

solamente la cláusula que dejo extendida en el párrafo precedente.

14. El testamento, como acto puramente extrajudicial, puede otorgarse de día y de noche, al modo que los contratos. Cuando 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 de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y dejarle en libertad de explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones violentas, repugnantes y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento que deben presenciar únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entonces podrán asistir estos á la toma de la razon, y la firmarán á fin de que, precedidas sus contestes disposiciones, se reduzca á escritura pública, y se declare por testamento y última voluntad del testador, como si la hubiera hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede este extenderlo con arreglo á ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con la minuta por lo que pueda ocurrir si se dudare de su contexto, lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de extendido. Pero sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al testador mientras vive debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexto que es instrumento público, pues se llama así porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos; pero no es público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia ni testimonio, ni parte de él á otro que al testador; y despues de su muerte solo á los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda (1).

15. El escribano debe preguntar indiferentemente al testador: *á quién deja por su heredero*, sin nombrarle ni traerle á la memoria sugeto alguno, ni hacerle señas, pues la pregunta ha de ser verbal, clara, y en términos generales, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida y nacida de su

1 Ley 103 tit. 18. Part. 3.

libre voluntad. Sin embargo si él ó cualquiera otra persona, que no sean interesados ni sospechosos, se le nombrasen: diciéndole: *si instituye por heredero á fulano*, y responde que sí á presencia de los testigos, bastará: porque ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los autores (1), y dejo expuesto.

16. Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profririera, porque no se le entiende, ó del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorice semejantes disposiciones: porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras claras y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza (2); bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciación, y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues estos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gomez en la ley 3 de Toro, número 114, apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejo al escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

17. Queda explicado que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lúcidos intervalos. Y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el escribano á algun hijo ó pariente de él, que acuda al juez haciendo relacion de la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, con la solicitud de que dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano que previamente declaren con juramento si está ó no capaz, y estándolo ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme á la ley el médico y cirujano si está ó no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, y no de otra suerte (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para

1 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 110.

2 tit. 6. num. 9.

y sig. Matienz. en la 1. tit. 4. lib. 5. Rec.

2 Gom. en la ley 3 de Toro, num. 110.

glos. 16. num. 4 al 9. Cast. lib. 4. Controv.

Covarr. cap. Cum t. bi, num. 4. de testam.

cap. 27. num. 14. Manuc. de conject. lib.

dar fe), á su presencia y á la de los testigos prevenidos por la ley ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su juicio y de la firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demas que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexion, sin dejarse llevar de pasion ni interes, é irá extendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á extender una cláusula antes que satisfaga á la anterior. Si sabe y puede firmar, hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el examen de todos los concurrentes al acto.

18. Si el testador ni habla ni entiende el idioma del escribano, escribirá por sí mismo su testamento á presencia del escribano y testigos. Si no pudiese escribir, porque su enfermedad no se lo permita, se buscará un sugeto que entienda su idioma, y le dictará su disposicion; despues la leerá por sí mismo el testador, ó se la leerá el intérprete; y la firmará. Los testigos y el intérprete firmarán tambien, y rubricarán á mayor abundamiento todas las hojas, y el escribano autorizará en forma este testamento, expresando en él todo lo ocurrido. En un caso semejante lo que importa es asegurar la identidad del papel donde está escrita y consignada la voluntad del testador; y esto se consigue por el medio indicado, evitándose en lo posible los fraudes que pueden cometerse en los testamentos de extrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiere un intérprete autorizado por el gobierno, deberá buscársele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es cuando otra persona cualquiera inteligente en la lengua del testador hará sus veces. El interesado en la herencia solicitará que se traduzca esta disposicion, que los testigos reconozcan sus firmas y depongan lo que pasó ante ellos, y que el juez la declare por testamento. Es verdad que los testigos no podrán serlo de lo que no entendieron, pero servirán sus dichos para probar que no se cometió fraude alguno antes ni despues del otorgamiento.

19. Por dos razones no puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero. La primera, porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibicion

de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el senadoconsulto livoniano (\*), y el escribano hace veces en él de dos testigos. La segunda, porque su aprobacion y autoridad se requiere esencialmente para su validacion; pero puede autorizar su testamento cerrado y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio á nadie daña (1). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos, y demas requisitos prescritos por la ley cuando no concurre escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizara en cédula (á cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño); porque la fe y autoridad que se da al testamento no consiste solo en que el testador permita que un tercero se instituya ó escriba por su heredero, sino en que lo presencién los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro cualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo, y observando la solemnidad y formalidad prevenidas por derecho, porque en el escribano concurren dos conceptos, uno público y otro privado, y puede usar de ambos en un mismo acto, como tambien separadamente, ó en distintos, de cada uno (2).

