

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).

clases de testamento misticos ó cerrados, á saber: el firmado por el testador, el no firmado por el testador, y el escrito y firmado por él.

Núm. 1. Formalidades del testamento firmado por el testador.

I. Escritura y firma.

391. El artículo 976 manda que: "Cuando el testador quiera hacer testamento místico ó cerrado, estará obligado á firmar sus disposiciones, ora las haya escrito él mismo, ora haya hecho que las escriba otro." En este primer supuesto, no hay más que una formalidad sustancial que cubrir, y es la de que firme el testador. A esto hay que aplicar lo que ya dijimos del testamento ológrafo (números 22 1-228).

En cuanto al cuerpo del testamento, puede estar escrito, dice la ley, ó por el mismo testador, ó por *algún otro*. En consecuencia, por cualquiera otro; porque ninguna restricción establece, ninguna distinción hace la ley, que no exige que el testador exprese el nombre de la persona que hubiere escrito su testamento. (1) Es decir que sobre este particular, goza de la más amplia libertad, dictando él y escribiendo cualquiera otro. Hasta el notario mismo puede escribirle (2), hasta un legatario (3) porque no conteniendo ninguna prohibición la ley, es preciso concluir que permite cuanto no prohíbe.

392. Cuando el testador es quien escribe el testamento, ¿es necesario que le escriba *todo* de su mano, como lo previene la ley respecto del ológrafo? (art. 970) No lo exige así ella, y comparado el artículo 976 con el 979, se prueba que no ha querido prescribir el legislador tal formalidad

1 Denegada 16 de Diciembre de 1834 (Daloz, núm. 3,242).

2 Denegada, 8 de Abril de 1806 (Daloz, núm. 3,275).

3 Gand, 15 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 109).

como condición sustancial. Cuando el testador que no puede hablar, pero sí escribir, quiere hacer en forma mística su testamento, debe escribir *enteramente* de su mano, dice el artículo 979. Luego cuando la ley quiere que ese testamento vaya escrito enteramente por el testador, lo dice ella misma; y si esto no hace en el artículo 976, es consiguiente que ninguna dificultad hay para que el testador dicte su testamento y añada en seguida de su propio puño ciertas disposiciones que hayan de permanecer reservadas. Esto es fuera de duda. Ocurre en el caso una dificultad por lo tocante á la declaración que debe el testador hacer en presencia del notario y de los testigos. Si en ella expone que el testamento fué escrito, parte por él y parte por otro, es arreglada su declaración y válido el testamento. ¿Pero qué decir del caso en que el testador declare que otro escribió el testamento en el cual escribió él mismo algunas disposiciones? Es evidente que si esa declaración es falsa, será de ningún valor. Declara el testador que el testamento que presenta al notario fué escrito por él, siendo así que en realidad lo fué por otro: esta declaración es falsa, y por consiguiente nula y nulo también el testamento. Pero, ¿podía decirse que es falsa igualmente la declaración cuando expresa el testador que el testamento fué escrito por otro, habiendo añadido él mismo algunas disposiciones y completádole y modificádole? Una declaración así, sería incompleta, pero no falsa. Luego el testamento deberá ser válido. Así lo resolvió ya el tribunal de Tolosa, habiéndose denegado la casación que se interpuso contra su resolución de acuerdo con las conclusiones de Merlin. (1)

Este fallo parécenos muy arreglado. No hay nulidad sin

1 Tolosa, 2 de Agosto de 1810, y denegada, 11 de Mayo de 1811 (Daloz, núm. 3,244) y Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sección 2ª, pfo. 3º, artículo 3, núm. 28 (t. 34, pág. 66).