

individuo tenga conformados los órganos de manera que se pueda asegurar de lo que hagan el notario y el testador. Conclúase de aquí que los insensatos, lo mismo que los sordos, los mudos y los ciegos eran incapaces de ser testigos. Todos los autores modernos admiten igualmente las causas de incapacidad natural. ¿Qué fin se propone el legislador al exigir que haya testigos á la hora de la formación del testamento? Impedir que el testador sea víctima de sugerencias y captaciones, y por ende garantizar el cumplimiento en acto de todas las formalidades que ha establecido el legislador para asegurar la libertad del testador. Para conseguir ese resultado, es indispensable que los testigos vean al testador, que le oigan dictar sus disposiciones, que vean cómo el notario escribe lo que aquél le va dictando y que oigan leer lo que escribió el notario, á fin de que puedan dar fe, bajo su firma, de que todo lo que éste expresó en el cuerpo del instrumento está conforme con la verdad. (1)

Empero de manera muy formal se objeta la doctrina relativa á la incapacidad natural. ¿No es un principio que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción? ¿No es así mismo otro principio que no hay, en punto á testamentos, más causas de nulidad que las especificadas por la ley? Pues bien, la incapacidad natural parece estar en pugna con esos dos principios. En efecto, la ley ignora que haya aquellos otros géneros de incapacidad; ella no hace más que enumerar las condiciones que exige para que alguien pueda ser testigo (art. 280), y enumerar también las causas de incapacidad relativa de los que lo sean: (artículo 975) ¿no equivaldrá esto á decir que no hay otras clases de incapacidad? Y cuando la misma ley guarda silencio acerca de la incapacidad llamada natural, no se

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2º, número 111. 4º Dalloz, núm. 3,153; Aubry y Rau, t. 5º, pág. 506, y nota 5, pfo. 670.

concibe cómo el juez declara la nulidad á ese respecto. Para contestar á esta objeción, dicese que no se trata aquí de incapacidad sino de imposibilidad; agregándose que el testigo privado de la razón ó aquél á quien falta algún órgano esencial del cuerpo, es capaz; pero la afección ó debilidad de que adolece no le permiten desahogar la misión que está llamado á desempeñar (1) Parécenos más que verdadero, sutil este raciocinar: porque aquello que se llama imposibilidad, es realmente incapacidad. El testigo fué llamado para el acto y estuvo allí presente, á pesar de lo cual se pide la nulidad del testamento; ¿por qué? No porque haga falta el número de testigos, sino por causa de sus calidades personales; quiere decir, por un género de incapacidad. Estas son, pues, según los autores, las imposibilidades que constituyen la incapacidad natural.

Vuélvese entonces á la objeción; pero hay otra razón que oponerle, y es que en realidad los motivos de incapacidad natural la misma ley los ha establecido, por cuanto á que provienen necesariamente de una formalidad que ella misma ordena, lo cual permite aplicar el artículo 1,001, puesto que hay una formalidad que no se ha cubierto. Es menester por lo tanto probar que la incapacidad tiene su raíz en la ley, y hay quienes duden que así sea.

264. La cuestión de si el furioso, el mentecato ó el idiota pueden ser testigos, ni siquiera se discute por los autores quienes se contentan con decir que ninguno de los tales pueden serlo. Y en verdad, que había de ser menester que hasta el testador y el notario estuviesen locos, para llamar á presenciarse la formación de un testamento á hombres que no tuvieran expedito el uso de la razón. Con todo, es necesaria una ley expresa que permita se declare en tales casos la nulidad. Creemos que bastaría, para motivar la del testamento, el artículo 971 que exige la presencia

1 Coin-Delisle; pág. 420, núm. 35 del artículo 980.

de los testigos: porque ¿podrá decirse que están presentes cuando tienen expedito el uso de la razón? Ausente ésta, el infeliz que está privado de ella está asimismo ausente. Y no es esto puro juego de palabras: la ley, al exigir la presencia del testigo, quiere no tanto la del cuerpo, como la del espíritu, puesto que llegado el caso, no el cuerpo sino el espíritu ha de ser quien dé el testimonio correspondiente.

