

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 explicada¹; 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 transacion ántes 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 ellos²; 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 restituírsela³. 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 era en que fué hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida⁴. Lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pié del 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 prohibido⁵; 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 escri-

¹ Bas. *Theat. jurprud.* part. 1. caps. 5 y 6.

² L. 1. tit. 2. part. 6. y *De his controversiis. ff. De transact.*

³ L. 25. tit. 11. part. 3.

⁴ LL. 103. tit. 18. part. 3 y 5. tit. 2. part. 6.

⁵ LL. 5 y fin. tit. 2. part. 6.

bano 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 presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias y 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 deposiciones 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 mueran los testigos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida¹ que no está derogada ni corregida, y es lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.

¹ L. 4. tit. 2. part. 6.

CAPITULO XXVI.

Prevenciones á los escribanos para el acierto en las materias de este título.

- | | |
|--|---|
| 1 El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho, | 6 De las varias especies de fianzas que debe dar el usufrutuario. |
| 2 Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pías que es nula por derecho. | 7 ¿Qué fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso? |
| 3 Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores. | 8 ¿Cuáles deben darse por razon de animales no productivos? |
| 4 No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo. | 9 La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun quando se case segunda vez, es nula. |
| 5 La cláusula que prohíbe al propietario la accion de obligar al usufrutuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos. | 10 Advertencias sobre el testamento de los extrangeros. |
| | 11 El nombramiento de futuro en orden á heredero no es válido. |

- 12 El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien prefiar.
- 13 Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse.
- 14 El testamento puede otorgarse á cualquiera hora del dia ó de la noche.
- 15 No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunta á quién instituye por heredero.
- 16 ¿Cómo debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad?
- 17 ¿Qué debe hacer cuando el testador padece demencia con lúcidos intervalos?
- 18 ¿Cómo ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma?
- 19 ¿Por qué razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero?
- 20, 21 y 22. ¿En qué manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento?
- 23 ¿Qué legados ó limosnas son válidas cuando se hacen en favor de los religiosos de S. Francisco?
- 24 Sobre el legatario del tercio entre los ascendientes.

1. **D**ebe 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 derecho¹.

2. Está reprobada por la 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 capellanía ó memoria de misas que dejó 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: 1.º porque ningun testador puede privar á la jurisdiccion eclesiástica del conocimiento y accion que le conceden los sagrados cánones en las mandas piadosas: 2.º porque una vez erigidos los bienes en capellanía 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: 3.º 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 volverse 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

¹ L. 32. tit. 9. part. 6.

les pida cuenta de su manejo é inversion, pues el derecho manda que la denot y b... ..

4. Si el testador manda que no valga la costumbre y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ó del 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.

5. Se estimará por irrita y nula si dejando á alguno por heredero usufrutuario de sus bienes, y á otro por propietario, manda que este no pueda compeler á aquel á inventariarlos, ni dar fianzas de restituírselos, y usar de ellos como es obligado; porque el que adquiere derecho á su propiedad, en el instante que el testador fallece es el propietario, el cual queda por legítimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar la posesion de su dominio directo desde entónces, y la del útil para desde el dia siguiente al en que el usufruto 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 usufrutuario á la formacion del inventario ó descripcion de los bienes, con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de restituírselos y no disiparlos, y le entregue los títulos de su pertenencia, si los tiene; pero si ademas del usufruto 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 usufrutuar son raices, v. g. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas ó ganados productivos, en quienes se verifica propiamente usufruto 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 el usufruto, 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 restituírselos 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. g. retejos, blanqueos, composturas de puertas y ventanas, y otras semejantes, que cada uno no exceda de cien-

