

aquellos de que se sirve la ley ni otros equivalentes. (1) Hay que dejar, pues, á un lado la teoría de la equivalencia, que los autores y la jurisprudencia aceptan respecto del testamento público. Efectivamente, la equivalencia implica que el notario está en el deber de usar ciertas expresiones idénticas á las de la ley, en tanto que un hecho puede asentar implícitamente, y con tal que se haya hecho constar habrá quedado satisfecho el deseo de la ley. Creemos que los autores no han tenido muy presente la diferencia que acabamos de indicar entre el artículo 972 y el 975, y á veces también los tribunales han extendido á las menciones del testamento místico lo que el artículo 972 dice de las menciones del testamento público. De ahí las inevitables divergencias en el aplicar la ley. Troplong dice que es la lucha del formalismo contra el espíritu de equidad, que concede mayor importancia á lo cierto que á lo solemne. La crítica se dirige á Merlin, pues lo que Troplong llama formalismo es, cuando menos para Merlin, el respeto á la ley. Si ésta es severa, debe serlo igualmente el intérprete, que no está facultado para hacerse legislador modificando en nombre de la equidad aquello que le parece de excesiva severidad en la ley. Preferimos el rigorismo más inflexible á semejante condescendencia, el rigorismo, que cuando menos mantiene vivo el respeto á la ley. Creemos que en nuestro caso la lucha entre el derecho estricto y la indulgencia no carece de razón de ser; si la ley es menos severa, séalo también el intérprete encargado de aplicarla.

409. Dice el artículo 976 que el testador *presentará* el pliego que contiene sus disposiciones al notario y á seis testigos, de lo cual el notario levantará una acta. ¿Es esto decir que el notario se ha de servir de la palabra *presentar*

1 Compárese á Troplong, núms. 1,641 y 1,642. Demolombe, t. 21 pág. 368, núm. 376.

ó de otro término equivalente? Así se ha creído, confundiendo la mención del artículo 976 con la del 972. El acta indica que el testador *remitió* su testamento al notario, y con tal motivo se ponen á fijar la diferencia que hay entre las palabras *presentar* y *remitir*, concluyéndose con que no hay mención equivalente, y que por lo mismo es nulo el testamento. Felizmente, son los tribunales más prudentes que los litigantes, y el testamento en que ocurrió ese caso fué declarado válido. (1) Es menester ir más lejos diciendo que no hay término equivalente á la palabra *presentar*; exigir un término que lo sea, es querer una mención *expresa* que la ley no previene se haga. Tal fué lo que declaró la sala de casación de acuerdo con las conclusiones de Merlin formuladas en sentido opuesto. El acta de sobrescrito del testamento sobre que se litigaba, estaba concebida en estos términos: "El testador dijo y declaró ante mí el notario y los testigos, que lo que se contiene en este pliego marcado que sirve de cubierta, es su testamento cerrado, que dictó é hizo que le escribiera el presente notario, y que firmó conmigo al fin de cada página; el cual testamento selló poniendo una cinta de seda azul en cuatro puntos con el sello de sus armas impreso en lacre rojo caliente." Merlin sostenía que semejante acta no contenía ninguna mención de la presentación del testamento, y que por lo mismo éste era nulo. Si exigiese la ley una mención expresa, Merlin tendría razón; pero basta que resulte implícitamente del acta, que se presentó el testamento. Ahora bien, decía la sala de casación, el acta hace ver que el testador cerró su testamento en presencia del notario y de los testigos, y prueba además que inmediatamente después llegó á poder del notario el testamento y que el notario mismo

1 Denegada, 7 de Abril de 1806 (Daloz, núm. 3,274, 1°): Bruselas, 15 de Junio de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 112 y Daloz, número 3,274, 2°).



escribió el acta. Dedujo de todo ésto la sala, que el testamento pasó directamente del testador al notario, y que por consecuencia fué presentado por el testador mismo. En otro fallo que dió la misma sala, agrega que la ley no exige que el notario mencione el haberse observado la formalidad de la presentación, sino que basta con que se pueda inferir de los términos de que se sirvió el notario en el acta, que efectivamente se le presentó el papel que contenía el testamento, así como á los testigos. (1) Admitimos el principio; pero en cuanto á la aplicación que hizo de él la sala en el asunto en que llevó Merlin la palabra, parécenos muy dudosa.

