

gravar al menor con dietas ó salarios ociosos del curador para pleitos, excepto en los casos expresados, como dejo expuesto. Los autos de esta curaduría deben protocolarse como los instrumentos, porque á la verdad lo son, y puede tener tracto sucesivo, por los que en su virtud se formalicen, al modo que la curaduría para pleitos queda con ellos por limitarse á lo judicial.

Si el menor posee algun oficio, v. gr. de escribano, procurador &c., que por su menor edad no puede ejercer, se ha de conceder facultad al tutor ó curador de bienes para que durante ella nombre quien los sirva; pues al menor y muger no se despachan títulos en sus cabezas por estar impedidos de servirlos. Si goza patronatos eclesiásticos y tiene beneficios ó capellanías que presentar, tambien se le ha de conferir la de hacer por sí solo su presentacion hasta que cumpla los siete años, y pasados, para que concurra á hacerla con el mismo menor, ó la apruebe; pues la que haga sin este, no sirve; porque en cumpliendo los siete años puede hacerla por sí, comparecer en juicio sin autoridad del curador para las cosas benéficas y espirituales. Y si el menor llegó á la pubertad, no tiene potestad el tutor para presentar sin consentimiento; porque los tutores no se dan á los menores para los negocios espirituales y eclesiásticos, ni en esto dependen de ellos.

CAPITULO VII.

De los Testamentos.

PARTE TEÓRICA.

LA materia de *últimas voluntades*, dice el señor Comes, en su Arte de la Notaría, es de las mas difíciles del derecho. Siendo muchas veces oscuro lo que haya entendido, ó querido el testador con lo que dejó escrito, su voluntad se congetura mas bien que no se colige á beneficio de argumentos de probabilidad. Acontece tambien con frecuencia que lo que se dispuso bien por el testador, se entienda mal por los que sobreviven,

y es objeto de opiniones muy diversas y encontradas. Esta oscuridad de las disposiciones testamentarias embaraza no solo al comun de las gentes, sino tambien a los inteligentes en la jurisprudencia, juzgando de diversa manera sobre las cuestiones, y negando unos lo que afirman otros."

"Todo esto se ha dicho para que se conozca la necesidad de que el escribano evite con el mayor cuidado y esmero en los testamentos, todas aquellas cosas que pueda nunca producir una inteligencia imperfecta ó una interpretacion dudosa. Su objeto debe ser expresar los genuinos y verdaderos sentimientos del testador, de modo que aparezca tan clara y abiertamente como sea dable lo que pensó y lo que quiso. Aunque la voluntad del testador sea oscura, siempre se ha de interpretar benignamente, en tanto que se sostenga, y valga mientras que sea posible de alguna manera. Así se dice de ordinario que las voluntades de los testadores se han de interpretar muy plenamente; y que en cuanto á esto se ha de proceder de un modo muy singular en materia de *últimas voluntades*." Este es el objeto de que va á tratarse en este capítulo.

El testamento puede definirse, segun el derecho romano: *la justa expresion de nuestra voluntad sobre aquello que queremos que se haga despues de nuestra muerte, con institucion de heredero*. Por que entre los romanos no era válido el testamento sin esta circunstancia. Jason á rub. D, de leg. 1 núm. 14, y la L. Nemo potest en el mismo, núm. 14 al fin. Segun la ley 1. tit. 1. Part. 6 es un testamento en que se encierra ó se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él

