

den á los interesados los traslados que pidieren, (escepto de la parte ó disposicion referida segun la ley 5, tit. 2, Part. 6.) Estos testimonios deben ser, cuando se dan á los herederos del testador, comprensivos de todo el testamento; mas respecto de los demás interesados en él, tan solo de lo que les pertenece, segun dispone la ley 5 citada, y la 105, tit. 18, Part. 5; siendo la práctica darse testimonio de la cabeza y pié del testamento, con la cláusula que les interesa nada mas; lo que tiene por objeto evitar todo perjuicio, falsedad ó fraude. Véase el Febrero, lugar citado, número 1599.

262. *La protocolizacion del testamento cerrado se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado su otorgamiento, siempre que sea posible, § 1 del art. 1400.* Esta disposicion ratificada por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 1.º de Agosto de 1859, ha corregido la práctica antigua de verificarse dicha protocolizacion en el registro de escribano ante quien se efectuaban las diligencias de apertura. *Caso de no ser posible por cualquiera causa* protocolizar el testamento en el registro del escribano que lo autorizó, se protocolizará en la *escribanía que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador*: § 2 del art. 1400, disposicion que se funda, asi como la del párrafo anterior, en que puedan hallar fácilmente el testamento los interesados para consultarlo en las dudas que les ocurran, puesto que lo mas natural es que acudan con tal objeto á dichos lugares.

263. Todo lo espuesto sobre las diligencias para la apertura de los testamentos cerrados, es aplicable á los codicilos de la misma clase, por militar identidad de razon, y segun esponen todos los intérpretes y el señor Laserna, en los *Motivos de la ley de Enjuiciamiento*.

264. Inútil parece decir, que es juez competente para conocer del acto de la apertura de testamentos el de primera instancia ordinario, aun cuando se trate de testamentos de aforados de jurisdicciones especiales, segun se halla declarado espresamente por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 25 de mayo de 1860, entre otras, pues, esta disposicion se halla consignada como regla general en la primera del art. 1208, espuesto en el número 9 de este libro 4.º

265. Finalmente, debemos advertir, que segun el art. 280 del Código penal reformado, el empleado público que abriese ó consintiese abrir sin autorizacion competente, papeles ó documentos cerrados, cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de arresto mayor, inhabilitacion especial y multa de 25 á 250 duros. Y entendiéndose por empleado público para los efectos de este artículo, todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado, es consiguiente, que incurrirá en dichas penas el escribano que abriere el testamento sin la autorizacion y presencia del juez. Estas penas son aplicables á los particulares encargados accidentalmente del despacho ó custodia de papeles ó documentos por comision del gobierno ó de los empleados á quienes hubiesen sido confiados aquellos por razon de su cargo, y asimismo las impuestas en los casos de los arts. 278 y 279; art. 281 del Código penal.

TITULO XIII.

De la protocolizacion de las memorias testamentarias.

266. Siendo las memorias testamentarias una cédula ó papel simple ó sellado en que el testador consigna varias de sus disposiciones ó á que se remite ó refiere en su testamento, (y aun espresa el nombre del heredero instituido en él) considerándola como parte de este, es consiguiente que se halle mucho mas espuesto que los testamentos cerrados á falsificaciones, suplantaciones, quebrantamientos y fraudes, atendiendo á que no se requiere para su otorgamiento ninguna formalidad pública ó derecho en su interior ni en su exterior, sino que se haga referencia de ellas en el testamento y contenga las señales y circunstancias que en él se mencionan. De aquí la importancia y necesidad de proceder á su protocolizacion para evitar, una vez elevada á escritura pública, aquellos abusos: sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de octubre de 1854 y 30 de enero de 1856 y artículos 1398 al 1400 de la ley de Enjuiciamiento civil.

267. Esta manera de espresar la última voluntad, si bien puede apoyarse en algunas leyes romanas, (Véase la 10, tit. 7, lib. 28 del Digesto) no se haya autorizada por nuestras leyes patrias, y autores de gran nota, entre ellos el *adicionador del Febrero*, no han vacilado en reprobarla: «Si la institucion de heredero, dice este autor, que es el acto esencial y constituido del testamento, no puede hacerse en una memoria, tampoco las demás disposiciones testamentarias. Si la intencion del testador es que ni el escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso, le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediéndole facultad de hacer su testamento ó codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescrito con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras; pero el testamento y codicilo que se remiten á memoria, ni son nuncupativos ó abiertos, ni escritos ó cerrados; únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34, tit. 9, Part. 6, dice; en acabado testamento puede ser fecha toda manda, otrosi en otra manera de escrito, que se face ante cinco testigos á que llaman en latin *codicillum*, é la manda que fuere fecha en otra manda cualquier, si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria. Antes que se introdujera la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los testadores supliesen lo que habian dejado de espresar en los testamentos, y para ellas la ley 5 de Toro pide las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades, exigen la misma solemnidad que para dejar mandas, legados y fideicomisos.» Han tratado tambien sobre las memorias testamentarias el cardenal de Luca, *Tract. de Testam. disc. 1 y 2*, números 2, 3 y 5; *disc. 6*; número 6; *dis. 14*, número 4 y *disc. 15*

y 78; Menochio, Concil. 94, número 24. Ciriaco. controver. 444, números 7, 25, 55, 82 y 88; Anton. Fab. de Errorib. Pramm. Part. 5, decad. 69, error 5; Gracian. tomo 5, discep. for. cap. 977, números 44, 48 y 49, Cart. Lib. 4, controver. cap. 21, número 72; Covar. Cap. cum tibi, de Testamento número 6.

