ilusorias dichas disposiciones. La revocacion que incluya la cláusula inserta , no tiene lugar despues de confirmada y aceptada la fundacion , pues ya no es dueño de volver atras el que la hizo.

3. Tampoco debe cumplirse la cláusula en que los testadores suelen prohibir *que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se les pida cuenta de su manejo é inversion ;* pues el derecho manda que la den.

4. Si el testador manda *que no valga la costumbre y fuero que hay en el lugar de su domicilio , ó de el en que tiene bienes en cuanto á lo que en su testamento deja ordenado y dispuesto , y que se observe solamente el contexto de su testamento , y no la costumbre ni fuero ,* no se observará su voluntad : y la razon es porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada , que tiene fuerza de ley , y solo podrá hacerlo cuando es personalísimo á él mismo ; por lo que en este caso será lo mejor que vincule los bienes á título de mayorazgo , pues se entra á su obtencion y goce por derecho de sucesion con arreglo al llamamiento , y no por derecho hereditario , como en los libres , que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco , y la raiz á la raiz.

5. Se estimará por irrita y nula , *si dejando á alguno por heredero usufructuario de sus bienes , y á otro por propietario , manda que este no pueda compeler á aquel á inventariarlos , ni dar fianzas de restituirselos , y usar de ellos como es obligado ;* porque el que adquiere derecho á su propiedad , en el instante que el tes-

tador fallece es el propietario , el cual queda por legitimo y verdadero dueño de ellos , y por esta razon puede pedir , y se le debe dar , la posesion de su dominio directo desde entonces , y la del útil para desde el dia siguiente al en que el usufructo espire , pues mientras dura está suspenso ; pero finalizada se consolida con la propiedad , y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo ; por lo que puede compeler al usufructuario á la formacion del inventario ó descripcion de los bienes , con asistencia suya , y á que dé fianzas saneadas de restituirselos y no disiparlos ; y le entregue los titulos de su pertenencia , si los tiene : pero si ademas del usufructo de los bienes le deja por heredero de algunos , no necesitará inventariar estos últimos.

6. Las fianzas son de varias especies : si los bienes que ha de usufructuar son raices , v. gr. tierras , viñas , olivares , huertas , montes , dehesas ó ganados productivos , en quienes se verifica propiamente el usufructo , porque producen , y su producto es distinto y se separa de la propiedad ; ó casas , que aunque por su naturaleza no producen , se verifica en ellas no solo usufructo , sino uso y habitacion ó comodidad , ha de darla de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon , conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ú omision no se destruyan ni deterioren para volverlos y restituirselos á sus herederos en el mismo estado que los recibió ; y el modo de usarlos á arbitrio de buen varon es labrar las tierras , viñas y olivares como buen labrador , y si algunas cepas , olivos ó árboles se secan ó arrancan , plantar otros , dar de comer y tratar bien á los ganados , y si algunos fallecen , reemplazarlos con los hijos que procrean , y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten , v. gr. retejos , blanqueos , compostura de puertas y ventanas , y otras semejantes , que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales ; pues los mayores , v. gr. si se hunde la casa ó parte de ella por caso fortuito , ó amenaza ruina alguna pared , y todos los que exceden de dicha cantidad , segun la comun práctica y estimacion de la Corte , son de cuenta del propietario , el cual como dueño debe ejecutarlo del mismo modo que si la usufructuara , porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore sino á que no perezca. Todo lo cual se entiende , á menos que la ruina provenga de culpa ú omision del usufructuario , que entonces puede ser compelido á repararla á sus expensas ó del inquilino , pues estará obligado á lo mismo , porque debe saber y mirar á quién la alquila , y cómo la usa ;

sobre lo cual véase a Castillo *de usufruct.* capítulo 15 y siguientes.

7. Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el cual consiste su usufructo, y guardándolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceite, miel y otras semejantes (por lo que su usufructo se llama *cuasi usufructo*), y el testador los deja en su casa, trox ó bodega, podrá el usufructuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir, que si estos bienes se valúan y aprecian, como debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufructuario, la dará de restituir el mismo valor y estimacion; ú otros tantos del propio género, calidad y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie: número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad misma que recibe: y la razon es porque de estos bienes se le trasfiere el dominio, y puede hacer lo que quisiere, lo que no sucede con los expresados en el número precedente. Pero si cuando el testador fallece, no estan cogidos ni separados del suelo, sino pendientes y mostrados en el campo ó árboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufructuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fundo, y no cosa distinta; ademas que el derecho no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo cual procede ya sean propias del testador ó ajenas las fincas que los producen; pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto, como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solucion, al modo que lo pagaria el testador, y asimismo debe pagar las demas cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufructo¹, y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho debe sufrir el gravámen².