Si el acta no prueba que tuvo lugar la presentación, es nula y por lo mismo la es también el testamento, y está resuelto que la siguiente mención no implica la presentación: declara al notario el testador delante de dos testigos, que el papel contenido en la cubierta era su testamento. Esta es, dice el tribunal de Poitiers, la mención de la declaración, más no la de la presentación; y es preciso que por lo menos se pueda deducir el hecho de la presentación, claramente del contexto del acta, de suerte que no haya duda de que hubo la dicha presentación. Este es el verdadero principio, y á nuestro entender, la sala le aplicó exactamente. (2)

410. No basta con la presentación al notario, es menester también que esa presentación se haga delante de los testigos. ¿Es bastante la mención de que tuvo lugar la presentación en presencia de los testigos, ó sea presentes éstos?

1 Denegada, sala de lo civil, 8 de Abril de 1806 y denegada, 22 de Mayo de 1817 (Daloz, núm. 3,275 y 3,276). Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 3º, artículo 3, núm. 13 (t. 34, páginas 28 y siguientes).

2 Poitiers, 28 de Mayo de 1824 (Daloz, núm. 3,345). Compárese con lo resuelto en la denegada, 7 de Agosto de 1810 (Daloz, número 3,273).

Indudablemente que sí. Con todo, alguna vez se pidió por este capítulo la declaración de la nulidad; diciéndose que, una cosa es presentar un testamento á los testigos, y otra presentarle al notario en presencia de los testigos. Esto es cierto, y si debiera ser expresa la mención, sería menester resolver que aquella sobre la cual se litigaba no era equivalente. Pero, dice el tribunal de Tolosa, la ley no exige esa mención expresa, bastando con que se encuentre en el acta la prueba de que se cumplió con la formalidad de presentar el testamento á los testigos. Y bien, dice aquel tribunal, cuando el acta está expresando que *presentes los testigos* fué como el testador presentó su testamento al notario, ¿no resulta de aquí que tal presentación se hizo á los testigos igualmente? ¿Por qué están presentes los testigos? Son llamados para asistir á esta formalidad; ¿y concíbese que seis personas estén presentes cuando presente el testador su testamento al notario, y que esas seis personas permanezcan ajenas á la presentación cerrando los ojos y tapándose los oídos para no ver ni oír nada? Por el contrario, los testigos están presentes para ver y oír; por consiguiente, el testamento que se presentó delante de ellos, á ellos mismos se les presentó. (1)

411. El testamento se debe presentar *cerrado y sellado*, ó bien el testador debe hacer que se *cierre y selle* en presencia del notario y de los testigos (art. 976); es preciso que de ésto se levante una acta. El notario no debe servirse de los términos *cerrado y sellado*: ésto es un hecho; ni siquiera de términos equivalentes, con tal que del acta resulte que el testamento estaba cerrado y sellado al tiempo de su presentación, ó que se le cerró y selló delante de los testigos. Tal es el principio ó teoría; pero en la práctica,

1 Tolosa, 6 de Marzo de 1817 (Daloz, núm. 3,277, 4º). Compárese con lo resuelto en Turin á 5 de Diciembre de 1806 (Daloz, número 3,304) y los otros fallos citados por Daloz, núm. 3,277).



no es fácil que el acta dé á conocer que se cumplió con esa formalidad, si no es que se sirva el notario de los términos de la ley ú otros equivalentes. Judicialmente se declaró ya que es bastante la mención cuando por ella consta que el testamento se presentó *sellado*; porque efectivamente ésta palabra implica juntamente el sello y la cerradura; además, si hay impresión de un sello, el testamento está por consiguiente cerrado y sellado. (1) ¿Sucede lo mismo cuando en el acta consta que el testamento estaba *cerrado*, y al tiempo de abrirle se encuentra también sellado? La sala de casación declaró que con ésto quedaba satisfecho el deseo de la ley. (2)

Nosotros creemos, por el contrario, que tal resolución excede los límites de la misma ley. Esta quiere que se haga constar, al tiempo de la presentación del testamento, que estaba cerrado y sellado, para evitar que fuera sustituido con otro que el del testador. ¿Qué importa, pues, que, muerto éste, se encuentre sellado el testamento? ¿No puede haber sucedido que se haya puesto el sello después de esa muerte y después también de sustituir con otro el testamento presentado por el testador? Luego no ha quedado satisfecho el espíritu de la ley. Ciertamente es que la garantía no está completa, pues debió haber prescripto la ley que se hiciera mención del sello; pero como no lo hizo, no lo puede exigir el intérprete. En este sentido se ha formado la jurisprudencia, (3) y la cuestión no es dudosa, á pesar del disentiendo de Grenier. Basta, pues, con que diga el notario que el testamento estaba cerrado y sellado. Cuando no resulte esto del acta, ni ésta diga que el testamento

1 Bruselas 15 de Junio de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 112).

2 Denegada, 23 de Junio de 1824 (Dalloz, núm. 3,268). Las opiniones de los autores están divididas (Demolombe, t. 21, pág. 370, número 381).

