

por la cual los más astutos y diestros hacían su negocio, y los que trabajaban á las claras eran sorprendidos." El artículo 967 consagra la sencillez de las costumbres y establece el principio racional de que siendo las disposiciones testamentarias una expresión de la voluntad del difunto, á la voluntad es á lo que debemos atenernos, y no á las palabras de que se ha servido el testador para expresarla. Libre es el difunto para la institución de un heredero, pero esta institución ya no se requiere para la validez del testamento. Cosa singular, esto se ha puesto en duda y en país de costumbres. La corte de Bruselas, y esto se subentiende, ha rechazado el medio de nulidad tomado del derecho romano al citar el texto de los artículos 967 y 895: decir que toda persona puede disponer bajo cualquiera denominación propia para manifestar su voluntad, equivale ciertamente á decir que la institución de heredero ya no es necesaria. (1) Hay más: cuando el difunto deja herederos reservatarios, no le es permitido instituir un heredero; es el heredero de la sangre el que es investido de preferencia al legatario universal. El código civil nunca da el nombre de heredero al legatario, aun cuando por transacción entre los dos derechos que dividían la antigua Francia, el código le concede la ocupación. El código ha permanecido fiel á la tradición consuetudinaria: Dios sólo hace herederos.

104. El código civil pone término á la división que reinaba en la antigua Francia entre los países de derecho escrito y los de derecho consuetudinario; ese era el objeto de la codificación, ese gran beneficio que debemos á la revolución de 89. La ordenanza de 1735 sobre los testamentos había respetado la diversidad del derecho que, en una época en que no había ninguna libertad política, casi se consideraba como una franquicia. Los autores del código

1 Bruselas, 8 de Noviembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 320).

Napoleón han establecido la unidad tomando algo de uno y otro derecho. El testamento ológrafo es de origen consuetudinario; la ordenanza de 1735 se contentaba con mantenerlo en las provincias de derecho escrito en donde se hallaba en uso; el código hace de él el derecho común; es la forma más sencilla de testar y la más usual. Las formas de los testamentos solemnes variaban no sólo según que las provincias se regían por el derecho romano ó por las costumbres, sino también según las diferentes costumbres; el legislador francés las ha reemplazado por el testamento místico de las leyes romanas.

*Núm. 2. Solemnidades.*

*I. Del testamento verbal.*

105. El artículo 1º de la ordenanza decía: "Todas las disposiciones testamentarias se harán por escrito." Dicho artículo declaraba nulas todas las disposiciones que no se hicieren verbalmente y prohibía admitir su prueba por medio de testigos, ni aun con pretexto de la modicidad de la suma de que él hubiese dispuesto. El código no reproduce estas prohibiciones, pero implícitamente resultan de los principios que aquél consagra. Según los términos del artículo 893, no puede uno disponer de sus bienes á título gratuito sino por donación entre vivos ó por testamento, en las formas que después se establecerán. ¿Cuáles son esas formas? El artículo 969 contesta: "Un testamento podrá ser ológrafo, ó hecho por instrumento público, ó en la forma mística." Estos tres testamentos, los únicos que el código reconoce, exigen todos un escrito. El escrito se exige no sólo para la prueba de las disposiciones de última voluntad, sino que es esencial en estas disposiciones. Por esta razón, dice Pothier, la ordenanza rechazaba la prueba por testigos de las disposiciones que no estuviesen hechas por escrito, por módica que fuese la suma de que el

difunto hubiese dispuesto; mientras que si se admitía la prueba testimonial en materia de obligaciones, cuando el valor del litigio no excedía de cien libras. (1) Estos principios son todavía los del derecho romano; las formas de los testamentos como las de las donaciones, están prescriptas para la existencia, hasta del acto jurídico. En otro lugar hemos dado la razón de esto (t. XI, núm. 93).

106. La jurisprudencia ha consagrado la aplicación de estos principios. Se ha fallado que no puede probarse por testigos una disposición de última voluntad, (2) aun cuando hubiese un principio de prueba por escrito. Se da como razón que los artículos 1,341 y 1,347 no son aplicables más que á los contratos. Es mala esa razón. En efecto, la jurisprudencia, como más adelante lo diremos, aplica el artículo 1,348, en materia de testamentos, cuando sólo se trata de una cuestión de prueba; y si sólo se tratara de probar las disposiciones de última voluntad, habría también que aplicar los artículos 1,341 y 1,347. Pero se trata de un requisito para la existencia del testamento: si no hay escrito, no hay testamento; lo mismo que si no hay escrito, no hay donación.

La corte de casación, al consagrar este principio, ha deducido de él otra consecuencia acerca de la cual volveremos á insistir más de una ocasión. Cuando existe un testamento y sus disposiciones son oscuras, contradictorias, ¿se puede recurrir á la prueba por testigos para explicarlas ó anularlas? Si esta no fuera más que una cuestión de prueba, la afirmativa no sería dudosa, se admitiría la prueba testimonial con un principio de prueba por escrito. Pero en materia de testamento, la intención no puede probarse por medio de testigos; sólo puede resultar de una declaración escrita del testador; así, pues, en el escrito mismo es

1 Pothier, "De las donaciones testamentarias," núm. 6.

2 Lieja, 15 de Junio de 1861 ("Pasicrisia," 1863, 2, 31).

en donde el juez debe investigar la voluntad del testador. (1) Muy jurídica es la decisión. ¿Interpretar un testamento por la prueba testimonial, en el sentido en que se compruebe lo que el testador ha querido, no es establecer una disposición de última voluntad por medio de testigos; siendo que la voluntad del testador sólo por escrito se establece?