su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque despues de su muerte. Y por tal razon como esta, y porque despues de la muerte ya no lo podrá enmendar ni purgar de ningun vicio el testador; expresa la ley 3 tit. 13 de la partida citada, que *el testamento es una de las cosas de este mundo en que los hombres deben tener mas cordura cuando lo hagan*. Es de dos maneras, *solemne y privilegiado*. El primero es el que comunmente se hace con todas las solemnidades del derecho; y el segundo el que aunque carezca de ellas, vale por especial privilegio, como el del militar. Tambien se divide el solemne en *escrito ó cerrado, y en nuncupativo ó abierto*. Este se hace ante escribano y testigos, solamente ante testigos sin escribano, en cédula, ó memoria, y tambien de palabra. El testamento cerrado es el que el testador escribe ó manda escribir en secreto ¹, y despues le presenta cerrado al escribano ante siete testigos, todos los cuales con el testador firman sobre la cubierta, como vamos á decir, despues de haber indicado otras varias reglas generales que conviene tener presentes para el mejor acierto en esta materia, sobre la cual puede veerse lo que dice largamente el Febrero megitano y los autores que cita, y especialmente y por su gran concision, la práctica de testamentos del Padre Murillo Velarde, edicion tambien megitana del año de 832.

[1] Nadie puede escribirse heredero legatario ó en testamento ageno, aunque se lo dicte el testador, segun el senado-consulto Liboniano, adoptado entre nosotros por práctica universal de los tribunales superiores. *Escríche.*

Para la validacion de los testamentos conforme lo que se ha dicho, se requiere: que el que lo otorgare sea capaz de testar; que los testigos sean tambien capaces de serlo, y sean tantos cuantos exige el derecho segun la clase del testamento: que estos vean y oigan hablar al testador: que entiendan clara y distintamente lo que dice para que cuando declaren sobre el contexto del testamento, depongan contestes y de ciencia cierta: que concurren todos juntos al otorgamiento, y que en este acto no se mezcle otro diverso; y últimamente, que se haga en el papel del sello correspondiente.

Pueden hacer testamento todas las personas á quienes las leyes no se los prohiben; y las que estan prohibidas de poderlo hacer son las que no han llegado á la pubertad, esto es, los varones que no han cumplido catorce años, y las mugeres que no tienen doce: el demente ó loco, *mientras lo está* ¹; el pródigo á quien se le ha privado por la justicia del manejo de sus bienes y puéstole guardador: el sordo-mudo de nacimiento, si no supiere escribir ó declarar de otro modo su voluntad; y el religioso profeso.

El menor que ya ha llegado á la edad de la pubertad, bien puede testar aunque no tenga, pues no es necesaria, la autorizacion ni la venia de sus guardadores: la muger casada sin licencia de su

[1] Para saber y justificar si lo está ó no, debe preceder providencia judicial dada en vista de declaraciones de medico y cirujano, que juren si está ó no capaz; y asistan con el escribano y testigos al mismo otorgamiento firmándolo todos los que sepan y presentándose despues al juez, para que examinando á cuantos lo han presenciado, (en un solo intervalo ó en varios) segun lo haya permitido la salud ó cabeza del testador.

marido ni la del juez: el obispo tambien puede hacerlo con la restriccion de que no disponga de otros bienes que de los patrimoniales ó adquiridos por industria, donacion ó herencia: los clérigos seculares pueden testar no solo de sus bienes patrimoniales, y de los que hayan adquirido por industria, donacion y herencia, sino tambien de los adquiridos por razon de iglesias, beneficios ó rentas eclesiásticas, aunque hayan sido religiosos profesos; y tambien los que lo sean habiendo sido capellanes castrenses por el término prescrito por las reales órdenes de la materia.

El testador que no tiene prohibicion para testar, puede hacerlo por sí mismo y tambien por comisario, dandole poder bastante y con las formalidades necesarias al efecto.

No es necesaria en tal dia para la validacion del testamento, como dice una ley recopilada, ni la institucion de heredero ni la admision de este de la herencia; pues siempre valdrá el testamento en cuanto á las mandas y lo demas que convenga; y faltando el heredero testamentario, ya que lo fuese instituido, ya porque no haya querido aceptar la herencia, pasarán los bienes á los que tienen derecho para heredarlos *ab intestato*, y con ellos la carga de hacer y cumplir en todo lo demas la voluntad del testador. Pero conviene tener presente que no siempre ha de poder este disponer absolutamente de todos sus bienes; porque si tiene hijos ó descendientes, solo podrá disponer del quinto á favor de los extraños: si no tiene hijos el testador, y tuviere padres ó ascendientes vivos, entónces podrá disponer del tercio á favor de otras personas: si no tiene descendientes ni ascendientes,

podrá disponer de todos sus bienes á favor de cualquiera persona; y si está casado, deberá dejar á su muger, teniéndolos él y siendo ella pobre, los bienes bastantes para sacar de ellos su subsistencia.

