

## CAPITULO VIGESIMOSEXTO.

*Previsiones á los escribanos para el acierto en las materias de este título.*

- §. 1. El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho.
2. Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pias, que es nula por derecho.
3. Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores.
4. No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo.
5. La cláusula que prohíbe al propietario la accion de obligar al usufructuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos.
6. De las varias especies de fianzas que debe dar el usufructuario.
7. ¿Que fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso?
8. ¿Cuales deben darse por razon de animales no productivos?
9. La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun quando se case segunda vez, es nula.
10. Advertencias sobre el testamento de los extrangeros.
11. El nombramiento de futuro en orden á heredero, no es válido.
12. El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado, ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien prefijar.
13. Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse.
14. El testamento puede otorgarse á cualquiera hora del dia ó de la noche.
15. No debe el escribano designar persona al testador quando le pregunte á quién instituye por heredero.
16. ¿Como debe conducirse el escribano quando el testador no pueda pronunciar con claridad?
17. ¿Que debe hacer quando el testador padece demencia con lúcidos intervalos?
18. ¿Como ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma?
19. ¿Por que razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero?
- 20, 21 y 22. ¿En que manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento?

23. ¿Que legados ó limosnas son válidas cuando se hacen en favor de los religiosos

de San Francisco?  
24. Sobre el legatario del tercio entre los ascendientes

1. **D**ebe instruir el escribano al testador de lo que previenen las leyes á fin de que arregle á ellas sus disposiciones, pues aunque tenga libre voluntad de hacer de lo suyo lo que le parezca, siempre es con sujecion á derecho.

2. Está reprobada por la ley la cláusula siguiente; *prohibo ó los arzobispos, obispos ó sus vicarios, que celen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía ó memoria de misas que dejo fundadas, y mando que si se entrometiesen en su conocimiento se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, y en este caso la revoco y anulo en todas sus partes.* Es nula esta cláusula: 1.º porque ningun testador puede privar á la jurisdiccion eclesiástica del conocimiento y accion que le conceden los sagrados cánones en las mandas piadosas; 2.º porque una vez erigidos los bienes en capellanía ú otra fundacion eclesiástica, aceptados por esta jurisdiccion y sujetos á ella, no queda facultad al dueño de desposeerlos de la nueva condicion legal que han adquirido; 3.º porque dicha cláusula se opone á los mismos fines del testador, que son asegurar la fundacion hecha y la aplicacion de sus bienes á su debido objeto; pues si se inhibiese de su vigilancia en estos puntos á quien de derecho corresponde, se cometerian fraudes que hiciesen ilusorias dichas disposiciones. La revocacion que incluya la cláusula inserta, no tiene lugar despues de confirmada y aceptada la fundacion, pues ya no es dueño de volverse atras el que la hizo.

3. Tampoco debe cumplirse la cláusula en que los testadores suelen prohibir *que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se les pida cuenta de su manejo é inversion;* pues el derecho manda que la den.

4. Si el testador manda *que no valga la costumbre y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ó de él en que tiene bienes en quanto á lo que en su testamento deja ordenado y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre ni fuero,* no se observará su voluntad: y la razon es porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley, y solo podrá hacerlo cuando es personalísimo á él mismo; por lo que en este caso será lo mejor que vincule los bienes á título de ma-

yorazgo, pues se entra á su obtencion y goce por d erecho de sucesion con arreglo al llamamiento, y no por derecho hereditario, como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco, y la raiz   la raiz.

5. Se estimar  por irrita y nula *si dejando   alguno por heredero usufructuario de sus bienes, y   otro por propietario, manda que este no pueda compeler   aquel   inventariarlos, ni dar fianzas de restitu rselos, y usar de ellos como es obligado*; porque el que adquiere derecho   su propiedad, en el instante que el testador fallece es el propietario, el cual queda por legítimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar, la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del util para desde el dia siguiente al en que el usufructo espire, pues mientras dura est  suspenso; pero finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo; por lo que puede compeler al usufructuario   la formacion del inventario   descripcion de los bienes, con asistencia suya, y   que d  fianzas saneadas de restitu rselos y no disiparlos, y le entregue los títulos de su pertenencia, si los tiene: pero si además del usufructo de los bienes le deja por heredero de algunos, no necesitará inventariar estos últimos.

