

“Las formalidades, dice un fallo de casación, que se han introducido para asegurar las disposiciones de los testadores, no deben, si se han observado, ser objeto de sutilezas que tienden á destruir esas mismas disposiciones. (1)

Desgraciadamente, la sala de casación ha olvidado á veces sus prudentes máximas, y con ello ha dado la mano á un sistema de indulgencia ó de relajación que los autores no pueden aceptar, puesto que el sistema conduce á una verdadera violación de la ley. Un fallo del tribunal de instrucción declaró válido un testamento porque discretamente entendido, *se prestaba á la inducción* que había sacado el tribunal de alzada sobre que allí se hallaba suficientemente la mención expresa exigida por la ley. (2) *¿Inducida por vía de raciocinio una mención, será cláusula expresa?* Ciertamente que no. Todos los autores censuran aquella resolución. (3) La cual está en oposición con las de la sala civil que acabamos de citar. También los tribunales de apelación cuando resuelven conforme á los principios, rechazan una interpretación que sustituye la mención *expresa* con una mención implícita, y ya se ve que una *mención implícita* es cosa contradictoria; porque quien dice *mención expresa*, dice declaración *explícita*, cierta, material, como lo dice la sala de casación; esto es, palpable. El tribunal de Besançon dice muy bien que no puede resultar del contexto general del instrumento ni de ninguna presunción ó conjetura la mención expresa, la cual debe ser formal y textual, de modo que no deje lugar á duda. (4) No basta, dice el mismo tribunal, llegar por medio de deducciones á la convicción de que se ejecutó la lectura simultánea, sino que es menester que terminantemente

1 Casación, 22 de Julio de 1829 (Daloz, núm. 2,936, 2°).

2 Denegada, 9 de Febrero de 1820 (Daloz, núm. 2,934).

3 Merlin, Duranton, Daloz (Véanse las citas en Daloz, número 2,934).

4 Besançon, 7 de Diciembre de 1806 (Daloz, núm. 2,933 1°.)

se haya hecho la mención de esa lectura misma. (1) El tribunal de Orleans dice asimismo que conforme al tenor del testamento debe ser evidente que se cumplió con la formalidad de la lectura. (2) El tribunal de Bruselas rechaza las menciones que resultan del conjunto. (3) Esta expresión defectuosa: *mención que resulta del conjunto de las disposiciones*, se halla algunas veces en buenos fallos, pero corregida por los considerandos que establecen que se halla la mención en las enunciaciones formales del testamento, que basta combinar. (4) Si están obligados los tribunales á combinar las diversas disposiciones ó enunciaciones de un testamento, es porque la redacción de éste es incorrecta; pero cuando tales enunciaciones por sí mismas prueban que se llevó á cabo la lectura, hay que concluir que la mención es expresa. (5) Luego cuando la sala de casación dice que basta que resulte *manifiestamente del instrumento y del conjunto de su redacción*, que se cumplió con las formalidades legales, es menester no aislar las últimas palabras de la sala de las que les anteceden. El *instrumento* es el que debe contener la prueba manifiesta de la lectura; las diversas *enunciaciones del instrumento* son las que reúne y combina la sala para establecer que de ellas resulta *manifiestamente* la observancia de la formalidad. (6)

354. Hay una mala redacción que es muy frecuente, y nosotros la citamos por ser causa de multitud de pleitos. Comienza el notario por mencionar la lectura que se dió al testador, y después viene una enunciación cualquiera; como, por ejemplo, la de que el testador ratifica su voluntad, haciéndose constar por último la presencia de los tes-

