

rificándose el nombramiento en el papel, y no dudándose de la fe de la memoria, ó cédula privada, serán válidos; pero no, si habláre 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 otro (1).

273 Puede prohibir el Testador que su testamento cerrado, ó la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el día que prefine (2), y por consiguiente puede ser en parte abierto, y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los Testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ó loco, ó fatuo, y lo substituyen, ó le dexan algun legado, nombrando á otro á su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ó que sea incapáz de testar, no maquine su muerte el substituto por heredarle (3); 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 cuántas son) cosidas (ó cerradas, segun estén) dentro de este quaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dexo 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 encarga al Señor Juez que de su apertura conociere, no altere, ni permita se tergiverse, ni interprete total, ni parcialmente esta disposicion, porque así conviene, y es mi deliberada voluntad.*

274 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 quantas cláusulas contienen, pero no su contexto. Si el Testador puede escribirlas, ó firmarlas, lo executará, porque esto es lo mas seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean es suficiente en su otorgamiento.

(1) Gutier. repet. leg. Nemo potest. n. 248. y lib. 2. pract. quæst. 41. n. 4. y 5. Cast. lib. 4. controv. cap. 20. n. 29. y sig. Mantica de Conject. lib. 4. tit. 4. n. 6. y sig. Albarad. de Conject. mente defuncti lib. 3. cap. 2. §. 1. n. 2. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. n. 13.

(2) Leyes 5. y 6. tit. 2. P. 6. (3) Ley 6. tit. 2. P. 6.

Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula que dexo estendida en el número precedente.

275 El testamento como acto puramente extrajudicial puede otorgarse de dia, y de noche (1), al modo que los contratos (2). Quando el Escribano tome la minuta, ó razon de él para estenderlo, 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 dexarle 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 éstos á la toma de razon, y la firmarán, á fin de que precedidas sus contextes deposiciones, se reduzca á escritura pública, y se declare por testamento, y última voluntad del Testador, como si lo hubiera hecho en cédula ante ellos sin Escribano; y aunque para evitar estos gastos puede éste estenderlo 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 puede ocurrir, si se dudáre de su contexto; lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de estendido (a). Pero sin embargo de que el testa-

(1) Ley ad testium 22. §. Posse. ff. Qui testam. facere pos. (2) Ley Non minorem 20. Cod. de Transact. Parl. lib. 2. cap. 20. n. 10.

(a) Si el Escribano toma á solas con el testador la nota de su disposicion, y despues leyéndola ante los testigos se le pregunta, si es aquella su última voluntad, y respondiése que sí, este es testamento nulo segun algunos AA. y segun otros sospechoso, á menos que por otra parte conste que aquella fué su voluntad. El Escribano puede haber añadido alguna cosa, y agravado y enagenado al testador por la enfermedad, no entender bien la leyenda: á lo menos los testigos no pueden deponeer de sus verdaderos sentimientos en aquel estado, sino pronunciando-

mento 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 de todo, 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).

276 El Escribano debe preguntar indiferentemente al Testador: *á quien dexa 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 libre voluntad. Sin embargo si él ó qualquiera otra persona que no sean interesados ni sospechosas se lo 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 AA. (2), y dexo expuesto; pero lo mejor es que no lo haga, para que no se le atribuya á pasion, ó interes, de los que debe estar enteramente desnu-

los él mismo. Esto es expresarse á medias, mitad con su lengua y mitad con las agenas, lo qual no es conforme al modo y claridad de expresion que piden precisamente nuestras leyes. Un testador que solo dice que sí, á preguntas que se le hacen, parece que mas testa con la voluntad agena que con la propia contra la naturaleza del testamento. En prueba de la desconfianza que merecen los testamentos en los últimos períodos de la última enfermedad, son recomendables dos leyes antiguas.

