

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) Ciertamente 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).

tador haya sabido y podido leer; que también es necesario que de hecho haya leído el testamento que presentó como suyo al notario y á los testigos? El texto de la ley resuelve la dificultad. En efecto, la ley no dice que el testador deba leer su testamento, ni exige que afirme delante del notario y de los testigos que le leyó: lo único que quiere, es que sepa y pueda leer, para que esté en condiciones de asegurarse de que realmente expresa su voluntad el testamento escrito, y de afirmar también, cuando le presente, que en él se contiene su última voluntad. Querer más, sería adicionar la ley; ¿y puede el intérprete crear formalidades de cuya inobservancia se siga la nulidad?

Sostúvose lo contrario á esto en una consulta que deliberaron tres profesores de la facultad de derecho de Tolosa, y MM. Demolombe y Valette se adhirieron á su opinión. (1) Dijose en aquella consulta que si la única garantía que asegura la exactitud de lo declarado por el testador es la lectura, ¿cómo puede afirmar que es suyo el escrito que presenta, si no le ha leído? La respuesta que damos á esto es la misma que diversas ocasiones hemos dado á los argumentos que se toman de los inconvenientes á que da lugar la aplicación literal de la ley; argumentos que van dirigidos al legislador, pero que el intérprete no puede tomar en cuenta, por deber aceptar la ley tal cual es. ¿Y será cierto, por lo demás, que no hay otra garantía de la verdad de la declaración más que la lectura? Perfectamente lo dijo el tribunal de Pau, ante el cual se presentó el caso; que la facultad que tiene el testador para leer el testamento escrito por un tercero es una garantía moral, que equivale á una certidumbre completa: porque si aquél que dió á escribir su testamento puede, nada más con leerle, asegurarse en cualquier instante de que la persona que le escribió trasladó fielmente su pensamiento, ¿cómo creer

1 Véase la nota del recopilador (Daloz, 1865, 2, 209).

que esa persona se atrevió á escribir otra cosa distinta de la que le dictó el testador? Ocurrió un caso práctico en el cual mediaba cierta circunstancia que parecía militar contra el testamento. Contaba, pues, que el testador había hecho que alguien le leyera lo que aquél le había dictado á un notario, y que no lo había leído por sí mismo. ¿Qué importa? dijo el tribunal. ¿Por ventura estorbaba eso el que el testador hubiera pedido cada rato su testamento para leerle? Si no lo hizo así, fué sin duda porque quien escribió fué un amigo, un notario estimado por él á virtud de antiguas relaciones de amistad, y esta garantía moral bastaba para el testador. ¿Con qué derecho, pues, exigiría el intérprete una garantía material ignorada por la ley?

Dicen que aquello equivale á testar por poder. He aquí uno de tantos argumentos propios para distinguirse en el examen de una cuestión jurídica, pero que se desvanecen no bien se los examina de cerca. ¡Cómo! ¡Que el difunto testó por medio de mandatario, siendo así que él mismo dictó sus disposiciones, que todo emanó de su voluntad, que el notario no fué más que instrumento pasivo, la mano que escribió lo que quiso el testador!... ¡Y se llama á esto mandato!... Creemos inútil de todo punto seguir adelante en esta discusión. El fallo del tribunal de Pau, que perfectamente se redactó, contesta á cuantas razones buenas ó malas quieran hacer valer los que reclaman la nulidad, (1) y ese fallo se confirmó en casación. (2)

426. La condición prescripta por el artículo 978 engendra aún otra dificultad. Se pregunta á quién toca probar que el testador podía ó no leer: Por lo común, la discu-

1 Pau, 3 de Julio de 1865 (Daloz, 1865, 2, 209).

2 Denegada, 7 de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 231). Compárese con lo resuelto en la denegada de 22 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 1, 107) y con la de 27 de Mayo de 1868 (Daloz, 1868, 1, 496). Hay una sentencia en el mismo sentido de 15 de Junio de 1839 de la sala de Gand (*Basiscrisia*, 1839, 2, 109 y Daloz, núm. 3,231, 1°).

sión versa acerca del *poder* y no del *saber*, y es difícilísima la prueba consiguiente, por tratarse de demostrar que el testador se hallaba en absoluta imposibilidad de leer, aun cuando hubiese sabido hacerlo; ó bien que á pesar de su avanzada edad y de su debilidad en la vista, conservaba la facultad de cerciorarse de lo que se había escrito. Se lee en un fallo de casación: "Observadas todas las formalidades prescriptas por los artículos 976 y 977 para la validez del testamento místico, existe la *presunción* de que antes de presentar el testador al notario el papel que declaró ser su testamento, se aseguró de que en efecto contenía ese papel su última voluntad: y tal *presunción* sólo deja de existir cuando el testador ó no sabe ó no puede leer." (1) Importante es el papel que hacen las presunciones en la jurisprudencia, siendo así que en el código apenas si figuran como casos excepcionales. Las legales son en escaso número, y ninguna hay sin ley que la establezca. En cuanto á las humanas, la ley no las admite sino en los casos raros en que procede la prueba testimonial. Empero los tribunales se apoderan de cualquier probabilidad para hacer de ella una presunción. Probable es indudablemente que el testador leyó su testamento; mas para que esta probabilidad se convirtiese en presunción, sería menester disposición legal expresa, que, sin embargo, no hay. Luego se deben hacer á un lado las presunciones, y estar-se á los principios generales que rigen en cuanto á las pruebas.

