

to; pero esa voluntad no se halla expresa en el acta de sobrescrito, sino en un pliego, que es y sigue siendo documento privado. El único documento emanado del notario es el acta de sobrescrito, el único que él recibe, el único que tiene carácter de autenticidad; y como esa acta no contiene ningún género de disposiciones, no puede dar lugar á incapacidad. En cuanto al escrito que contiene las disposiciones y gratifica al notario, no es un instrumento recibido por notario, ni puede por lo tanto engendrar incapacidad alguna en perjuicio de quien le escribe.

399. Se invoca el espíritu de la ley. ¿Por qué el artículo 8.º de la ley de ventoso declara al funcionario público incapaz de recibir un instrumento que contenga una disposición en favor suyo? Es una aplicación del principio que prohíbe ser testigo en propia causa. Este principio, que se aplica al testamento público, debe con mayor razón aplicarse al místico. He aquí la hipótesis que se hace para poner claramente manifiesta la incapacidad del notario. Este redacta el testamento é inmediatamente después el testador le presenta cerrado y sellado al notario que le acaba de escribir y á los testigos. ¡Cómo! dicen; si públicamente se hubiera hecho un legado en presencia de cuatro testigos al notario que recibiera el testamento auténtico, sería nulo el testamento; ¡y no lo había de ser, si el notario recibiera ese legado en secreto y él mismo escribiera el testamento sin género de garantía! Allí donde hay alguna, el testamento es nulo; ¡y es válido cuando no hay ninguna! Es preciso decir, antes bien, que si el testamento es nulo tan sólo por haberse gratificado en él al notario, aun cuando cuatro testigos acrediten y garanticen la libre voluntad del disponente, con mayor razón debe ser nulo si se hace la disposición en instrumento privado, sin más testigo que el notario que le redacta, y que inmediatamente después le da fuerza de auténtico.

Creemos que la objeción no toma para nada en consideración el espíritu de la ley. Indudablemente la razón natural nos dicta que nadie puede ser testigo en propia causa; pero ¿cuándo es testigo el notario en propia causa? Cuando autoriza como tal notario, y como tal recibe un instrumento que contiene alguna disposición en favor suyo.

Ahora bien, ¿cuál es el instrumento que en nuestro caso gratifica al notario? Es el escrito privado en que se contienen las disposiciones del testador; escrito en el cual no es testigo el notario, desde el momento en que interviene como funcionario público. Importaría extender la idea de testigo, y la incapacidad que resulta de ella aplicarla á un escrito en el cual no hay ni notario ni testigos. El notario no interviene como tal, sino cuando se trata de hacer constar la presentación del escrito y la declaración del testador; hasta ese momento, nada atestigua legalmente hablando; por consiguiente, no podría ser incapaz como testigo. Es indudable que la delicadeza obliga al notario á no escribir un testamento que contiene alguna disposición en favor suyo; mas para que el deber de la delicadeza se transforme en obligación de donde resulten un capítulo de incapacidad legal y la consiguiente nulidad, es necesario que haya una ley, y esa ley no existe.

400. Conforme al artículo 476, el testador debe presentar su testamento al notario y á seis testigos por lo menos. ¿Por qué tan extraordinario número de testigos, cuando bastan cuatro para el testamento solemne por excelencia, el testamento público? Las razones que para ello se dan no son de gran valer. Invócase la tradición; mas cuando ella no tiene razón de ser, incurre en error el legislador siguiéndola. Por consiguiente, es menester buscar un motivo racional. Dicen que el número de testigos es lo que principalmente constituye la autenticidad del testamento cerra-

do. (1) A decir verdad, el tal testamento no es auténtico, sino solemne, lo cual es muy distinto. ¿Por qué son necesarios seis testigos y no cuatro para darle su carácter de solemnidad? ¿Desempeñan por ventura ellos un papel más importante en el testamento cerrado que en el público? Sirven como testigos de un hecho, que es la presentación del testamento, y oyen una declaración, que es la de que el pliego cerrado y sellado que tienen á la vista contiene las disposiciones del testador. ¿Necesítase, además del notario, de otras seis personas para atestiguar hechos materiales, siendo así que bastan cuatro para atestiguar que el testador dictó su última voluntad, que el notario la escribió tal como se la dictó aquél, y que en seguida se leyó lo escrito?