6. Las fianzas son de varias especies: si los bienes que ha de usufructuar son raices, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas   ganados productivos, en quienes se verifica propiamente usufructo, porque producen, y su producto es distinto y se separa de la propiedad;   casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufructo, sino uso y habitacion   comodidad, ha de darla de usarlos y gozarlos   arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa   omision no se destruyan ni deterioren para volverlos y restitu rlos   sus herederos en el mismo estado que los recibí; y el modo de usarlos   arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos   árboles se secan   arrancan, plantar otros, dar de comer y tratar bien   los ganados, y si algunos fallecen reemplazarlos con los hijos que procrean, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten, v. gr. retejos, blancos, compostura de puertas y ventanas, y otras semejantes, que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores.

v. gr. si se hunde la casa ó parte de ella por caso fortuito, ó amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica y estimacion de la Corte, son de cuenta del propietario, el cual como dueño debe ejecutarlo del mismo modo que si la usufructuara, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore sino á que no perezca. Todo lo cual se entiende, á menos que la ruina provenga de culpa ú omision del usufructuario, que entonces puede ser compelido á repararla á sus expensas ó del inquilino, pues estará obligado á lo mismo, porque debe saber y mirar á quién la alquila, y cómo la usa; sobre lo cual véase á Castillo *de usufruct.* capítulo 15. y siguientes.

7. Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el cual consiste su usufructo, y guardándolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceite, miel y otras semejantes (por lo que su usufructo se llama *cuasi usufructo*), y el testador los deja en su casa, trox ó bodega, podrá el usufructuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir, que si estos bienes se valúan y aprecian, como debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufructuario, la dará de restituir el mismo valor y estimacion; ú otros tantos del propio género, calidad y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie, número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad misma que recibe: y la razon es porque de estos bienes se le trasfiere el dominio, y puede hacer lo que quiere, lo que no sucede con los expresados en el número precedente. Pero si cuando el testador fallece, no estan cogidos ni separados del suelo, sino pendientes y mostrados en el campo, ó árboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufructuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por él mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fundo, y no cosa distinta; ademas que el heredero no concede usufructo de usufructo, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo cual procede ya sean propias del testador ó agenas las fincas que los producen, pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto, como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solucion, al mo-

do que lo pagaria el testador, y asimismo debe pagar las demas cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevivido al usufructo (1), y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho debe sufrir el gravamen (2).

8. Si el usufructo es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes &c., en los cuales se verifica mero uso, debe dar la fianza *de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, pérdida, muerte ni deterioro, á menos que provenga de culpa suya*. Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen ó aniquilan, sino que se envejecen y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos y otros semejantes: porque en ellos se verifica solamente uso, y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren ó consumen algunos, ó ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin culpa (3); pues de lo contrario se verificaria que el testador no le deja mas que trabajo en custodiarlos y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Se previene que cuando uno de los cónyuges queda por usufructuario de los bienes del otro, debe hacer inventario ó descripcion, particion y separacion de todos con asistencia del propietario ó de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra á usufructuar, y sus herederos han de restituir; pues de no hacerlo asi, servirá de confusion y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos: y asimismo que si los bienes ó parte de ellos consisten en tierras que estan barbechadas ó sembradas, y no se ve el fruto, se han de dividir por mitad, como gananciales, las labores y semillas echadas en ellas; lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes y mostrados.

9. Es reprobada por derecho la voluntad del testador en cuanto manda: *que aunque su muger se case segunda vez no pierda ni se la quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos* (4): porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño (5). Lo mismo sucede respecto de la abuela, y asi no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan pade-

1 Ley 22. tit. 31. Part. 3.

2 Ley 13. tit. 33. Part. 7.

3 Castill. *de usufruct.* cap. 17. 18 y 77.

*Ayor. de partit.* part. 2. quest. 24.

4 Ley 5. tit. 15. Part. 6.

5 Ley. 4. tit. 16. Part. 6.

cido los de sus hijos, durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la ciudad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede á los parientes que deben heredarlos *ab intestato* (1).

10. El extranjero no domiciliado en el reino donde vive á la sazón que hace su testamento debe tener presente que si la ley, estatuto ó costumbre de él, habla simple é indistintamente, se amplía y extiende á todos los que lo habitan, aunque no sean regnicolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado á observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellos con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la sustancia y desición de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo (2). Si está domiciliado y tiene bienes en el reino y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un mismo modo: porque la ley ó estatuto no puede extender sus efectos fuera de los límites á que se extiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes situados fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro reino (3) en cuanto á poder ó no estar como he sentado en el párrafo 32 del capítulo 1 del testamento. Lo propio deberá observar por idéntica razon, aunque no sea extranjero, si posee bienes en provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña; pues con arreglo á este y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está connaturalizado, el rescripto de connaturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar: pues el Príncipe, como legislador y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios; y no fuera de ellos.

11. Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: *quiero que sea mi heredero el sujeto á persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un*

1. Leyes 5 y 12. tit. 16. Part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3 y 4. Gutierr. de tutel. part. 1. cap. 5. y 19.

2. Gom. en la ley 3. de Toro, num. 20.  
3. Acsev. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. Rec. num. 15. Gom. en la ley 5 de Toro, num. tit.

*papel ó memoria que está en tal gaveta, ó en poder de fulano (nombrándolo), ó el que Pedro tiene instituido en su testamento, y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en papel, y no dudándose de la fe de la memoria ó cédula privada, serán válidos: pero no si hablare 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).*

12. Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ó la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el dia que prefiere (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 sustituyen ó le dejan algun legado, nombrando á otro á su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ó que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el sustituto 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 cuantas son) cosidas (ó cerradas, segun esten) dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dejo dispuesto y ordenado: y que lo demas del citado testamento se habra y publique con la solemnidad prescripta por derecho luego que se verifique mi fallecimiento: y en cargo al señor juez que de su apertura conociere, no altere ni permita se tergiverse ni interprete total ni parcialmente esta disposicion; porque asi conviene, y es mi deliberada voluntad.*

13. Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el testador prohíbe que se publiquen, y en lo que quedá abierto expresar con toda claridad las que son, y cuantas cláusulas contienen; pero no su contexto. Si el testador puede escribirlas ó firmarlas, lo ejecutará, porque esto es lo mas seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean, es suficiente en su otorgamiento. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo

\* 1. Gutierr. Répét. leg. Nemo potest num. 248. y lib. 2. Pract. quæst. 41. num. 4. y 5. Cast. lib. 4. Controv. cap. 2.º num. 29. y sig. Mantie. de conject. ley. 4. tit. 4. num. 6. y sig. Albarad. de conject. mente

defuncti. ley 3. cap. 2.º §. 1.º num. 2.º Mantienz. ley. 1. tit. 4. lib. 5.º Rec. gloss. 16.º num. 13.º

2. Leyes 5.º y 6.º tit. 2.º Part. 6.º

3. Ley 6.º tit. 2.º Part. 6.º

solamente la cláusula que dejó extendida en el párrafo precedente.

14. El testamento, como acto puramente extrajudicial, puede otorgarse de día y de noche, al modo que los contratos. Cuando el escribano tome la minuta ó razon de él para extenderlo, 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 haya enfermo, y dejarle en libertad de expresar 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 presenciarse únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entonces podrán asistir estos á la toma de la razon, y la firmarán á fin de que, precedidas sus contestes disposiciones, se reduzca á escritura pública, y se declare por testamento y última voluntad del testador como si la hubiera hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede este extenderlo 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 pueda ocurrir si se dudare de su contexto, lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de extendido. Pero sin embargo de que el testamento 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 asi 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, 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).

15. El escribano debe preguntar iudiferentemente al testador: *á quién deja por su heredero*, sin nombrarlo ni traerlo 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

1 Ley 163. tit. 13. Part. 3.

libre voluntad. Sin embargo si él ó cualquiera otra persona, que no sean interesados ni sospechosos, se le nombrasen: diciéndole: *si instituyes 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 autores (1), y de jo expuesto.

16. 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 autorice 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 (2); 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, y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues estos pueden hacerse por señas; estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gomez en la ley 3 de Toro, número 111, apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejo al escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

17. Queda explicado que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lúcidos 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 constando estarlo, y pareciendo lo 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

1.º Gom. en la ley 3 de Toro, num. 110 y sig. Matienzo, en la l. tit. 4. lib. 5. Res. glos. 16. num. 4 al 9. Cast. lib. 4. *Controu. cap.* 27, num. 14. Mantica. *de conyct.* lib.

2.º tit. 6; num. 2.

2.º Gom. en la ley 3 de Toro, num. 111. Covarr. cap. *Gum. libi.*, num. 4, *de testam.*

dar á fe), 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 demas que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexion, sin dejarse llevar de pasion ni interes, é irá extendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico, y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á extender 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 evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el examen de todos los concurrentes al acto.