En el fondo del asunto la sala de casación tiene razón; pero su fallo estuvo mal motivado. ¿A qué conduce inventar presunciones cuando con los principios generales basta? En su fallo de 1866, dijo muy bien la sala que el que se presenta reclamando la nulidad de un testamento cerrado, y funda su demanda en que el testador ó no po-

1 Denegada, 22 de Junio de 1852 (Daloz, 1852, 1, 107).

día leer ó de hecho no leyó el escrito, lo que invoca es la inobservancia de una formalidad sustancial, cuando se supone, por el contrario, que se observaron todas. Hay, pues, un testamento al cual puede acogerse el legatario: si el heredero sostiene que es nulo, porque el testador ó no sabía ó no podía leer ó no leyó de hecho, debe probar estas cosas, porque la prueba incumbe siempre al que demanda. (1)

Los autores prodigan asimismo las presunciones, tanto como los tribunales. Oigamos lo que Furgole dice: "Si el testador supo leer en un tiempo, pero no pudo hacerlo en el momento de testar, toca probar esto al que funde la nulidad en la imposibilidad de leer para el testador, á menos que el instrumento mismo no la justificara; porque la ceguera, así como la debilidad de la vista son cosas contrarias á lo natural." De modo que es contrario á la naturaleza el que se nos debiliten con la edad la vista ó cualquiera de nuestros órganos!..... Continúa Furgole: "Que si la nulidad se funda en que el testador no sabía leer; ó bien si el testamento ó el acta de sobrescrito acreditan que sí sabía, como cuando se dice que leyó sus disposiciones; ó por último, si hay una *presunción*, como si el testador firmó, lo cual hace *presumir* que sabía leer, en cualquiera de estos casos debe gravitar la prueba sobre el que impugna el testamento." De modo que debe presumirse que quien sabe trazar algunas letras sabe también leer!.... Furgole concluye que "si no hay presunción alguna de que el testador haya sabido leer, el heredero que sostiene el testamento debe probar lo que afirma, porque *ei incumbit probatio qui dicit, non quinegat*." (2) De este modo se echa la carga de probar sobre el que defiende el testamento: ¿con qué derecho? En virtud de un proverbio que nuestro

1 Denegada, 7 de Mayo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 232).

2 Furgole, t. 1º, cap. 2º, sec. 3ª, pág. 79, núm. 29, seguido por todos los autores (Daloz, núm. 3, 224).

código absolutamente conoce. Que así lo haya resuelto Furgole, se comprende, puesto que vivía en un país de derecho escrito; pero los autores modernos que pasan por su doctrina olvidan que contamos con un código, y que este código enseña que la prueba incumbe al demandante, sin distinción de hecho negativo ó hecho positivo. ¡Cuántas disputas no se habían de ahorrar si se dejaran á un lado los antiguos proverbios y el derecho romano para no sujetarse más que al código civil!

427. El notario expresó en el acta, que el testador había leído el testamento: ¿se admitirá, esto no obstante, al heredero la prueba que ofrezca de que el testador no podía leer? Está resuelto que aquella declaración del notario no prueba el hecho, sino que equivale cuando más á una presunción que puede ser combatida y destruida por prueba directamente contraria. El tribunal de Burdeos debió haber dicho que la citada declaración nada probaba absolutamente, puesto que el notario no tiene carácter ni facultad para declarar que el testador leyó el testamento. En el caso, alegábanse también las firmas puestas por el testador, queriéndose probar con ellas que podía leer; pero el tribunal desechó semejante prueba exponiendo la razón decisiva de que el firmar es cosa fácil para el hombre que ha sabido escribir hasta en el caso de que haya perdido la vista. (1) Si el tribunal resuelve que el testador podía leer invocando escritos auténticos, su resolución es suprema, porque efectivamente la cuestión de si el testador podía leer es por esencia una cuestión de hecho, que por lo mismo toca resolver al juez del conocimiento. (2)

Núm. 5. Nulidad del testamento místico.

