

*Núm. 2. Formalidades del testamento místico cuando el testador no firma.*

418. "Si el testador no sabe firmar ó no puede hacerlo cuando otro escribió sus disposiciones, se llamará para el acta de sobrescrito á otro testigo, además de los que previene el artículo 976, el cual testigo firmará el acta juntamente con aquellos." No se ve cuál es la garantía que proporciona la presencia del nuevo testigo, quien no atestigua que el testador no supo ó no pudo firmar, (1) sino que únicamente es llamado para el testamento como los otros seis, asistiendo á él, lo mismo que ellos, sin más misión que desempeñar. ¿El hecho de haber siete testigos en lugar de seis puede hacer veces de la firma que el testador no supo ó no pudo poner en su testamento? Se explica, sin embargo, que la imposibilidad de firmar no debe impedir que alguien teste en la forma mística; en el testamento público, puede quedar substituida la firma del testador con la declaración que haga de que no sabe ó no puede firmar: ¿por qué no había de suceder lo mismo en el testamento cerrado en que interviene un funcionario que puede asentar la declaración del testador sobre que no sabe ó no puede firmar? Es que hay un inconveniente especial en esta segunda clase de testamento cuando falta la firma, y consiste en que hay mayor facilidad para suplantarlo un testamento no firmado, que para confeccionar otro que contenga la firma del testador. Pero este inconveniente, no es el nuevo testigo quien le remedia.

419. ¿Necesítase una declaración del testador mismo sobre que no supo ó no pudo firmar su testamento? La ley no exige, y ésta es una diferencia que hay entre el caso del artículo 977 y el del 976. Cuando á la hora de firmar el acta de sobrescrito ha sobrevenido alguna causa que

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

impida el testador hacerlo, será él quien tenga que manifestarlo así: cosa que no exige la ley cuando no pudo ó no supo firmar su testamento. No es fácil explicar esta diferencia. La firma del testamento es mucho más interesante que la del acta, y ésta es una razón para que se hubiera mostrado más severa la ley, y no para mostrarse menos. (1)

420. La ley se conforma con una simple mención que haga el notario, expresando, conforme al artículo 976, la causa por la cual se llamó á otro testigo; es decir, el notario deberá declarar que se hizo así, porque el testador no pudo ó no supo firmar su testamento. No es necesario que el notario indique la causa que impidió al testador firmar sus disposiciones, como lo exige la ley para el testamento auténtico (art. 973), por no prevenirlo para el cerrado. Otra diferencia hay todavía entre ambos testamentos, á saber: el artículo 973 quiere que la mención sea expresa, mientras que el 977 dice simplemente que el notario haga mención. Por donde se ve que basta con que se exprese en el acta, que se llamó á otro testigo y la razón por qué se llamó. (2) No dice la ley en qué lugar del acta se ha de hacer dicha mención; pero puesto que el nuevo testigo fué llamado para esa misma acta, es muy natural que la tal mención se haga en el momento de principiar las operaciones del testamento. Sin embargo, el no hacerlo así no podría ser causa de nulidad, atento el silencio que la ley guarda sobre este punto; y lo único que se puede exigir, es que del acta misma resulte que se llamó á otro testigo y la causa por qué se le llamó. (3)

*Núm. 3. Formalidades del testamento místico cuando el testador no sabe hablar.*

421. La forma común del testamento místico supone

1 Compárese á Coin-Delisle, pág. 407, núm. 6 del artículo 977.

2 Denegada, 3 de Enero de 1838 (Dalloz, núm. 3,330).

3 Lieja, 28 de Marzo de 1840 (Pasicrisia, 1840, 2, 89).

que el testador sabe y puede hablar, puesto que debe declarar de viva voz que el pliego que presenta es su testamento. ¿Podrá hacer testamento místico si no puede hablar? Teóricamente, la solución es muy sencilla: que haga el testador por escrito la manifestación que no puede hacer de palabra. Una declaración escrita de mano del testador y delante del escribano y de los testigos constituye una garantía, tan robusta por lo menos como una declaración verbal asentada por el notario. Empero, la ley no se conforma con eso, y el artículo 979 exige, para que el testador que no puede hablar, pueda, no obstante, hacer testamento cerrado, que concurren las siguientes condiciones.

La primera de ellas, que el testamento haya sido completamente escrito y fechado y firmado por él mismo; es decir, que al mismo tiempo sea testamento ológrafo y cerrado. ¿Por qué debe escribir todo su testamento personalmente el testador? En vano sería buscar la razón que hay para ello, cuando precisamente una de las ventajas del testamento místico está en que le puede hacer quien no sabe ni escribir ni firmar, ó aquél á quien la enfermedad le impide escribir ó firmar su testamento. ¿Y por qué el que no puede hablar no se ha de aprovechar de este beneficio, si en el momento de testar puede escribir unas líneas para certificar que el papel que él mismo escribe es su testamento? Debe igualmente fecharle. Tampoco se ve la razón para ello, y para hallar alguna habría que recurrir á la tradición. Pero muy poco importante es este punto para que nos detengamos en él. (1)

La segunda condición es la única racional. Aun cuando el testador no pueda hablar, puede y debe presentar su testamento al notario y á los testigos. La declaración ver-

1 Coin-Delisle, pág. 409, núm. 3 del artículo 979. Duranton, tomo 9º, pág. 158, núm. 132. Demolombe, t. 21, pág. 384, números 402-405.

bal se suple con una declaración escrita, que el testador mismo escribe á la cabeza del acta de sobrescrito en presencia del notario y de los testigos, expresando que el papel que presenta es su testamento. El notario debe, además, mencionar en el acta que el testador fué quien escribió aquellas palabras en su presencia y en la de los testigos. La ley exige una mención, porque esta declaración es la más esencial del testamento místico.

