

se objeta que el testamento da á conocer la causa por la cual no firmó el testador y fué su enfermedad, su debilidad; pero respondemos que quien dice tal, es el notario, y que la ley no se conforma con su declaración sino que exige la del testador. Indudablemente, es probable que si el notario le hubiese pedido que hiciera él mismo esta declaración, la habría hecho; pero una probabilidad, una presunción de hecho no equivale á una manifestación que en materia de testamentos todo es de rigor. (1)

364. Si no firma el testador debe declarar que no sabe ó no puede hacerlo. No sabe, cuando no aprendió á escribir las letras, y no puede, cuando hay alguna causa física, como la enfermedad ó la debilidad, que le impida firmar aunque sepa hacerlo. La ley quiere, además, que en este último caso exprese el notario la causa que tuvo el testador para firmar; pero si sabe, debe hacerlo, puesto que la firma es una formalidad sustancial del testamento. Si declara que no puede firmar, por sí sola es insuficiente esta declaración por no saberse si es verdadera, y para asegurarse de que lo es, necesitase que se haga mención en el testamento de la causa que tuvo para no firmar. ¿Toca al testador expresar esa causa, ó bastará con que la indique el notario? Generalmente hablando, habría que resolver que la enunciación de la causa tocaba al testador hacerla, por eso el único que la puede conocer, amén de que debe saberse de su misma boca que no es aquello nada más pretexto. Tal es, por lo demás, la opinión general. (2) ¿Habría nulidad en el caso de que el notario hiciese la mención de esa causa? No hallamos la ley en que se fundara tal nulidad, y no la hay mientras no haya ley que la establezca. El artículo 973 dice nada más que se mencionará el motivo que hubiere tenido el testador para no firmar, pero no

1 Caen, 11 de Diciembre de 1822 y denegada, sala de lo civil, 25 de Agosto de 1825 (Dalloz, núm. 3,081, 2°).

2 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 3,083.

que éste haya de expresarle; y exigir que lo haga, sería lo mismo que adicionar la ley y crear una causa de nulidad que el código no ha creado. (1)

365. El artículo 972 dice que el notario debe hacer mención expresa de la manifestación que hubiere hecho el testador de no saber ó no poder firmar, así como de la causa que le impidió el hacerlo. Origen de múltiples dificultades ha sido siempre la mención á que nos referimos. Declarando el testador que no sabe firmar, bastará con que el notario lo exprese así, para que tal mención haga veces de firma, y entonces no será necesario añadir la causa que impidió al testador firmar. Pero si dicha causa es el no saber hacerlo, quiere decir el no haber aprendido á trazar los caracteres, ó haber olvidado lo que tenía aprendido, en ese caso, hase pedido ya la declaración de nulidad de un testamento, en el cual se expresó que interrogada la testadora por el notario sobre si sabía firmar, manifestó ella que no. Esto es abusar del derecho de litigar. Decir alguien que no firma por no saber hacerlo, ¿no es decir que por no tener la ilustración suficiente, é ignorar el arte de escribir? Esto dice el tribunal de Bruselas; no es más que enunciar al mismo tiempo el impedimento y la causa del impedimento. (2)

366. ¿Basta con que se haga mención de que el testador no sabe firmar? Discútese este punto, y nos parece que los intérpretes no han tenido presente un hecho que es decisivo. La declaración debe proceder del que atestigua; el testador es quien dice que no sabe firmar, y el notario com-

1 Coin-Delisle, pág. 386, núm. 9 del artículo 973. Marcadé, t. 4°, pág. 23, artículo 973, núm. 11. El tribunal de Poitiers dice en un considerando, que no resulta del artículo 973 que el testador mismo deba declarar la causa que le impida firmar. Fallo de 28 de Agosto de 1834 (Dalloz, núm. 3,081, 3°).

2 Bruselas, 27 de Febrero de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 50) y 3 de Enero de 1812 (Dalloz, núm. 3,047).

prueba esta manifestación. Luego importa ver lo que tal manifestación quiere decir en boca del testador, y sabido es que el lenguaje usual, *no saber escribir* significa no saber trazar los caracteres, carecer de ilustración, ora porque nunca haya concurrido el individuo á un establecimiento de enseñanza, ora porque haya olvidado lo que aprendió. Esto sucede principalmente en las provincias donde no es el francés la lengua materna, en las cuales no se hace distinción entre las dos expresiones no saber escribir y no saber firmar. Tan es así, que en el edicto perpetuo de 1611 (art. 12) emplea el legislador belga la expresión *no saber escribir*, para dar á entender que el testador no sabe *firmar*. ¿Y habrá todavía quien se admire de que ignoren los notarios la diferencia que hay entre *saber escribir* y *saber firmar*? Los hay que preguntan al testador si sabe *escribir*, cuando lo que quieren preguntarle es si sabe *firmar*. (1) Con mucha mayor razón pueden los testadores ignorar lo que el legislador belga de 1611 ignoraba y lo que aún los funcionarios públicos ignoran á fines del siglo XIX.