Las cualidades que han de tener los testigos son las siguientes: Que sean varones y mayores de catorce años, y no sordos ni ciegos, porque, como queda dicho, deben oír y ver al testador: tampoco han de ser esclavos, apóstatas, condenados por traidores, ladrones, homicidas ni otros crímenes semejantes; ni pueden serlo los locos durante la locura, los pródigos privados de la administracion de sus bienes y otros que menciona la ley 9 tít. 1 Part. 6. Ademas de esto, no pueden servir de testigos, porque lo prohíbe la ley 14 tít. 16 Part. 3, los hijos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes; ni el que fuere nombrado heredero, ni sus parientes hasta el cuarto grado respecto del testamento en que se les instituya; mas los legatarios y fideicomisarios particulares bien pueden serlo en aquellos en que se les deja mandar, pues así dice la ley 11 tít. 1 Part. 5. Pero como el escribano no podrá saber quien está instituido por heredero en los testamentos que se entregan cerrados, tiene obligacion de advertir al testador que el que no hubiese sido no asista como testigo; y de este modo se precaverán dudas y contiendas sobre la legitimidad.

Generalmente debe contener el testamento el nombre y apellido del testador y los de sus padres, con la noticia del pais ó paises de su naturaleza: la invocacion á Dios, la profesion de la fe, y todo lo

relativo al entierro del cadáver, y sufragios por el alma: las mandas y legados forzosos ó voluntarios, mejoras, consignaciones y fundaciones que quisiese hacer el testador: la declaracion de sus débitos y créditos, de los matrimonios que hubiere contraído, de las dotes que hayan llevado sus mugeres, de las arras que hubiere dado ú ofrecido á estas, de los bienes que hubiese tenido al tiempo de cada casamiento, de los hijos que tuviere, su nombre, edad y estado, y lo que les hubiese dado por dote ó donacion: el nombramiento de tutores y ejecutores testamentarios: la institucion de herederos y sustitutos; y la revocacion y confirmacion de otras disposiciones testamentarias, si las hubiere hecho ¹ &c. Todo lo que se hará mas perceptible en el formulario que se pone á continuacion. Descendamos ahora á dar una idea de las diferentes clases de testamentos y del modo de otorgarlos.

El testamento nuncupativo es el que mas generalmente se hace, y se llama abierto, porque ya sea ante escribano y testigos ó ante estos solamente, sea por escrito, ó sea de palabra, todos oyen de boca del testador su voluntad. Si se otorga del primer modo, esto es, ante escribano y testigos, con solo tres bastará siendo vecinos del pueblo, y si el escribano duda de la cualidad de vecindad, segun Lopez Fando, han de asistir cinco; pero siendo ciego el testador, han de asistir al ménos cinco testigos, sean ó no vecinos, y no podrá otorgar testamento

(1) De esto se infiere que el testador puede hacer y variar su testamento quantas veces quiera; y lo mismo el heredero y otras cosas, como puede verse en los autores cuyas doctrinas quedan citadas.—E.

cerrado. De este testamento diremos despues su forma particular.

Las circunstancias de estos testigos son las mismas explicadas ántes y que se requieren para el testamento cerrado ó solemne; y ninguno tiene que firmar en el testamento, salvo que lo haga á nombre y ruego del testador, porque este no sepa ó no pueda hacerlo; siendo de notar que aunque está prohibido que los legatarios ó testamentarios puedan servir de testigos en el testamento respectivo, en caso urgente, y no hallándose estos, bien podrán serlo, y así lo aconseja el citado autor Lopez Fando.