Sea otra anomalía. El artículo 974 se contenta con que firme la mitad de los testigos en un testamento que se extendió en el campo: ¿sucederá lo mismo tratándose del testamento místico? La negativa es indudable, y está corroborada por la jurisprudencia y aceptada por todos los autores, excepto Maleville. Del artículo 976, combinado con el 977, resulta que todos los testigos deben firmar; ninguna excepción hace la ley tratándose de testamentos que se hayan de extender en el campo, y la que establece para el público el artículo 974 no podría hacerse extensiva al testamento cerrado, porque jamás se extienden las excepciones. (2) Troplong se ingenió para hallar razones en qué fundar esta diferencia. ¿Por qué no confesar con Duranton que tal cosa es una anomalía? (3) Difícil es, y hasta imposible á veces, hallar en el campo cuatro testigos que sepan firmar; y ¡la ley quiere que se encuentren seis! Esto

1 Demolombe, t. 21, pág. 360, núm. 363.

2 Lieja, 29 de Mayo de 1808 (Daloz, núm. 3,335. (Véanse los otros fallos, *Id.*)

3 Troplong, t. 2º, pág. 66, núm. 1,632. Duranton, t. 9º, pág. 166, núm. 144.

no es más que hacer imposible el testamento místico. Lo que hay de singular, es que el consejo de estado comenzó por resolver teóricamente que la excepción para los campos es general; lo cual explica la opinión aislada de Maleville. El consejo vuelve en seguida á su decisión, no se sabe cuándo ni con qué motivo.

401. ¿Cuáles son las condiciones de capacidad exigidas para los testigos? No hay duda, por lo que hace á las que en general exige el artículo 980 para todos los que son llamados á presenciar la formación de los testamentos. Ese artículo está concebido en términos generales, y se encuentra al concluir la sección que trata de los testamentos públicos y de los cerrados, de modo que ambas especies de testamentos se hallan en la misma línea, lo cual es muy lógico, puesto que la misión de los testigos consiste siempre en dar fe de lo que pasa á su vista, sean cuales fueren, por lo demás, las solemnidades.

En cuanto á los capítulos de incapacidad relativa que establece el artículo 975, ocurre cierta dificultad. Es un hecho que el citado artículo 975 no puede extenderse al testamento cerrado; el legislador cuidó de colocar al fin de la sección la disposición concerniente á los testigos, disposición que entendió hacer común á las dos especies de testamentos; por consiguiente, no es lícito hacer extensivo á los místicos lo que ese artículo dice de los públicos. La verdadera dificultad está en que no hay en la ley de ventoso relativa al notariado una disposición general que arregle la incapacidad relativa de los testigos: ¿debe, según esto, aplicarse el artículo 10 al acto de suscripción? Entendemos que no. La aplicación del principio es la que hemos puesto en relación que hay entre la ley de ventoso y el código civil. La ley del año XI no es aplicable ya, cuando el código civil contiene disposiciones especiales sobre un punto que está previsto por la ley general. Ahora bien,

el código arregla todo lo que mira á la incapacidad de los testigos; trae desde luego una disposición concerniente á la incapacidad relativa, y esa disposición la aplica nada más al testamento público. Después contiene una disposición relativa á las condiciones generales de capacidad, que aplica á las dos especies de testamentos. He allí un sistema completo, consagrado por una ley especial, que por lo tanto deroga la ley general que le es anterior. Lo que confirma esta interpretación, es que Jaubert terminantemente dijo en el informe que presentó al tribunado, que tal había sido la mente del legislador. "La ley general sobre la organización del notariado, dijo, no puede invocarse en materia de testamentos, en la cual una ley especial arregla todo lo relativo á los testigos." Añade Jaubert que la ley exige la presencia de seis en el acta de sobrescrito. Debería mostrarse, pues, menos riguroso el legislador en cuanto á las condiciones de capacidad, si no quiere hacer imposibles, principalmente en el campo, este género de testamentos. Objétase que Jaubert está en un error, y que el error de un tribuno, simple informante de la sección legislativa del tribunado, no constituye autoridad. Nosotros creemos, por el contrario, que Jaubert aplicó acertadamente el principio de la especialidad de la ley, y no es exacto que haya estado aislado en su opinión cuando ésta se abrió paso en el consejo de estado y fué consagrada por un voto en toda forma. (1) Tenemos, pues, una interpretación del código emanada de aquellos mismos que tomaron parte en los trabajos preparatorios. Esto nos parece decisivo.