Contra esto viene la objeción de que multitud de personas hay que saben firmar y no escribir, concluyéndose de aquí que no es equivalente de la de no saber firmar la manifestación de no saber escribir, así como que no es suficiente una manifestación como esa, y que por lo tanto es nulo el testamento que la contuviere. (2) Esto estaría perfectamente puesto en razón, cuando la ley se dirigiera á académicos ó jurisconsultos: pero no, dirigiéndose, como se dirige, á testadores ignorantes, y tan ignorantes que no poseen ni siquiera los primeros rudimentos de la escritura. ¡Y se quiere que conozcan la diferencia que hay entre no

1 Bruselas, 6 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 463).

2 Duranton, t. 9º, pág. 129, núm. 95. Grenier t. 2º, pág. 417, número 242. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 518 y nota 68.

saber *escribir* y no saber *firmar*!..... Esta vez sería el caso de decir que se convierten las formalidades en un lazo para el legislador, siendo así que su objeto es garantizar la libre expresión de su voluntad. ¿Se dirá que no tiene por qué inquietarse la ley con la ignorancia de los notarios y de los testadores, que ella exige la manifestación de no saber *firmar*, y que no es equivalente de la misma de no saber *escribir*? Merlin responde que las palabras de que se sirven los notarios y los interesados deben entenderse en el sentido que pueden tener cuando se trata de un testamento auténtico; (1) que es la aplicación de un antiguo adagio, según el cual, deben interpretarse las palabras *pro subjecta materia*. Y bien, ¿se trata de que el testador escriba el testamento público? No, sino de que le firme, y es lo único que escribe en él. Luego con declarar que no sabe escribir, necesariamente da á entender que no sabe firmar. Puede suceder indudablemente que adrede diga un testador que no sabe escribir, sabiendo firmar; manifestación que importaría defraudar la ley, ó si se quiere, manifestación falsa; y como una manifestación de este género no es declaración, síguese que el testamento quedaría sin firma y sería por ende nulo. Pero de que haya un testador por mil que produzca una declaración falsa con el fin de anular su propio testamento, ¿se ha de inferir la necesidad de declarar nulos los testamentos de todos los que de buena fe y sólo por ignorancia expresan no saber escribir, queriendo decir que no sabían firmar? El fraude constituye la excepción cuya prueba es siempre admisible, bastando con ella para asegurar los intereses de los herederos legítimos. Junto al derecho de los mismos está el del testador, que también necesita que se le asegure; mas sería sacrifi-

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Firma*, pfo. 3º, artículo 2, núm. 2 (t. 31, pág. 183). Compárese á Toullier, t. 3º, 1, págs. 255, 257, número 438. Coin-Delisle, pág. 386, núm. 7 del artículo 973. Baile-Mouillard comentando á Grenier, t. 2º, pág. 418, nota o.

car ese derecho, anular un testamento por contenerse en él una declaración insuficiente, cuando en la mente del testador tal declaración es idéntica á la que la ley prescribe.

Más prudente que los autores, los tribunales se han manifestado favorables á la validez de una declaración en que se exprese que el testador no sabe escribir. Un fallo del tribunal de la Haya dice con mucho acierto que la expresión de *no saber escribir* significa ordinariamente que no está versado en el arte de escribir, ni se tiene la facultad intelectual de recurrir á ese arte, y estableció en el caso de que se trataba que el testador no sabía trazar los signos de la escritura. Por tanto, la manifestación hecha por él de no saber escribir, significaba que no conocía el arte de la escritura. (1) Lo mismo resolvió el tribunal de Colmar, y la sala de casación se conformó con esa resolución añadiendo una especie de restricción, á saber: la formalidad del artículo 973 quedó observada, dice el fallo de casación, tanto por haber declarado la testadora no saber escribir, cuanto por haberse puesto el signo que seguía inmediatamente á la mención de esa declaración, é indicaba no tener la misma testadora otra manera de firmar. (2) ¿Quiere decir esto que la declaración de no saber escribir sea insuficiente por sí misma y que se necesite cualquier enunciación para precisar su significación? Así opina M. Demolombe, (3) pero no lo dice la sentencia de casación. La declaración de no saber escribir es clara por sí misma y equivalente en los lugares donde el uso la confunde con la de no saber firmar, y por lo mismo no necesita explicación.