8. Si el usufructo es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes, etc., en los cuales se verifica mero uso, debe dar la fianza *de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, pérdida, muerte ni deterioro, á menos que provenga de culpa suya*. Lo mismo ha de practicar con los

¹ Ley 22, tit. 31, Part. 5. — ² Ley 15, tit. 35, Part. 7.

muebles que no se consumen ó aniquilan, sino que se envejecen y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos y otros semejantes: porque en ellos se verifica solamente uso, y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren ó consumen algunos, ó ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin su culpa⁴; pues de lo contrario se verificaria que el testador no le deja mas que trabajo en custodiarlos y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Se previene que cuando uno de los cónyuges queda por usufructuario de los bienes del otro, debe hacer inventario ó descripcion, particion y separacion de todos con asistencia del propietario ó de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra á usufructuar, y sus herederos han de restituir; pues de no hacerlo así, servirá de confusion y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos: y asimismo que si los bienes ó parte de ellos consisten en tierras que estan barbechadas ó sembradas, y no se ve el fruto, se han de dividir por mitad, como gananciales, las labores y semillas echadas en ellas; lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes y mostrados.

9. Es reprobada por derecho la voluntad del testador en cuanto manda: *que aunque su muger se case segunda vez no pierda ni se la quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos*⁵: porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño⁶. Lo mismo sucede respecto de la abuela, y así no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos, durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede á los parientes que deben heredarlos *ab intestato*⁷.

10. El extranjero no domiciliado en el reino donde vive á la sazón que hace su testamento debe tener presente que si la ley, estatuto ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se

⁴ *Castill. de usufruct.* cap. 17, 18 y 77; *Ayor. de partit.* part. 2, quæst. 24. — ⁵ Ley 5, tit. 16, Part. 6. — ⁶ Ley 4, tit. 16, Part. 6. — ⁷ Leyes 5 y 12, tit. 16, Part. 6; *Greg. Lop.* en dicha ley 12, glos. 5 y 4; *Gutierr. de tutel.* part. 4, cap. 5 y 19.

amplía y extiende á todos los que lo habitan, aunque no sean regnicolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado á observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellos con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la sustancia y decision de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo¹. Si está domiciliado y tiene bienes en el reino y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un mismo modo: porque la ley ó estatuto no puede extender sus efectos fuera de los límites á que se extiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes situados fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro reino² en cuanto á poder ó no testar, como he sentado en el párrafo 32 del capítulo 1 del testamento. Lo propio deberá observar por idéntica razon, aunque no sea extranjero, si posee bienes en provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña; pues con arreglo á este y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está connaturalizado, el rescripto de connaturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar; pues el Príncipe, como legislador y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios, y no fuera de ellos.

11. Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: *quiero que sea mi heredero el sugeto ó persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que está en tal gaveta, ó en poder de fulano* (nombrándolo), ó *el que Pedro tiene instituido en su testamento*, y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en papel, y no dudándose de la fe de la memoria ó cédula privada, serán validos; pero no si hablare de futuro, v. g. *quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ó que fulano instituyere*: la razon

¹ Gom. en la ley 5 de Toro, num. 20. — ² Acev. en la ley 4, tit. 4, lib. 5, Rec. num. 15; Gom. en la ley 5 de Toro, num. fin.

es porque en este caso no se nombra persona cierta como en el otro¹.

12. Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ó la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el dia que prefine²; y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ó loco ó fatuo, y lo sustituyen ó le dejan algun legado, nombrando á otro á su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ó que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el sustituto por heredarle³; y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *mando que hasta tal dia de tal mes y año, de ningun modo se abran ni publiquen tales hojas*, (ha de expresar cuántas son) *cosidas* (ó cerradas, segun esten) *dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dejo dispuesto y ordenado: y que lo demas del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescrita por derecho luego que se verifique mi fallecimiento: y encargo al señor juez que de su apertura conociere, no altere ni permita se tergiverse ni interprete total ni parcialmente esta disposicion; porque asi conviene, y es mi deliberada voluntad.*

13. Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el testador prohíbe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar con toda claridad las que son, y cuántas cláusulas contienen; pero no su contexto. Si el testador puede escribirlas ó firmarlas, lo ejecutará, porque esto es lo mas seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean, es suficiente en su otorgamiento. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula que dejo extendida en el párrafo precedente.

14. El testamento, como acto puramente extrajudicial, puede otorgarse de dia y de noche, al modo que los contratos. Quando el escribano tome la minuta ó razon de él para extenderlo, ha de estar solo con el testador sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, lo presencie sin su expreso mandato, para evitar

¹ Gutierr. Repet. leg. Nemo potest, num. 284, y lib. 2, Pract. quæst. 41 num. 4 y 5; Cast. lib. 4. Controv. cap. 20, num. 29 y sig.; Mantic. de conject. ley 4, tit. 4, num. 6 y sig.; Albarad. de conject. mente defuncti, ley 5, cap. 2, §. 1, num. 2; Matienz. ley 1, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 16, num. 15. — ² Leyes 5 y 6, tit. 2, Part. 6. — ³ Ley 6, tit. 2, Part. 6.