402. ¿Existen también para el testamento místico los

1 Jaubert, Informe, núm. 57 (Loché, t. 5º, pág. 356). Sesión del consejo de Estado del 19 ventoso, año XI, núm. 19 (Loché, t. 5º, página 261). Aubry y Rau, t. 5º, pág. 525 y notas 19 y 20. Demolombe, t. 21, página 365, núm. 374. Troplong, t. 2º, pág. 67, núm. 1.635. En sentido contrario, Marcadé t. 4º, pág. 38, núm. 5 del artículo 976 y los autores citados por Dalloz, núm. 3,321.

mismos motivos de incapacidad natural que impiden á una persona asistir como testigo á un testamento público? Está ya resuelto que no es necesario que los testigos comprendan el idioma en que hace el testador su declaración (1): cosa que nos parece opuesta á todo principio. Si quiere la ley que haya seis testigos, es precisamente para que haya una garantía de que un escrito que nadie ha visto por estar cerrado y sellado, es verdaderamente el testamento de una persona; mas si la única garantía consiste en la declaración del testador, y tal declaración se hace en un idioma que no entienden los testigos, ¿qué será de la única garantía sin la cual no hay testamento místico? No obstante esto, discútese todavía el punto. (2)

#### IV. Del acta de sobrescrito.

##### I. Formas.

403. Después de decir que el testador presentará al notario y á los testigos el pliego que contenga sus disposiciones y declarará que el contenido de ese pliego es su testamento, añade al artículo 976: "De ello levantará el notario el acta de sobrescrito, la cual extenderá en aquel pliego ó en la hoja que le sirva de cubierta." Hay algo de particular en el acta que debe levantar el notario: no debe escribirla como escriba sus instrumentos en general en papel sellado, sino en el testamento mismo ó en la cubierta donde está encerrado. Así, pues, aquella acta se identifica con el testamento del cual es elemento esencial. Concíbese que esto se hace así para certificar y probar, mediante un lazo ó vínculo material, que el papel que se ha de hallar,

1 Sentencia del tribunal de primera instancia de Bruselas, 19 de Febrero de 1862, confirmado por la sala. El fallo (de 11 de Mayo de 1863) está tan mal redactado, que no se sabe lo que resolvió la sala (*Pasicrisia*, 1863, 2, 342).

2 Véanse las citas en Demolombe, t. 21, pág. 363, núm. 370.

muerto ya el testador, es exactamente el mismo que en vida presentó éste al notario y á los testigos. Es, en consecuencia, una formalidad sustancial, como lo son todas las que prescribe el artículo 976. Se ha resuelto ya que si el notario extendiese una acta con motivo de la presentación del testamento y de lo declarado por el testador en hoja de papel aparte, no sería aquella una acta de sobrescrito, ni habría en tal virtud testamento cerrado. La misma palabra está indicando la voluntad del legislador, y ni el tenor literal ni el espiritual de la ley dejan lugar á duda. (1)

404. ¿Debe escribir el notario el acta de sobrescrito? Todos contestan afirmativamente á esta pregunta, que ni la más leve duda ofrece. Sin embargo, ateniéndose á la letra del artículo 976, habría necesidad de resolver que el notario puede hacer que escriba quien él quiera el acta de sobrescrito; la ley se sirve de esta palabra *extender*, y el notario *extiende*, pero no escribe todos los instrumentos que autoriza. Sólo por mera excepción, está obligado á escribirlos personalmente, como lo previene el artículo 972 respecto del testamento público; pero el 976 no emplea la palabra *escribir*, y esto parece indicar que para la ley no es la escritura condición esencial del testamento cerrado. Estas dudas se desvanecen consultando la traducción. El artículo 976 no hace más que reproducir el Estatuto de 1735, que también mandaba que el notario extendiera el acto de sobrescrito, y era de ordenanza, en tal sentido, que el notario mismo la escribiera. Una declaración interpretativa de 6 de Marzo de 1751 dijo que la susodicha acta debe estar escrita por el notario, so pena de nulidad. En el propio sentido hay que entender, pues, la palabra *extender*, que el

1 Turin, 5 pluvioso, año XIII y las otras sentencias citadas por Dalloz, núms. 3,303 y 3,304 y por todos los autores (Coin-Delisle, pág. 400, núm. 34 del artículo 976).

código tomó del Estatuto. El artículo 979 confirma esta interpretación. En el caso especial que prevee de cuando el testador no puede hablar, prescribe una formalidad especial para la validez del testamento, y después añade que el notario *escribirá* el acta de sobrescrito. Si en el caso del artículo 979 debe escribir, también tendrá que hacerlo en todos los casos, porque ninguna influencia llegaría á ejercer en la obligación que se le impone al notario, la circunstancia de que el testador pueda ó no hablar. (1)