Este mismo práctico dice tambien, que no es preciso que los testigos esten presentes interin el testador va dictando todo el testamento, sino en caso urgente, y que lo que puede hacerse es: „que habiendo antes tomado el escribano razon en su *buldufario*¹, de cuanto el testador quiera disponer, estando los dos solos para que no haya quien sugiera, lo arregle despues aquel y extienda en papel del sello correspondiente; y hecho se lo lea al testador *delante de los testigos* en voz clara y despacio, de modo que todos lo entiendan y oigan que dice que está conforme á su voluntad, y en el propio acto lo firme, ó ruegue á un testigo que lo haga por él: ni que hasta entónces pueda revelar el escribano el contenido del testamento ni presencien su otorgamiento mas que los testigos.” Pero como de este modo no oyen los testigos, como dispone la ley, de boca del testador toda su disposi-

(2) Así llamaron los antiguos el cuaderno ó cartapacio de los apuntamientos que sobre las principales cláusulas y condiciones de las escrituras llevaban los escribanos, y hacían fe.

cion, continúa diciendo: „Leida con pausa y claridad, basta que oigan al testador que queda enterado y la aprueba; pero es mas seguro, ántes de leer las cláusulas mas importantes como la de herederos, legados ú otras semejantes, se pare y haga que el testador diga sustancialmente su contenido, y leyéndolo luego, manifieste si está bien extendido: ó á lo ménos en cada cláusula, ántes de léer la cosa legada, pregunte el escribano, *¿á quien lega V. tal cosa? ó ¿qué es lo que me dijo V. legaba á N.?* y que oigan todos su respuesta; pero en cuanto á los herederos jamas el escribano le preguntará: *¿me dijo V. que instituía por heredero á N.,* sino así: *¿Á quién me dijo V. que instituía por heredero?* para que por su boca diga su nombre y las condiciones ó cargas que quiera imponerle. Por fin la prudencia del escribano le dictará las cautelas que debe usar para que en él no se presuma fraude, y queden los testigos cerciorados de la voluntad del testador; pues es asunto muy delicado.” Y si cuando va á tomar la minuta ó razon del testador halla tan gravemente al enfermo que haya peligro de que fallezca ántes de extender formalmente el testamento; en este caso se tomará la minuta á presencia de los mismos testigos que asistirían si ya estuviera extendido el testamento, y se hará que la firmen con el testador, ó los que sepan; y procediendo inmediatamente á la extension en forma, si aun vive y está capaz el testador, se pasa al solemne otorgamiento, con los mismos ú otros testigos, y verificado se romperá la minuta, pues ya no sirve; pero si no diere lugar para esto, se harán las diligencias que se dirán, como cuando el testamento es por cédula; bien que estos gastos pueden excu-

sarse leyendo el escribano el testamento ya extendido á los testigos que presenciaron la toma de razon que es verdadero otorgamiento, á fin de que hallándolo conforme lo firme uno de ellos por el testador; previniendo que todo esto ha de hacerse con la posible brevedad, sin mediar mas tiempo que el preciso, y conviene guarde despues el escribano la minuta, á efecto de que en cualquier tiempo pueda cotejarse con su contenido:” y por esto se ha dicho que seria conveniente tomase razon en el baldefario ó euaderno de minutas.

No pudiendo el testador hablar ni expresar por señas su voluntad, será inútil cualquier arbitrio que se discurra para que teste; y en tal caso es menester conformarse con que muera *ab intestato*. Lo mismo sucede cuando el testador no entiende el idioma del pais, y no se halla intérprete que manifieste á los testigos su voluntad en los términos indicados arriba.

Para que sea válido el testamento otorgado solamente ante testigos, se requieren segun la ley de Partida siete testigos, si no son vecinos del pueblo en que se haga; y cinco si lo fueren; y siendo el lugar en que no haya tantos, opina el señor Lopez Fando, que bastarán solo tres; y si el testador es ciego, han de ser precisamente ocho, tengan ó no la cualidad de vecinos.