428. Las formalidades del testamento místico, lo mismo

1 Burdeos, 2 de Abril de 1858 (Daloz, núm. 3,230, 5°).

2 Denegada, 11 de Abril de 1811 y 6 mesidor, año XII (Daloz núm. 3,230, 1° y 2°).

que las de los demás, están prescriptas bajo pena de nulidad (art. 1,001); pero la del testamento místico ofrece una dificultad especial. Cuando no se cumple con alguna formalidad de los testamentos ológrafo y público no hay testamento. No se puede aplicar el artículo 1,318, conforme al cual equivale á un escrito privado, si fué firmado por los interesados el documento que no es auténtico por la incompetencia, ó por la incapacidad del funcionario, ó por un defecto de forma; tal disposición no puede aplicarse más que á los instrumentos no solemnes, para cuya validez basta simplemente con la firma. Ahora bien, el testamento es un instrumento solemne, que si resulta nulo como auténtico, no puede tener valor como testamento ológrafo, puesto que tal testamento debe ir completamente escrito de mano del testador; lo cual es imposible en el auténtico, que debe ir escrito por el notario. Cosa muy distinta pasa con el testamento místico: éste puede ir escrito, fechado, y firmado por el testador, y es entonces verdadero testamento ológrafo. Hay todavía un caso en que el testador debe escribir, fechar y firmar el testamento que quiere hacer en forma cerrada y es cuando, no puede hablar (artículo 979). Si fuere nulo el testamento como cerrado, ¿será válido como ológrafo?

Discutido este caso en el antiguo derecho, lo es aún, vigente ya nuestro código. No vemos en ello la más pequeña dificultad. En el caso previsto por el artículo 979, el testamento es ológrafo y cerrado á un tiempo mismo, y lo que manda la ley puede hacerlo el testador si tiene voluntad para ello, pudiendo acumular, si le conviniere, las formalidades de ambos testamentos, dándole el efecto del cerrado al suyo ológrafo. ¿Dejará de ser tal testamento ese, por el hecho de ser ológrafo? Indudablemente que no; porque sigue siendo aplicable el artículo 970; ¿y por qué, reuniendo el instrumento las condiciones todas del testamento

ológrafo, no había de valer como tal? Ya que tanto cuadran los antiguos proverbios, citaremos uno que es la expresión del buen sentido: *Quod abundat, non vitiat*. Después de hacer testamento ológrafo, quiere el testador asegurarle las ventajas del testamento místico, que son la fecha cierta y la garantía de conservación. Encuéntrase que tal testamento es nulo como cerrado. Está bien; pero si era válido como ológrafo, seguirá siéndolo como tal. Y esto basta para resolver la cuestión, si alguna hay.

¿Qué se hace valer en la opinión contraria? Que el testador quiso hacer un testamento místico, que este testamento es nulo y que lo que es nulo no puede producir ningún efecto. Es verdad que la anulación de un instrumento le destruye como si no hubiese existido nunca; pero este principio se aplica al hecho jurídico que está viciado, no al escrito: el artículo 1,318 prueba, por el contrario, que puede ser nulo un instrumento en cuanto á la forma que quisieron adoptar las partes, y tener, sin embargo, valor en otra forma. Esto es exacto con mayor razón tratándose del testamento que alguien hace desde luego en la forma ológrafa: éste es válido como tal; ¿por qué, pues, de válido que era había de convertirse en nulo, sólo porque el testador haya querido agregarle la forma del cerrado, y que en esa forma haya algún vicio?

Es, dicen, que el testador quiso hacer, no un testamento ológrafo, sino un místico, y lo que quiso hacer es nulo. El argumento parece lógico, pero la apariencia lógica oculta una frase sin sentido. ¡Cómo! ¡tanto se sujetó el testador á la forma mística, que prefirió ver sus disposiciones anuladas mejor que verlas válidas como testamento ológrafo! Si tal hubiera sido realmente su intención quedaría por lo mismo zanjada la dificultad. Pero siempre esperamos la prueba de que semejante absurdo haya entrado alguna vez en el cerebro de un hombre que formalmente quiso testar.

Un fallo del tribunal de Aix nos da á conocer la verdadera voluntad del testador, quien escribe, fecha y firma sus disposiciones. He ahí un testamento ológrafo perfectamente válido; pero al otro día el testador añade en él la forma mística, declarando expresamente que quiere que valgan sus disposiciones *omni meliore modo*, es decir, que poco le interesa la forma en que haya de valer su testamento, con tal que valga. (1) Aquel que pretenda sostener que el testador quiso el absurdo de preferir la forma al fondo, tendrá que probar tal cosa.