265. Conforme al derecho romano, el mudo no puede ser testigo, y se dice de común acuerdo que ya no hay tal incapacidad. La cual se debió á una formalidad peculiar del testamento nuncupativo, en el que prometía el testigo al testador dar fe de sus disposiciones. Mas como tal promesa no se exige ya por la ley, queda por averiguar si le impide al mudo ser testigo el mal físico de que adolece. Falta completamente una ley de donde pudiera inferirse este género de capacidad, así como la nulidad resultante de ella. El testigo ve y oye, y es de suponerse que se da cuenta de lo que ve oye. Esto basta, pues no es menester que el mudo sepa escribir; cosa que ninguna ley, ni mucho menos el espíritu de la misma, exige, cuando ha llegado á ser el lenguaje de las señas tan cierto como el de la escritura. Con esto queda, pues, satisfecha la ley, sin embargo de lo cual todavía se discute el punto. (1) Si ningún desarrollo intelectual tuviere el mudo, se hallará entonces la clase del idiota y tendrá que aplicársele lo que acabamos de decir en cuanto á los privados del uso de la razón.

266. ¿Es la absoluta ceguera causa de incapacidad? No es posible decir de los ciegos lo dicho ya de los mudos que no tuvieren el suficiente desarrollo intelectual, como no sea que completamente se haya descuidado la educación

1 Véanse las diversas opiniones en Aubry y Rau, t. 5º, pág. 506, nota 8 y á Demolombe, t. 21, pág. 208, nota 54).

del ciego; porque teniendo expedito éste el uso de la razón, puede servirse de ella en cualquier caso, y precisamente el ciego no puede hacer lo que exige la ley que haga el testigo. No basta que éste comprenda lo que dice el testador y lee el notario; es necesario, además, que vea cómo dicta el uno y escribe el otro; es necesario que vea que los testigos se hallan presentes á la lectura y que en caso de necesidad pueda cerciorarse de que el notario está leyendo lo que él mismo escribió. Este es el sentido en que exige la ley que los testigos estén *presentes* á todo el testamento y á todo cuanto se *hiciera* en él, y no es así como está presente el ciego. Luego se habrá infringido el artículo 971, y será nulo el testamento. Los autores están perfectamente acordes en este punto. (1)

267. ¿Puede ser testigo el sordo? Aquí comienza la dificultad, cuya solución depende de la idea que se tenga de la misión de los testigos. Si esa misión sólo es material, quiere decir, si el testigo es llamado para dar fe de que estuvo presente el testador y de que dictó unas disposiciones que sentido el testigo no pudo comprender, y por fin, de que después se legó algo que no comprendió tampoco; hay que decirse que el sordo puede ser testigo. Pero si testigo es el que puede dar testimonio de lo que pasó á su vista, habrá que resolver que no puede serlo el sordo, á la manera que tampoco el ciego, ni en fin el que estuviere privado del uso de la razón. Tal es la opinión general. (2)

268. Llegamos á un género de incapacidad accidental acerca de la cual es notable la divergencia de pareceres. ¿Deben comprender los testigos el idioma del testador y el que usa el notario para la extensión del testamento? Conforme á la legislación francesa, los notarios tienen que escribir el testamento en francés, como lo diremos adelante;

1 Coin-Delisle, pág. 415, núm. 22 del artículo 980 y todos los autores.

2 Coin-Delisle, pág. 415, núm. 22 del artículo 480.

pero es muy común que ni los testigos ni el testador mismo comprendan ese idioma: ¿será válido, á pesar de eso, el testamento? Esta cuestión se presentó multitud de ocasiones en Bélgica, en las provincias francesas, bajo el imperio y el reino de los Países-Bajos. No bien fué facultativo el uso de los idiomas, comenzaron á escribirse los testamentos en el del testador y de los testigos, con lo cual desaparece la dificultad. En Francia todavía subsiste. Los autores, que toman en consideración no tanto los hechos cuanto la teoría, enseñan por lo general que se equiparan á los sordos los que no comprenden el idioma del testador. En sentir de Toullier, los sordos no pueden ser testigos por no poder comprender lo que dicta el testador, bien así como no pueden comprender lo que escribe el notario, cuando no conocen el idioma en que se escribe el testamento. ¿Cómo, pues, habían de ser testigos de lo que no comprenden? Merlin dice que bastaría la razón natural para no contestar á esto negativamente. ¿Para qué sirven, en efecto, los testigos de un testamento que ven que habla el testador y escribe el notario, pero sin comprender lo que habla el uno ni lo que escribe el otro? Es evidente, dice Merlin, que no llenan el objeto de la ley. Los testigos en expresión de Ricard, son á manera de inspectores que sitúa la ley junto al notario para vigilarle. Y si los tales inspectores han de estar allí como meras estatuas, quedarán burladas las miras de la ley y no habrá testamento. (1)

