se lo mismo respecto á la enagenacion de bienes reservables que, los "fijos deuen cobrar, e auer despues de la muerte de su madre;' por que miéntras que el padre tiene la propiedad de los bienes reservables al ménos durante algun tiempo, nunca tiene la de los bienes profecticios ó adventicios del hijo; y por lo mismo, segun dichas leyes, el viudo puede enagenar unos y otros bienes y el hijo cuando es enagenada su legítima paterna ó materna, debe renunciar el derecho de heredar al viudo puesto que no puede ser al mismo tiempo acreedor universal y heredero tambien universal del mismo viudo. Así es que hecha la enagenacion de los bienes reservables, debe subsistir; y parece que el hijo, para poderlos reclamar únicamente de los bienes del viudo y nunca del poder del tercer poseedor, debe renunciar igualmente el derecho de heredar al viudo, al ménos en la parte de sus bienes afecta al pago de los reservables, pues en ella no testa sino que paga el testador. Las demas partes de estas leyes no son relativas á nuestro actual objeto, y por eso no nos ocupamos de ellas.

De las últimas leyes de Partida resulta que no es esacta la doctrina de Febrero; pues miéntras que este afirma que "desde el momento que la viuda contrae segundo enlace, pertenece á sus hijos la propiedad de los bienes reservables," la ley, como hemos visto, exige dos requisitos: primero, el nuevo matrimonio de la viuda, y segundo, su muerte para que despues de esta pasen á sus hijos los bienes reservados; pero sí es incuestionable, que conforme á la ley 6 Part. 1º tít. 9 lib. 5 del Código, el viudo, al pasar á segundo enlace debe inventariar escrupulosamente todos los bienes que á él introduce.

Que las mencionadas leyes de Partida, relativas á la reservacion de bienes, han sido confirmadas por las de la Nov. haciéndose sus disposiciones estensivas al marido viudo, lo persuade la 7 tít. 4, lib. 10 de la Nov., que es la 4ª tít. 1, lib. 5 de la R., y 15 de Toro; cuyo testo es como sigue. "En todos los casos que las mujeres, casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que hubieren del primer marido, ó

hereden de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez, *sea obligado á reservar la propiedad de ello á los hijos del primer matrimonio;* de manera, que lo establecido acerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez, *haya lugar en los varones que pasan á segundo ó tercero matrimonio.*

CAPITULO OCTAVO.

Modo de elevar á instrumentos públicos los testamentos ó codicilos cerrados, los ológrafos y las disposiciones verbales.

¿En qué términos deben presentarse al juez el testamento cerrado, el ológrafo y declararse la disposicion verbal? ¿quien debe pedir la elevacion á instrumento público del testamento cerrado, del ológrafo y la declaracion del verbal? ¿qué debe preceder, acompañar y seguir á la peticion referida? ¿puede celebrarse pacto ó transaccion, ántes de publicarse el testamento, sobre los derechos que se tengan ó juzguen tenerse á lo dispuesto en el mismo testamento? Hé aquí las cuestiones que examinarémos en los siguientes párrafos, para dar término á esta cuarta parte.

PARRAFO I.

¿En qué término deben presentarse al juez el testamento cerrado, el ológrafo, y declararse la disposicion verbal?

El que tuviere en su poder el testamento ó codicilo cerrado, el testamento ó codicilo ológrafo, ó el que aun sin tener tales docu-

mentos se creyere con derecho á lo en ellos ordenado, deben dentro de un mes contado desde la muerte del testador, presentar su disposicion testamentaria ante el juez de primera instancia del lugar en que murió el mismo testador ó pedir que se presente. Que las referidas personas tienen el derecho de pedir la apertura de tales disposiciones tastamentarias, lo dice la ley 1ª tít. 2 de la Partida 6ª, y que esto debe hacerse dentro del citado mes, lo declara la ley 5 tít. 18 lib. 10 de la Nov., que es la 14 tít. 4 lib. 5 de la R., y 13 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real; y aunque hablan de los albaceas, creemos que son estensivas á todo el que tenga la disposicion del testador, porque respecto de todos existe la misma razon, y por lo mismo existe ó debe existir el mismo derecho.