1 Besançon, 7 de Agosto de 1811 (Daloz, núm. 2,567).

2 Orleans, 10 de Febrero de 1830 (Daloz, núm. 2,936).

3 Bruselas, 27 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 91).

4 Lieja, 30 de Junio de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 184).

5 Gand, 27 de Diciembre de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 228).

6 Casación, 7 de Diciembre de 1846, (Daloz, 1847, 1, 4°), y Febrero 5 de 1850 (Daloz, 1850, 1, 269).

tigos. ¿Es bastante esta mención? Merlin responde: ¿Por qué no lo había de ser? Las enunciaciones que hay entre la mención de la lectura dada al testador y la relativa á la presencia de los testigos, no impiden que la segunda se ligue con la primera, ni que haya entre ambas una relación tan cierta como evidente. Esto se evidencia efectivamente en el ejemplo, tal como Merlin le expone; (1) pero hay notarios que tienen la costumbre de redactar sus instrumentos de manera tan embarazosa y de mezclar disposiciones inútiles con otras necesarias, tanto, que el conjunto viene á ser un dédalo, esto es, un manantial de pleitos.

Citaremos un caso muy sencillo que reproduce la hipótesis de Merlin. El testamento mencionaba el hecho de la lectura en los siguientes términos: "Después que nós, el notario, le dimos lectura en voz alta é inteligible y le tradujimos del francés al alemán, declaró el testador haberle comprendido bien y que ésta era su última voluntad" Después añadía el notario continuadamente: "En presencia de los dichos testigos." En seguida de la fecha del testamento, venía una nueva mención de lectura, practicada en presencia de los testigos. En fuerza de redundancias y repeticiones, había acabado el testamento por hacerse oscuro; de allí el inevitable pleito. El tribunal de Bruselas resolvió que sin violentar la construcción de la frase, no era posible separar las últimas palabras "en presencia de los dichos testigos," de estas otras: "le dimos lectura;" tanto más, cuanto que las expresiones *traducir del francés al alemán, y comprender bien*, forman parte de la lectura misma. En cuanto á la repetición de la mención de haberse hecho ésta, el tribunal la descarta como cláusula inútil, haciendo notar que las mismas repeticiones había en todo el testamento, pues todo estaba en él repetido una ó más

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª. pfo. 3º, artículo 2, núm. 4; 9ª cuestión y las resoluciones que cita (t. 33, págs. 488-490).

veces. (1) ¡Cuánto trabajo no se buscan los notarios para no ser claros y sencillos!

355. Todavía divide á los magistrados la apelación de estos principios. Decláranse, como lo dice Troplong, en pró ó en contra de la validez de la mención, según que están dispuestos á sostener ó á anular un testamento. Más dichosos aún que los jueces, los autores no miran más que á los principios, y en siguiéndolos con fidelidad, desvanécense las dificultades. Tomo especial sería necesario para discutir los fallos que se han dictado sobre esta materia; nos limitaremos á citar una resolución muy reciente, que dió la sala de casación, previa deliberación, siguiendo las conclusiones opuestas del procurador general. Después del dictado del testamento, el notario hacía constar que le había leído y vuelto á leer á la testadora. En esta parte del documento, se había omitido por completo la presencia de los testigos á quienes se volvía á encontrar hasta el fin del testamento, que terminaba así: "Y dada nueva lectura, habiendo manifestado la testadora no saber leer ni firmar, firmaron solamente los testigos y el notario." Tampoco en esta nueva mención de la lectura, se hablaba de los testigos como no se había hablado en la primera. Verdad es que el testamento expresaba que después de la lectura habían firmado los testigos; de donde podía inferirse que éstos habían estado presentes á la hora de la lectura, la cual se había verificado inmediatamente antes de la firma; pero, dijo la sala de apelación, no es posible suplir la omisión de una declaración expresa por medio de inducciones y verosimilitudes. Esa resolución, aunque enérgica, estuvo fundada en justicia, y fué confirmada en casación. (2)

1 Bruselas, 18 de Enero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 17). Compárese con las resoluciones, de Bruselas, 9 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 123). Lieja, 24 de Mayo de 1826 (*Id.* 1826, pág. 169). Gand, 5 de Mayo de 1851 *Id.*, 1855. 2, 67). París, Riom y Aix (Dalloz, núm. 2,861, 1º, 2º y núm. 2,972 2º).