Los testamentos que se hacen sin escribano pueden ser de dos maneras: por *cédula* y de *palabra*. Si es por cédula, ha de escribirla ó dictarla el testador, quien ha de firmarla con los testigos, y será siempre muy bueno que se escriba en papel sellado; aunque la ley no lo manda expresamente. Si es de palabra, bastará con que el testador ex-

plique su voluntad verbalmente ante los testigos dichos.

El testamento escrito ó cerrado, es el que se hace en escritura cerrada, signada en la cubierta por el escribano, firmada por este, por el testador, y siete testigos presenciales, ignorándose regularmente por el escribano y por los testigos cual es su contenido. Ll. 1 y 2 tit. 4 lib. 5 de la R. que es la 2 tit. 18 lib. 10 de la Nov. El modo en que se otorga es el siguiente: Despues de escrito en papel comun y mejor es en papel del sello cuarto, ya sea de mano del testador ó de otra por su órden, firmado y cerrado, le ha de entregar al escribano á presencia de siete testigos bajo esta forma: *Este es mi testamento.* Recibido por el escribano, pone sobre la cubierta, que podrá ser del sello cuarto, razon de su otorgamiento, la firma con el testador y tambien con los testigos, poniendo su signo y la suscripcion de estilo, como manda la ley 2 tit. 1 part. 6.

Si alguno de los testigos no sabe firmar, lo hará por el otro de los mismos siete, firmando dos veces, una por sí y la otra por el que no sabe. Lo mismo se ha de observar aun en el caso de que uno solo de los testigos sepa firmar, esto es, que pondrá tantas firmas cuantos testigos concurrieren, y pondrá la suya por separado, de manera que siempre se cuenten ocho firmas con la del testador, de este modo: *A ruego del testador: Juan Dominguez.—Por Francisco Rodriguez, testigo: Juan Dominguez.—Por Diego Fernandez, testigo: Juan Dominguez.—Por mí; Juan Dominguez.* Mas si el testador y ninguno de los testigos saben escribir, no será válido el testamento aunque el escri-

bano pusiere nueve veces su firma, por sí y por los demas.

Las cualdades. de los testigos ya se han explicado, y solo resta decir que no es necesario que sean rogados como antiguamente, ni tampoco que sean vecinos del mismo pueblo, aunque sí es muy conveniente porque se hallarán mas pronto y con ménos dificultad al tiempo de la apertura del testamento.

Tambien se ha dicho, que cuando se otorgue ha de ser empezándolo y concluyéndolo en un mismo lugar y acto sin intermision de otro extraño; pero esto se entiende sin perjuicio de que ú por el mal estado del enfermo, ó si estuviere loco, en los interválos lúcidos que tenga la interrupcion, ó por otra urgencia semejante no se pudiere impedir, esta no anulará el testamento.

Así otorgado, y habiendo ratificádolo el testador para que el escribano asiente su otorgamiento, como queda dicho, se volverá al testador, quien lo custodiará en su poder ó lo pondrá en el de la persona que quisiere hasta su fallecimiento; pues el escribano no debe guardarlo hasta que se abra y publique, porque hasta entónces no pasa á ser instrumento público. Hablemos ahora de los codicilos y demas procedimientos en que se consignan las últimas voluntades.

Ademas del testamento nuncupativo y del testamento cerrado hay otras disposiciones testamentarias, como son los codicilos, las declaraciones de pobre, el poder para testar; y por costumbre, las memorias reservadas de que tambien se hablará á su vez en este capítulo. En las tres primeras se exigen las propias solemnidades que en los

testamentos; pero en las memorias reservadas ninguna otra sino que se cite, y mande observar por el testador en su testamento, con las señas, ó en la forma que en él se prevenga.