Y añade la misma ley: "Se observará, además, todo lo que se prescribe por el artículo 976." Resulta de aquí que en ese caso, el testamento será ológrafo y á la par cerrado: lo cual da lugar á una dificultad grave que más adelante examinaremos.

422. ¿Quién puede textar en esta forma? La ley contesta la pregunta diciendo que puede hacerlo el que no puede hablar; y no distingue si esta imposibilidad se debe á una enfermedad que prive al testador del uso de la palabra, ó si está en que sea mudo ó sordo-mudo de nacimiento. Con esto queda también resuelta la cuestión de si los sordo-mudos pueden testar en la forma de que se trata. La afirmativa consta por la misma ley y confirmanla además los autores y la práctica de los tribunales. (1) Pero téngase muy presente que no sólo debe el testador saber escribir y firmar, sino que necesita asimismo entender lo que hace: Este tribunal es el derecho común consagrado por el artículo 901. Nos remitimos á las explicaciones que ya dimos sobre el particular (t. XI, núms 125 y 126.

423. Supóngase que en el momento de hacer el testador sus disposiciones se halla atacado de parálisis que le impide hablar, recobrando después el uso de la palabra: ¿en

1 Coin-Delisle, pág. 409, núm. 2 del artículo 979. Denegada, 30 de Junio de 1844 (Dalloz, núm. 231). Bruselas, 16 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 59). Lieja, 22 de Febrero de 1826 (*Id.*, 1826, pág. 59).

qué forma podrá testar? En la que establece el artículo 976. El 979 no tiene aplicación, cuando dice que el testador que no puede hablar puede, sin embargo, testar en forma mística, observando las formalidades que él mismo prescribe; el 976 supone que no puede hablar en el momento de declarar verbalmente que el papel que presenta es su testamento, y para auxiliarlo en su enfermedad, la ley reemplaza con una escritura la declaración oral. Pero, ¿qué viene que escriba cuando puede hablar? No estamos en el caso de la excepción, y así tenemos que volver á la regla. Por lo mismo, el testamento había de ser válido, aun cuando no hubiese sido escrito por el testador, ni fechado ni aun firmado, á salvo cumplir en este último caso con la formalidad del artículo 976. El tribunal de Orleans lo resolvió en este sentido, y no hay duda que así debe ser. (1) No es necesario que el testador pueda hablar en el momento de dar á escribir sus disposiciones, porque si puede expresarse por señas, ninguna ley ni principio alguno se oponen á que teste en la forma mística.

*Núm. 4. Condición general.*

424. El artículo 978 previene que: "Los que no sepan ó no puedan leer no podrán hacer sus disposiciones en forma de testamento místico." ¿Qué se ha de entender por las palabras saber ó poder leer, de este artículo? La ley quiere que el testamento vaya escrito por el testador ú otra persona; lo común es que otro sea quien le escriba; pero es menester que él sepa ó pueda leer lo escrito, para que esté cierto de que quien lo redactó expresó con exactitud su última voluntad, y pueda presentarlo ante el notario y los testigos como tal testamento suyo. Por consiguiente, saber leer es para la ley saber leer lo manuscrito. Así opi-

1 Orleans, 17 de Julio de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 165):

nan los autores tanto antiguos como modernos, y su opinión se funda en la naturaleza de las cosas. (1)

Síguese de lo dicho que el que nunca aprendió á leer no puede hacer testamento místico; otro tanto acontecería respecto del que habiendo sabido leer, no puede ya hacerlo por defecto físico; verbigracia, el ciego, cuando la ceguera es absoluta. (2) Sobreviene con la edad un debilitamiento de la vista y con él cierta dificultad mayor ó menor para leer. De esto se han prevalido algunos para combatir el testamento místico; pero siempre han rechazado los tribunales tan temeraria acción, fundándose en que no basta que el testador haya tenido dificultad para leer, para que se le haya considerado como incapaz de testar en la forma mística, sino que es menester que absolutamente haya podido leer. Basta, decía el tribunal de Gand, que haya sabido y podido leer, de manera que se haya podido cerciorar de la exactitud con que se le escribió, aun cuando tal operación de cerciorarse haya exigido de su parte muy especial cuidado y tiempo más ó menos largo. (3) Cierto es que la dificultad que tienen para leer por sí mismos con frecuencia obliga á los ancianos á hacer que otro les lea cartas ó cualesquier escritos que les interesen; pero ésto no arguye que el testador se haya visto imposibilitado para leer, y tal imposibilidad es la única que constituye la incapacidad establecida por el artículo 978. (4)

425. La aplicación del 978 ha dado ocasión á una dificultad que se discute con acaloramiento. ¿Basta que el tes-

1 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 3,232 y por Demolombe, t. 21, pág. 380, núm. 393.

2 Coin-Delisle, pág. 408, núm. 4 del artículo 978. Dalloz, número 3,229 y los autores que citan.

3 Gand, 19 de Abril de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 78). El mismo fallo se encuentra en la *Pasicrisia*, 1847, 2, 136.

4 Bruselas, 4 de Noviembre de 1869 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 23). Compárese con lo resuelto en París á 30 de Noviembre de 1866 (Dalloz, 1867, 5, 435).