

clases de testamento misticos ó cerrados, á saber: el firmado por el testador, el no firmado por el testador, y el escrito y firmado por él.

*Núm. 1. Formalidades del testamento firmado por el testador.*

*I. Escritura y firma.*

391. El artículo 976 manda que: "Cuando el testador quiera hacer testamento místico ó cerrado, estará obligado á firmar sus disposiciones, ora las haya escrito él mismo, ora haya hecho que las escriba otro." En este primer supuesto, no hay más que una formalidad sustancial que cubrir, y es la de que firme el testador. A esto hay que aplicar lo que ya dijimos del testamento ológrafo (números 22 1-228).

En cuanto al cuerpo del testamento, puede estar escrito, dice la ley, ó por el mismo testador, ó por *algún otro*. En consecuencia, por cualquiera otro; porque ninguna restricción establece, ninguna distinción hace la ley, que no exige que el testador exprese el nombre de la persona que hubiere escrito su testamento. (1) Es decir que sobre este particular, goza de la más amplia libertad, dictando él y escribiendo cualquiera otro. Hasta el notario mismo puede escribirle (2), hasta un legatario (3) porque no conteniendo ninguna prohibición la ley, es preciso concluir que permite cuanto no prohíbe.

392. Cuando el testador es quien escribe el testamento, ¿es necesario que le escriba *todo* de su mano, como lo previene la ley respecto del ológrafo? (art. 970) No lo exige así ella, y comparado el artículo 976 con el 979, se prueba que no ha querido prescribir el legislador tal formalidad

1 Denegada 16 de Diciembre de 1834 (Daloz, núm. 3,242).

2 Denegada, 8 de Abril de 1806 (Daloz, núm. 3,275).

3 Gand, 15 de Junio de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 109).

como condición sustancial. Cuando el testador que no puede hablar, pero sí escribir, quiere hacer en forma mística su testamento, debe escribir *enteramente* de su mano, dice el artículo 979. Luego cuando la ley quiere que ese testamento vaya escrito enteramente por el testador, lo dice ella misma; y si esto no hace en el artículo 976, es consiguiente que ninguna dificultad hay para que el testador dicte su testamento y añada en seguida de su propio puño ciertas disposiciones que hayan de permanecer reservadas. Esto es fuera de duda. Ocurre en el caso una dificultad por lo tocante á la declaración que debe el testador hacer en presencia del notario y de los testigos. Si en ella expone que el testamento fué escrito, parte por él y parte por otro, es arreglada su declaración y válido el testamento. ¿Pero qué decir del caso en que el testador declare que otro escribió el testamento en el cual escribió él mismo algunas disposiciones? Es evidente que si esa declaración es falsa, será de ningún valor. Declara el testador que el testamento que presenta al notario fué escrito por él, siendo así que en realidad lo fué por otro: esta declaración es falsa, y por consiguiente nula y nulo también el testamento. Pero, ¿podía decirse que es falsa igualmente la declaración cuando expresa el testador que el testamento fué escrito por otro, habiendo añadido él mismo algunas disposiciones y completádole y modificádole? Una declaración así, sería incompleta, pero no falsa. Luego el testamento deberá ser válido. Así lo resolvió ya el tribunal de Tolosa, habiéndose denegado la casación que se interpuso contra su resolución de acuerdo con las conclusiones de Merlin. (1)

Este fallo parécenos muy arreglado. No hay nulidad sin

1 Tolosa, 2 de Agosto de 1810, y denegada, 11 de Mayo de 1811 (Daloz, núm. 3,244) y Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sección 2ª, pfo. 3º, artículo 3, núm. 28 (t. 34, pág. 66).

ley, y la ley no prescribe, so pena de nulidad, que el testador declare que el testamento fué completamente escrito por un tercero, ó bien de su propia mano, según el caso. Esto es decisivo. Puede, no obstante, surgir una dificultad de la declaración incompleta del testador, por haber manifestado éste que había escrito su testamento, siendo así que hay en él adiciones, modificaciones y correcciones de letra de un tercero: ¿será válida su declaración? El tribunal de Lyon resolvió que tal declaración, y por consecuencia el testamento mismo, eran nulos; resolución que censuró Merlin. No hay que confundir una declaración incompleta con otra falsa, y es distinta la cuestión de si en razón de lo inexacto de la declaración, había en ella una garantía bastante de que lo escrito fuera efectivamente el documento presentado por el testador como conteniendo su última voluntad. Bien pudo el tribunal resolver el punto negativamente, y en consecuencia anular el testamento. (1)