El codicilo se define, segun Comes: una cierta disposicion de última voluntad sin institucion de heredero: segun la ley 3 tit. 12 Part. 6, escritura breve que hacen algunos homes despues que son fechos sus testamentos, ó ántes; y segun las leyes últimamente citadas de la Nueva y de la Novísima Recopilacion, una disposicion ménos solemne ordenada por el testador, á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento. Se distingue, segun Sala, de los testamentos, en que habiendo estos, no pueden suceder los herederos por intestado, y si sucede habiendo codicilo, como que puede preceder al testamento y morir el que lo hubiere hecho intestado. Tambien se distingue en que en el testamento debe hacerse necesariamente la institucion de heredero, y en el codicilo no se puede hacer. Los codicilos siguen el mismo órden que los testamentos, y como estos pueden ser tambien cerrados ó por escrito, y abiertos ó nuncupativos, y por lo mismo se ha dicho que para su validacion es menester que intervengan las mismas solemnidades; siendo de advertir que en los codicilos cerrados son necesarios cinco testigos que los firmen: que pueden hacerse varios codicilos, y que todos valdrán si no son contrarios: que los que no pueden testar no pueden hacer codicilos: que como se ha dicho, no se puede hacer tampoco institucion directa de heredero, aunque si son abiertos, como que exige las mismas solemnidades que los testamentos, valdrán como tales, segun la

ley 2 tit. 12 Part. 3; y últimamente, tampoco producirá efecto alguno la desheredacion ó institucion hecha en los codicilos, ni la condicion que se ponga al heredero nombrado en testamento, á ménos de que en este se haga referencia á la condicion del codicilo, como dice Tapia en el Febrero novísimo lib. 2 tit. 2 cap. 22 núm. 2. Solo puede, pues, legar, disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte, y especificar el delito cometido por el heredero instituido contra el testador, por el que desmerezca la herencia, y siéndole probado, queda destituido, segun dice la ley 2 tit. 12 Part. 6.

Como el poder para testar es una comision ó mandato que el que no quiere ó no tiene por conveniente disponer determinadamente de sus bienes da á otro para que á su nombre haga, su testamento, y así lo dicen las leyes 5 y siguientes tit. 4 lib. 5 de la Recop. que corresponden á la ley 1 y 2 tit. 19 lib. 10 de la Nov., puede otorgar este poder todo el que sea capaz de testar; y conferirsele á quien tambien la tenga, bien sea uua ó mas personas, hombres ó mugeres, con tal de que sean mayores de diez y siete años, y que se haga como se ha dicho, con las mismas solemnidades que el testamento. Por lo mismo debe contener el nombre, apellido, patria, vecindad y estado del otorgante y de sus padres, la protesta de la fe, nombre y apellido del apoderado que se llama comisario, institucion formal de herederos, nombramiento de testamentarios, revocacion de disposiciones anteriores y facultad á dicho apoderado para solemnizar el testamento, dándole cuantas el otorgante pueda, excepto aquellas que no pueden darse, como

son nombrar por tutor de los hijos, mejorar, desheredar ó sustituir pupilar, vulgarmente ni de otro modo á los hijos, aunque sí podrá darle facultad especial para que de personas ciertas, expresadas por sus nombres en el poder, elija para tutor de los hijos la que quisiere el comisario; y para que de los dichos hijos, explicando tambien sus nombres, mejore en la cantidad y al que de ellos le parezca; pero no podrá dársele para que designe los bienes en que haya de pagarse la mejora; y en cuanto á exheredacion debe el poderdante nombrándola, señalar por sí mismo la persona, á quien se haya de exheredar por el apoderado con comision para especificar las causas, si no quisiere hacerlo el testador; y tambien se necesita facultad especial para sustituir el poder en una de las personas que en él se señalen y no en otras, aunque, segun Lopez Fando, no se digan sus nombres sino su oficio, empleo ó profesion, y lo mismo se entiende para elegir testamentarios, queriendo hacerlo, v. gr. de este modo. Doy facultad para que pueda sustituir el poder ó nombrar testamentario á cualquiera de los individuos de tal collegio ó clase, á un abogado, mercader &c.