20. Se duda si en el testamento ó en otra última disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el escribano dé fe del conocimiento del testador, ó bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley recopilada (3). Algunos autores dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de la última voluntad que el testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

\* Aunque la prohibicion del senadoconsulto livoniano no está adoptada expresamente en ninguno de nuestros cuerpos legales, se halla admitida en la práctica por nuestros tribunales superiores. Véase á Elizondo *Práctica univers. for.* tom. 3. num. 3. pag. 80. *Febrero reformado.*

1. Fragozo *de regimine Reipublicæ,* part. 1. lib. 5. disp. 13. §. 11. num. 314 y

sig. Molin. *de justit. et jur.* tit. 1. disp. 125. unum. 2, 3 y 5.

2. Angl. *in §. Idem juris,* num. 32. *Institut. de exception.* Parliad. lib. 2. *Rec.* cap. 20. num. 23.

3. Ley 2. tit. 23. lib. 10. *Nov. Rec. Matienz.* en la 2. tit. 4. lib. 5. *Rec. glos.* 7. num. 6.

21. Mi dictamen, conformándose con el de estos autores, es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aun cuando la ley 54. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice:: *é debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quién son, é de qué lugar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño*, y la 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no la haga ni reciba, á menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de donde son vecinos, y que si las conociere dé fe de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia á los contratantes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contratan, que no al escribano, pues este no sirve de otra cosa que de autorizarlo y ordenarlo conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo: *que lo otorgaron asi y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fe de ello, parece que á nada mas estará obligado; y si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se da por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni resultará cargo contra el escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Si esto procede en los contratos, con mas razon debe tener lugar en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero, por lo cual aunque carezca de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas ni otra alguna, y seria cosa durísima que por no contenerlos fuese nulo el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad y descargar su conciencia.

22. Esta opinion se funda ademas en que si alguno de dichos requisitos fuera sustancial y de esencia para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida que tratan de su ordenacion y solemnidad (1); no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos (2). Por estas razones soy de sentir, y acon-

1 Leyes 1 y 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. 103. tit. 18. Part. 3.

2 Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.

sejo al escribano, que aunque no eonozca al testador, ni haya quien le conozca, no deje de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fe de su conocimiento, ya sea en contrato ó última disposicion, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño, basta que lo haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

23. Sin embargo de que los religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir y retener bienes temporales, y de ejercer por sí ninguna accion civil, como no se les prohibe admitir para uso y sustento las limosnas de los fieles, para evitar que no extendiendo, como corresponde atenta su regla, las cláusulas de herencias y legados que les dejen, queden privados de ellos, debo advertir al escribano, que si los legados son de trigo, cebada, aceite, vino ó bienes muebles, de los que pueden usar lícitamente en propia especie para su sustento, ó para otra cualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa; sábanas, mantas, colchas y colchones para la enfermería; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerto para su uso &c., valen, ya se hagan á los conventos ó á cualquiera de sus religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una vacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas ú otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos ú otros derechos perpetuos, y se las dejan *para que las posean y usen, ó las vendan por sí mismos, y con su producto remedien sus urgencias*, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y asi para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del testador deje de cumplirse, ha de extender la cláusula en esta forma: *mando que tal cosa (la que sea) se dé al síndico de tal convento de San Francisco, para que en nombre de la silla Apostólica, ó en el mio, la trueque, venda ó enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus religiosos; cuya manda y limosna le hago en los términos, via y forma que mejor haya lugar en derecho, á efecto de que no caduque, antes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les deseo*. Tambien puede mandar el testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el síndico, dándoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto á la mendicidad

apostólica; por cuya razon no pueden admitir herencias ni legados dejados en otra forma, segun lo tienen declarado varios Sumos Pontífices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de débitos que el testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los religiosos ó á sus conventos. Y si quiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les deja para la sacristía ó culto divino, ya sea ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo cual tendrá presente el escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permitiere, con religiosos de la orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles: y para mayor seguridad podrá ver el manual de escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo manual trae extendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

24. Estan persuadidos los escribanos que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente en los mismos términos que su ascendiente, y bajo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber, en esta forma: *instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera parte de todos mis bienes, para que los hayan y hereden &c.*; pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6, la cual, aunque no habla sino de descendientes, se debe extender á los ascendientes, porque la ley 6 de Toro manda que sean sus herederos legítimos y les sucedan igualmente *ex testamento* y *ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, cuando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente estimándose por no hecho el testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre legatarios no hay derecho de acrecer, á menos que el testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere antes que el testador, ó acaece otro

motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas (1); con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legítimo y legatario extraño. De consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *legatario*. El tercio en este caso es legado; y mejora entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los legatarios bajo el nombre de herederos.

1 Ley 33. tit. 9. Part. 6.