Ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto.

Sello tantos, etc.—En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, dijo: Que en tal dia de tal mes y año, otorgó su testamento ante Fulano, escribano público, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras, y poniéndolo en ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mejor lugar haya en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.

—A continuacion se asentarán las determinaciones del testador, y concluidas, se pondrá la siguiente cláusula:

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma legal, y manda se guarde, cumpla y ejecute, y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última voluntad, y á la que con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga y firma, siendo testigos, etc.

CAPITULO IV.

Del testamento escrito ó cerrado.

Definicion del testamento cerrado.

Testamento escrito ó cerrado es el que se hace en escritura cerrada, signada en la cubierta por

escribano y firmada de este, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y testigos, ó á lo menos estos, su contenido. (L. 1, tít. 1, P. 6.)

Modo de hacer el testamento cerrado.

Llámase escrito ó cerrado este testamento de que voy hablando, porque el testador no le hace de palabra, sino que lo escribe por sí ó por medio de otra persona de su confianza en *poridad* ó secreto, como dice la ley 2, tít. 1, P. 6, y luego le cierra de modo que nadie pueda enterarse de su contenido; y así escrito en papel blanco ó sellado, y cerrado con lacre ú oblea, ú otra cosa que lo asegure, lo presenta al escribano y siete testigos, declarando que aquel es su testamento; el escribano extiende en la cubierta el otorgamiento que firman el testador, los siete testigos y el escribano con su signo. Si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos dirigiéndole alguno la mano trémula, debe firmar por él uno de los testigos; si algunos de estos no saben, firmará por ellos otro; y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa; primero por el otorgante testador, luego por sí como testigo, y despues por los demas, expresando el nombre y apellido de cada uno; de manera que ha de haber ocho firmas en el otorgamiento ademas del signo del escribano, y debe saber escribir un testigo á lo menos.

Requisitos del testamento cerrado ó escrito.

Este modo de proceder está conforme con los requisitos que exige la ley para el testamento cerrado.

«En el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, dice la 12, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec., mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con su escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. El escribano debe prevenir en el otorgamiento que tal testigo firmará por el testador, por sí ó por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder, y luego que él mismo lo signe y firme despues de todos, entregará el testamento así autorizado al testador para que lo guarde en su poder ó en el de la persona que elija, pues no puede parar este documento en poder del escribano como tal, hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público.» La intervencion del escribano se tiene entre los autores por absolutamente necesaria, aunque algunos sin fundamento quieren que pueda suplirse añadiendo un testigo mas, como en el testamento del ciego. No es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga el testamento; pero se ha de expresar

de dónde lo son para poder recibir sus declaraciones en el acto de la apertura. Un mismo testamento puede ser en parte cerrado y en parte abierto. A su tiempo veremos las diligencias que se practican para la apertura de un testamento.

Ejemplo de testamento escrito ó cerrado.

Hé aquí un ejemplo de testamento escrito ó cerrado para que se comprenda mejor:

En la ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, etc. (su filiacion), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido enviarle, y en su juicio y razon natural, á quien doy fé conozco, dijo: Que en aquel pliego cerrado se contenia su testamento y última voluntad, en el que tiene hecha la protesta de la fé católica, y deja señalada sepultura, herederos, albaceas y otras mandas y disposiciones testamentarias; que quiere subsista cerrado durante su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal y en los términos que indica; y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fé judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los siete testigos) llamados por él, y que tambien firmaron por ante mí el infrascrito escribano público.

(Aquí las ocho firmas del otorgante y testigos, supliéndose por los que sepan las de los que no sepan.) En fé de lo cual, lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

Ejemplo de codicilo cerrado ó escrito.

Dije antes que para el codicilo cerrado ó escrito, se necesitan cinco testigos, lo cual, aunque no está expreso terminantemente en la ley 3, tít. 12, P. 6, que habla de este codicilo, pero se infiere de la razon de esa misma ley, y así lo explican perfectamente los autores. (Greg. Lopez, glosa 2 de la ley citada; Ant. Gomez en la ley 3 de Toro, núm. 69, y Febrero Mex. tom. 2, pág. 216, núm. 4.)