367. Estos principios se aplican al caso en que el nota-

1 La Haya, 30 de Mayo de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 389).

2 Denegada, 11 de Julio de 1816 (Daloz, núm. 3,045). Hay una sentencia en sentido contrario de Donai de 9 de Noviembre de 1809 (Daloz, núm. 3,046).

3 Demolombe, t. 21, pág. 316, núm. 319.

rio interpela al testador, sin que haya lugar á duda cuando el notario pregunta al testador si sabe escribir y éste le contesta que no sabe: aquella pregunta manifiesta, está probando que el notario participa de la ignorancia general; pero la pregunta es tan significativa como la respuesta. ¿Cuándo interpela el notario al testador para que firme? Después de haber mencionado el cumplimiento de las diferentes formalidades del dictado, de la escritura y de la lectura del testamento, cuando ya no queda otra que observar que la de la firma. Por consiguiente, al preguntarle el notario si sabe *escribir*, le pregunta si sabe firmar: que es todo lo que tiene que hacer el testador. Y si éste contesta que no sabe *escribir*, entiende ciertamente decir que no sabe escribir lo que se le llama á escribir, esto es firmar. Tal es el sentido de una resolución de Bruselas. (1)

Lo mismo acontecería en el caso de que el notario le preguntara al testador si sabía *firmar*, y éste contestara que no sabía *escribir*. (2) La respuesta debe entenderse en el sentido de la interpelación; si el testador usó de la palabra *escribir* en lugar de *firmar*, fué porque se conformó al lenguaje usual, único que él conoce. ¿Y se dirá que quiso eludir la verdad dando una contestación ambigua? Al demandante en juicio tocará la prueba de ello; pero mientras no la haya en contrario, tendrá que admitirse que la declaración es la expresión de la verdad, puesto que se sirvió de una expresión empleada generalmente para dar á entender que se carece de ilustración.

Un fallo del tribunal de Tréveris hace conocer hasta la evidencia que tal es la intención de los testadores. Pide el notario al testador que firme, y éste contesta que no puede hacerlo por no saber escribir. (3) Véase ahí lo que los

1 Bruselas, 9 de Diciembre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 543, y Daloz, núm. 3,044).

2 Bruselas, 13 de Marzo de 1810 (Daloz, núm. 3,045).

3 Tréveris, 18 de Noviembre de 1812 (Daloz, núm. 3,057, 2°).

testadores entienden decir cuando simplemente responden que no saben escribir; nunca aprendieron á hacerlo, y de ahí la imposibilidad en que están para firmar. Decimos que esto es evidente, y en efecto; porque las lenguas germánicas carecen de un verbo simple que equivalga al nuestro de *firmar*, puesto que en ellas se dice *escribir su nombre al calce del instrumento*; de suerte que el testador y el notario alemanes que emplean la expresión *no saber escribir*, entienden con ella no saber escribir su apellido al calce del testamento; es decir, no saber firmar. El tribunal de Tréveris lo hizo notar así, y esto es decisivo. (1)

368. En los países flamencos, la palabra *saber* se emplea por lo general como sinónimo de *poder*: falta ciertamente, pero falta en que todo el mundo incurre. Síguese de aquí que la expresión *no saber escribir* significa á veces no *poder* escribir. El testador que manifiesta "no saber escribir por debilidad de la mano," no quiere dar á entender con esto que carece de ilustración; porque si así fuera, no hablaría de una debilidad que accidentalmente le impide firmar, sino que sencillamente diría que no sabía escribir. Este idiotismo da lugar á nueva dificultad; porque si dice el testador que no sabe escribir y entiende con esto que hay alguna causa física que se lo impida, es menester que exprese esa causa, ó por lo menos el notario tiene que mencionarla, so pena de nulidad. En ese sentido, la locución viciosa de no saber escribir ó firmar es insuficiente, y por lo mismo anularía el testamento. En el caso que acabamos de citar y que tomamos de un fallo del tribunal de Bruselas, estaba indicada la causa que impedía al testador firmar, puesto que había declarado no saber escribir por debilidad de la mano; ese obstáculo físico era el que le impedía escribir su nombre. Quedaba, pues, satisfecho lo que prescribe el artículo 973. Otro tanto hay que decir de