Poderosos motivos hay, no obstante, para dudar, siendo el principal de todos el silencio que la ley guarda sobre este punto. ¿Habrá por acaso incapacidad y nulidad sin ley? No, dicen casi todos los tribunales. Ninguna ley exige que conozca el testigo el idioma del testador ni aquel en que se vaya á redactar el testamento. En vano se in-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 219, núm. 393. Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamento*, pfo. 16 (t. 5º, pág. 418). Demolombe, t. 21, pág. 209, núms. 196 y 197 y los autores que cita.

vocan las mejores razones para exigirlo; la sala de casación en Bruselas contesta que no se debe fundar la nulidad únicamente en la teoría, sino que es menester una ley expresa; y si el código, dice la sala, no determina á lo menos de una manera clara cuál es el verdadero objeto de que se hallen presentes los testigos, ¿podrá ser casada una resolución por haber infringido una ley que no existe? (1) Otro motivo tuvo también el tribunal de Lieja, y fué el siguiente: exigir que conozca el testigo el idioma del testador, es aumentar el número de formalidades prescriptas por la ley para la validez del testamento; ¿qué importan los inconvenientes que resulten de que ignore el testigo aquel idioma? Tales inconvenientes no autorizan al juez para crear causas de nulidad no establecidas por la ley. (2)

La objeción parece decisiva, pero la jurisprudencia le da una contestación. En un fallo que el tribunal de Lieja dictó en 1817, se lee que la nulidad puede resultar de la esencia misma del testamento, que fué como opinó Daniels, siendo procurador general de Bruselas en 1816. El mismo Daniels tenía ya de antemano refutada la resolución que se forjó sobre sus conclusiones. ¿Qué dijo el tribunal de Bruselas? Que no hay incapacidad ni nulidad sin ley, y que no hay ley que prescriba, so pena de nulidad, que el testigo conozca el idioma del testador. ¿Y qué dijo Daniels? "Sería engañarse acerca del verdadero sentido del código civil, establecer como principio, que todo individuo puede ser testigo de un instrumento de última voluntad, con tal que reúna las cualidades que exige el artículo 980. *Lo contrario de esto es lo que vemos como evidente.* Basta

1 Bruselas, 13 de Febrero de 1808 (Daloz, núm. 3,130). Denegada de la sala de casación, 11 de Julio de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, página 167). Compárese la crítica de Merlin relativa á tales resoluciones. *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamento*, pfo. 17, artículo 4º, 1º (t. 15, pág. 436).

2 Lieja, 31 de Enero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 324) y Diciembre 4 de 1834 *id.*, 1834, 2, 267).

que el legislador exija determinado número de testigos, para deducir que será nulo el testamento, siempre que entre las personas llamadas como tales para su formación las haya que no reúnan las cualidades esenciales sin las cuales no es posible distinguir lo *verdadero de lo falso*, ni la *aparición de la realidad*. Si se hubiese hecho un testamento delante de un testigo loco, diríamos sin vacilar que el testamento era nulo, y que la resolución judicial que declarara su validez debería casarse por haberse violado con ella el artículo 971. Y efectivamente; porque este artículo previene que haya en el acto *testigos*, y por consiguiente personas que además de las cualidades prevenidas por el código, tengan las *naturales y esenciales*, sin las que no se puede distinguir la verdad ni dar testimonio de ella." (1)

Tal es la doctrina que también nosotros hemos expuesto de acuerdo con los autores acerca de la *incapacidad natural*. Hay incapacidad y nulidad, conforme al artículo 971, si no está el testigo en posibilidad de desempeñar las funciones que constituyen la esencia de su ministerio. Falta saber cuál es este ministerio, y grande es nuestra perplejidad sobre el particular por el desacuerdo que hay entre los magistrados más eminentes que han desempeñado las funciones del ministerio público: Merlin y Daniels. ¿Deben comprender los testigos el idioma del testador para hallarse en condiciones de distinguir la verdad y dar testimonio de ella? Daniels dice que no, Merlin que sí, y no faltan razones de peso á uno y otro.

Merlin cita las palabras del orador del gobierno á que nos referimos antes (núm. 253); los testigos son llamados para comprobar la voluntad del testador; luego deben comprenderle so pena de pasar por estatuas y no ser testigos. Son ellos igualmente inspectores del notario; luego

1 Pueden verse las conclusiones textuales de Daniels en la *Pasicrisia*, 1817, pág. 317 y siguientes.

tienen que comprender la lectura del testamento para asegurarse de que el notario escribió lo mismo que le dictó el testador. Pregunta Merlin qué clase de lectura será la que se dé al testamento, lectura que se debe dar *delante de los testigos*, si se admite como tales á personas que ignoren el idioma del notario y del testador, y si éste á su vez no sabe la traducción que hubiere hecho aquél. Es imposible que en un caso semejante se haga la lectura simultáneamente, y sin embargo la ley previene que así se haga. (1)