Hé aquí un ejemplo de codicilo cerrado:

En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino, etc., dijo: Que en tal dia, mes y año, otorgó su testamento cerrado ante Fulano, escribano, y como despues haya dispuesto revocarle, quitarle y enmendarle algunas cosas, y añadirle otras, como lo ha hecho por el codicilo cerrado, que expresó contenerse en este pliego cerrado, lo otorga por tal codicilo, y quiere que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad de derecho, y que su contenido valga, se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última voluntad, pues en lo que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo deja en su fuerza y vigor; y asimismo

revoca todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los cinco testigos) llamados y rogados por él, y que tambien firmaron por ante mí el infrascrito escribano público. (Aquí las firmas del otorgante y testigos.) En fé de lo cual, lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

CAPITULO V.

Del testamento privilegiado.

Dijimos que el testamento se dividia en solemne y privilegiado, y que el solemne era nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. Habiendo, pues, considerado ambos, pasemos ahora á tratar del privilegiado.

Definicion del testamento privilegiado.

Testamento privilegiado es el que no está sujeto á las solemnidades que se requieren para la validez de los testamentos solemnes en general.

¿Qué testamentos privilegiados hay entre nosotros?

Propiamente entre nosotros no hay mas testamento privilegiado que el de los militares, concedido por la ley 4, tít. 1, P. 6, y hecho luego extensivo á todos los individuos que gozan el fuero de guerra por la ley 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.

Requisitos del testamento privilegiado.

Aunque el testamento privilegiado no está sujeto á las reglas y ceremonias del testamento solemne, tiene sin embargo sus requisitos esenciales que le marcan las leyes citadas. Segun la ley 4, tít. 1, P. 6, podia testar el militar y soldado estando en accion ó peligro de muerte, segun quisiese y pudiese, de palabra ó por escrito, y aun escribiéndolo con su sangre en su escudo ó armas, ó en la tierra ó arena, con tal que se probase con dos testigos presenciales y no de otra forma; pero fuera de la hueste, es decir, fuera de campaña, tenia que arreglarse á las leyes comunes. Posteriormente se dispuso en las Ordenanzas del ejército (Orden militar, trat. 8, tít. 11, art. 1 hasta el 4), que todo individuo que gozase del fuero militar, lo goce tambien tocante á testamento en cualquier parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña; que en el conflicto de un combate ó cerca de empezarle, en naufragio ú otro inminente peligro militar, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion que haga de su voluntad, como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad;—que se tenga por válida la disposicion del militar, escrita de su letra en cualquier papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que

pueda testar en paraje donde haya escribano, lo haga con este segun costumbre. Ultimamente se declaró que todos los individuos de fuero de guerra, puedan en fuerza de sus privilegios otorgar por sí sus testamentos en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal. (L. 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Resulta, pues, que los requisitos del testamento privilegiado de que gozan los militares y todos los demas individuos del fuero de guerra, se reducen á que puedan hacer testamento, sea en campaña ó fuera de ella, de palabra ante dos testigos, ó por escrito en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo, ó bien ante escribano; pero en este último caso tendrán que sujetarse á las solemnidades del testamento solemne.

Observaciones.

El privilegio de hacer testamento sin las solemnidades de estilo, puede ceder en perjuicio de las mismas personas privilegiadas, ó de sus parientes y amigos; pues así es mas fácil suponer testamentos de sugetos que realmente hayan muerto intestados; de lo cual se ve que las formalidades de que deben revestirse los testamentos, no se

prescriben como vanas fórmulas, sino como medios de evitar los fraudes.

Por fortuna no admiten nuestras leyes otro testamento privilegiado que el militar. Algunos autores dicen que es una especie de testamento privilegiado el de los que se llaman *indios*, como lo dicen Solórzano, Polít. ind., lib. 2, cap. 28, núm. 55; Montenegro en su «Itinerario para párrocos de indios,» lib. 1, tít. 11, sec. 3, núm. 2; Paz en sus consultas y pareceres, «clas. 9, cons. 6, part. 243, cuyos lugares pueden verse en el tom. 2, pág. 12, § 20 del Febrero Mex., quien inclinándose á esas opiniones que algunos corroboran con las leyes 9, tít. 13, lib. 1, y 32, tít. 1, lib. 6 Rec. de Ind., aun forma argumento con las palabras de la ley 9 citada, *porque ordinariamente mueren los indios sin testamento, y cuando disponen de sus haciendas, es en memorias simples y sin solemnidad;* que indican en cierto modo aquella costumbre de que hablan los autores referidos.