405. El acta de sobrescrito es un instrumento autorizado ó testimoniado, y la ley de ventoso (art. 20) quiere que los notarios conserven una minuta de los instrumentos que autoricen: ¿se ha de hacer extensiva al testamento místico esta prescripción? Decimos *al testamento místico*, porque el acta de sobrescrito forma un sólo conjunto con el testamento, del cual no había de poder separarse. Redúcese por tanto, la cuestión á saber quién es el que ha de conservar el testamento. El artículo 976 no exige que éste se remita al notario, sino que implica antes bien todo lo contrario, puesto que se limita á decir que se presente el testamento al notario y á los testigos. Por consiguiente, una vez cubiertas las formalidades, el testador resolverá si quiere guardar en su poder el testamento, ó dejarle en el del notario. Si fuese éste necesariamente quien debiera depositar el testamento, entonces debería él mismo, una vez muerto el testador, presentarle al Presidente, siendo así que el código dice nada más que el notario será llamado para presenciar la apertura del testamento, si estuviere en el lugar, después de lo cual ordena el Presidente que se deposite en una notaría. Esto supone que el testamento permaneció en poder del difunto. Por lo demás, no hay razón para que se haya de dejar minuta del testamento el notario.

1 Coin-Delisle, pág. 400, núm. 35 del artículo 976 y todos los autores.

Se comprende el motivo de que éste se reserva la de los demás instrumentos que ante él pasan por tener que expedir copia de ellos; pero él no es quien recibe el testamento propiamente dicho cuando está hecho en la forma cerrada, y el acta de su presentación no es más que accesorio inseparable de él. Con tal motivo, son inaplicables las disposiciones de la ley de ventoso, en este género de testamento (1); siguiéndose de aquí que si el testador confió su depósito al notario, puede en todo tiempo exigir que se le devuelva, lo cual no se le puede negar. El colegio de Escribanos de París opinaba en sentido contrario, pero el tribunal del mismo París echó abajo esa opinión. (2)

406. ¿Debe observar el notario respecto de las actas de sobrescrito las mismas formalidades que la ley de 25 ventoso, año XI, prescribe para los instrumentos autorizados en general? Leese en fallo de la sala de casación, que la referida acta no es instrumento testimoniado propiamente dicho, y de aquí dedujo la misma sala que esa acta no es susceptible de todas las formalidades prescriptas por la ley de ventoso. (3) Esto, á nuestro juicio, es muy vago y hasta inexacto; porque indudablemente el notario está obligado á observar las formalidades que miran á la redacción. Pero siguiendo el sistema de la sala de casación, no se sabe qué formalidades debe y cuáles no debe observar. ¿No es menester, por el contrario, establecer como principio que el notario está obligado á acatar la ley de ventoso? Nada menos que por no poderse recibir el acta de sobrescrito sino por notario, el acta es instrumento testimoniado, y por ende está sujeto á la ley de ventoso, (4) salvo las excep-

1 Demante, t. 4º, pág. 289, núm. 121 bis 6º y todos los autores. Bruselas 23 de Julio de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 466) y sala de casación, 23 de Mayo de 1826 (*Id.*, 1826, pág. 164).

2 París, 10 de Junio de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 143).

3 Denegada, 16 de Diciembre de 1834 (Dalloz, núm. 3,328)

4 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 526 y nota 27. Véanse las aplicaciones del principio en los fallos citados por Dalloz, núm. 3,294).

ciones que resultan del código civil, algunas de las cuales tenemos ya vistas, como la de que el artículo 10 concierne á la incapacidad relativa de los testigos no es aplicable al acta de que tratamos (núm. 401); la de que el notario está obligado á escribirla (núm. 404) y la de que no debe conservar minuta de la misma, á pesar de su importancia (núm. 405). Estas excepciones confirman la regla y de ella resulta una consecuencia importantísima, cual es la de que la inobservancia de las formalidades prescriptas so pena de nulidad por la ley de ventoso trae consigo la del acta, y así la del testamento cerrado mismo. (1)

2. *De las menciones que debe contener el acta de sobrescrito.*

407. El artículo 976 dice que el notario extenderá de ello el acta de sobrescrito. ¿De qué ha de extender el acta? La sala de casación responde que el notario debe hacer mención de los hechos que preceden; el artículo 976 dice en la misma frase que el testador presentará su testamento cerrado y sellado al notario y á seis testigos, ó hará que se cierre y selle en su presencia; que declarará que lo contenido en aquel papel es su testamento, escrito y firmado por él, ó escrito por otro y firmado por él. De esto es de lo que debe hacer mención en el acta; es decir, debe hacer mención que el testador presentó el papel que contenía sus disposiciones al notario y á los testigos; que ese papel estaba cerrado y sellado, ó bien que lo fué en su presencia, y por último, que el testador hizo la declaración que prescribe la ley. (2) La interpretación que la sala de casación da al texto está generalmente admitida por los autores, con excepción de Coin-Delisle. (3) Troplong dice