2 Amiens, 9 de Noviembre de 1851 y denegada, sala de lo civil, 20

356. Hemos dicho que la ley no señala ningún lugar para las diversas menciones que hay que hacer (núm. 333): este principio tiene aplicación á la lectura, mención compleja, cuyos diversos elementos pueden estar separados á consecuencia de una mala redacción, sin que por eso deje de ser cierta, con tal que haya enlace entre las diversas cláusulas y de ello hemos citado multitud de ejemplos. (1) No habíamos de poder deducir de lo dicho que es completamente indiferente el lugar donde se ha de colocar la mención. Si la de la presencia de los testigos se halla en medio del instrumento, hay que ver si se refiere á todo él, ó solamente á las enunciaciones que anteceden, pues de ahí puede depender la suerte del testamento. Leense en uno las siguientes menciones: "Este testamento fué dictado así por el testador al infrascrito notario, quien le escribió tal como se le dictó; *todo en presencia de los mismos cuatro testigos*; leyóle en seguida al testador, quien declaró comprenderle bien y ratificarle como conteniendo su última voluntad." La palabras *todo en presencia de los cuatro testigos* ¿se referían únicamente á las enunciaciones que había antes de ellas? En ese caso, no había mención de la presencia de los testigos á la lectura, y por consiguiente era nulo el testamento. Así lo interpretó el tribunal de Bruselas, y no era posible interpretarlo de otro modo: la expresión *todo* es relativa á lo que la antecede; las palabras *en seguida*, que venían después de mencionada la presencia, indican una operación nueva, distinta de las anteriores. (2) Esto era decisivo.

Hay un fallo del tribunal de Gand, que parece admitir una interpretación más indulgente. Establece como principio que está en la naturaleza de las frases incidentales

de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 97).

1 Compárense las sentencias citadas por Daloz, núms. 2.978-2.980.

2 Bruselas, 5 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 67)

regir á lo que va antes y después de ellas hasta el fin de la principal. Esto es demasiado absoluto, puesto que todo depende de la construcción que se de á la frase. No entendemos criticar la resolución en cuanto al fondo; había en el caso repeticiones de la mención de la lectura y de la presencia de los testigos, y era el caso de unir las é interpretarlas una por medio de la otra. (1)

VII. De las firmas.

357. El testamento debe estar firmado por el testador, por los testigos y por el notario. Un instrumento no firmado no es instrumento, y carece de valor; la firma es la que le pone sello, y por lo mismo la que le da existencia. El testamento público no es obra sólo del testador, ni basta por lo mismo con que solamente él le firme; el testamento se recibe por dos notarios ó por un notario en presencia de dos ó cuatro testigos; por consiguiente es menester que conste en él la firma de los funcionarios públicos. También es necesaria la de los testigos, porque nada puede hacer el notario sin asistencia de ellos. puesto que recibe en su presencia el testamento, como lo dice el artículo 971. (2)

Síguese de allí que si deja de firmar alguno de los que lo deben hacer, no habrá testamento. Si muere el testador en el momento de ir á firmar, quedará su testamento en clase de simple proyecto, que no será posible perfeccionar. Inútil sería que con los testigos firmara el notario, haciendo constar que el difunto aprobó el testamento y que la muerte le impidió firmar; sería menester una ley para que equivaliera á la firma una manifestación de ese género. Del mismo modo, si el testador muere inmediatamente después de haber firmado, pero antes de que lo hagan el notario y los testigos, es nulo el testamento, ó por mejor

1 Gand, 16 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 393).

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 518 y nota 65, pfo. 670.

decir no le hay; porque la firma del notario y las de los testigos son las que le imprimen autenticidad; más no pueden firmar, muerto ya el testador porque el testamento no puede quedar perfecto sino por el concurso de las firmas, concurso que es lo único que pone de manifiesto el hecho de haberse hallado presentes todos los que toman parte en la confección del testamento. De modo que no siendo ya posible este concurso, una vez muerto el testador, el testamento queda imperfecto y en clase de simple proyecto. (1)

1. *Firma del testador.*

358. El testamento debe ir firmado por el testador (artículo 973). Lo que hemos dicho ya respecto á la firma del testamento ológrafo, debe aplicarse por analogía á la del testamento público (núms. 221-228). Se ha resuelto ya que es válido el testamento, aun cuando el testador haya firmado con un apellido que no fuera el suyo propio, con tal que con él hubiera sido conocido en vida, que le hubiera usado en todos sus actos y se le hubiera dado hasta en documentos oficiales del gobierno. (2) En los testamentos auténticos, es todavía menos dudoso esto que en los ológrafos, puesto que está identificada por el notario la identidad personal del testador.

359. Enfermo el testador y á punto ya de morir, quiere firmar, pero apenas llega á trazar una firma ilegible; lo cual se hace constar por el notario en el testamento: ¿será ésto válido? Si realmente firmó el testador, el testamento será válido aun cuando la firma sea imperfecta. Efectivamente, una firma incorrecta ó compuesta de caracteres poco legibles, no por eso deja de ser firma, y es la prueba de que estuvo presente al acto aquél á quien se citó en él como

1 Gand, 5 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 118).

2 Búrges, 19 de Agosto de 1824 y denegada, 10 de Marzo de 1829 (Dalloz, núm. 3,008).

testador, y un testimonio también de su consentimiento y de su voluntad. (1) Es menester no confundir este caso con el en que habiendo tratado de firmar el testador, no pudo hacerlo: el notario hace mención de este hecho, y será nulo el testamento. En efecto, pues que el testador no firmó, hay que aplicar el artículo 973, conforme al cual, no basta que el notario haga constar la imposibilidad en que el testador estuvo para firmar, sino que es menester que éste mismo manifieste no poder hacerlo y que se haga mención expresa de su manifestación. (2)

360. El artículo 973 no exige la mención de la firma del testador, mención que si se prescribe, so pena de nulidad, por el artículo 14 de la ley de 25 ventoso, año XI, con arreglo al cual, los instrumentos autorizados por escribano deben ir firmados por los interesados, por los testigos y por el notario, quien tiene obligación de mencionarlo así al finalizar el documento. Se pregunta si se ha de aplicar esta disposición á los testamentos. La jurisprudencia está por la afirmativa; pero hay razones de peso para dudar y que nos hacen inclinarnos á la opinión contraria, perfectamente sostenida por Coin-Delisle y después de él por Marcadé. (3) Esto, á decir verdad, no es más que la aplicación del principio que rige en las relaciones que hay entre el código civil y la ley de ventoso. Cuando el código contiene una disposición especial que concierne á los testamentos, tal disposición deroga la ley general de ventoso, y pues que el artículo 973 arregla todo lo que se refiere

1 Denegada, 31 de Diciembre de 1850 (Dalloz, 1851, 1, 53).

2 Denegada, 25 de Abril de 1825 (Dalloz. "Disposiciones," número 3,081, 2°). Poitiers, 28 de Agosto de 1834 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 3,081, 3°).

3 Coin-Delisle, pág. 383. nota; Marcadé, t. 4°, pág. 20, núm. 1 del artículo 973. Demante, t. 4°, pág. 272, núm. 116 bis, 2° y pág. 280, núm. 118 bis 1°. En sentido contrario, Durantou, t. 9°, pág. 126, número 93. Troplong, núm. 1,581. Aubry y Rau, t. 5°, pág. 512, nota 33.

