

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).

se pruebe su falsedad, en cuanto á las formalidades que el notario está encargado de observar y de hacer constar. Por consiguiente, el acta de sobrescrito tiene fecha cierta y la imprime al testamento mismo; fecha cierta, en el sentido de que consta su verdad mientras no se pruebe su falsedad. También está probado en igual sentido que el testador presentó un escrito cerrado y sellado al notario y á los testigos: hecho material pasado en presencia del notario mismo, y que éste se halla en el deber de hacer constar. Respecto á la declaración del testador de que el escrito aquel contiene sus disposiciones firmadas por él y escritas por otro ó por él mismo, conviene distinguir. Toda declaración encierra dos hechos: uno material y otro moral. El material está comprobado por el notario, como que pasó ante él, quien tiene facultad para hacerle constar en una acta: está, pues, probado, mientras no conste la falsedad, que el testador produjo una declaración tal cual se consignó en el acta. Pero no sucede lo mismo con la verdad de esa declaración; pues como el notario no tiene ni carácter ni capacidad para asegurarse de ella, no puede la ley facultarle para comprobarla. En realidad de verdad, nunca la comprueba él, y he aquí por qué las declaraciones que el notario recibe no hacen fe en cuanto á su verdad, sino hasta prueba en contrario (núm. 381). Quedará, pues, demostrado, mientras no haya prueba de la falsedad, que el testador declaró que el pliego presentado por él contenía sus disposiciones testamentarias; que ese pliego fué firmado por él y escrito también por él mismo, ó bien por otro. Pero se puede impugnar la verdad de estas declaraciones por cualquier medio de prueba legal sin necesidad de sostener la falsedad. Este último punto está muy discutido, como lo veremos al hablar de la fuerza probatoria del escrito que contiene las disposiciones del testador.

431. Que el escrito á que nos acabamos de referir sea en sí documento privado, no hay duda. El testamento ológrafo, aunque todo él escrito y fechado y firmado, por el testador (núm. 229), es también documento privado; con mayor razón lo es, pues, el testamento místico, que ordinariamente no va escrito por el testador y que tan puede ir como no ir firmado por él. La dificultad está en saber si un documento privado puede llegar á ser auténtico, por la declaración que el testador dé ante el notario y seis testigos de que él fué quien firmó dicho documento ó hizo que otro le escribiera sin firmarle. El artículo 1,317 responde á nuestra cuestión definiendo así el instrumento auténtico: aquél que reciben los funcionarios públicos con las solemnidades que se requieren. ¿Es funcionario público el que recibe ó autoriza el escrito firmado por el testador? No, pues lo único que autoriza el notario es el acta de sobrescrito. ¿Acaso la declaración consignada en una acta de que el escrito fué firmado por el testador imprime autenticidad á la firma así como al instrumento, si el testador declaró haberle escrito él? Respondemos sin vacilar y con la ley en la mano, que no. Para que sea auténtico el instrumento en términos del artículo 1,317, es menester que le *reciba* un funcionario público; ¿y qué es lo que recibe el notario en el testamento místico? Únicamente la declaración del testador de haber firmado ó escrito el testamento. Qué fuerza probatoria tenga aquella declaración, acabamos de verlo, y esto es elemental. El principio no es dudoso; ni la ley le ha derogado en lo que concierne á la fuerza probatoria del testamento místico. Tampoco esto es dudoso, y con ello se resuelve la dificultad. Salvo, pues, la prueba de falsedad, estará bien acreditado que el testador declaró haber firmado ó escrito su testamento; pero valiéndose de cualquier prueba en contrario, se puede acreditar que la firma ó la escritura no son del testador,

Esta consecuencia está muy de acuerdo con la idea de lo que es la prueba de falsedad. ¿Qué supone tal prueba? Que hay algo falso que probar. Mas cuando el notario consigna la declaración hecha por el testador de haber escrito ó firmado el testamento y sostienen los herederos que ni escribió ni firmó el difunto su testamento, ¿acusan al notario de haber cometido falsedad? Habría esto, cuando al hacer constar la susodicha declaración, asegurase él que la firma y la letra del testamento son en realidad del testador; pero ni asegura ni puede asegurar tal cosa. Porque, ¿acaso vió al testador cuando escribió ó firmó su testamento? y, ¿hace constar que lo vió? No; oyó cómo expresó el testador haber escrito ó firmado sus disposiciones, y hace constar lo que oyó. Pero bien puede ser falso ó erróneo lo expuesto por el testador, en virtud de haber declarado éste concientemente que firmó, no siendo cierto, ó bien de haberse engañado al producir su declaración. ¿Y han de ser el error ó la mentira una verdad mientras no se pruebe su falsedad? En una palabra, no se puede ni discutir una falsedad cuando los que combaten el instrumento no pretenden sostener que el notario cometió falsedad, ni que el aquél haya sido falsificado. Por tanto, no necesitan los herederos sostener la falsedad para demostrar que la firma ó la escritura no lo son del testador; basta con que pidan que se compruebe la escritura. (1)