1 Tréveris, 18 de Agosto de 1813 (Dalloz, núm. 3,048).

la declaración hecha por el testador de que ya no *sabía escribir* á causa de su enfermedad y de la apoplejía que le había atacado. La palabra *saber* quería decir poder, por que nada tiene que ver la apoplejía con el *saber*, pues sólo concierne al *poder*. Por tanto, la declaración estaba arreglada al artículo 973; con declarar el testador que no podía firmar, indicaba la causa por lo cual no podía hacerlo. (1) Esto mismo pasa en las provincias alemanas; el tribunal de Colmar declaró válida una manifestación que expresaba que el testador no *sabía escribir* por debilidad de la vista; se combatió el testamento por no haber empleado el testador la palabra *firmar*; mas no sin razón dijo el tribunal que semejante capítulo era verdaderamente fútil. (2)

369. Ocurre una nueva dificultad cuando el testamento está en flamenco. Declara el testador *dat hij niet kan schrijven of teekenen*. El sentido de esta expresión es doble. ¿Significa que el testador no *sabe* ni escribir ni firmar? Es bastante entonces, en el supuesto de que ella sea verdadera. ¿Significa que el testador no *puede* firmar? En este caso, no es bastante mientras no se exprese la causa por la cual no puede firmar. ¿Se cumple, con una expresión dudosa, con el deseo del artículo 973? El motivo para dudar está en el idioma, y el legislador francés no puede imponer el idioma del código civil á los idiomas extranjeros. Es menester, pues, tener en cuenta las circunstancias de cada caso. Si el testador no aprendió á escribir, su misma declaración comprueba la imposibilidad intelectual, y por ende no hay que precisar la causa de que no firme; pero si aprendió á firmar, es menester sí expresarla, pena de nulidad. (3)

El tribunal de Bruselas resolvió que la expresión *niet te*

1 Bruselas, 6 de Octubre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 463).

2 Colmar, 1º de Febrero de 1812 (Dalloz, núm. 3,049, 3º).

3 Compárese con lo resuelto en la Haya á 26 de Noviembre de 1828 ("Pasicrisia," 1828, pág. 342).

konnen teekenen significa no *saber* firmar. Esto no admite réplica; pero también significa aquella expresión no *poder* firmar. Falta saber en qué sentido la empleó el testador. Toca á aquél que demanda la nulidad del testamento fundándose en la de la declaración, probar el fundamento de su demanda. ¿Habrá que resolver caso de duda, como lo hizo el tribunal de Bruselas, que debe estarse al sentido que da algún efecto al testamento? (1) Nos hemos apartado del artículo 1,157 en materia de formalidades testamentarias, porque se trata, no de interpretar el testamento, sino de saber si le hay, si existe. Vale más, por consiguiente, atenerse á los principios generales que rigen acerca de las formalidades de la prueba.

370. El artículo 973 quiere que el notario haga mención *expresa* de la declaración del testador: lo cual no es más que aplicar á la declaración de no saber ó no poder firmar, el principio establecido por el artículo 972 para las formalidades del dictado, de la escritura y de la lectura. Por tanto, se deben interpretar las palabras *mención expresa* del artículo 973, tal como lo hicimos respecto del 972; es decir, hay que admitir las equivalencias. (2) No es indiscutible el principio; mas todo depende de la aplicación que de él se haga. ¿Cuándo será equivalente la mención? ¿cuándo no lo será? Entran en conflicto la indulgencia y la severidad al tratarse de la formalidad exigida por el artículo 973, no menos que de las exigidas por el 972. (3) Ninguna razón jurídica hay para establecer una diferencia, y así, sostenemos el principio tal como le formulamos (núms. 324 y siguientes).

El notario le dice al testador que firme, y en seguida hace constar que éste declaró que sólo ponía un signo por

1 Fallo de 6 de Diciembre de 1871 ("Pasierisia," 1872, 3, 192).

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 520 y nota 74.

3 Vazeille, t. 2º, pág. 453, artículo 973, núm. 8. Dalloz, número 3,076, pág. 893.

no saber ni escribir ni firmar. ¿Basta con una mención así? El tribunal de Colmar estuvo por la validez, y Merlin, el más severo de los intérpretes en la materia, aprueba la resolución y con este motivo tildósele de inconsecuente. Nosotros creemos que aquella resolución fué justa, y Merlin muy consecuente. ¿Implicaba la mención sobre la que se litigaba que el testador había declarado no saber firmar? Notemos desde luego con el citado tribunal, que hecha por el notario la interpelación respectiva para que firmara, fué como el testador puso un signo; lo cual es ya una prueba de que no sabía firmar, puesto que si hubiese sabido, ciertamente no se habría contentado con un simple signo. El notario no se conforma con mencionar que el testador puso un signo por no saber firmar: cosa que había importado una declaración insuficiente como emanada del funcionario público, siendo así que la ley quiere que proceda del testador; pero en el testamento consta que éste declaró poner un signo por no saber firmar, y esto, en otros términos, quería decir que declaró no saber firmar. Hay, pues, perfecta equivalencia. (1)

