

Escribano hace veces en él de dos testigos: la segunda, porque su aprobacion, y autoridad se requiere esencialmente para su validacion, pero puede autorizar su testamento cerrado, y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio, á nadie daña (1). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos y demás requisitos prescriptos por la ley quando no concurre Escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizara en cédula, (á cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion, ó engaño) porque la fé y autoridad que se dá al testamento, no consiste solo en que el Testador permita que un tercero se instituya, y escriba por su heredero, sino en que lo presencién los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro qualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo, y observando la solemnidad, y formalidad prefinidas por derecho, porque en el Escribano concurren dos personalidades, una pública, y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, al modo que separadamente, ó en distintos de cada una (2).

281. Se duda si en el testamento, ó en otra última disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el Escribano dé fe del conocimiento del Testador, ó bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley Recopilada (3). Algunos AA. dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el Testador es ó no el mismo que

nes será ahora tambien oportuno para remover toda sospecha. El Senado-consulto dispensaba tambien al menor asi de la pena como de la incapacidad. Si se instituyen reciprocamente por herederos marido y muger, cesa tambien la presuncion de fraude. Véase á Cujac. in lib. 86. Salv. Julian.

(1) Frago de Regimine Republicæ part. 1. lib. 5. disp. 13. §. 11. n. 314. y sig. Molin. de Just. & Jure, tit. 1. disp. 125. n. 2. 3. y 5.
(2) Angel. in §. Idem juris, n. 32. Institut. de Exception. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 20. n. 23. (3) Ley 2. t. 23. l. 10. N. R. Mat. en la 2. tit. 4. lib. 5. R. glos. 7. n. 6.

expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de última voluntad, que el Testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

282. Mi dictamen, conformándose con el de estos AA. es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aunque la ley 54. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: *E debe ser muy acucioso el Escribano de trabajarse de conocer los omes á quien face las cartas, quien son, é de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningun engaño*, y la 2. t. 23. l. 10. N. R. manda al Escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato, ó escritura, no la haga ni reciba, á menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de dónde son vecinos, y que si las conociere dé fé de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia los contrayentes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contraen, que no el Escribano, pues este no sirve de otra cosa que de autorizarlo, y ordenarlo conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo: *que lo otorgaron así, y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fé de ello, parece que á nada más estará obligado; y si quando el Escribano, y testigos no conocen á los otorgantes, se dá por contento aquél, á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo, ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni será cargo contra el Escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Y si esto procede en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos, y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero, por lo que aunque carezcan de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas, ni otra alguna, y seria cosa durísima que por no contenerlos fuese inutil el testamento, ó no pudiese el Testador manifestar su voluntad, y descargar su conciencia.

283. Esta opinion se funda además en que si alguno de

dichos requisitos fuera substancial, y de esencia para la validacion de los testamentos, y últimas voluntades, lo prevenirian las leyes Recopiladas, y de Partida (1), que tratan de su ordenacion y solemnidad (2), no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos. Por estas razones soy de sentir, y aconsejo al Escribano que aunque no conozca al Testador, ni haya quien lo conozca, no dexé de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fé de su conocimiento, ya sea en contrato, ó última disposicion, no es menester que sea de su lugar; ni que le haya tratado desde niño; basta que lo haya visto, y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre, y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

284 Los Religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir, y retener bienes temporales en comun, y en particular, como tambien de todo dominio, y accion civil; de dar poderes para cosas tambien temporales; y de constituir obligacion acerca de ellas; y así quien lo ha de practicar todo es su Síndico como Procurador autorizado plenamente en amplia forma por la Silla Apostólica, á la qual toca su propiedad, y dominio, y el uso simple, natural, y de hecho á los Religiosos; de suerte que el Síndico ha de sonar, é intervenir únicamente en los contratos, pleitos, y demás actos civiles y profanos á nombre de la Silla Apostólica, ya sean promesas, ventas, donaciones, ó qualquiera otros que se celebren para utilidad, y socorro de los Religiosos, y sus Conventos, ó que por su parte deban hacerse á favor de alguna persona; y no se ha de decir que ellos, ni sus Prelados le dan su consentimiento, ni facultad para celebrarlos, pues no pueden darla, sino que por parecerles conveniente le piden que los celebre, haga ó admita; pero para las cosas puramente espirituales pueden conferir poderes, por no prohibírselo su regla; lo qual han declarado varios Sumos Pontífices.