Las mismas personas pueden pedir la recepcion de las declaraciones de los testigos ante quienes el testador hizo verbalmente su disposicion testamentaria, y que ésta se eleve al rango de instrumento público. Así lo dispone la ley 4 tít, 2 de la Part. 6ª, en estas palabras: "Ante testigos paladinamente seyendo fecho el testamento, o sin escritura, si alguno de aquellos a quien fue algo mandado en el, pidiese al juez que fiziese venir ante si los testigos, e recibiesse los dichos dellos en escrito, en la manera quel testamento fuera ordenado ante ellos, deue el juez facerlo así."

CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 592 al 599; el francés en el 1,007; el de la Luisiana en los 1,643, 1,648 y 1,650; y el napolitano en el 933: están absolutamente de acuerdo en la sustancia con nuestra legislacion en este punto.

PARRAFO II.

¿Quién debe pedir la elevacion á instrumento público del testamento ó codicilo cerrado, del ológrafo y de la declaracion del verbal?

La elevacion del testamento ó codicilo cerrado, del ológrafo y de la declaracion del verbal á instrumentos públicos debe ser pedida

por el interesado á lo dispuesto en tal instrumento, ó por quien tuviere su poder jurídico con facultad para esto.

La manera de practicar lo espuesto es la siguiente. El interesado ocurre al juez de primera instancia solicitando lo dicho y protestando no proceder de malicia. El juez en vista de la solicitud y del testamento ó disposicion á que se refiere, mandará, si no fuere acompañado de tal instrumento, que conforme á la ley 2 tít. 2 de la Partida 6ª, se le presente por la persona en cuyo poder obrare, para hacer la apertura, publicacion y demas cosas necesarias y prévias.

Si la disposicion del testador hubiere sido verbal y lo que solicitare el interesado fuere la recepcion de las declaraciones de los testigos ante quienes fué hecha por el testador, el juez mandará recibir la informacion y fecha, que se tenga por testamento público.

Igual cosa á la que hemos dicho debe hacerse con las memorias simples, se debe practicar en el testamento ológrafo, es decir, con el testamento escrito y firmado, ó simplemente firmado por el testador militar, único caso en que nuestra legislacion, aunque sin decirlo, admite el testamento ológrafo.

PARRAFO III.

¿Qué debe preceder, acompañar y seguir á la peticion y elevacion referidas?

Antes de proceder á la apertura del testamento ó codicilo cerrado debe el juez con vista de la peticion que se le haga con tal objeto, proveer un auto citando á su presencia á los testigos instrumentales; y despues de haberles recibido el respectivo juramento ó protesta de decir verdad, presentarles las firmas que dicen ser suyas á fin de que si en efecto lo fueren, las reconozcan, haciendo lo mismo con la del testador, á quien forzosamente deben haber visto firmar, ó con la de la persona que á su nombre lo haya hecho, ya por no saber y ya por no poderlo hacer. En seguida depondrán lo que sepan ó les conste

relativo al fallecimiento del mismo testador. El escribano pondrá fé de la muerte del testador ó de haberlo oido decir, ó de haberlo conocido vivo y visto hecho cadáver, ó de que en la casa del finado se le informó de que el cadáver que se le mostraba era el de la persona de quien se trata, &c. &c., segun fuere el caso, y sin que por estos medios no se acredite la muerte del testador, no se debe abrir el testamento. Y constando la certeza del otorgamiento y viendo el juez que el testamento ó cuaderno cerrado en nada es sospechoso, ha de abrirlo ante los testigos y el escribano, y despues de leerlo en lo particular por si contuviere alguna cosa que no deba publicarse, lo entregará al escribano para que lo lea y publique delante de todos, haciendo despues se reduzca á escritura pública por otro auto, mandando se tenga y estime por testamento y última voluntad del difunto: que se den á los interesados los testimonios y traslados que pidieren de lo que les corresponda: que se protocolicen en los registros del escribano ante quien se ha abierto, las diligencias practicadas, interponiendo el juez en toda forma para su mayor validacion y firmeza su autoridad en cuanto ha lugar en derecho, pues hasta que se abra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es en realidad por no haberse publicado su contenido que ignoran el escribano y testigos, por lo ménos éstos. Así lo dicen las leyes del tít. 2 de la Part. 6ª

Respecto de las simples cédulas y testamentos verbales, dije, en su lugar, que debian ser elevados al rango de testamentos á peticion de los interesados; y en virtud de esto añado, que á consecuencia de tal solicitud, se harán comparecer los testigos que intervinieron y presenciaron las manifestaciones del testador, los que, bajo juramento, y prévia citacion de todos los interesados, declararán al tenor de lo pretendido, reconociendo en forma legal sus firmas en el caso de haber autorizado con ellas el papel ó cédula que se presenta. Y resultando por estas declaraciones cuál fuese la disposicion testamentaria del finado, se declarará así, se mandará protocolizar por el escribano que actúe, y surtirá los mismos efectos que si se hubiera otorgado ante escribano público. Ley 4 tít. 2 Part. 6ª