Cuando el testador no designó heredero ni dió poder para ello al comisario, sino solo para que hiciera su testamento, no podrá el apoderado hacer otra cosa que pagar las deudas y aplicar el quinto de los bienes del difunto por su alma, pues se supone que murió intestado; lo mismo se dice si el testador comenzó á hacer el testamento, nombrando heredero y despues confirió poder general para que lo concluyese ú ordenase el comisario, porque en sentir de Lopez Fando y otros autores

que citan las leyes de la materia, tambien se supone que murió *ab intestato*, y en tal caso el comisario no tiene tampoco otras facultades que las de declarar las deudas y pagarlas, disponer de la quinta parte de los bienes en beneficio de la alma del testador, dejando los demas á los parientes que lo deban heredar; pero esto se entiende, segun Murillo, si el poder no se extiende á mas; y si los parientes no son ascendientes, porque si lo son, en vez del quinto, podrá disponer del tercio de los bienes del difunto para bien de su alma.

Habiendo otorgádose el testamento por el comisario, ya no podrá revocarle ni otorgar codicilo, así como tampoco puede revocar en todo ni en parte el testamento ó codicilo hecho por el poderdante sin expresa facultad para ello.

Teniendo término señalado por las leyes el comisario para hacer el testamento si el testador no lo proroga por todo el que necesite, es preciso que lo solemnice dentro de cuatro meses desde el dia en que se le dió el poder, si estaba presente, dentro de seis si estaba ausente; y dentro de un año si no estaba en la república, sin que pueda alegar ignorancia, porque estos términos corren contra el ignorante, aunque para que no corran pueda renunciarse por el testador la ley que le impide prorrogarlos, que es la 33 de Toro y 8 del tit. y lib. de la Recop. citados arriba.

El poder para testar puede contener, á mas de lo dicho, todo cuanto el poderdante quiera, como legados, declaraciones, mejoras, sustituciones &c.; y no es necesario que asista á su otorgamiento (aun quando fuere por marido y muger ú otras personas que se lo confieran recíprocamente para que

el que sobreviva solemnice el testamento del que fallezca primero) mas número que los testigos que son necesarios para el testamento nuncupativo y de iguales circunstancias; pues en este caso el otorgamiento es uno solo, como el de los testamentos que tambien pueden hacer dos ó mas personas, segun regularmente lo ejecutan cuando son marido y muger ó hermanos y amigos.

Cuando se nombran muchos comisarios para que entre todos hagan el testamento, no podrán hacerlo unos sin otros; pero si alguno muere, ó aunque le requieran los demas no quisiere concurrir, procederán los restantes; y no poniéndose todos de acuerdo en lo que se haya de hacer, se estará á lo que determine la mayoría, y en caso de igualdad á lo que decida el juez del lugar; y siendo estos varios, será el que elijan los comisarios; y no conviniéndose ni en esto, se habrá de escoger por suerte; mas si el poder es para cada uno de los nombrados, á este deberá estarse; y por tal razon aconseja Lopez Fando, que debe darse el poder á cada persona *in solidum*. El testamento hecho en virtud de poder para que sea válido y legítimo, ha de llevarlo inserto á la letra, y despues se ordena segun diga el comisario, pues así se evitan las dudas de que lo que en él se hallare dispuesto sea contrario á las intenciones ó excesivo de las facultades que otorgara el testador á su comisario.

La declaracion de pobre es un testamento en que despues del nombre, filiacion y protesta de la fe declara el testador ser pobre, pide al párroco le mande enterrar de limosna, instituye heredero de los bienes que por suerte pudieren corresponderle en lo sucesivo, revoca las disposiciones anteriores,

y se concluye su otorgamiento con igual solemnidad que los de los ricos.