(1) Leyes 1. y 2. tit. 18. lib. 10. N. R. y 103. tit. 18. P. 3. (2) Leyes 30. tit. 1. P. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. N. R.

285 Sin embargo de lo expuesto, como no se les prohibe admitir para su uso, y sustento las limosnas de los fieles; para que por no estender como corresponde, atenta su regla, las cláusulas de herencias, y legados que les dexen, y no queden privados de ellos, debo advertir al Escribano que si los legados son de trigo, cebada, aceyte, vino, ú bienes muebles, de los que pueden usar lícitamente en propia especie para su sustento, ó para otra qualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir Misa; sábanas, mantas, colchas, y colchones para la enfermeria; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar, ó alargar su Convento, ó hacer huerta para su uso, &c. valen, ya se hagan á los Conventos, ó á qualquiera de sus Religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una bacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas, ú otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos, ú otros derechos perpetuos, y se las dexan para que las posean, y usen ó las vendan por sí mismos y con su producto remedien sus urgencias, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y así para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del Testador dexé de cumplirse, ha de estender la cláusula en esta forma: *Mando que tal cosa (la que sea) se dé al Síndico de tal Convento de San Francisco, para que en nombre de la Silla Apostólica, ó en el mio la trueque, venda, ó enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus Religiosos; cuya manda, y limosna le hago en los términos, via, y forma que mejor lugar haya en derecho, á efecto de que no caduque, antes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les desea.* Tambien puede mandar el Testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el Síndico dándoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto á la mendicidad Apostólica; por cuya razon no pueden admitir herencias, ni legados dexados en otra forma, según lo tienen declarado varios Sumos Pontífices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de débitos que el Testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los Religiosos, ó á sus Conventos. Y si quisiere imponerles alguna carga de Misas, ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les dexa

para la Sacristia, ó culto Divino, ya sea, ó no perpetuo, no tienen prohibición de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, consultando en caso duda, si el tiempo se lo permitiere, con Religiosos de la Orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles; y para mayor seguridad podrá ver el Manual de Escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo Manual trae estendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

§. XXI.

De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumentos públicos los que se hacen de palabra, ó en cédula ante testigos.

286 Dexo ya explicado todo quanto concierne á la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso á expresar dentro de qué término está obligada la persona en cuyo poder existen, á manifestarlos á la Justicia: en qué pena incurre si no lo hace: quién es parte legitima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla, por qué Juez se han de abrir, y cómo: y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion, ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado baxo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la Justicia Ordinaria del pueblo en que éste murió, dentro de un mes siguiente al día de su muerte, y no cumpliéndolo, pierde el legado que le dexó, el qual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedís á la Real Camara sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el Clérigo con pretexto de ser lego el Juez, porque lo es competente segun está declarado en la Real Cédula de 13 de Junio de 1775, que se inserta á la letra en

el lib. 1. cap. 1. §. 1. de la segunda parte, y en las leyes que se citan (1).

287 El que tiene interés en el testamento, ú otro en su nombre con su especial poder puede pedir se abra, expresando haber fallecido el Testador baxo de él, jurando no pedirlo de malicia, y si solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el Juez Ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento dispondrá el Juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente (2).

288 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer á su presencia los testigos instrumentales, los quales baxo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su exámen al Escribano ni á otro por ser éste un acto personalísimo) reconocerán sus firmas, y la del Testador, ó del que por éste, ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento, ó quaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido, ó visto cadaver, y no sabiendolo, pondrá el Escribano fé de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al Testador, y estar al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir, y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el Juez que el testamento, ó quaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el Escribano y los testigos, y entregarlo á éste para que lo lea, y publique delante de todos, y despues de abierto, y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento, y última voluntad del difunto: que se den á los interesados en él los traslados, y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del Escribano, ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio quanto haya lugar en derecho, pues hasta

(1) Leyes 1. y 2. tit. 2. P. 6. y 5. y 6. tit. 18. lib. 10. N. R. (2) Ley 2. tit. 2. P. 6.