268. Sin embargo, varios de nuestros espositores, entre ellos, el célebre Matienzo, en su Comentario á la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Nov. Recop. sostienen el modo de espresar las últimas voluntades en memorias testamentarias, si bien limitándolo al caso en que no se hiciera en ellas institucion de heredero ni se pusieren condiciones al instituido; la práctica las adoptó con generalidad, y últimamente, ha ratificado y autorizado esta práctica, convirtiéndola en jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia. Y en efecto, háse consignado por este Tribunal, que las memorias testamentarias son válidas cuando se encuentran y están en la misma forma que resulta del testamento, por no haber ley que las prohíba y estar autorizadas por la práctica: sentencia de 12 de junio de 1850; que para que sea válida una memoria testamentaria, debe como requisito esencial, haberse hecho mencion de ella en el testamento á que se refiere: sentencia de 7 de octubre de 1854: que cuando en el poder para testar, no se dé para instituir heredero de la manera que puede darse, segun la ley recopilada, sino que se hace una institucion directa, que escluye hasta la posibilidad de semejante poder, es un verdadero testamento aunque se refiera á una memoria testamentaria en cuanto al nombre de la persona instituida, puesto que esta designacion de nombre puede hacerse con referencia á una memoria testamentaria, porque la práctica lo tiene recibido así, aplicando á las memorias lo que dispone la ley 8, tit. 5, Part. 6, sobre que pueda hacerse esta designacion en los codicilos: sentencia de 30 de enero de 1856; que las memorias testamentarias que contienen las circunstancias prevenidas por el testador, son válidas aunque no se hallen firmadas por este, y forman parte integrante del testamento á que se refieren, conforme á lo que estaba autorizado por la práctica y tiene establecida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con las leyes, por cuya razon, y con arreglo á la ley 22, tit. 1, Part. 6, una disposicion testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, queda invalidada por el testamento posterior igualmente solemne que la revoca, si en la memoria testamentaria que forma parte integrante del mismo, se reproducen literalmente á este fin las palabras de dicha cláusula derogatoria: sentencia de 19 de octubre de 1861: que la jurisprudencia constante y la nueva ley de Enjuiciamiento civil, han reconocido el valor y eficacia de las memorias testamentarias, cuando reúnen las circunstancias designadas por los testadores para acreditar su identidad, ó por otro medio de prueba su exactitud y la conformidad de sus disposiciones con la voluntad de los que las dictaron; que aunque el testador solo hable en su testamento de una memoria y despues se halle mayor número de ellas, son válidas todas y deben considerarse como la continuacion de la única indicada en el testamento, siempre que su contesto así lo revele, haya entre ellas, co-

nexion y enlace, hubieran ocurrido hechos que hicieren necesarias las posteriores, sea una misma la forma de redaccion en todas, estén las mas escritas sin ningun epigrafe ó con la advertencia de que son notas, ó concurra cualquier otra circunstancia que indique que la mente del testador no fue otra que continuar la memoria de que habia hecho referencia en su testamento, y que debiendo reputarse todas como una sola, la voluntad del testador ha de buscarse en todas ellas: Sentencia de 28 de enero de 1862.

Admitida, pues, esta manera de espresar las últimas voluntades, á pesar de los inconvenientes que ofrece, y reconocida por la ley de Enjuiciamiento civil la necesidad de darle el carácter de escritura pública, previene en su art. 1298, que *si hubiere memoria testamentaria, se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer*; pues segun hemos dicho estas son las únicas circunstancias que se requieren para su validez.

269. *Hallándose en la memoria las señales referidas en el artículo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento, como que se considera que forma parte de él*: art. 1399. En su consecuencia, *la protocolizacion de estas memorias se hará en el registro del escribano en que se protocoliza el testamento*: art. 1400 ya espuesto, que corrige la práctica anterior de protocolizarse en el registro del escribano, por cuya escribania se solicitaba la protocolizacion.

TITULO XIV.

De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transacion sobre sus derechos.

Venta de bienes de menores é incapacitados.

270. Solicitas nuestras leyes, á imitacion de las romanas, de atender á que no se disminuya el patrimonio de las personas, que por causa de su menor edad ó incapacidad, tienen sus bienes bajo la administracion y guarda de sus tutores ó curadores, prohibieron enagenar ni hipotecar en general los bienes raices de aquellos, prohibicion que estendieron los intérpretes siguiendo el decreto romano, á los bienes preciosos. Solamente podia verificarse su enagenacion por causa de utilidad ó necesidad de los menores respecto de ella, prévia la debida informacion de que resultare esta causa, y aun entonces verificando la venta con autorizacion ú otorgamiento del juez del lugar y en subasta pública, para evitar á los menores todo fraude y perjuicio en aquel acto. Véase las leyes 60, tit. 18, Part. 5; 14, tit. 11, Part. 4; 4, titulos 5 y 8, tit. 13, Part. 5; 18, tit. 16, Part. 6 y 1, tit. 12, lib. 10, Nov. Recop. Véase tambien la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia