

lidades que se requieren para la existencia misma del testamento. Debe escribirle conforme se le dicte por el testador, dar á éste lectura del mismo delante de los testigos y hacer mención expresa del dictado, de la escritura y de la lectura, así como de lo que expusiere el testador respecto de no saber ó no poder firmar. Conforme á la opinión general, debe también hacer mención de las firmas. El notario es el obligado á observar estas formalidades y hacer mención de su cumplimiento. Por consiguiente, el testamento hace fe, hasta que no se pruebe su falsedad, de haber quedado cumplidas las formalidades tal como se mencionó.

Recientemente publicado el código civil, se quería sostener que el artículo 1,319 no hablaba más que de los contratos, y que así no podía aplicarse á los testamentos. Sistema insostenible, puesto que resultaría de él que ninguna regla contenía el código respecto á la fuerza probatoria de los documentos auténticos. Los principios que rigen sobre la fe que se debe dar á los referidos documentos derivan de la naturaleza misma de esos documentos, y nada tienen de común con los hechos jurídicos que refieren, sino que sea cual fuere el asentado por el escribano, el documento debe hacer la misma fe; porque la que se le debe está fundada en el carácter del funcionario público y en la misión que se le ha confiado para la sociedad. Menciona el testamento que la testadora dictó sus disposiciones al notario, y piden los herederos que se les admita la prueba de que no hubo tal dictado; mas como esto importa una acusación de falsedad contra el notario, deben aquellos promover la prueba conducente a demostrar que es falso lo que asentó. (1) Sin embargo, se ha engañado en esto algunos tribunales de apelación. Expresa un testamento que la testadora le dictó palabra por palabra al no-

1 Bruselas, 14 de Junio de 1806 (Daloz, núm. 2,850, 1°).

tario: los herederos naturales se presentan para probar que la testadora tenía la lengua tan pesada al hacer su testamento, que ya no podía articular palabra. Esto no era más que acusar al notario de haber asentado una falsedad haciendo constar que la testadora había hablado al dictar palabra por palabra sus disposiciones; por consiguiente, era menester sostener esa falsedad. Sin embargo, el tribunal de Poitiers permite á los herederos que produzcan prueba en contrario testimonial. Merlin denunció el correspondiente fallo á la sala de casación en beneficio de la ley, y la sala pronunció otro conforme á sus conclusiones declarando que no se puede impugnar el testamento en cuanto á las enunciaciones que en él hizo el notario relativamente á la subsistencia del acto, sino por la prueba de falsedad. (1)

El testamento mencionado que le escribió el notario, y los herederos piden se les reciba la prueba de cotejo de letras, para demostrar que no fué el notario quien le escribió. Se resolvió que ellos no podrían producir tal prueba sino la de falsedad. En el caso que se presentó, el legatario había consentido en el cotejo; pero semejante consentimiento era improcedente, puesto que no toca á los interesados determinar la fuerza probatoria de los instrumentos ni el género de prueba, sino al juez, que es quien ordena la que admite al opositor y al defensor del instrumento mismo, y no puede ordenar tal cosa sino de acuerdo con la ley, porque las pruebas son de orden público. (2)

Lo mismo debe decirse de cuando se expresa en el testamento haber sido leído al testador en presencia de los

1 Casación, 19 de Diciembre de 1810 y requisitoria de Merlin. *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 3ª, artículo 2, núm. 2 (t. 33, pág. 456). Compárese con lo resuelto en Grenoble á 3 de Agosto de 1829 (Daloz, núm. 2,850, 3ª).

2 Limóges, 13 de Diciembre de 1813 (Daloz, palabra *Falso incidente*, núm. 51, 1ª).

testigos: si se presentan los herederos naturales á probar que no hubo tal lectura, ó bien que ésta no se verificó delante de los testigos, deben producir la consiguiente prueba de falsedad. Sin embargo, aun sin ella, podían probar que el testador no pudo oír la lectura porque era sordo, aun cuando haya declarado que la oyó y haya aprobado el testamento. En este último caso, los herederos no alegan nada contra la veracidad del notario; no sostienen que éste haya asentado una cosa falsa, puesto que nada más afirmó que el testador oyó la lectura, sino que únicamente mencionó haber tenido lugar ésta. En cuanto á la declaración del testador mismo relativa á que oyó leer el testamento, el notario hace constar que éste fué leído, y tal hecho, material de suyo, está demostrado mientras no venga la prueba de falsedad; pero el notario no atestigua, ni podría atestiguar la verdad de la declaración. (1)

II. Cuando el testamento no hace fe sino hasta prueba en contrario.

384. El testamento menciona que el testador declaró no saber firmar: ¿qué fuerza probatoria tiene una mención como esa? Prueba ella, hasta que se demuestre la falsedad, que el testador dió realmente esa declaración; porque el notario la recibió y asentó con su calidad de funcionario público y para darle autenticidad; pero el instrumento no hace fe sino hasta prueba en contrario respecto de la verdad de la declaración, y los herederos pueden, sin sostener la falsedad del testamento, probar que el testador sabía firmar; para lo cual debe admitirse la prueba contraria. ¿Cuál es esa prueba contraria? Cualquier especie de ella, conforme al derecho común, según lo haremos ver en el título de las *Obligaciones*. La naturaleza de las cosas exige que la prueba de que el testador sabía firmar, consista en

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 522 y nota 84, pfo. 670.

otros documentos firmados por él mismo; pero, rigurosamente hablando, también puede consistir en testigos, por ser un hecho material que siempre se prueba por ese medio. ¿Por qué no deben los herederos sostener la falsedad del testamento? Porque no acusan al notario de haber asentado una falsedad. Este no ha dicho que el testador no sabía firmar, pues para ello no tenía ni carácter ni capacidad; lo único que ha dicho fué que el testador declaró no saber firmar, y si puede haber sido falsa esta declaración, consiguientemente debe admitirse á los herederos toda clase de prueba para demostrar que sí sabía firmar el testador. Así lo enseña la jurisprudencia. (1)

Otra cosa sucede tratándose de la firma del testador. Este debe escribirla en presencia del notario y de los testigos. El notario, pues, da fe de que el testador trazó en su presencia los caracteres que constituyen su firma. Es un hecho material que tiene el encargo de hacer constar. De donde se sigue que está demostrado hasta la prueba de falsedad, que los caracteres trazados por el testador son realmente la firma que escribió él en su testamento. (2) La razón de la diferencia entre las dos hipótesis, es muy sencilla. Cuando el testador declara que no sabe firmar, su declaración comprende un hecho material y otro moral, que pueden ser el uno verdadero y el otro falso; aquel atestiguado, y éste no atestiguado por el notario. Cuando, por el contrario, el testador firma su testamento, no hay más que un hecho material que hacer constar, y el notario tiene el carácter y capacidad necesarios para ello, así como para imprimir á ese hecho autenticidad.

385. Tienen por costumbre los notarios asentar en el

1 Limoges, 26 de Noviembre de 1823 (Dalloz, núm. 3,057, 2º). Gand, 22 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 194) y Lieja, 1º de Julio de 1856 (*Id.*, 1857, 2, 188).

2 Gand, 10 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 47).

exordio de los testamentos el hecho de haber hallado al testador sano de cuerpo y alma, ó cuando menos de alma. Es cierto que se necesita tener sanidad mental para ser capaz legalmente de testar; pero no es cosa de los notarios comprobar la existencia de esta condición, pues la ley les da misión para ello. ¿Qué fuerza probatoria tendrá la declaración hecha por los notarios respecto á la inteligencia del testador? La enunciación no prueba nada, no es ni siquiera un testimonio; porque el notario la hizo sin la garantía de las formalidades que rigen respecto de la prueba testimonial en juicio. Por consiguiente, para nada se toma en consideración lo que el notario dijo, y el que pide la nulidad tendrá que establecer, por todo género de prueba legal, que el testador no estaba en pleno ejercicio de sus facultades intelectuales. En esto están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1)

386. Sin embargo, puede suceder que los herederos que impugnen algún testamento por causa de insanidad mental ó por algún defecto corporal, deben probar su falsedad, y esto se verifica cuando se contradice su pretensión con una enunciación del notario que haya hecho constar el cumplimiento de una formalidad legal. Esta clase de menciones hace fe hasta que no se pruebe su falsedad (núm. 383), y por lo mismo no es lícito contradecirla sin la prueba de falsedad. La sala de casación consagró este principio en un caso que podía parecer dudoso. Dijose en el testamento que el testador había dictado sus disposiciones y que después de leídas había declarado haberlas comprendido y ratificarse en ellas. Los herederos pidie-

1 Denegada, 18 de Junio de 1816 (Dalloz, núm. 211), Febrero 27 de 1821 (Dalloz, núm. 209). Diciembre 1º de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327). Búrges, 28 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 295). Bruselas, 19 de Febrero de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 229). Compárese á Grenier, núm. 103 (t. 1º, pág. 492). Duranton, t. 8º, pág. 175, número 157 y todos los autores.

ron que se les admitiera la prueba de que en la época en que se recibió el testamento el testador se hallaba en un estado de completa imbecilidad sin intervalos lúcidos; que estaba incapaz de coordinar sus ideas, y que apenas podía articular palabras inteligibles. ¿Debían sostener la falsedad del testamento para producir aquella prueba? La sala de casación estuvo por la afirmativa. Para dictar es menester poder articular palabras, de manera que pueda uno ser entendido y tener la suficiente inteligencia para comprender lo que se dice. Por tanto, lo que el notario había dicho era directamente opuesto á lo que pretendían los herederos, y desde ese momento la prueba que deseaban producir tendía á destruir la fe debida al documento auténtico, y por ende tenían que sostener su falsedad. No hablamos aquí de la declaración que el testador hace de haber comprendido bien lo que se le leyó y ratificarse en ello; porque la ley no exige esta declaración. Luego ella no hace fe, cuando menos en el sentido de que no prueba que realmente haya comprendido el testador. (1)

Lo mismo sucede en cuanto á la capacidad física del testador. Indudablemente que el notario debe cerciorarse de si éste se halla en estado de testar; lo cual quiere decir que se halla en condiciones de hablar y de comprender, puesto que él debe dictar sus disposiciones y oír la lectura de lo que escribiere el notario siguiendo su dictado. Pero el notario no está llamado á dar fe del estado físico del testador, como no lo está para darla de su estado intelectual y moral, y las indicaciones que hiciera sobre este punto carecerían de toda fuerza probatoria. Si los herederos impugnan el testamento por la absoluta sordera del testador, ¿pueden hacer ésto sin probar la falsedad del mismo? Deben hacer esto último, si su demanda está en oposición con otras enunciaciones que estaba en las facul-

1 Denegada, 1º de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327).

tades del notario hacer; como, por ejemplo, y así lo dice el tribunal de Poitiers, la relativa á la lectura del testamento hecha al testador, y que éste ratificó después de ella lo declarado. No nos parece esto muy exacto. El notario no debe mencionar que el testador oyó la lectura y la ratificó, sino que se limita á manifestar que dió lectura al testador delante de los testigos, tocándole lo demás al mismo testador. En el caso especial ocurrido, el testamento expresaba también que el notario había requerido á la testadora para que firmara, y ésta había contestado que no sabía firmar. He aquí un hecho que debe mencionar el notario, y una declaración dada como respuesta á una pregunta supone que la testadora comprendió; lo cual se opone á la sordera absoluta de que adolecía, al decir de los herederos. La consecuencia es, que debían sostener la falsedad del instrumento. (1)

387. Acostumbran asimismo los notarios declarar en sus instrumentos que los testigos reúnen los requisitos de la ley, ó bien les preguntan sobre el particular, y responden ellos que no tienen ninguna causa de incapacidad. ¿Qué virtud probatoria tienen estas declaraciones? La ley no las exige; el notario debe indudablemente cuidar de que los testigos sean capaces; pero la ley no le impone el deber de hacer ninguna indicación sobre el particular en el testamento, y no es el notario quien ha de resolver acerca de la capacidad de los testigos, sino los tribunales. En cuanto á la declaración de los testigos mismos, dicho se está que ninguna fe merece en cuanto á su capacidad. Por tanto, quienes combaten el testamento pueden probar por cualquier medio legal que los testigos carecen de las cualidades requeridas por la ley, ó bien que tienen alguna incapacidad relativa á accidental. (2)

1 Poitiers, 10 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 126).

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 522 y nota 83.

No hay que confundir las cualidades ó condiciones exigidas para ser testigo con la obligación que se impone al notario de indicar el domicilio de los testigos en el testamento (núm. 262). Indica el notario la habitación, y se pretende que la indicada no es la verdadera: ¿será menester sostener la falsedad de todo el testamento para producir la prueba relativa? La sala de casación dictó sobre este punto una resolución azás equívoca, al casar otra del tribunal de Burdeos que había declarado la nulidad de un testamento, sólo porque dos testigos no vivían en el pueblo donde se había extendido aquél, según se expresaba en el instrumento. El fallo dijo que la sala no habría podido hacer que desapareciera la enunciación contenida en el testamento, si no era declarándola *falsa*. ¿Equivalía esto á decir que habría sido menester la prueba de falsedad? La sala no lo dijo así, y agregaba que la indicación relativa á la habitación de los testigos hacía fe en juicio. ¿Pero qué fe era la que hacía? Esta fe no habría podido quedar destruida, dice la resolución, más que por documentos ciertos, legales, auténticos. (1) Pero esto no salva la dificultad; porque los instrumentos auténticos hacen fe ó hasta la prueba de su falsedad ó hasta la prueba en contrario; ¿y qué fe produce la declaración relativa á la habitación? Esta es la cuestión. Creemos nosotros que tal declaración no hace fe hasta la prueba de la falsedad, porque el notario no asienta un hecho como pasado á su vista, ni una formalidad que él haya observado. La habitación es, ó el domicilio real de derecho, y entonces el notario no tiene medio ni carácter para determinarle; ó bien la residencia de hecho, y en este caso, ¿cuál habrá de ser esa residencia? ¿Bastará con la transitoria? Vese que la indicación relativa al domicilio suscita cuestiones de derecho, y no se concibe que un punto de derecho quede probado hasta la

1 Casación, 3 de Julio de 1838 (Dalloz, núm. 3,142).

prueba de falsedad. Por consiguiente, es menester concluir con que debe admitirse á los que impugnan el testamento cualquier género de prueba legal de que tal ó cual testigo no ten'ian el domicilio ó habitación constantes en el testamento mismo.

388. En cuanto á los hechos materiales que no se hicieron constar en el testamento, pueden quedar establecidos conforme al derecho común por medio de la prueba testimonial. Preséntanse los impugnadores del testamento á probar que los testigos y el notario firmaron después de muerto el testador. Se ha resuelto que en este caso, podía demostrarse el hecho relativo á la muerte, mediante prueba testimonial. Sobre esto no cabe duda, cuando el testamento no reza que, vivo todavía el testador, fué cuando quedó firmado. El fallo del tribunal de Gand implica que si el testamento indicaba que el notario y los testigos habían firmado en vida del testador sería menester la prueba de falsedad contra tal enunciación. (1) Esto nos parece ser muy dudoso, porque ni misión ni capacidad tiene el notario para averiguar si en el acto de recogerse las firmas aún vivía el testador, y su declaración no es según esto, más que simple testimonio producido sin las formalidades de la ley; esto es, que ninguna fuerza probatoria tiene.

§ IV. DEL TESTAMENTO CERRADO.

389. El testamento místico ó cerrado es el que el testador que sabe leer, escribir ó hace que le escriba otra persona, presentándole en seguida cerrado á un notario delante de seis testigos, y levantando éste una acta en que hace constar la declaración hecha por el testador sobre que en el escrito que presenta se halla contenida su última voluntad. Esta clase de testamento, como lo está indicando su mismo nombre, fué inventada para dar al testa-

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

dor un medio de mantener en secreto su última disposición. El testamento ológrafo es también reservado, más reservado aún que el místico; mas para testar en esta forma, es menester que el testador sepa y pueda escribir, mientras que el testamento cerrado puede ir escrito por otro completamente, y aun puede no estar firmado. Por otra parte, el ológrafo puede traspapelarse y hasta destruirse, á menos que se le deposite en una notaría; mientras que el místico ó cerrado se conserva entre las minutas del escribano. Otra diferencia de más existe entre ambos testamentos en cuanto á su virtud probatoria; pero sobre esto se discute, y lo que sí hay de cierto es, que la fecha del cerrado es auténtica y hace fe mientras no se pruebe su falsedad.

390. Hay multitud de formalidades para el testamento místico, el cual requiere mayor número de testigos, y que todos ellos firmen. Se requiere también que haya unidad de contexto, so pena de nulidad y por último que esté cerrado y sellado, siempre bajo la misma pena. ¿Qué razón hay para todas estas formalidades que aumentan las probabilidades de nulidad? (1) La de que pudiendo ir escritos estos testamentos completamente de otra mano, era necesario establecer garantías para asegurar que el documento presentado por el testador contiene sus dos últimas disposiciones. Con este fin, exige la ley una declaración solemne delante de los testigos, siendo necesaria otra de más para cuando el testador no firmó su testamento. Esta declaración se recibe en forma auténtica por el mismo notario que levanta el acta. Con el propio fin, de estar cerrado y sellado el testamento, para que no pueda extraerse de la cubierta ni sustituirse con otro. Hay, además, formalidades especiales para cuando el testador no puede hablar, aunque sí escribir. Por manera que debemos distinguir tres

1 Jaubert, Informe del Tribunado, núm. 57 (Loché, t. 5°, página 355).