En estas declaraciones puede nombrar tutor á los hijos, hacer mejoras, sustituciones, legados, fundaciones, exheredaciones y demas que en los otros testamentos; pero hablando siempre en orden á los bienes que despues pueda tener, porque careciendo de ellos, seria necedad ó insensatez querer disponer de lo que no hubiere.

Ademas de lo dicho deben tenerse presente las siguientes reglas generales: que el testador no puede prohibir que el ordinario de su diócesis cele sobre el cumplimiento de las capellanías colativas ó memorias de misas que fundare: ni mandar que á los tutores de sus hijos no se les pida cuentas de la administracion de sus bienes: que si nombra por tutora á la madre, puede consignarla frutos (si no son muy cuantiosos) por alimentos, y así no tendrá que dar cuentas: que tampoco puede prevenir que no valga contra su testamento la costumbre ó fuero del pueblo donde tenga bienes ó domicilio; ni mandar que su heredero usufructuario no haga inventario, ni dé fianza de restituir los bienes al propietario, y usar bien de ellos; y que sí podrá si quiere disponer que el usufructuario venda los bienes que tuviere necesidad, encargandole sobre ello la conciencia, ó instituyéndole propietario de los que así venda, y mandando que el nombrado por su heredero en propiedad se contente con lo que aquel dejare, y en su defecto se estime por su universal heredero al usufructuario; y últimamente, que aunque, como dice Febrero al núm. 4 cap. 17 tit. 2 lib. 2 tratando de los ejecutores testamentarios, aparece en todos los testamentos dada á los tes-

tamentarios *facultad de apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda, ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*, no deben mezclarse los particulares ¹ en otra cosa que en lo respectivo a su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por precepto de los testadores: por lo que no debe tener mas vigor que para lo referido, ni los escribanos ponerla si no con la limitada expresion de lo que en el testamento les encarga específicamente, fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice el señor Cobarruvias y contra él debe proceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el secular á pedimento de los interesados en legados y otras cosas; y no es justo que un extraño, ó aunque sea pariente, se apodera con el especioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos ó forzosos; pues estos deben percibirlos directamente del testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños los herederos, intervendrán los albaceas en aquello para lo que los autorice el testador, bien que suele ser bastante comun darles amplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad, y es muy conveniente para evitar disputas." En la parte práctica va puesta la planta ó modelo de las cláusulas que en tal caso suelen extenderse. „Sin embargo de ellas, continúa Febrero, y de que podrán en el caso referido hacerlo todo como testa-

[2] Se sabe muy bien que hay testamentarios universales y particulares cuyas distinciones pueden verse con otras en el autor que se acaba de citar, y seria muy largo de tratar aqui.—E.

tamentarios universales, no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la *cuarta falcidia* ¹, á ménos que el testador prohíba que se saque, y mande que se contenten con lo sobrante, aunque les toque ménos que á los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares; porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de sus herederos tiene derecho á ellos, puede gravarlos é imponerles todas las honestas y posibles condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el testamento confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subhasta ó almoneda, como lo manda la ley 62 tít. 18 Part. 3 para evitar todo fraude y sospecha contra ellos."

Siempre que el testador en un testamento ó codicilo nuncupativo quiera que alguna cláusula de él no se lea ni publique hasta el tiempo que prefiniere, han de coserse y cerrarse las hojas que no hayan de publicarse, de manera que no puedan leerse, y expresará en las que quedan abiertas cuantas cláusulas contienen aquellas, pero no su contexto, y si están escritas ó firmadas del testa-

[1] Cuarta falcidia se llama el derecho que el heredero instituido tiene de deducir para sí la cuarta parte de los bienes de la herencia, quitando proporcionalmente á los legados, fideicomisos particulares y donaciones *mortis causa* lo que necesite para acabalarla, cuando el testador repartió su hacienda en legados sin que quedase á lo ménos dicha parte para el heredero. Para computarla se ha de atender al valor que tenían los bienes al tiempo de la muerte del difunto, hechas deudas y gastos, siendo por tanto del heredero el aumento ó decremento posterior de la herencia.