Los editores de Zachariæ producen aún otro motivo en apoyo de esta opinión, de la cual también son partidarios. Cuando se trata de ejecutar un testamento, distingue el código entre el público y el ológrafo. El primero, como cualquier instrumento auténtico, es ejecutivo; mas no siéndolo el segundo, como instrumento privado que es, quiere la ley que sea presentado al presidente del tribunal

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 523 y nota 31, pfo. 671. Dalloz, número 3,288.

quien decreta su depósito, una vez que el legatario es puesto en posesión á virtud de un decreto del presidente mismo (arts. 1,007 y 1,008). Pues bien, la ley asimila en todo completamente el testamento místico al ológrafo: luego por esto mismo le reputa como documento privado y no como auténtico. Objétase contra ésto, que había una razón especial para someter el testamento místico á ciertas precauciones, á fin de hacer constar su estado, su integridad ó, en su caso, la ruptura de los sellos. (1) Es cierto; mas la ley no se conforma con esas precauciones comunes á los testamentos ológrafos, sino que completamente coloca al místico en la misma línea que éstos, y exige que haya un decreto del presidente del tribunal para que se ponga en posesión al legatario; decreto que implica que el testamento cerrado no es más ejecutivo que el ológrafo, y que por lo mismo no es auténtico, sino que continúa siendo, á pesar del acta de sobrescrito, lo que antes era; esto es documento privado.

432. M. Demolombe confiesa la gravedad é importancia de los argumentos que acabamos de desarrollar. Y ciertamente los motivos en que se funda la opinión contraria son de extrema debilidad. Más de una vez hemos dicho que entre los autores reina una incertidumbre lamentable en lo que concierne á la virtud probatoria de los documentos, y vamos á ver cómo hasta autores de primer grado desconocen las ideas más elementales sobre este particular. Merlin pregunta si hace fe el testamento cerrado hasta que no se pruebe la falsedad de la firma que el testador declaró haber puesto en él, y responde: que de tal manera es evidente la afirmativa, que ni siquiera habría propuesto la dificultad, si no hubiese sido ella objeto de un debate muy formal ante el tribunal de Bruselas. Cita aquel autor el fallo que se pronunció, y nada dice para apoyarle, cual si

1 Demolombe, t. 21, pág. 396, núm. 411.

la cosa fuera más clara que la luz del día. Juzgue el lector como le parezca. (1)

Duranton dice que la declaración que el notario recibe del testador imprime *en cierta manera* autenticidad al escrito. (2) Hay, pues, una autenticidad *en cierta manera*; y produce esta *cuasi* autenticidad el mismo efecto que la verdadera autenticidad!..... ¡Si se desenterraran del lenguaje severo de nuestra ciencia aquellas locuciones vagas que tienen pretensiones de constituirse en argumentos, sin embargo de no ser más que palabras vacías de sentido!..... Sobre todo, que los que se dedican á escribir para la juventud se guarden mucho de emplear esas semblanzas de razón, á fin de que no vaya á aprender aquélla á pagarse de puras palabras, lo cual traería consigo la ruina del derecho como de cualquiera ciencia. El escrito que contiene las disposiciones del testador es un documento privado: ¿hará cambiar su naturaleza lo declarado por el testador? Sí, responde Duranton, porque equivale por lo menos á una acta de depósito; y si constantemente se ha admitido y resuelto por los tribunales que el depósito de un documento privado en que se constituya una hipoteca le imprimía un carácter auténtico, con mayor razón debe suceder otro tanto tratándose de una declaración recibida por notario. El autor confunde dos documentos de naturaleza esencialmente distinta. Lo que él llama acta de depósito es, á decir verdad, una acta de reconocimiento: expresión de que se sirve nuestra ley hipotecaria (núm. 330); pero ya se ve que una acta de reconocimiento es todo lo que se quiera menos la declaración de que habla el artículo 976. La parte que reconoce un documento le reproduce en sustancia al tiempo de reconocerle: luego que el notario que

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2º, pfo. 3º, art. 3º núm. 29 (t. 34, pág. 68).