to y cincuenta reales; pues los mayores, v. g. 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 común práctica y estimacion de la corte, son de cuenta del propietario, el cual como dueño debe ejecutarlo del mismo modo que si la usufrutuara, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore, sino á que no perezca. Todo lo cual se entiende, á ménos que la ruina provenga de culpa ú omision del usufrutuario, que entónces 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 á Castillo *De usufruct.* cap. 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 usufruto, y guardándolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. g. vino, trigo, aceite, miel y otras semejantes (por lo que su usufruto se llama *cuasi usufruto*), y el testador los deja en su casa, trox ó bodega, podrá el usufrutuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir, que si estos bienes se valuan y aprecian, como debe hacerse al tiempo que se entregan al usufrutuario, la dará de restituir el mismo valor y estimacion, ú otros tantos del propio género, calidad y bondad; si no se valuan, 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 usufrutuario, 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 heredero no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre¹. 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 contituir 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 alhajas, aunque hayan sobrevivido al usufruto², y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho debe sufrir el gravámen³.

1 L. 1. ff. *De usufruct. legato.*

2 L. 22. tit. 31. part. 3.

3 L. 13. tit. 33. part. 7.

8. Si el usufruto es de animales no productivos, v. g. machos, bueyes &c., 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 ménos que provenga de culpa suya. Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen ó aniquilan, sino que se envejecen y deterioran con el uso, v. g. trastos de casas, vestidos y otros semejantes, porque en ello 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 culpa¹; pues de lo contrario se verificaria que el testador no le deja mas que trabajo en custodiarlos y conservarlos, y que léjos de beneficiarle, le perjudica. Se previene que cuando uno de los cónyuges queda por usufrutuario 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 usufrutuar, 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 le quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos²: porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño³. 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*⁴.

10 El extranjero no domiciliado en el reino donde vive á la sazón que hace su testamento, debe tener presente que si la ley, es-

1 Castill. *De usufruct.* caps. 17, 18 y 77.

Ayor. *De partit.* part. 2. q. 24.

2 L. 5. tit. 16. part. 6.

3 L. 4. tit. 16. part. 6.

4 LL. 5 y 12. tit. 16. part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. gl. 3 y 4. Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 5 y 19.

statuto ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se 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 estado que se gobierne por legislacion especial, pues con arreglo á ella se han de partir los bienes que en cada parte tenga³.

11 Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: *Quiero que sea mi heredero el sujeto 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 válidos: pero no si hablare de futuro, v. gr.: *Quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ó que Fulano instituyere*; la razon es porque en este caso no se nombra persona cierta como en el otro⁴.

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 prefine⁵; y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un

1 Gom. en la ley 3. de Toro n. 20.

2 Acev. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. R. n. 15.
Gom. en la ley 5. de Toro n. fin.

3 Recuérdese lo dicho sobre extranjeros en el cap. 2. tit. 1. lib. 1. y en el cap. 1. de este título.—E.

4 Gutier. Repet. leg. Nemo potest. n. 243. y

lib. 2. Pract. q. 41. ns. 4 y 5. Castill. lib.

4. Controv. cap. 20. n. 29 y sig. Mantie.

De conject. ley 4. tit. 4. n. 6 y sig. Al-

barad De conject. mente defuncti. ley 3. cap.

2. § 1. n. 2. Matienzo ley 1. tit. 4. lib.

5. R. gl. 16. n. 18.

5 LL. 5 y 6. tit. 2. part. 6.

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 heredarle¹; 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 cuantas 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 tergiversar ni interprete total ni parcialmente esta disposicion; porque así 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 cuantas cláusulas contienen, pero no su contexto. Si el testador puede escribirlas ó firmarlas, lo ejecutará, porque esto es lo mas seguro (a). 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. 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, entónces podrán asistir estos á la toma de la razon, y la firmarán, á fin de que, precedidas sus contestes disposiciones, se reduz-

1 L. 6. tit. 2. part. 6.

(a) Colom en su Instruccion jurídica de escribanos, abogados &c. lib. 3. cap. 4. n. 8. aconseja, que en la cubierta de dichas hojas se ponga: „E- te pliego cerrado contiene den-

tro parte de mi testamento último, que es mi voluntad se abra en tal tiempo y no antes, y se declare por mi última disposicion, llevándose á su debido efecto el referido testamento.”—E.