Ese es el sentido en que se ha formado la práctica judicial. (2) Hay una resolución contraria del tribunal de Poitiers. El único motivo de apariencia jurídica que hemos encontrado en él, es que la forma de un testamento es invisible; que no puede ser á la par ológrafa y mística, y que si pues un testamento es nulo como místico, lo será en todo. (3) La indivisibilidad hace en las sentencias de los tribunales, papel tan malo como las presunciones. Si hubiese tenido presente aquel tribunal el artículo 1,318, no habría hablado de indivisibilidad de la forma. Es seguro que el testamento místico no puede ser al mismo tiempo nulo y válido como tal; nulo por una parte y válido por la otra; en consecuencia, no hay necesidad de invocar la indivisibilidad para probar que cuando en la sustancia es nulo un testamento, lo es en todo. Pero es distinta la cuestión de si algún escrito que puede valer bajo diversas personas, es válido en una de ellas, aunque sea nulo en otra. El artículo 1,318 responde á la cuestión y confirma la respuesta del buen sentido.

También los autores aunque no sin alguna vacilación, se

1 Aix, 18 de Enero de 1808 (Dalloz, núm. 2,110, 1°).

2 Nîmes, 30 de Mayo de 1823. Denegada, 23 de Diciembre de 1828 (Dalloz, núm. 3,344. 1° y 3°).

3 Poitiers, 28 de Mayo de 1824 (Dalloz, núm. 3,345).

han declarado por la validez del testamento; (1) pero creemos inútil discutir todo lo que se ha dicho acerca de una cuestión que á nuestro entender, no es la única. Se invocan presunciones tomadas del Digesto que nada tienen de común con nuestro derecho moderno. Los romanos no conocían el testamento ológrafo como testamento de derecho común; con lo cual no podía ofrecerse la cuestión tal como se ofrece ahora. En cuanto á argumentos de analogía, no vemos por qué razón se los va á buscar en una legislación que no es la nuestra, siendo así que las más sencillas nociones de derecho y una disposición terminante, la del artículo 1,318, resuelven la dificultad. (2).

429. Es menester no confundir con la hipótesis que acabamos de examinar, otras que aunque análogas en apariencia, son muy distintas en la realidad. El testador hace su testamento en la forma ológrafa, y remítele para su depósito á una notaría, en donde el notario levanta una acta relativa á ese depósito en presencia de seis testigos. Por el número de éstos, parece que se trata de un testamento cerrado; pero el testador no entendía que hacía su testamento en esa forma, y el notario sabía, además, que no bastaba con recibir en depósito un testamento delante de seis testigos, para que el tal testamento sea cerrado, si ninguna formalidad se observó de las que como especiales corresponden á esa manera de testar. Esto está demostrando que nadie se propuso que el testamento que suponemos resultara místico. Quedó, pues, como ológrafo, válido como tal, cualesquiera que hayan sido las irregularidades del acta de depósito. (3)

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. 5º, pág. 527, nota 30; Dalloz, núm. 3,337 y Demolombe, t. 21, pág. 391, núm. 409.

2 El tribunal de Dijon, contesta á las objeciones tomadas del derecho romano (fallo de 28 de Febrero de 1827 en Dalloz, número 3,344, 3º).

3 Lieja, 7 de Marzo de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 54). Denogada, 6 de Junio de 1815 (Dalloz, núm. 3,339).

Entre los papeles del difunto se encontró una cubierta sin cerrar que contenía esta inscripción: "Aquí está contenida mi última voluntad en forma de testamento *místico* ó *secreto*, como lo permite la ley." El testador decía en el exordio de su testamento: "Hago mi testamento escrito de mi mano conteniendo mis disposiciones de última voluntad, de la manera que sigue, para que valga á título ó bajo la forma de testamento *místico* ó *cerrado*." Ninguna de las formalidades del testamento místico se observó en aquél, y de ahí la cuestión de si el testamento escrito, fechado y firmado de mano del testador puede valer como ológrafo. En primera instancia se resolvió que el testador había calificado erróneamente su testamento llamándole místico; pero que él había tenido propósito de hacer uno ológrafo, que también es cerrado ó reservado. En el tribunal de Bruselas se declaró la validez del testamento, por haberse cubierto las formalidades legales propias del ológrafo. (1)

Núm. 6. Fuerza probatoria del testamento místico.

430. El testamento cerrado consta de dos partes distintas, que son: el acta de sobrescrito y el escrito que contiene las disposiciones del testador. Decimos que estas dos partes son distintas, y esto nos parece evidente desde el punto de vista de la fuerza probatoria. El escrito que contiene las disposiciones del testador es obra de un particular, y como tal, simple documento privado; en tanto que el acta de sobrescrito, como obra de funcionario público, es documento auténtico. Ninguna dificultad hay por lo que hace á la fe que merece la citada acta, á la cual se tienen que aplicar los principios generales relativos á los instrumentos auténticos; esto es, que hace fe mientras no

1 Bruselas, 11 de Marzo de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 322).