á la firma del testador, de aquí que también deroga el artículo 14 de la ley sobre el notariado. En vano se dirá que los artículos 973 y 974 no se ocupan más que en la mención de las firmas, y que por consiguiente la ley de ventoso sigue siendo aplicable á este respecto. El argumento sería decisivo, si se tratara de la aplicación de los principios generales de la abrogación de las leyes; pero ninguna fuerza tiene cuando se trata de una ley especial (núm. 250). Hemos aplicado el principio de la especialidad á las condiciones requeridas para la capacidad de los testigos (artículos 980 y 975), (1) y hay que aplicarle del mismo modo á las firmas. Lo que no da gran peso á esa interpretación, es que no exigiendo el código la mención de las firmas no ha hecho más que confirmar el derecho antiguo.

Poco tiene de autorizada en esta materia la jurisprudencia francesa. Los tribunales de Metz y de Turin se colocan en el terreno de los principios generales de la abrogación de las leyes, en lo cual no está la verdadera cuestión, y la sala de casación no motiva sus resoluciones. (2) La de Bélgica invoca el principio de que deben ejecutarse las leyes generales en todo lo que no hubieren sido derogadas por una especial; pero la dificultad está precisamente en saber si en el caso la ley especial deroga á la general. (3)

Suponiendo que sea necesaria la mención, es menester aplicar las reglas generales que rigen acerca de las menciones; dicha mención debe ser expresa, pero no sacramental. La ley de ventoso no exige que sea expresa, de suerte que el juez tiene respecto de ella mayor amplitud que respecto de las prescriptas por el artículo 972, pudiendo el

1 Véanse los núms. 261 y 270).

2 Turin, 18 de Noviembre de 1811. Metz, 1º de Abril de 1819. Casación, 16 de Febrero de 1814 (Dalloz, núm. 3,030).

3 Denegada, 2 de Diciembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 181). Un fallo de Lieja no admite esta opinión sino hipotéticamente (80 de Julio de 1834, *Pasicrisia*, 1834, 2, 242).

notario servirse de la expresión que quiera. (1) Hay, sin embargo, algo de especial en la mención de las firmas, que la ley de ventoso quiere se haga al finalizar el testamento. El tribunal de Bruselas resolvió que no quiere decirse con esto que la mención haya de formar precisamente las últimas palabras del testamento, de manera que vaya á fuerza antes de la firma, sino que basta que se halle á continuación de todas las disposiciones del testamento mismo. (2)

361. El artículo 973 prevee el caso de que el testador no sepa ó no pueda firmar, y dice: "Si el testador *declara* que no sabe ó que no puede firmar, deberá hacerse en el instrumento mención expresa de su *manifestación*, así como de la causa por la cual no puede firmar." Esta mención equivale á la firma, ¿pero con qué condición? La ley quiere que haya una manifestación espontánea del testador, que no haga el notario más que asentar. ¿Por qué ha de emanar del testador, y no del notario tal manifestación? Porque es la firma elemento esencial del testamento, y debe ser la expresión de la libre voluntad del difunto; ó por mejor decir, al firmar es cuando pone sello á su voluntad y cuando indica que en realidad son suyas las disposiciones escritas por el notario; y pues que la manifestación de no saber ó de no poder firmar hace veces de firma, es menester consiguientemente que emane del testador á efecto de que se tenga la seguridad de que entendió testar y de que hace suyo lo que escribió el notario. (3) La manifesta-

1 Casación, 16 de Febrero de 1814 (Dalloz, núm. 3,030, 2º). Bruselas, 28 de Julio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 242). Lieja, 9 de Julio de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 172). Compárense las sentencias citadas por Dalloz, núms. 3,033-3,035.

2 Bruselas, 7 de Julio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 185). Compárese el fallo de Lieja de 30 de Julio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 205) y la jurisprudencia francesa en Dalloz, núms. 3,087-3,091).