Respecto del testamento ológrafo dirémos: que ó éste es de militar ó no: si lo primero, como es privilegiado, segun vimos en su lugar respectivo, vale, y se prueba su autenticidad por la confrontacion de firmas y quizá con el testimonio de algun testigo presencial ó de oidas del mismo testador; aunque esto todo es muy arriesgado y fecundo en dificultades y por tanto deberia suprimirse: y si lo segundo, no tiene valor alguno ni uso entre nosotros; así es que no nos ocuparémos de ellos, pues aun en el caso de que alguno se presentara, bastaria para probar su autenticidad hacer lo que con el militar. Mas, repetimos, tales testamentos no valen por nuestro derecho.

Cuando no puedan ser habidos los testigos ó alguno de ellos, bastará que comparezca la mayor parte, y luego el juez mandará el testamento á donde estuvieren los demas testigos para que reconozcan sus firmas; y si hubieren muerto ó se cree así, ó se ignorase su paradero, deberá hacerse informacion de ello, de la legalidad del escribano que autorizó el testamento, en caso de haber muerto, de que al tiempo del fallecimiento del testador vivian y estaban en el lugar en que se otorgó, y de que no tenian impedimento legal para autorizar, el escribano, y ser testigos, los que firmaron como tales.

Si viviere el escribano que autorizó el testamento, tambien debe reconocer su firma y signo.

Despues de todo lo dicho en este y anteriores párrafos, el juez debe dar traslado del testamento íntegro, á los herederos del testador; pero á los demas interesados en él, tan solo se les ha de dar de lo que les pertenece, con espresion del dia, mes y año en que se hizo, para que no se pueda cometer falsedad alguna. La práctica general es, dar testimonio al interesado únicamente, con insercion literal de la cláusula que le compete, y cabeza y pié del testamento, lo cual no puede ocasionar perjuicio, falsedad ni fraude, y sí economía en los gastos que tiene que hacer. Leyes 103 tít. 18 Part. 3ª y 5ª tít. 2 Part. 6ª

Siempre que el testador prohiba que su testamento, ó parte de él, se abra hasta el tiempo que prefije; ó que se publique alguna cláu-

sula determinada, ha de observarlo así el juez, y mandar, por sí, aunque el testador no lo haya ordenado, que no se dé copia de alguna cosa que contenga, si de darla ha de resultar perjuicio, cual lo es la publicidad de aquello que el testador quiso permaneciera oculto. Ley 4, 5 y 6 del tít. 2 Part. 6ª

CONCORDANCIAS.

Segun el art. 598 del Código español. resultando de las declaraciones conformes de los testigos la legitimidad del otorgamiento, el juez lo declarará por testamento nuncupativo, y mandará que como tal se observe y cumpla, y que se protocolicen los autos practicados, en los registros de escrituras públicas del escribano actuario, dándose á los interesados las copias y testimonios convenientes de manera que hagan fé.

PARRAFO IV.

¿Puede celebrarse pacto ó contrato, ántes de publicarse el testamento, sobre los derechos que se tengan ó juzguen tenerse á lo dispuesto en él?

"No puede, dice Febrero, hacerse pacto, concierto ni transaccion ántes de la publicacion del testamento cerrado, sobre la herencia ó legados que contiene; y si se hace, es nula, porque puede haber dolo y ser engañado el interesado en ellos. Por tanto, aunque uno afirme con juramento que el testador legó cierta cosa y demande al heredero para su entrega, si en virtud del juramento se la diese, deberá restituirla si despues de abierto resulta no ser cierto." Ley 25 tít. 11 Part. 3ª

Hemos visto todo lo relativo á la apertura del testamento cerrado, á la elevacion á instrumento público de la disposicion verbal del testador hecha ante testigos, y las diligencias que á lo espuesto deben preceder, acompañar y seguir, y con esto terminamos la presente parte.

FIN DE LA CUARTA PARTE.

DE LAS SUCESIONES

TESTADAS E INTESTADAS

QUINTA PARTE

EXAMEN DE LOS INSTRUMENTOS EN GENERAL

y de los testamentos bajo este aspecto