El mismo Merlin dice que el deber principal de los testigos está en vigilar al notario é inquirir si escribió precisamente lo que le dictó el testador, y si lo que lee está de acuerdo con lo que escribió. Daniels opina que esto es formarse una idea falsa y errónea de las obligaciones que incumben á los testigos instrumentales, quienes ni de hecho ni de derecho son inspectores: que no lo son de derecho, porque para ello había de ser menester exigirles que comprendieran, no tan sólo el idioma del notario y del testador, sino también ciertos tecnicismos de derecho que aquél emplea, como había de ser menester igualmente que por sí mismos leyeran el testamento; y por último, que si la inspección que se supone, había de ser condición para la validez del testamento, sería necesario que tal inspección constara por él mismo. Ahora bien, ni la ley prescribe nada de esto, ni se observa en la práctica tampoco nada. Muy á menudo se ve el caso de que conociendo, y todo, los testigos el idioma, no comprenden, sin embargo, los términos que él usa. ¿De cien testigos, habrá siquiera uno que sepa lo que quiere decir el *derecho de acrecer*? ¿Habrá por lo menos uno que se ponga á examinar lo que escribe y lea el notario? ¿Y será posible que los testigos retengan

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamento*, pfo. 17, artículo 2º (t. 15, págs. 431 y siguientes). Y un dictámen que Merlin produjo ante la sala el tribunal de Lieja (*Pasicrisia*, 1817, págs. 311 y siguientes).

en la memoria todo lo que han oído y han comprendido? Algunos hay que concurren al año á la formación de mil testamentos; ¿cómo han de retener lo que han oído? En suma, no existe ley alguna que prevenga que los testigos lean por sí mismos el testamento, como tampoco la hay que prevenga conozcan bastante bien el idioma del testador, para cerciorarse de si el notario escribió y leyó lo que le dictó aquél. Nada de esto se acostumbra hacer. En consecuencia, no se puede anular una resolución que declare la validez de algún testamento, aun cuando no hayan podido los testigos comprobar todas esas cosas, puesto que la resolución no contraviene á ninguna ley.

Grandes son los apuros de los tribunales cuando se trata de precisar la misión de los testigos, y en eso está, sin embargo, el verdadero punto de la dificultad que examinamos, dificultad de la cual depende por completo la relativa á la incapacidad natural. El tribunal de Lieja dice que es la presencia de los testigos una *especie de garantía* contra la violencia ó instigación á que podría estar expuesto el testador, y concluye de allí que no es indispensable que conozcan con ellos el idioma en que se redacta el testamento. (1) La sala de casación del propio tribunal resolvió que no habiendo dicho hasta aquí ninguna ley, en términos precisos, cuál sea el verdadero objeto de que estén presentes los testigos en el acto del testamento, es imposible casar una resolución judicial sólo por no haber exigido ella que los testigos conocieran aquel idioma. (2) El tribunal de Nancy abunda en las mismas ideas de Daniels, cuando dice que la ley llama á los testigos para prevenir los peligros de una sorpresa ó de una suposición, para lo cual basta con que se haya visto y oído al testador dictar libremente sus disposiciones, y al notario ir las escribiendo

1 Bruselas, 4 de Noviembre de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 241).

2 Denegada, sala de casación de Bruselas, 11 de Julio de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 167).

y darles después lectura. La ley no dice que los testigos sean como los celadores y censores de los notarios; que si tal hubiese querido, habría debido comenzar por exigir en los testigos los medios y la capacidad necesarios para el buen desempeño de su cometido; y si no lo ha hecho, claro está que es extralimitarse de ella exigir lo que no exige. (1) Por el contrario, el tribunal de Metz se ciñó á la opinión de Merlin. La presencia de los testigos, dice, tiene por objeto *evidentemente* procurar la certidumbre legal de la verdad del instrumento, y de aquí se sigue la *absoluta* necesidad que hay de que todo lo hayan visto, oído y comprendido los testigos, y la *necesidad* también de que conozcan el idioma en que se redactó y se escribió el testamento; por lo cual la falta de tal conocimiento constituye una verdadera incapacidad. (2)

Inútil es buscar en la tradición y en los trabajos preparatorios, motivos en qué fundar una resolución cualquiera. ¿No es este el caso de sujetarse al texto expreso de la ley? El artículo 971 quiere que los testigos estén presentes á la hora del testamento; es decir, que presencién cómo se han llenado todas las formalidades que prescribe la ley para su validez, siendo su propia presencia una de tantas formalidades sustanciales. Es preciso que los testigos estén presentes á la hora de dictarse el testamento: ¿por qué? ¿Acaso nada más para que vean cómo abre y cierra el testador los labios? A eso viene á reducirse su misión, cuando no comprenden el idioma del testador; son sordos en ese caso, dice muy bien Toullier. ¿Y quiere la ley testigos sordos, ora del cuerpo, ora del espíritu? Ella quiere asimismo

1 Nancy, 28 de Julio de 1817 (Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra "Testamento," t. 15, pág. 447, pfo. 17, artículo 4), trae la sentencia anotándola con observaciones.