18. 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 importa 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 extrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiere un intérprete autorizado por el gobierno, deberá buscársele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es cuando otra persona cualquiera inteligente en la lengua del testador hará sus veces. El interesado en la herencia solicitará 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.

19. 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 senadoconsulto livoniano (\*), y el 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 demas requisitos prescritos por la ley cuando 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 fe y autoridad que se da al testamento no consiste solo en que el testador permita que un tercero se instituya ó escriba por su heredero, sino en que lo presencién los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro cualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo y observando la solemnidad y formalidad prevenidas por derecho, porque en el escribano concurren dos conceptos, uno público y otro privado, y puede usar de ambos en un mismo acto, como tambien separadamente, ó en distintos, de cada uno (2).

20. 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 autores dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que 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 la última voluntad que el testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

\* Aunque la prohibicion del senadoconsulto livoniano no esta adoptada expresamente en ninguno de nuestros cuerpos legales, se halla admitida en la práctica por nuestros tribunales superiores. Véase á Elizondo *Practica univers. for.* tom. 3, num. 3, pag. 80. *Febrero reformado.*

1. Fragozo *de regimine Republica*, part. 1. lib. 5. disp. 13. 4. 11. num. 314 y

sig. Molina, *de justit. et jur.* tit. 1. disp. 125. num. 2, 3 y 5.

2. Angel. in *l. Idem juris*, num. 12. Institut. *de exception.* Parlat. lib. 2. *Res.* cap. 20. num. 25.

3. Ley 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Matienzo. en la 2. tit. 4. lib. 5. de *l. 109.* 7. num. 6.

21. Mi dictamen, conformándose con el de estos autores, es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aun cuando la ley 51. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: *é debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien hace las cartas, quién son, é de qué lugar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño,* y la 2. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. 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 donde son vecinos, y que si las conociere dé fe de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia á los contratantes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contratan, que no al 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 fe de ello, parece que á nada mas estará obligado; y si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se da por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni resultará cargo contra el escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Si esto procede en los contratos, con mas razon debe tener lugar en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero, por lo cual aunque carezca de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas ni otra alguna, y sería cosa durísima que por no contenerlos fuese nulo el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad y descargar su conciencia.

22. Esta opinion se funda además en que si alguno de dichos requisitos fuera sustancial y de esencia para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida que tratan de su ordenacion y solemnidad (1); no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos (2). Por estas razones soy de sentir, y acon-

1. Leyes 1 y 2, tit. 18, lib. 10 Nov. Rec. lib. 13, tit. 18, Part. 3.

2. Leyes 30, tit. 1 Part. 6. y 2. tit. 30, lib. 11. Nov. Rec.

sejo al escribano, que aunque no conozca al testador, ni haya quien le conozca, no deje de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fe 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.

23. Sin embargo de que los religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir y retener bienes temporales, y de ejercer por sí ninguna accion civil, como no se les prohíbe admitir para uso y sustento las limosnas de los fieles, para evitar que no extendiendo, como corresponde atenta su regla, las cláusulas de herencias y legados que les dejen, queden privados de ellos, debo advertir al escribano, que si los legados son de trigo, cebada, aceite, vino ó bienes muebles, de los que pueden usar licitamente en propia especie para su sustento, ó para otra cualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa; sábanas, mantas, colchas y colchones para la enfermería; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerto para su uso &c., valen, ya se hagan á los conventos ó á cualquiera de sus religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una vacada, 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 dejan 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 deje 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 deseo.* 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 dejados en otra forma, segun 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 quiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les deja para la sacristia ó culto divino, ya sea ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo cual tendrá presente el escribano, consultando en caso de 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 extendidas muchas cláusulas, y esplica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

24. Estan persuadidos los escribanos que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente en los mismos términos que su ascendiente, y bajo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber en esta forma; *instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera parte de todos mis bienes, para que los hayan y hereden &c.*; pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6, la cual, aunque no habla sino de descendientes, se debe extender á los ascendientes, porque la ley 6. de Toro manda que sean sus herederos legítimos y les sucedan igualmente *ex testamento* y *ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la recibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, cuando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente estimándose por no hecho el testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre legatarios no hay derecho de acrecer, á menos que el testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere antes que el testador, ó acaece otro

motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas (1); con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legítimo y legatario extraño. De consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *legatario*. El tercio en este caso es *legado*; y mejora entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los legatarios bajo el nombre de herederos.