2 Duranton, t. 9º, pág. 168, núm. 146.

extiende el acta en que se hace tal reconocimiento, recibe al mismo tiempo la disposición que se contiene en él, imprimiéndose naturalmente autenticidad; en tanto que el notario que recibe simplemente la declaración de un hecho no imprime autenticidad más que al hecho material de la declaración. En el acta de reconocimiento, el escrito privado que se reconoce queda absorbido por el instrumento auténtico y confundido con él. La declaración hecha por el que testa en forma ológrafa deja subsistente el escrito privado como distinto del acta de sobrescrito, en la cual no hace constar el notario ni disposición ni firma, y por consiguiente no puede dar autenticidad ni á la firma ni á las disposiciones. Pregunta, por último, Duranton por qué el testamento místico vale como tal, á pesar de no estar escrito ni firmado por el testador; y nosotros respondemos que esa es una forma enteramente particular de testar, admitida por la ley; no pudiendo ciertamente inferirse de aquí que, hecho de ese modo el testamento, llegue á ser auténtico, cuando no hay en él ni firma ni escritura del testador.

Vazeille se limita á decir por todo argumento, que esto es evidentiísimo. (1) Afirmación, pero ¿dónde está la prueba? Si nos limitáramos á decir que la cosa es poco evidente, ó bien que es error, afirmaríamos algo contrario, y una afirmación vale por la otra. Pero en derecho no se afirma nada más, sino que se prueba. M. Demolombe reconoce que no es fácil contestar al argumento de principio que hemos hecho valer, y nada contesta efectivamente. ¿O es contestar decir que el legislador entendió imprimir un carácter de autenticidad á la declaración personal del testador, por lo cual la rodeó de una solemnidad especial que consiste en la presencia de gran número de testigos? (2)

1 Vazeille, t. 2º, pág. 493, núm. 23 del artículo 976. Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 286, núm. 501.

2 Demolombe, t. 21, pág. 396, núm. 411.

*¡El legislador entendió!*..... El legislador habla por medio de la ley: ¿dónde está la que diga lo que M. Demolombe hace decir á los autores del código civil? Hay una disposición absolutamente contraria que es la contenida en el artículo 1,008 ¿Y qué tiene de común el número de testigos con la prueba que resulta de la declaración producida delante de ellos? Bien podría yo dar una delante de cien testigos, que no por eso mi declaración hecha constar por el notario había de probar, sino que la produce, así como los cien testigos no podrían afirmar otra cosa que el haberla oído. Supongamos que el documento que el testador declara haber escrito y firmado, realmente fué escrito por él, pero no firmado: ¿probará por ventura la declaración que dé él delante de cien testigos que existe allí la firma que en realidad no existe? No, esa declaración absolutamente prueba la verdad de la firma.

Troplong insiste también en el número de testigos. Un simple contrato, dice, que pase ante un notario y dos testigos es instrumento auténtico; luego mayormente debe de serlo el testamento místico que exige el concurso de un notario y seis testigos por lo menos. ¡Qué raciocinio! Si hace fe el simple contrato recibido por un notario, es porque éste certifica haber visto firmar á los contratantes; pero en cuanto á lo declarado por las mismas, aunque certificado por el notario no hace fe sino hasta que haya prueba en contrario. El mismo Troplong tiene todavía otro argumento. No dice, como Duranton, que el testamento sea instrumento cuasi auténtico, sino que es auténtico, y que la prueba está en que siéndolo el acta de sobrescrito, el testamento, que se une con ella de una manera indisoluble, participa consiguientemente de su autenticidad. (1) Preguntaríamos cuál es la operación mágica para cuyo medio la declaración del testador, comprobada por el notario,

1 Troplong, t. 2º, pág. 72, núm. 1,652.

transforma un instrumento privado en auténtico. Esto no se puede hacer más que por un reconocimiento, y acabamos de probar que la declaración del testador no es acta de reconocimiento, en el sentido legal de la palabra.