2 Metz, 19 de Diciembre de 1816 (Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamento*, t. 15, pág. 444), y 30 de Abril de 1833 (Daloz, núm. 3, 128).

que en presencia de ellos se lea el testamento al testador, y que tal lectura se haga simultáneamente, para que uno y otros se aseguren de que el notario escribió lo que le dictó el testador. ¿Se dirá tal vez con Daniels que al testador es á quien se lee el testamento, y que es cosa de él asegurarse de si el notario trasladó fielmente sus ideas, pues sólo una cosa corresponde á los testigos que es ver si se dió esa lectura? Responderemos por nuestra parte, que si no conocen los testigos el idioma del testador y el del notario, no podrán atestiguar el hecho de haber escrito el notario todo lo que el testador le iba dictando y de haber leído lo mismo que escribió. ¿Qué saben de esto los testigos? Nada, y por lo mismo, bien puede engañárseles sin que ni lo sospechen. No son, pues, testigos que darán fe de la verdad, son estatuas. En vano Daniels y el tribunal de Nancy se esfuerzan por demostrar que la garantía es insuficiente: nosotros hemos reconocido antes que son de poca eficacia las que la ley ha buscado con la intervención del notario y de los testigos; ¿pero es razón ésta para inutilizarla transformando á los testigos en estatuas?

Hay aún otra dificultad según la opinión general. La ley quiere que se lea el testamento delante de los testigos: ¿basta con hacer esta lectura en un idioma que no comprendan? Difieren las opiniones sobre este punto, que es capital. Unos erigen que se traduzca lo que se ha leído. (1) Ya nosotros hemos dicho con Merlin que esto no llena el objeto que se va buscando con la lectura simultánea. Otros se contentan con que el notario interprete aquello mismo que va leyendo; (2) á lo cual responde Vazeille, y con mucho acierto, que es singular garantía la declaración que haya de hacer el notario, cuando él ha de ser á quien se vigile. (3) La sala de casación avanza siempre más: basta pa-

1 Marcadé, t. 4º, pág. 16, núm. 2 del artículo 972.

2 Metz, 19 de Diciembre de 1816 (Dalloz, núm. 2,908).

3 Vazeille, t. 2º, pág. 501, núm. 6 del artículo 980.

ra ella que los tribunales de apelación pongan en claro que el testigo tuvo conocimiento del testamento, por cualquier medio que haya sido, para que ese mismo testamento sea válido. (1) Conforme á la opinión confirmada por la jurisprudencia, habría necesidad de ir todavía más lejos y decir que sería bastante que se leyera el testamento al testador en presencia de los testigos aun cuando no comprendieran éstos el idioma; lo cual no les obliga, sino solamente saber que legó el notario. ¿No es esto reducir á pura comedia las solemnidades del testamento?

IV. De la incapacidad relativa.

269. Dice el artículo 975: "No podrán ser testigos del testamento público ni los legatarios por cualquier título que lo sean, ni sus parientes ó deudos hasta el cuarto grado inclusive, ni los pasantes del notario que antorice el acto." Estos géneros de incapacidad tienen por objeto asegurar la independencia de los testigos, quienes pueden llegar á tener que declarar en el expediente relativo á la validez del testamento. Si pudiese ser legatario un testigo, podría validar entre su conciencia y su interés. Su deber le mandaría descubrir las causas de nulidad que hubo en el testamento; pero como en el caso de ser anulado éste, vendría abajo su legado, hele aquí, pues, interesado en no decir verdad. La ley teme, y con razón, colocar á los hombres en una posición que los puede llevar á sacrificar su deber ó sus intereses.

270. La ley de 25 ventoso, año 11, contiene una disposición análoga. Conforme á su artículo 10, "no podrán ser testigos los parientes ó deudos, del notario ó de las partes contratantes, hasta el grado prohibido por el artículo 8º, ni sus pasantes, ni sus servidores." Hay ciertas diferencias entre el artículo 975 y el artículo 10. De ahí la cues-

1 Denegada, 14 de Julio de 1818 (Dalloz, núm. 3,133).