3 Burdeos, 20 de Noviembre de 1833 (Dalloz, núm. 3,330), Bruselas, 16 de Febrero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 40).

quedó cerrado y sellado en presencia del notario y de los testigos, el testamento es nulo. (1)

412. El testador debe declarar al tiempo de presentar cerrado y sellado el pliego donde se contengan sus disposiciones, que lo contenido en ese pliego es su testamento. No exigiendo la ley que se haga mención expresa, basta que del acta conste que el testador presentó el testamento como suyo, en el cual caso la sala de casación ha declarado que se cumple con el deseo de la ley, cuando implícitamente se halla enunciada tal cosa en el acta de sobrescrito. (2) Esta es la aplicación del principio que hemos establecido (num. 408); aplicación que con toda claridad establece la diferencia que hay entre la mención expresa prevenida por el artículo 972 y la simple comprobación exigida por el artículo 976.

No basta con la declaración de que el papel presentado contiene el testamento del difunto; el artículo 976 quiere, además, que el testador diga si él mismo escribió y firmó su testamento, ó si otro le escribió y él le firmó, de lo cual ha de levantar el notario una acta. También esa declaración debe hacerse constar en el acta, y si no resultare de la misma que el testamento fué firmado por el testador, habrá nulidad. La ley, como con todo acierto lo dice el tribunal de Turin, no se conforma con el hecho de la firma, sino que también exige una declaración de boca del testador, hecha al notario y á los testigos; por tanto, la prueba de la declaración tiene que resultar del acta, pena de nulidad del testamento. (3) Basta con que resulte implícitamente del acta, y sobre este punto hay un importantísimo fallo de la sala de casación. Decía cierta acta de sobrescrito: "El testador presentó al notario este testamento

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

2 Casación, 11 frimario, año VII y denegada, 15 de Julio de 1806 (Dalloz, núms. 3,282 y 3,281).

3 Turin, 1.º de Febrero de 1806 (Dalloz, núm. 3,283).



que aquél hizo escribiera una persona de su confianza, y le firmó él mismo." El tribunal de Agen tuvo esta mención como bastante, aun cuando no se hubiera hablado expresamente en ella de una declaración dada por el testador. Llevado el caso á casación, se invocó el principio que rige respecto de la equivalencia en el caso previsto por el artículo 972. Tal como estaba concebida la cláusula, no habría autorizado para la prueba de falsedad, aunque se hubiera ofrecido probar que la declaración procedía del notario, y no del testador. La sala de casación denegó el recurso, rechazando en consecuencia el principio que se había invocado. (1)

Es menester así mismo que por el acta conste que el testador declaró haber escrito él mismo ó haber hecho escribir por otro su testamento. El tribunal de Turin resolvió que tal cosa resultaba suficientemente de la declaración mencionada en el acta, de que el testador fué quien dictó su testamento y le firmó de su propio puño. (2)

413. Aquí acaban las enunciaciones que debe hacer el notario en el acta de sobrescrito. El artículo 976 agrega: que dicha acta debe escribirse en el papel que contenga las disposiciones del testador, ó bien en la hoja ó pliego que le sirva de cubierta. ¿Será menester mencionar en el acta este hecho? No, porque la ley no lo exige, y en punto á formalidades todo es de la más estricta interpretación, puesto que la inobservancia de cualquiera formalidad produce la nulidad del testamento. Habrá pensado el legislador que el hecho de escribir en el papel ó en la cubierta es un hecho material, inútil de hacer constar, puesto que se prueba con sólo examinar el testamento. Esto es lo que hace notar el tribunal de Metz; (3) el de Bruselas conclu-

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

2 Turin 5 de Diciembre de 1806 (Daloz, núm. 3,304).

3 Metz, 8 de Marzo de 1821 (Daloz, núm. 3,305).

yó de aquí que si el notario expresa haber escrito él mismo el testamento en el propio papel cuando en realidad haya hecho tal cosa en la cubierta, será válido á pesar de esto el testamento, por no poder viciarle una indicación inútil, si bien errónea. (1)

414. El notario debe escribir el acta de sobrescrito; pero la ley no le exige que haga mención de ello. Sin embargo, el que el notario escriba es una formalidad sustancial. ¿A quién tocará probar que el acta fué ó no escrita por el notario? El tribunal de Tolosa dice que se presume que el notario escribió el testamento. Mas no hay presunción si alguna ley no la establece; por consiguiente, es menester aplicar los principios generales relativos á la prueba, y quien reclama la nulidad de un instrumento es quien debe probar el vicio de que procede la nulidad. (2)