393. ¿Debe ir fechado el testamento místico? Todo testamento debe contener fecha y ya hemos dado la razón de ello (núm. 188). La cuestión se reduce á saber si el escrito que contiene la última voluntad del testador debe ir fechado ó si la fecha del acta de presentación sirve también para el testamento. La sala de casación falló, de acuerdo con las conclusiones de Daniels, que el testamento propiamente dicho no tiene que ir fechado, porque su fecha es la misma del acta de su presentación (2). Esta resolución se funda en el tenor y en el espíritu de la ley. El artículo 976 no exige fecha, y tratándose de condiciones sustanciales, el silencio de la ley es decisivo. El ar-

1 Lyon, 26 de Enero de 1822 (Daloz, núm. 3,245), y Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, t. 34, pág. 68.

2 Denegada, 14 de Mayo de 1809 (Daloz, núm. 3,247, 2<sup>o</sup>), y las conclusiones de Daniels en Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2<sup>a</sup>, pfo. 3<sup>o</sup>, artículo 3, núm. 10 (t. 34, pág. 68) y todos los autores.

título 979 confirma esta interpretación exigiendo la fecha cuando el testamento cerrado participa de la naturaleza del ológrafo, quiere decir, cuando el testador no puede hablar. entónces debe escribir completamente de su mano, fechar y firmar su testamento. Pero cuando el testador se limita á firmar el acta de presentación, esta acta no es testamento ni puede serlo sino mediante el cumplimiento de las formalidades prescriptas para el místico. Por tanto, ese día es cuando en realidad testa el testador, y así la fecha de ese mismo día, comprobada por el acta de presentación es verdaderamente la fecha de su testamento. La cuestión por lo que hace á la capacidad del testador, es interesantísima. Si debe ser capaz en el momento de testar, debe serlo igualmente, y como consecuencia, en el momento de cumplir con las formalidades del testamento místico. Esto mismo tendría que ser aun en el caso de que el testador hubiera escrito y firmado sus disposiciones, en el cual caso todavía no hay testamento: no le hay ológrafo, puesto que suponemos que le falta la fecha; no le hay místico, puesto que todavía no se cumple con las formalidades. Si hubiese escrito, fechado y firmado el testador su testamento, siempre habría que determinar la capacidad por la fecha del acta de presentación, puesto que aquél quiso testar en la forma mística. Surge entónces la dificultad de si el testamento que como místico es nulo, puede valer como ológrafo. De este punto trataremos más adelante (núm. 428).

## II. De la Cerradura.

394. El papel donde se contuvieren las disposiciones, ó bien el que sirviere de cubierta cuando la haya, estará cerrado y sellado. El testador puede presentar el papel cerrado y sellado al notario y á los testigos, ó bien puede hacer que se cierre y selle en su presencia (art. 976). ¿Qué

debe entenderse por *cerrado y sellado*? ¿Bastará con que el testamento esté cerrado de manera que no pueda ser abierto sin fractura ni rompimiento? Esto sucedería con el testamento que estuviera cerrado con lacre ó con oblea. Además de esta cerradura, ¿en qué lugar ha de estar sellado, quiere decir, en qué lugar ha de contener la impresión de un sello? Hay discusiones sobre este punto, y las que hay son de aquellas que ponen de manifiesto el poco respeto con que los intérpretes ven la ley. Cuando ésta quiere que el testamento vaya *cerrado y sellado*, está claro que exige dos condiciones, la cerradura y el sello. Conformarse con la primera, es hacer á un lado la palabra *sellado*, es suprimir una de las dos condiciones exigidas por la ley. Esto es decisivo. (1)

¿Qué puede oponerse al precepto legal? Nada, á nuestro entender, porque el trato legal es la voluntad del legislador, y el intérprete se debe someter á ella. Búscase la manera de escapar á la autoridad del texto, diciéndose que él no define lo que se debe entender por *cerrado y sellado*, y se quiere deducir de aquí que el punto más bien es de hecho que de derecho. ¡Cómo! ¡Quiere la ley que el testamento esté *cerrado y sellado*, y esto como formalidad sustancial, y una formalidad así había de ser punto de hecho!..... No necesitaba la ley definir las palabras *cerrado y sellado*, porque el primer diccionario que se tenga á la mano da las definiciones. Es más: las disposiciones relativas al testamento cerrado han sido tomadas del derecho antiguo; consultemos, pues, la tradición. Un sabio magistrado ha recogido pruebas de ello, y abundan sobre el particular; pero sólo citaremos una. Leese en los *Decretos* de Lamouignon: "Cuando desee el testador que permanezcan en secreto sus disposiciones hasta su muerte, podrá escribir su