1 Turin, 15 pluvioso, año XIII (Dalloz, núm. 3,303).

2 Denegada, 28 de Diciembre de 1812 (Dalloz, núm. 3,280).

3 Coin-Delisle, pág. 401, núms. 47-51 del artículo 976. Troplong, t. 2º, pág. 69, núm. 1,640).

que no vale la pena refutar á este autor por no ser digno de tomarse en cuenta su parecer. También nosotros creemos que no está fundado; pero no vemos con agrado que se deseche con menosprecio una interpretación que se funda en la ley. Coin-Delisle tiene razón para decir que las palabras *de ello* no significan *de lo cual*, y también la tiene para decir que si hubiese querido el legislador designar que el acta de sobrescrito debiera mencionar todos los hechos que pasen ante el notario, debería haber dicho que el notario levantaría *acta de ello*, ó bien que levantaría *una acta de sobrescrito*.

Pero de que la ley esté mal redactada en el sentido que se le da, ¿se ha de seguir que no tiene sentido la misma ley? Ni siquiera el legislador del siglo XIX se sujeta siempre á la precisión gramatical. Merlin dió anticipadamente una respuesta concluyente á la argumentación de Coin-Delisle, probando que el sentido que la opinión general da al artículo 976 era el mismo que le daba el antiguo derecho al Estatuto de 1735, y esto resuelve la dificultad. ¿Qué es el acta de sobrescrito? "No es otra cosa, dice un comentador del Estatuto, (1) que una *mención* hecha por el notario en el reverso del testamento ó en la cubierta, de que en tal día y delante de tales testigos el testador *presentó* un papel *cerrado y sellado*, que *dijo* ser su testamento, escrito por él ó por otro y firmado por él." Tal es la significación tradicional del acta que nos ocupa, y esa misma tradición entendieron los autores del código consagrar, puesto que reprodujeron textualmente el Estatuto de 1735.

408. El notario debe mencionar que se observaron las formalidades de ley. ¿Qué carácter tiene esta mención? ¿Es idéntica á la que ordena para el testamento público el

1 Sallé, sobre el artículo 9 del Estatuto de 1735. Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 3º, artículo 3, núm. 13 (t. 34, pág. 29).

artículo 972? Hay entre las dos disposiciones legales una diferencia considerable. El artículo 972 dice que de todo se ha de hacer *mención expresa*, en tanto que el 976 no trae la palabra *mención*, y solamente dice que el notario extienda una acta de lo que pasó ante él. *Extender una acta* no es hacer *mención expresa*, sino simplemente hacer constar un hecho. Luego todo lo que se puede exigir, es que el escrito pruebe que se cumplió con las formalidades de la ley. Síguese de aquí que no puede el intérprete aplicar á las menciones prescriptas por el artículo 976 la regla severa propuesta por Merlin para la mención expresa del artículo 972; es menester que la enunciación no vaya á exponer al notario á una acusación de falsedad, en el caso de que el hecho por él asentado no estuviere de acuerdo con la ley, porque ésta no prescribe ninguna mención expresa. (1) Mas también es necesario no pasar de la excesiva severidad del artículo 972 al exceso opuesto, diciendo, como Durantón, que la mención no ha de ser especial, (2) Si por esto se entiende que ella no debe ser expresa, claro está; pero se comete error contentándose con una mención vaga, que absolutamente sería constancia de que se habían cumplido todas las formalidades legales. Si algún hecho es necesariamente especial, debe serlo también, consiguiéntemente, la mención relativa á ese hecho; es necesario que el notario diga que el testador presentó su testamento, es necesario que diga que el testamento estaba cerrado y sellado, ó que se le cerró y selló en su presencia; es necesario, por último, que diga que el testador declaró que el pliego que presentaba era su testamento. Todo esto lo debe decir, en cuanto á que su prueba resulta del acta que levanta, sin que se puedan exigir cualesquiera términos, ni

1 Denegada, 8 de Noviembre de 1832 (Daloz, núm. 3,285).

2 Durantón, t. 9º, pág. 155, núm. 130. En sentido contrario, Daloz, núm. 3,271. Grenier, t. 2º, pág. 545, núm. 264.