

vano sería decir que los hechos de que diera fe el notario estaban probando hasta la evidencia que si no había firmado el testador fué por su debilidad. No hay evidencia que valga cuando se trata de cumplimiento de una formalidad sustancial. (1) Otra cosa había de ser, como ya lo hemos dicho, si en realidad hubiera firmado el testador, aun cuando fuera ilegible su firma (núm. 359).

373. Se han querido adoptar otros caminos para obtener la nulidad de la declaración que prescribe el artículo 973, comenzándose por pretender que debía hacerse en presencia de los testigos. Es indudable que éstos deben hallarse presentes á todas las operaciones que constituyen la recepción del testamento; pero el artículo 971, que es el que así lo exige, no previene que se haga mención expresa de esa presencia á cada una de las operaciones del acto. Basta, pues, conque en el exordio y en el pie del testamento se haga constar lo de la presencia. (2)

Se ha pretendido igualmente que debía darse al testador lectura de su propia declaración, en la que manifiesta no saber ó no poder firmar: lo cual traía consigo la necesidad de hacer una nueva mención. Hemos examinado la cuestión y resuélto la negativamente, apoyándonos en la jurisprudencia (núm. 347) (3).

Por último, se ha sostenido que la declaración de no saber ó de no poder firmar sustituía á la firma, y era de necesidad apreciar el artículo 14 de la ley de ventoso, conforme al cual, la mención de las firmas se debe hacer al fin. Respondemos á esto que no hay nulidad sin ley que la establezca, y que pues el artículo 14 de la de ventoso no

1 Tolosa, 5 de Abril de 1821 (Dalloz, núm. 3.084, 1°).

2 Lieja, 1° de Julio de 1856 (*Pasicrisia*, 1857 2. 188) y denegada, 22 de Enero de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 1. 53). Véase la jurisprudencia francesa en Dalloz, núms. 3,120-3,122. Compárese con lo dicho en los núms. 301 y 302.

3 Compárese con lo resuelto en Bruselas á 7 de Julio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 185); Aubry y Rau, t. 5°, pág. 518, nota 76.

es aplicable al caso por no hablar de firmas ni prescribir la declaración de no saber ó no poder escribir el testador, hay que hacerle á un lado en la discusión. Queda por lo tanto el artículo 973, que nada dice en cuanto al lugar en que se debe hacer mención de la declaración por él prescripta. Objétase que esa declaración hace veces de firma: esto es exacto, en cuanto á que son necesarias ó la firma ó la declaración de no saber ó no poder firmar, bajo pena de nulidad del testamento; pero no por eso prueba que debe ocupar la declaración el mismo lugar que la mención de las firmas. (1)

374. Queda una cuestión, la última que ha dado lugar á multitud de pleitos. Declara el testador no saber firmar y hace el notario mención expresa de ello: es una declaración falsa, dicen los herederos, porque hay documentos firmados por el difunto, quien por lo tanto sabía firmar. ¿Qué resulta de ello? Una declaración falsa no es una declaración, y así el testamento quedó sin firma, porque poco importa la intención que haya tenido el testador al hacer tal declaración falsa. Prueba evidente, dice el tribunal de Grenoble, de que el testamento no es la expresión de la voluntad del testador. Este, dice el tribunal de Tréveris, quiso escapar de la obsesión de los que le rodeaban. En todo caso, añade el tribunal de Limoges, no puede quedar al arbitrio del testador el eximirse de una formalidad legal, la de la firma, con sólo declarar falsamente que no sabe ó que no puede escribir. (2)

Esto nos parece indiscutible, si intencionalmente declaró el testador no saber firmar, sabiendo hacerlo. La ley que

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Firma*, pfo. 3°, artículo 2, núm. 11 (t. 31, pág. 199).

2 Grenoble, 25 de Julio de 1810. Tréveris, 18 de Noviembre de 1812. Limoges, 26 de Noviembre de 1823 (Dalloz, núm. 3,057, 1° y 2°). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 22 de Marzo de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 353).

da violada, puesto que quiere que firme el testador como condición para la existencia del testamento; pero su declaración puede ser cierta, á pesar de que haya aprendido á escribir y de que haya firmado, si perdió ya la costumbre de firmar por haber dejado de escribir, si no firmaba los instrumentos que con él pasaban, ó los firmaba simplemente con una cruz. (1) Hecha en circunstancias tales no es falsa la declaración de no saber firmar, y por tanto debe hacer veces de firma.

Una distinción resuelve, pues, la dificultad, distinción que se halla bien establecida en una sentencia de la sala de casación, y con la cual están de acuerdo los autores. Hablando en general, dice la sala, es un hecho que declarar que no se sabe firmar cuando en realidad se sabe, equivale á declarar, en otros términos, que no se quiere firmar; equivale á ejecutar un hecho con la intención fraudulenta de que resulte nulo. Pero sucede con frecuencia que una persona poco ilustrada escribe su nombre al calce de algunos documentos, después cesa de escribir y en el momento de testar considera de buena fe que no sabe firmar. En ese caso, hay que sostener la validez del testamento como obra de voluntad del testador, libre y espontáneamente manifestada. La sala hace notar en seguida que en tal caso el testador, más que sencillo labrador, que no sabía leer ni escribir, jamás había empleado más que una firma rústica en algunos instrumentos, y á veces aun se había abstenido de firmar. Agregaba, por último, la sentencia, que el testamento había sido hecho sin captación ni sugestión. (2)

Véase desde luego como ésta no es más que cuestión de

1 Denegada, 8 mesidor, año XI (Daloz, núm. 3,058, 1^o). La Ha. ya, 26 de Noviembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 342 y Daloz, núm. 3,058, 2^o).

2 Denegada, 5 de Mayo de 1831 (Daloz, núm. 3,059). Compárese Aubry y Rau, t. 5^o, pág. 519, nota 71. Daloz, núm. 3,050. Demolombe, t. 21, pág. 309, núm. 307 y los autores que cita.

hecho, y he ahí por qué la sala de casación cuida de hacer constar las circunstancias que prueban la buena fe del testador. En efecto, cuando el heredero natural ha probado que aquél firmó otros documentos que sabía firmar, hay prueba, ó cuando menos presunción, de que su declaración es falsa; pero también al legatario se le deberá recibir la prueba de que á pesar de todo, tal declaración fué producida de buena fe, y ese es el punto esencial. (1) En este sentido se ha formado la jurisprudencia de los tribunales de Francia (2) y Bélgica. (3) En general, los fallos cuidan de comprobar la buena fe del testador.

2. Firma de los testigos.

375. Previene el artículo 974 que el testamento deberá estar firmado por los testigos. Estos demuestran con su firma que se observaron las formalidades sustanciales, tal como se expresó en el testamento. Si uno de ellos se negara á firmar, éste sería nulo; y está ya resuelto que tal operación deben hacerla en presencia del testador: cosa que resulta, dice la sala de casación, de los artículos 971, 973 y 974. El testamento se recibe en presencia de los testigos; luego todo lo que le constituye debe hacerse en la del testador, de los testigos y del notario. Hubo un caso en que después de dictado el testamento, el notario y los testigos se retiraron á otro lugar, donde aquél le escribió y éstos le firmaron. Tal cosa ocurrió en tiempo de cólera, y el testamento fué anulado, como tenía que serlo. (4)

376. ¿Debe el notario hacer mención de la firma de los testigos? El artículo 974 no lo exige, y como él contiene

1 Denegada, 28 de Enero de 1840 (Daloz, núm. 3,060, 2^o).

2 Montpellier, 27 de Junio de 1834 Nîmes, 25 de Enero de 1825. Burdeos, 22 de Julio de 1841 (Daloz, núm. 3,060, 1^o 4^o, 3^o).

3 Bruselas, 27 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 322). Gand, 14 de Febrero de 1857 (*Il.*, 1857, 2, 423) Sentencia del tribunal de Bruselas de 6 de Diciembre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 3, 193).

4 Denegada, 20 de Enero de 1840 (Daloz, núm. 2,859, 3^o).

una disposición especial que concierne á la firma de los testigos, hay que decidir, como lo hicimos nosotros al tratar de la firma del testador (núm. 360), que el código civil deroga la ley de ventoso. La opinión contraria es la que por lo general se sigue, y la confirmada por la jurisprudencia. (1) Nos remitimos á lo ya dicho sobre el particular.

377. "Sin embargo, dice el artículo 974, en el campo, bastará con la firma de uno de los dos testigos, si el testamento fuere autorizado por dos notarios, ó con la de dos testigos cuando lo fuere por un notario." Compréndese el motivo de esta excepción, que no habla muy bien en favor de la civilización de nuestro siglo; pero hay provincias en que es tan necesaria esta excepción hoy en día, como lo era en la época en que se escribió el código civil.

¿Qué se debe entender por *campo*? El código no lo dice. El tribunal había propuesto una definición fundada en el censo de la población, para no dejar expuesta á la arbitrariedad la designación de lugares en los que fuera bastante un número menor de testigos que tuvieran que firmar. (2) Pero como esta proporción no fué aceptada, el resultado ha sido que reine completamente en esta materia la arbitrariedad. El tribunal de Donai declaró que todo lo que no sea ciudad se debe reputar como campo; la sala de casación no pasó por esta interpretación, diciendo que no corresponde al juez definir y limitar las excepciones, lo cual importaría hacer la ley. (3) Empero, pues no hay definición legal, deben los tribunales decidir si se extendió ó no en el campo el testamento, según los casos. ¿Conforme á qué elementos resolverán el punto? La importancia

1 Bruselas, 5 de Abril de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 90). Lieja, 9 de Julio de 1818 (*Id.*, 1818, pág. 144).

2 Observaciones del tribunado, núm. 43 (Loché, t. 5º, pág. 296).

3 Donai, 1º de Junio de 1812 (Dalloz, núm. 3,103). Denegada, 10 de Junio de 1817 (Dalloz, núm. 3,113, 3º).

de la localidad, su censo y, sobre todo, el género de ocupación que tuvieran sus habitantes, será lo que sirva para zanjar la dificultad; teniéndose presente que es difícil ejercer el comercio y la industria sin saber escribir, y que si la población es industrial y comerciante en parte, ya no valdrá invocar el artículo 974. (1) También se ha resuelto que los tribunales deben investigar si fué posible encontrar fácilmente para el testamento testigos que supieran firmar. (2) Es menester, consiguientemente, que los tribunales inquieren el número de habitantes que sepan leer en la localidad donde se recibió el testamento, é inquieren, también, si era fácil reunir en ese número cuatro testigos que supieran firmar. De ellos, dice una resolución, habrá que eliminar al párroco y á su vicario, al juez de paz y á su secretario, al alcalde y sus adjuntos, á los gendarmes, al receptor y al preceptor, porque todas estas personas, en razón de las obligaciones de sus respectivos cargos, no pueden estar á disposición del notario habitualmente. Hay que tener presentes, además, á los parientes y deudos, que no pueden ser testigos. (3) Hecho este cómputo de probabilidades, será como pueda el juez resolver el caso. ¿Cuántos habitantes que sepan firmar y legalmente puedan ser testigos se han de necesitar para poderse acoger al beneficio de la excepción? Estriba todo en la apreciación que haga el juez de los autos, y esa apreciación es soberana. Algún testamento fué anulado porque en el lugar donde se extendió, había por lo menos cuarenta individuos que sabían firmar. (4)

1 Burdeos, 20 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 192).

2 Lyon, 29 de Noviembre de 1828 (Dalloz, núm. 3,114, 2º). Compárese con Durantou, t. 9º, pág. 134, núm. 102 y con todos los autores.

3 Poitiers, 19 de Febrero de 1823. Augers, 17 de Junio de 1841 (Dalloz, núm. 3,113, 4º y 10º).

4 Riom, 2 de Junio de 1817 (Dalloz, núm. 3,114, 1º).

378. El artículo 974 dice que basta con que la mitad de los testigos firme, tratándose de testamentos hechos en el campo. Esto supone que los otros testigos no han de saber firmar, puesto que en esta hipótesis se funda la excepción. Si saben firmar, deben hacerlo. El tribunalado fué quien hizo esta observación, diciendo que tal ha sido la regla constantemente, y que esta regla se funda en la razón natural. Sin embargo, surge de su aplicación una nueva dificultad, y es la siguiente. El testamento está firmado por tres testigos, habiendo manifestado no saber firmar el cuarto de ellos, respecto de quien se averiguó después que sí sabía firmar. ¿Será nulo ese testamento? El tribunal de Bruselas declaró que era válido: declaración opuesta, á lo que parece, á la regla formulada por el tribunalado. Con todo, esa regla, aunque racional, no ha sido todavía confirmada por la ley, toda vez que el artículo 974 se conforma con que firme la mitad de los testigos, de donde se sigue que en firmando ese número, el testamento tiene que ser válido. El citado tribunal de Bruselas dice, y no sin razón, que sería ciego rigorismo exigir que todos los testigos firmaran, á pesar de haber algunos de ellos que declararan no saber hacerlo; porque esto importaría obligar al notario á que hiciera una averiguación respecto de los testigos que dicen no saber firmar, resultando de ello que llegaría á tornarse peligrosa una excepción legal establecida en favor de los campesinos. (1)

379. El artículo 974 fué redactado con singular descuido. No exige que los testigos declaren no saber firmar, ni siquiera que el notario mencione la causa por la que no lo hacen. El Estatuto de 1735 prescribía la declaración y la mención, y en este sentido había hecho el tribunalado una proposición que el consejo de estado no tomó en consideración. ¿Fué por olvido? Es de suponerse así, pues no

1 Bruselas, 3 de Febrero de 1849 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 374).

había razón conveniente para separarse de la tradición. Siempre tendremos que, dado el silencio de la ley, bien se puede aconsejar á los notarios que pregunten á los testigos y hagan mención de lo que éstos expongan; pero no se puede declarar la nulidad de un testamento que no contenga ni la exposición de los testigos ni la correspondiente mención. Las nulidades no se establecen por modo de racionio. (1)

3. Firma del notario.

380. El código no dice que el notario debe firmar el testamento; pero debe aplicarse á los testamentos lo que la ley de 25 ventoso, año XI, dice de todos los instrumentos autorizados por notario, los cuales, conforme al artículo 14, deben ir firmados por las partes, por los testigos y por el notario, quien ha de hacer la correspondiente mención al concluir el instrumento. Esto no existe en la firma del funcionario público que le extiende, por ser ella la que le imprime autenticidad. El artículo 14 exige, además, que el notario haga mención de su propia firma; pero en dictamen del consejo de estado, que aprobó el Emperador en 20 de Junio de 1810, resolvió la cuestión en sentido opuesto, y sabido es que los dictámenes aprobados, bien así como los decretos imperiales, tienen fuerza de ley. El consejo de estado invocó la tradición. A penas se acababa de publicar la ley de ventoso, cuando fué interpretada en ese sentido; el decreto de 15 pradiel, año XI, que tiene fórmulas para la redacción de los instrumentos y recuerda las menciones que se deben hacer como necesarias, no comprende entre ellas la relativa á la firma del escribano. Realmente esta mención no tiene razón de ser. Concíbese la necesidad de una mención tratándose de las firmas del testador y de

1 Coin-Delisle, pág. 388, núm. 7 del artículo 974. Demolombe, t. 21, pág. 322, núm. 324. Compárese con Dalloz, núms. 3,054 y 3,055. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 521, nota 79.

los testigos, porque ninguno de ellos tiene carácter público; mas ¿para qué mencionar la firma del notario, que es pública, puesto que se halla depositada en la secretaría del tribunal? Es menester no multiplicar los motivos de nulidad, siendo así que las menciones no son de utilidad. (1)

Núm. 4. De la fuerza probatoria del testamento público.

381. El testamento público es un instrumento auténtico, y como tal hace la misma fe que todos los de esta clase en general. ¿Qué fe es esa? El artículo 1,319 dice que el instrumento auténtico hace fe plena; lo que parece significar que siempre la hace, mientras no se pruebe su falsedad. Ya veremos cuán absoluto es esto, en el título de las *Obligaciones*. Hay casos en que el instrumento auténtico hace fe mientras no se pruebe su falsedad, y otros en que no la hace sino hasta la prueba en contrario, así como puede haberlos en que contenga enunciaciones que no hagan ninguna fe. No es éste el lugar donde tengamos que establecer estos principios, y nos limitamos á hacerlos constar para aplicarlos á los testamentos. El funcionario público que autoriza un instrumento desempeña un ministerio de interés para las partes y para toda la sociedad, imprimiendo autenticidad á los hechos que expone ó á las declaraciones que asienta, si tiene facultad para ello. ¿Cuál es la extensión de esta fuerza probatoria? Tenemos que distinguir. Hay hechos que el funcionario público está obligado á cumplir y de los cuales, por consiguiente, debe hacer mención: estas menciones hacen fe mientras no se pruebe su falsedad, porque el notario incurre en ella cuando asienta como verdadero un hecho que está encargado de cumplir, pero no es exacto, ó bien que no ha cumplido el notario, como lo expresó. Recibe el mismo notario en seguida, las declaraciones ó disposiciones de las partes. Tal es

1 Toullier trae el texto de la opinión, t. 3º, l. 1, pág. 252, núm. 434.

su misión esencial, y para dar autenticidad á los instrumentos que quiere ó deben las partes hacer en la forma auténtica, es para lo que ocurren á él. La mención de que se han producido tales declaraciones ante el notario para que éste las extendiera hace fe hasta que no se pruebe su falsedad, porque incurriría en ella escribiendo algo distinto de lo que las partes dicen. Mas el notario no da fe de la verdad de las declaraciones que recibe, por no ser esa su misión ni tener medio de asegurarse de la verdad de ellas; carece, pues, de calidad y capacidad, y por ende nada más los hechos materiales quedan probados mientras no se demuestre su falsedad; mas no así los morales, que no lo están sino hasta que haya prueba en contrario.

¿Qué se entiende por prueba de falsedad y qué efectos produce? ¿Qué se entiende por prueba en contrario? Remitimonos para estas cuestiones al título de las *Obligaciones* que es el que les corresponde.

I. Cuando hace fe el testamento hasta la prueba de falsedad.

382. El testamento auténtico hace fe en cuanto á su fecha mientras no se pruebe su falsedad. Hay, bajo este concepto, una diferencia capital entre el testamento ológrafo y el testamento público. Los mismos que admiten que el ológrafo hace fe en cuanto á su fecha, reconocen que no la hace hasta la prueba de falsedad: el testador no comete falsedad poniendo una antedata ó posdata en su testamento (núms. 245-249). Pero teniendo el notario, como tiene por misión dar fecha cierta á los instrumentos que autoriza, en beneficio de las partes y de la sociedad, no le es lícito antedatarlos ni posdatarlos, y si lo hace, comete una falsedad, y por consiguiente, los que combaten la fecha por no tenerla como verdadera, deben probar la falsedad de la misma.

383. El notario está obligado á cumplir ciertas forma-