433. La jurisprudencia es contraria á nuestra opinión; pero no es mayor su importancia, porque los fallos son ó muy pocos ó muy mal motivados. Citaremos desde luego uno del tribunal de Bruselas, que copia Merlin en apoyo de la opinión que él declara evidente. Llama el fallo al acta de sobrescrito acta de depósito. Esto no es exacto, porque el testamento no debe depositarse entre las minutas del notario que levantó el acta. Por otra parte, la de depósito no imprime autenticidad al escrito depositado, pues para ello es menester una acta especial de reconocimiento. El tribunal añade una condición para que la firma haga fe hasta la prueba de falsedad, y es que debe reconocerse que el papel ó la cubierta se conservan intactos y que no ha habido manera, sin fractura, de sustituir el testamento. (1) Tal condición de hecho, exigida por el tribunal de Bruselas, arruina la teoría de la autenticidad del testamento místico; porque si es tal testamento, recibe su autenticidad de la declaración del testador autorizada por el notario, y por consiguiente la firma debe hacer fe, por efecto únicamente de aquella declaración y si hay necesidad de más condiciones de hecho, resulta que aun cuando comprobada por el notario, no basta la declaración del testador para imprimir autenticidad al testamento. De este modo, el fallo aquél va contra la opinión que él mismo consagra.

El tribunal de Metz se contenta con decir que la declaración del testador da á la firma *un carácter de autenticidad*, que no deja abierta la puerta más que para la prueba de

1 Bruselas, 23 de Marzo de 1811 (Dalloz, núm. 3,288, 1º).

falsedad. (1) Pero ni una palabra que sirva para motivar tal resolución. Es menester, pues, hacerla á un lado, como debería hacerse con todas aquellas que afirman en lugar de probar. La redacción deja en la misma duda hasta la cuestión del principio. ¿Qué es eso de un *carácter de autenticidad*? ¿Quiérese decir que el instrumento es auténtico? ¿Por qué, entonces, no decirlo de una vez?

El tribunal de Besançon dice, que son graves é importantes las formalidades del testamento místico, á las cuales debe su carácter de autenticidad. (2) ¿Es esto una argumentación, ó no son más que palabras? Sería menester probar cómo y por qué las formalidades del testamento místico imprimen carácter de autenticidad á un escrito que por sí mismo es privado. Y las palabras que acabamos de transcribir no dan por cierto esta prueba.

La jurisprudencia belga sólo cuenta con un fallo que confirma nuestra opinión. Abandonando el tribunal de Bruselas el precedente de 1811, se declara en favor de la opinión que sustentamos, fundándose en un motivo irrefutable, cual es el de que el notario que atestigua que se le ha dado cierta declaración no afirma la verdad de la misma. (3)

434. Hay una aplicación de estos principios, en la cual no podría haber duda. Declara el testador y compruébalo el notario, que aquél legó su testamento. ¿Será menester sostener su falsedad para probar que el testador no sabía ó no podía leer? Esta cuestión se suscitó ante el tribunal de Agen, el cual hizo á un lado la prueba que ofrecían los herederos, porque estaba justificado que el testador sabía leer en manuscrito, y que se produjo con verdad cuando declaró ante el notario y los testigos que había leído su

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

2 Besançon, 22 de Mayo de 1845 (Daloz, núm. 3,288, 3°).

3 Bruselas, 4 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 36 y Daloz, núm. 3,289).

testamento. Pero el tribunal no dijo que esto estaba acreditado, mientras no se rindiese la prueba de falsedad, con la declaración del testador consignada por el notario; declaración en que bien se puede producir con falsedad el testador, sea para hacer válido su testamento, sea para echarle abajo. ¿Es que el notario tiene algún medio de asegurarse de la verdad de esta declaración? ¿Se ha dado esta misión la ley? No, y esto resuelve la dificultad. (1)

#### § V. DE LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.

435. Lllaman los autores testamentos privilegiados á los que la ley exime de las formalidades prevenidas para los testamentos comunes, sujetándolos á otras especiales. Son, pues, excepción de la regla estos testamentos, y así, hay que aplicar á ellos el principio de interpretación que rige en cuanto á las disposiciones excepcionales que son de rigurosa interpretación. Sólo aquellas personas á quienes permite la ley testar en forma particular pueden usar de este derecho; siendo necesario que se hallen en las circunstancias previstas por la misma ley, porque en no encontrándose en los casos exceptuados, tienen que entrar en la regla general.

##### *Núm. 1. Del testamento militar.*

436. Pueden los militares hacer un testamento especial, si están en la imposibilidad de observar las formalidades generales. Dos condiciones se quieren para que proceda el testamento militar. Ante todo, es menester que el testador sea militar. El artículo 981 asimila á los militares los empleados del ejército. El Estatuto de 1735 enumeraba á los no militares que participaban del privilegio militar: "Aquellos, dice el artículo 51, que no siendo oficiales ni indivi-

1 Agen, 25 de Noviembre de 1809 y denegada, 11 de Abril de 1811 (Daloz, núm. 3,230, 2°).