Me parece, sin embargo, que no debe considerarse como privilegiado el testamento de los indios, pues en primer lugar la ley no expresa terminantemente, como debia, que los dichos indios gocen el privilegio, y en segundo lugar, las palabras citadas de la ley se refieren á una costumbre, que en mi concepto será válida si cumple con los requisitos que exige la ley para los testamentos solemnes, pues muy bien pueden los indios hacer testamento por *memorias simples*, como se dice

en las palabras citadas de la ley, y muy bien pueden los albaceas ó herederos elevar á solemnes esas memorias simples, que de otro modo no serian válidas, haciéndose en este último caso la sucesion ab intestato.

¿Qué cosa es testamento ológrafo?

El testamento *ológrafo* no tiene lugar en México mas que entre los militares, y por eso lo trato aquí.

Se llama testamento ológrafo al que está escrito por entero, fechado y firmado de la mano del testador, sin necesidad de otras formalidades. La denominacion de *ológrafo* se deriva de dos voces griegas, una de las cuales significa *solo*, y la otra *escribir*. Este modo de testar, que está admitido en algunas naciones, como por ejemplo en Francia, no se conoció entre los romanos, ni tampoco está en uso entre nosotros sino con respecto á los militares, los cuales pueden testar en esta forma ó en otra que mejor les parezca, como dije ya. La prueba de este testamento no puede hacerse sino comparando la letra y firma del testador con la letra y firmas hechas por él en otros papeles reconocidos por suyos; pero como hay muchas personas que saben imitar con la mayor perfeccion cualquier letra y firma de mano extraña, no puede quedar duda de que es poco seguro este género de prueba, y muy peligrosa por

consiguiente esta manera de consignar sus últimas disposiciones.

Al hablar de los testamentos de los extranjeros, explicaré el caso, que puede ocurrir, de que un mexicano hiciera en Francia testamentoológrafo disponiendo de los bienes que tenia en México.

CAPITULO VI.

Del testamento de los extranjeros.

Observaciones históricas.

Es un principio inconcuso que el derecho de testar proviene de la propiedad y del derecho civil, porque como ya observé antes, en el estado natural, muerto el hombre, se apodera de sus bienes el primer ocupante, por lo mismo que en dicho estado no hay garantías ni propiedad estable. Se sorprende, sin embargo, nuestro entendimiento, cuando al registrar los antiguos códigos de naciones que ya no estaban, de seguro, en el estado natural, encontramos desconocido el derecho de los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento solemne de la muerte; y todavía sorprende mas ver cómo aquellas mismas naciones entregaban al fisco las herencias de los extranjeros que tenian la mala fortuna de morir en ellas. Veamos aquí lo que dice Vattel sobre esta práctica contraria á los principios de justicia y de respeto á la propiedad:

Esta práctica—dice el citado autor en el § CXII, cap. 8, lib. 2 de su Derecho de gentes—se fundaba en cierto derecho que excluye á los extranjeros de toda herencia en el Estado, ya sea á los bienes de un ciudadano ó á los de un extranjero; y por consiguiente, no pueden ser sustituidos los herederos por testamento ni recibir ningun legado. Grocio dice con razon, que esta ley viene de los siglos en que se miraba á los extranjeros como enemigos. Aun cuando los romanos llegaron á ser muy cultos é ilustrados, no podian acostumbrarse á mirar á los extranjeros como hombres con los cuales tuviesen un derecho comun. Los pueblos—dice el jurisconsulto Pomponio—con los cuales no tenemos amistad, hospitalidad ni alianza, no son nuestros enemigos; sin embargo, si una cosa que nos pertenece cae en sus manos, son propietarios de ella; los hombres libres llegan á ser sus esclavos, y están en los mismos términos con respecto á nosotros. Es preciso creer que un pueblo tan sabio solo por retorsion necesaria, conservaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir de otro modo reparacion de las naciones bárbaras con las cuales no tenia ninguna amistad ni tratados. Bodino asegura que este derecho (el del fisco á la sucesion de los extranjeros) se deriva del mismo orígen. En la mayor parte de los Estados civilizados se ha modificado y aun abolido sucesivamente. El emperador Federico II fué el primero que lo