415. Conforme al artículo 976, el acta de suscripción debe firmarse tanto por el testador como por el notario, juntamente con los testigos: ¿es menester que el notario haga mención de las firmas del testador y de los testigos? No lo exige el artículo 976 citado, y en este punto el silencio de la ley resuelve la dificultad. Se ha creído que el artículo 14 de la ley de ventoso era aplicable á los testamentos. Ya hemos examinado antes la cuestión. (3)

El artículo 976 prevee el caso de que el testador no pueda firmar el acta de sobrescrito. "Si por algún impedimento posterior á la firma del testador no pudiese el testador firmar dicha acta, se hará mención de lo que hubiere declarado, sin que sea necesario aumentar en este caso el número de testigos." Dice la ley: "Por algún impedimento posterior á la firma del testamento." Si ese impedimento existía ya al tiempo de que el testador hizo que se

1 Bruselas, 9 de Agosto de 1808 (Daloz, núm. 3,306).

2 Tolosa, 2 de Mayo de 1831 (Daloz, núm. 3,298).

3 Véanse arriba los núms. 360 y 376 y en sentido contrario los autores citados por Demolombe, t. 21, pág. 376, núm. 387.



le escribiera su testamento, se está en el caso previsto por el artículo 977, siendo menester entonces llamar á otro testigo de más para el testamento. Pero si firmado ya éste sobreviene un impedimento que no le permite firmar el acta de sobrescrito, la ley no exige otro testigo, sino que se conforma con lo que declare el testador. Este es, pues, quien debe expresar que por estar impedido no puede firmar. Y aunque sería muy natural expresar también la causa, la ley no lo previene, y el testador puede limitarse á manifestar que no puede firmar. El notario debe hacer mención de su declaración sin que baste con que simplemente haga constar la imposibilidad, pues una mención como esa había de ser nula y anularía también el testamento. (1)

*V. De la unidad de contrato.*

416. Después de decir que el acta de sobrescrito debe ser firmada por el testador, por los testigos y por el notario, el artículo 976 añade: "Todo lo que se ha expresado se hará á continuación y sin interrumpirlo con otros actos." Esto es lo que en el lenguaje de las escolásticas se llama unidad de contrato. ¿Por qué la ley quiere que todo se haga en un sólo contrato? Por impedir que en el intervalo en que se practicara otro acto distinto se fuera á sustituir con otro el testamento que firmó el testador. El artículo 976 explica lo que se entiende por contexto: que se practiquen á continuación las diversas operaciones que constituyen el testamento. ¿Cuáles son esas operaciones? Comienzan por la presentación del testamento al notario y á los testigos y concluyen por la firma. El acto de escribir el testamento no forma parte de esas operaciones, por no mencionarla el artículo 976 sino para que se haga cons.

1 Coin-Delisle, pág. 401, núm. 40 del artículo 476. Demolombe, t. 21, pág. 374, núm. 385.

tar que el testador firmó su testamento y le escribió, ó hizo que otro le escribiera: cosa que, como es natural, se hace sin la presencia del notario y de los testigos, puesto que el testamento místico está destinado á permanecer secreto. Las operaciones comienzan, pues, por la presentación del testamento y se prosiguen y concluyen en un sólo acto. La ley añade que este acto no se interrumpa con otros actos ú operaciones, y la palabra *acto* implica un asunto judicial ó cualquiera otro. Nada impide que por un instante se suspendan las operaciones, ora para permitir al notario ó á un testigo que satisfagan una necesidad física, ora para proporcionar descanso al enfermo ó dar lugar para que se le administre un medicamento. Tal es lo que resuelven las leyes romanas, y el testamento místico nos viene de Roma. (1)

417. ¿Debe el notario hacer mención en el acta de sobrescrito que todo se hizo á continuación y sin interrumpirlo con otros actos? No, la ley no exige ninguna mención de que se guardó la unidad de contexto, y con eso basta; no siendo lícito á los jueces, dice la sala de casación, adicionar las leyes. Sobre todo, sólo á ellas corresponde establecer las causas de nulidad. La misma sala saca por consecuencia que basta con que la unidad de contexto resulte claramente de la misma acta, (2) ó por mejor decir, basta con que ella no indique haber habido interrupción alguna, para probar que fué extendida á continuación y sin ocuparse en ningún otro asunto. Al que sostenga que hubo la interrupción ó bien la ocupación extraña de que se trata, corresponderá la prueba.

1 Demolombe, t. 21, pág. 377, núms. 388 y 399 y los autores que cita.

2 Denegada, 8 de Febrero de 1820 (Daloz, núm. 3,230, 3º). Los autores están en igual sentido (*Id.*, núm. 3,319).