3 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 519, núm. 72. Demolombe, t. 21, página 610, núm. 600.

ción del testador sobre que no sabe ó no puede firmar prescribese bajo pena de nulidad; (art. 1,001) esa manifestación hace veces de firma, la cual faltará sin ella; y un testamento sin firma no es tal, sino siempre proyecto no perfeccionado. Inútil había de ser que el notario manifestara en nombre propio que no firmó el testador por no saber ó poder hacerlo; tal manifestación sería ineficaz, porque el notario no está facultado para hacerla y equivale á que no haya manifestación alguna. No hay, pues, firma, ni por consiguiente hay testamento (1).

362. ¿Será necesario que el notario interpele al testador para que firme? El edicto perpetuo de 1611 hacía de ello una condición para la validez del testamento. "Tales testamentos, dice el artículo 12, serán firmados por el testador y por los dos testigos llamados para su formación, si saben escribir, *para lo cual serán interpelados por los notarios.*" Lo mismo se observaba en Francia, conforme á las ordenanzas de Orleans (art. 84) y de Blois (art. 165) (2); pero el código no exige la interpelación. ¿Querrá decir esto que la prohíbe, como prohíbe implícitamente los testamentos hechos por preguntas? No; todo lo que del silencio del código se puede inferir, es que no se necesita la interpelación. (3) En el momento de tratarse de firmar, manifestó el testador su voluntad al dictarla; oyó la lectura, y aprobó lo que escribió el notario conforme á su dictado; la firma no es más que formalidad; nada impide, pues, que el notario interpele al testador para que cumpla con esa esa formalidad, interpelación á la cual debe corresponder éste ó con firmar ó con expresar que no se firma por no

1 Coin-Delisle, pág. 384, núm. 6 del artículo 973 y todos los autores. Bruselas, 8 de Diciembre de 1810 (Dalloz, núm. 2,953).

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Firma*, pfo. 3º, artículo 2, núm. 7 (t. 31, pág. 189).

3 Lieja, 16 de Diciembre de 1812 (Dalloz, núm. 3,070, 2º). Donai, 6 de Marzo de 1833 (Dalloz, núm. 2,918, 2º).

saber ó no poder hacerlo. Por sí sola no hace veces de firma esa interpelación. Vigente el Estatuto de 1735, bastaba con una interpelación; bastaba con que declarara el notario que interpelado el notario no había firmado por no saber ó no poder hacerlo (1); pero una vez publicado el código, sería sin duda insuficiente esa interpelación, dado que la ley exige terminantemente una manifestación del testador, la interpelación es cosa del notario, en tanto que la manifestación debe proceder del testador. Si pues se limitara el notario á decir que no había podido firmar el testador por causa de su enfermedad, pero que le interpeló, sería nulo el testamento, puesto que no habría ni firma ni declaración que hiciera las veces de tal. Ni habría que decir que allí hubo interpelación y que la mención hecha por el notario de que por enfermedad no había podido firmar el testador, implica una respuesta á esa misma interpelación; porque siendo ésta hecho del notario, no puede suplir á una declaración que debe emanar del testador (2).

363. Sucede á veces que á la pregunta del notario contesta el testador, que sabe firmar, pero al tiempo de ir á hacerlo le faltan las fuerzas y por fin no lo hace. En este caso, debe declarar el testador que no puede firmar y el notario hacer mención expresa de esa declaración, así como del motivo que le impidió firmar. Si el notario se limita á decir que el testador se disponía á firmar pero que no pudo hacerlo por su debilidad, será nulo el testamento, como que entonces quedará sin firma y sin la manifestación del testador que hace veces de ésta. (3) Contra esto

1 Véase la jurisprudencia en Dalloz, núm. 3,074).

2 Limoges 4 de Diciembre de 1821 (Dalloz, núm. 3,075, 2º). Aubry y Rau, t. 5º, pág. 519, nota 73. Demolombe, t. 21, pág. 312, número 310.

3 Bruselas, 19 de Octubre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 207 y Dalloz, núm. 3,081, 1º).