1 Demolombe, t. 21, pág. 339, núms. 343, 347 y los autores que él cita.

testamento de su propio puño ó hacer que otro le escriba, y le firmará si puede escribir; y *cerrado* el testamento y *pegado con el sello del testador ó de otro*, se llamará á un notario y á seis testigos y en presencia de todos ellos declarará el testador que lo que está escrito en aquel pliego así *cerrado y sellado* es su testamento." El comentador del Estatuto de 1735, Rousseau de la Combe, resume la doctrina general diciendo que el testador debe *sellar* su testamento con un *sello ó señal*. (1)

¿A qué conduce tal disposición? dicen. ¿No basta con que el testamento esté cerrado de manera que no se le pueda sustraer ni sustituir con otro? ¿Para qué exigir, además, un sello ó una pegadura? "Inútil! fruslería, dice Troplong, que hace depender la voluntad de los moribundos de unas formalidades tan caprichosas como frívolas y estrictas." (2) Parécenos muy fuera de su lugar este desprecio, porque verdaderamente se hace al legislador. Y vállase á preguntarle por qué razón no se conforma con la cerradura. Si exige, además, un sello ó una pegadura, es, sin duda, con el fin de multiplicar las garantías, pues no debe olvidarse que sobre ellas descansa todo el testamento místico. Son ineficaces contra el fraude, dicen, enhorabuena; pero esto es asunto del legislador, y lo que al intérprete le incumbe es respetar la ley. Ahora bien, ésta hace de la cerradura y del sello una condición sustancial para el testamento místico: hay, pues, que decir con el tribunal de Bruselas en funciones de sala de casación. "Es máxima cierta é indiscriptible que todo cuanto dice relación á la forma de los instrumentos debe cumplirse con exactitud; que sobre este punto no hay ni equivalencia, ni inducción, ni argumentación." (3) La ley dice que el testamento debe es-

1 Nicias Gaillard, *Del testamento místico y en particular de la obligación de sellarle* (*Revista crítica de legislación*, 1857 t. 10.

2 Troplong, t. 2º, pág. 61, núm. 1,627.

3 Bruselas, sala de casación, 18 de Febrero de 1818 (*Pasicrisia*,

tar cerrado y sellado, y por consiguiente, son necesarios la cerradura y el sello, sin que haya raciocinio que valga contra la ley.

Hay fallos en sentido opuesto, y nos los explicamos. Cuando el juez abriga la convicción de que es imposible que se haya sustituido un testamento, difícilmente se resolverá á declarar la nulidad del que el testador hizo con todas las precauciones imaginables, menos la impresión de un sello. Así fué como el tribunal de Agen tuvo por válido un testamento cerrado por un lío de hilo que atravesaba ocho veces la cubierta, y además, con diez y seis pegaduras de lacre rojo aplicadas así cada uno de los puntos donde el hilo atravesaba el papel. Erá imposible abrir aquel testamento sin dejar huellas visibles de la ruptura de los sellos. (1) La garantía era, al parecer, bastante, y lo fué de hecho. Esto prueba que la ley es mala, y debe corregírsela. La sala de casación confirmó la resolución del tribunal de Agen, ensayando el darle un color jurídico. Dice que la palabra *sellar* tiene diversas acepciones, y que no debe entenderse de un sello que deje una impresión, sino cuando para las autoridades ó personas públicas, se trata de imprimir á sus actos un carácter solemne que exclusivamente corresponde á la impresión que deja un sello legal; pero que tratándose de simples particulares, la acción de *sellar* se toma en un sentido más lato para significar lo de unir ó juntar varios objetos ó partes separadas de un todo único, de manera que no se puedan dividir sin fracturarlas. (2) ¿Quién autoriza al tribunal para dar este sentido á la palabra *sellar*, contenida en el artículo 976? A

1818, pág. 38 y Dalloz, núm. 3,261, 2º). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 13 de Noviembre de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 284).

1 Agen, 27 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 223).

2 Denegada de la sala de lo civil, previa deliberación en la sala del consejo, 2 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 135).

falta de definición legal, debería el intérprete consultar la tradición, y ésta exige que halla un sello ó pegadura.