„ Este es fuero de Castella, que todo ome fijoalgo que sea mañero „ (sin sucesion), seyendo sano, pueda dar de lo suo á quien quisier ó „ vender; mas de que fuer alechigado de enfermedad acuitada de muerte „ de que morier, non puede dar mas que el quinto de lo que ovier por „ sua alma, é todo lo al que ovier, debenlo heredar suos parientes que „ ovier ansi como hermanos. Fuero viejo de Castilla l. 1. t. 2. lib. 5. Es- „ te es fuero de Castella; que ningun ome despues que fuer doliente, é „ cabeza atado, non puede dar nin mandar ninguna cosa de lo suo mas „ del quinto; mas si él vinier, ó lo trogeren en su pie á concejo, ó á uso „ de Iglesia é non trager, toca, vala lo que ficier. *l. 6. del mismo tit.*

(1) Ley 103. tit. 18. P. 3. (2) Gom. en la ley 3. de Toro n. 110. y sig. Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. n. 4. al 9. Cast. lib. 4. Controv. cap. 27. n. 14. Mantica de Conject. lib. 2. tit. 6. n. 9.

do, y no hacer propios los negocios agenos en ningun caso, ni con pretexto alguno, porque su oficio es, y debe ser absolutamente imparcial.

277 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 profiriera, porque no se le entiende; ó del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorize 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 (1); 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 pronunciacion (2); y tambien quando sabe leer, y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues éstos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gom. en la ley 3. de Toro, n. 111. apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejo al Escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

278 Queda explicado que el loco puede testar principiando, y concluyendo su testamento durante los lucidos 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 constandingo estarlo, y pareciendo lo

(1) Ley Jubemus 29. Cod. de Testam. versic. Si enim: Gom. en la ley 3. de Toro, n. 110. Covar. cap. Cum tibi n. 4. de Testam. (2) Ley Quoniam indignum. 15. Cod. de Testam.

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 dar fé) 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 demás que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad, y reflexión, sin dexarse llevar de pasion, ni interés, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del Médico, y Cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á estender 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 evaquado todo, se presentará al Juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los concurrentes al acto.

279 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 impórta 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 estrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiese un intérprete autorizado por el Gobierno, deberá buscarsele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es quando otra persona qualquiera inteligente en la lengua del Testador hará sus veces. El interesado en la herencia solici-

tará 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.

280 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 Senado Consulto Liboniano (a), y el

(a) La ley *Cornelia* castigaba como falsario al que escribiendo el testamento de otro, se ponía fraudulentamente por heredero en todo ó en parte, ó se asignaba alguna manda ú aprovechamiento, sin ordenarlo ni dictarlo el testador. El Senado-consulto Liboniano, ó mas bien, el Senado-consulto Claudiano, añadió, que aun dictándolo ú ordenándolo el testador, no solo fuese incapaz de la herencia ó manda, sino que fuese castigado con la pena de falsario impuesta por la ley *Cornelia*; aunque en verdad no habia falsedad. Tambien se incurria en la misma incapacidad, y en la propia pena, si fuese instituido heredero ó legatario, aun dictándolo el testador, el hijo ó esclavo del que lo escribía. Lo sospechoso y arriesgado de semejantes instituciones hizo prohibir aun lo permitido para evitar la ocasion tan próxima del crimen. Tales instituciones y legados ó mandas se tenian por no escritas, y cedian á beneficio de los demas herederos. Como en nuestra legislacion no hay una ley igual, que declare delito, ó que prohiba y anule un acto en sí indiferente y libre, no incurria el escribiente en pena alguna, ni seria incapaz de percibir la herencia ó manda que escribió dictándolo el testador. No quiere esto decir que se pongan generalmente á salvo las disposiciones á favor del que las escribe en el testamento: en muchas circunstancias serán sospechosas; este es negocio de los jueces. Pero si consta que el testador las dictó, como no hay entre nosotros una ley igual á la del Senado-consulto Claudiano, ó sea Liboniano, habrán de sostenerse. Solo se dispensaba de la pena de falso, impetrando indulto del Príncipe, al que de buena fe, por ignorancia de la ley, ó por respetos que debiese al testador, á quien no podia menos de obedecer como el hijo y el esclavo, se habia escrito heredero ó legatario, ordenándolo aquel; mas no por eso se le declaraba capaz de percibir la herencia, ni el legado. Para remover toda sospecha, será buena prevencion en este caso, como lo era de necesidad entonces para que cesasen todos los efectos del Senado-consulto, ponga y firme la aprobacion de su testamento. Si era un extraño el amanuense instituido, debia ser especial esta aprobacion, diciendo: *He dictado y reconocido las disposiciones de este mi testamento concernientes á fulano que lo ha escrito. A todos reputaba estraños el Senado-consulto menos al hijo y al esclavo; respecto de los cuales era bastante la aprobacion general, en que dixese he dictado y reconocido este mi testamento. El uso de estas prevencio-*