Dijose en el testamento que el testador expresó no saber ni leer ni escribir, y en casación se juzgó bastante aquella mención, expresándose enérgicamente la ignorancia del testador, ignorancia por la cual no firma; es decir, por no poseer los principios más elementales de la escritura ni de la lectura. La mención de que se trata equivalía perfectamente á la de no saber firmar. (2)

371. Cuando declara el testador no poder firmar, debe expresarse en la mención la causa por la cual no puede hacerlo; de tal modo que si no se expresa, el testamento es

1 Colmar, 13 de Noviembre de 1813 (Dalloz, núm. 3,076). En el mismo sentido, Tolosa, 27 de Abril de 1813 y 29 de Junio de 1821 (Dalloz, núm. 3,077).

2 Casación, 23 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 31).

nulo. Esto no es dudoso, puesto que la ley lo dice terminantemente (arts. 973 y 1,001). Sin embargo, no faltan litigios acerca de esta mención, como no faltan acerca de todas las demás que la ley prescribe, y siempre por ignorancia ó negligencia de los funcionarios públicos: la irregularidad con que se extienden los testamentos es un incentivo para el espíritu de chicana y para las malas pasiones con que se alimenta la esperanza halagadora de los herederos naturales.

Casos hay en los que falta aparentemente la causa, pero en los cuales no há lugar de indicarla. Puede la redacción ser incorrecta, mal forjada, y esto basta para que pidan los herederos la nulidad del testamento; pero dice la sala de casación, cuando la misma razón natural se resiste á no descubrir en el conjunto de lo que se dijo y escribió correctamente más que la mención absolutamente indispensable, es de admitirse que la hay expresa, y que ha quedado satisfecho por consiguiente el espíritu de la ley. (1)

Indica la mención que el testador declaró que no *sabía firmar bien* y no *podía* firmar. Pedida la nulidad, fundándose el demandante en el hecho de no haberse indicado la causa por la cual no había podido firmar el testador, se resolvió que sí estaba indicada y que lo era la ignorancia del testador, toda vez que éste había manifestado *no saber firmar bien*. (2) Digamos mejor que no era el caso de indicar la causa, puesto que efectivamente, cuando el testador declara que no sabe firmar, basta esa declaración (núm. 365) y en nuestro caso, el testador dijo que no sabía firmar bien; luego había mención expresa y completa, conforme al artículo 973.

¿Puede separarse la mención de la causa de la relativa

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1830 (Daloz, núm. 2 969). Compárese con lo resuelto en Poitiers, á 28 de Agosto de 1834 (Daloz, núm. 3,081, 3°).

2 Denegada de 4 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 386).

á que no pudo firmar el testador? Ciertamente que tan irregular como poco puesto en razón es esto; pero se pregunta si la mención de que se trata es nula. Dicese en un testamento que aunque acostumbrada á firmar, no podía hacerlo ya hacía algunos años la testadora. Fácilmente se comprende la causa de ello: la edad, los achaques de la vejez, y esa causa se había indicado al comenzarse el testamento, donde el funcionario público declaró que la testadora estaba en el uso expedito de sus facultades intelectuales, aunque afectada de alguna debilidad material. Combinada, pues, esta declaración con la de la testadora, expresaba la causa por la cual no había podido ella firmar. (1)

372. La declaración hecha en flamenco, *niet te kunnen teekenen*, es antigua (núm. 369). Cuando consta que el testador que hizo tal declaración sabía firmar, la declaración no puede significar sino que tuvo algún impedimento físico para firmar. Si no se mencionó ese impedimento, queda incompleta la mención y por consecuencia el testamento es nulo. (2)

Al estar firmando el testador, escribe su nombre de pila, pero sin escribir su apellido: ¿es este el caso de que se aplique el artículo 973, esto es, se necesita una declaración emanada del testador, que exprese que no puede firmar y la causa por la cual no puede? El tribunal de Tolosa resolvió, con razón, el caso afirmativamente. Allí no había firma, puesto que no lo son el nombre de pila y algunos caracteres que el testador no pudo concluir; por lo cual había necesidad de una declaración que hiciera veces de firma: declaración que tenía que emanar del testador, con más la expresión de la causa que le impidió firmar. En

1 Denegada, 10 de Diembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 38).

2 La Haya, 20 de Octubre de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 201 y Daloz, núm. 3,050).