Siguiendo la doctrina que sustenta la sala de casación, la condición de la cerradura se torna una condición de hecho que resuelven los tribunales conforme á las circunstancias de cada caso. En esta virtud, ha declarado nulo un testamento cuando la cerradura y el sello consienten que se abra con facilidad la cubierta y se saque de ella el testamento sin dejar ninguna señal, porque el sello ó lacre no las deja adherirse. (1)

395. Conforme á la opinión que admite la necesidad de cualquier sello, se pregunta qué pegadura debe emplear el testador. La ley ni prohíbe ni prescribe nada sobre este particular, y por lo mismo el testador goza de una libertad completa, como es muy natural. No podía la ley obligarle á emplear un sello que fuera propiedad suya, porque bien puede no tener ninguno. En este caso, se servirá del sello del notario, ó de cualquiera otra marca. (2) Es menester confesar que la latitud que concede el legislador para poner cualquier marca en el testamento, disminuye con mucho la utilidad de esta prescripción. Nosotros exponemos la ley tal cual es.

### III. Presentación del testamento al notario y á los testigos.

396. El artículo 976 continúa: "El testador presentará el testamento cerrado y sellado así, al notario y á seis testigos por lo menos, ó bien hará que se cierre y selle en su presencia, y declarará que el contenido de ese pliego es su testamento escrito y firmado por él, ó escrito por otro y sólo firmado por él." Esta declaración del testador cons-

1 Denegada, 27 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 228).

2 Denegada, 8 de Febrero de 1820 (Dalloz, núm. 3,230, 3º). Bruselas, 16 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 62. (Dalloz, número 3,257). Compárese á Coin-Delisle, pág. 399, núm. 29 del artículo 976 y á todos los autores.

tituye la formalidad más importante del testamento místico, así como que esa misma presentación, acompañada de la declaración prevenida por la ley, es la que prueba que el escrito contiene la expresión de la última voluntad del testador, pues por sí sólo el escrito no es testamento, salvo que se haya hecho en la forma ológrafa; lo cual no supone la ley toda vez que dice que declarará el testador que el pliego está escrito y firmado por él, y esto no constituye testamento ológrafo, en virtud de faltar la fecha y de haber sido escrito el pliego en parte por un tercero. También el papel puede ir escrito por otro completamente y solamente firmado por el testador. En este caso, es todavía menos testamento, y toda su fuerza la adquiere de la declaración que hace el testador al tiempo de presentar el papel al notario y á los testigos.

397. El notario hace constar la presentación del testamento y la manifestación del testador en una acta que la ley llama acta de sobrescrito. Siendo la intervención del notario una condición esencial del testamento, surge la cuestión de si la ley de 25 ventoso, año XI, es aplicable en lo que concierne á las cualidades que el funcionario público debe reunir para poder autorizar. Que debe ser competente y tener la capacidad necesaria para recibir el testamento místico, lo mismo que el público, es indudable, porque deja de ser notario desde el momento en que es incompetente é incapaz. Es necesario, pues, aplicar lo que antes hemos dicho (núms. 251 y 252) y lo que diremos en el título de las *Obligaciones*, acerca de la competencia y capacidad. ¿Deberá decirse lo mismo de las causas de incapacidad relativa que impiden al notario autorizar? La ley de ventoso se aplica, sin género de duda al acta de sobrescrito, la cual no podría extenderse por un notario que fuera pariente ó deudo del testador en el grado prohibido por la citada ley de ventoso. Sería también incapaz el notario, si

el testamento contuviera alguna disposición en su favor ó en el de sus parientes ó deudos en el grado prohibido por la ley. Tal es el derecho común. (1)

¿Qué deberá resolverse cuando el testador haya instituido un legado en favor del notario ó de sus parientes ó deudos en el escrito que contiene sus disposiciones? ¿Será menester aplicar á ese escrito la disposición de la ley de ventoso, relativa á los instrumentos que autoriza el notario? Son varias las hipótesis que se presentan. Puede el notario ignorar lo que contiene el papel que le presenta el testador como sus últimas disposiciones, y puede también conocer éstas, si él fué quien las escribió y si inmediatamente después de escritas procede á cumplir con las formalidades que constituyen el testamento místico. Supongamos este último caso, como el más desfavorable para notario y para la validez del testamento. La cuestión está muy debatida, y hay duda sobre el particular.

La jurisprudencia está por la validez del testamento (2), y en favor de esa opinión hay una razón que nos parece concluyente: la de no haber ley que establezca la nulidad. Aun conforme á la ley, es dudoso que el notario tenga incapacidad para autorizar un testamento auténtico que contenga disposiciones en favor suyo; el artículo 8.º de la ley de ventoso únicamente prevee el caso de que las disposiciones se hayan hecho en favor de los deudos y parientes del notario (núm. 252). Admitamos que este artículo se aplique *a fortiori* á los testamentos que contengan alguna disposición en favor del notario: aun así, falta saber

1 Demante, t. 4.º, pág. 289, núm. 121 bis 5.º y todos los autores.

2 Nimes, 21 de Febrero de 1820 (Daloz, palabra *Notario*, número 412). Merlin dice que este fallo que harto fundado está para no formar jurisprudencia (*Repertorio* sec. 2.º, pfo. 3.º, artículo 3, núm. 20, t. 34, pág. 55). Gand, 18 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 102). En el mismo sentido, Demolombe, t. 21, pág. 358, núm. 362. Aubry y Rau, t. 5.º, pág. 524 y nota 16, y todos los autores que citan.

si se puede decir que el notario: *recibe el testamento* que contiene la última voluntad del testador, cuando testa éste en la forma mística. El artículo 8.º dice: Los notarios no podrán *recibir los instrumentos*. ¿Qué cosa es *recibir un instrumento*? Es hacer constar las declaraciones, los convenios, las disposiciones de los que comparecen ante el notario para dar autenticidad á los hechos jurídicos que éste está llamado á hacer constar. ¿Cuál es en materia de testamento místico el instrumento que recibe el notario? Es el acta de sobrescrito en que se asienta la declaración que hace el testador al presentar al notario y á los testigos el escrito que contiene su última voluntad. ¿Recibe él también ese escrito? No, porque es un escrito privado, aun cuando sea extendido por el notario mismo. Ahora bien, ese escrito es el que contiene un legado en favor del notario; luego no estamos en el caso del artículo 8.º El notario tiene capacidad para recibir el acto de sobrescrito, porque no contiene ninguna disposición en su favor. En cuanto al testamento propiamente dicho, no es él quien le recibe, aun en el caso de escribirle, y no puede por ende quedar sin capacidad por causa de un instrumento que no es obra suya, que no es autorizado ó público.

398. Se nos dirá que así dividimos lo que la ley no divide, ó sea el escrito que contiene las disposiciones del difunto, y el acta de sobrescrito, que es la constancia de que el tal escrito contiene esas mismas disposiciones. Aquí está el verdadero núcleo de la dificultad. El testamento místico, dicen, es uno, aun cuando conste de varias operaciones reunidas, las cuales constituyen esta forma especial de testar. Lo primero que se necesita, es que el testador escriba ó haga que otro le escriba su última voluntad. ¿Es testamento ese escrito? No lo es como lo acabamos de ver (núm. 395), y sobre este punto no podría haber ninguna duda, puesto que es terminante el código, el cual no lla-

ma testamento á ese escrito, sino *papel* que contiene las últimas disposiciones de aquél que quiere testar. ¿Hasta cuándo, pues, quedará convertido el papel en testamento? Hay todavía dos formalidades sustanciales que llenar para ello, que son: la cerradura, y después de ella la presentación y la declaración del testador, que es cuando interviene el notario; intervención que es también condición esencial para que haya testamento místico. Este testamento no existe sino hasta que se ha levantado el acta de sobrescrito. Por consiguiente, dicen, el notario es verdaderamente quien recibe el testamento de que se trata, y por lo mismo es incapaz, si aquél contiene alguna disposición en su favor. (1)

Tal es la objeción, y por cierto que no carece de fuerza. La unidad del testamento místico es incontrovertible; pero puede inferirse que ese testamento sea obra del notario y que éste sea quien *recibe el instrumento*? Aquí está la parte débil de la objeción. Para que el notario tenga incapacidad, es menester que *reciba* el instrumento, y estos son los términos del art. 8.º de la ley ventoso. Los instrumentos que recibe un notario son auténticos. Si fuera cierto que el notario era quien recibía un testamento místico, éste sería testamento auténtico; es así, empero, que no lo es; luego no es el notario quien le recibe, y por consecuencia no hay que aplicarle la incapacidad que resulta del art. 8.º ¿Qué hay de auténtico en el testamento místico? El acta de sobrescrito, y nada más; y como ella no contiene las últimas disposiciones del difunto, no hace más que mencionar ciertos hechos, ciertas declaraciones que tienden á asegurar que el papel presentado al notario y á los testigos es la expresión de la última voluntad del difun-

1 Grenier, núm. 269 bis (t. 2.º, pág. 552). Spinnael, "Anotaciones críticas sobre Toullier," pág. 152. Du Bois, en la "Bélgica judicial," 1872 (t. 30, págs. 753 y siguientes):