107. Por aplicación de los mismos principios, se ha fallado que el juramento no podía deferirse sobre la cuestión de saber si una persona había declarado que quería testar y si los herederos legítimos se habían comprometido á ejecutar esas disposiciones de última voluntad. Sin embargo, el artículo 1,353 dice que el juramento decisorio puede deferirse sea cual fuere la contienda. Es verdad que el juramento es una de las pruebas aceptadas por la ley (artículo 1,316), y la que el legislador permite que se emplee á falta de otra prueba cualquiera. Pero ella es inadmisibles para establecer que existen disposiciones testamentarias porque ésta no es una cuestión de prueba; trátase de saber si existen las disposiciones, y éstas no existen sino cuando están redactadas por escrito en las formas prescriptas por la ley. (2) Por la misma razón, la confirmación no puede invocarse, aun cuando sea de plena fe contra quien la ha hecho (art. 1,356); ésta no es una cuestión de fe, es decir, de prueba; cuando no hay escrito, falta el requisito esencial para la existencia del testamento. (3)

108. La donación es un acto solemne como el testamento, y por idénticas razones. Sin embargo, la doctrina y la

1 Casación 28 de Diciembre de 1818 (Dalloz, "Disposiciones," número 3,493, 2°).

2 Casación, 18 de Enero de 1813 (Dalloz, "Disposiciones," número 2,513, 1°). Riom, 17 de Enero de 1821 (Dalloz, *ibid* núm. 2,513, 2°). Bruselas, 21 de Diciembre de 1842 (Dalloz, *ibid*, núm. 2,513, 3° y "Pasicrisia," 1843, 2, 57).

3 Troplong, t. 2°, núm. 1,445.

jurisprudencia admiten que los donativos manuales son válidos sin forma alguna. ¿Se puede extender esta excepción al testamento? ¿Existe un legado manual? No, porque el legado manual implica una imposibilidad jurídica. Si el donativo manual es válido, es porque la propiedad de la cosa donada se transfiere inmediata é irrevocablemente al donatario por el hecho de la tradición, mientras que el testamento es un acto por el cual el testador dispone para una época en que él ya no existirá, y que él puede revocar. Luego para que un legado manual fuese válido, sería preciso que el testador entregase la cosa al legatario, con la intención de que el legado no valiese sino hasta su muerte y que hasta entonces él podría revocarlo; y esto es imposible. Si la intención del que entrega una cosa mobiliaria es la de transferirle inmediatamente su propiedad, hace él una donación, y ésta será válida, aun cuando se haga en el lecho de muerte. Si, por el contrario, su intención es hacer una liberalidad revocable hasta su muerte, él hace una donación á causa de muerte, la cual es nula, ó un legado, y el legado sólo es válido cuando se hace por escrito; un legado manual es inexistente, es la nada. (1)

109. Se ha preguntado por qué el legislador exige ciertas formas para la existencia de las disposiciones de última voluntad. La equidad natural parece exigir que el heredero cumpla las voluntades que el difunto le ha dado á conocer, no importa de qué manera. Claro es que pueden presentarse circunstancias en las cuales la doctrina del código lastima la conciencia. El testador quiere testar, reúne á sus herederos para darles sus adioses eternos y para declarar sus voluntades en presencia de ellos. La muerte lo sorprende, pero, antes de su último instante, los here-

1 Coin-Delisle, pág. 331, núm. 6 del artículo 967. Baile-Mouillard sobre Grenier, t. 2º, pág. 239, nota c. Demolombe, t. 21, pág. 23, número 26.

deros le prometen por su honra que ejecutarán sus voluntades. Ellos no cumplen esta promesa sagrada, y los legatarios no tienen contra ellos ninguna acción. El caso se ha presentado, según vamos á decirlo. ¿Así, pues, por qué el legislador no ha permitido disposiciones verbales en presencia de testigos? Se contesta que no lo permitían las reglas del derecho y el reposo de las familias. El difunto da á conocer su voluntad y el heredero promete cumplirla. Esto está probado por testigos; pero ¿está también probado que el difunto realmente ha querido testar? Si ha tenido voluntad sería para ello; ¿por qué no ha hecho un testamento escrito? Esta justificación de la ley no nos parece satisfactoria. Estamos suponiendo que el difunto se ha visto en la imposibilidad de testar por escrito; para justificar la ley, es fuerza que haya razones que exijan siempre y necesariamente una forma solemne. El reposo de las familias que se invoca poco nos importa, porque la equidad está antes de toda consideración. A nuestro juicio, la verdadera razón que ha inducido al legislador á exigir un escrito para la existencia del testamento se encuentra en la esencia misma de éste. El deroga la sucesión legítima; arrebatada al heredero de la sangre los bienes que Dios le había destinado haciéndolo nacer en ésta más bien que en aquella familia, porque Dios es el que hace á los herederos. Para que pueda admitirse una derogación de la ley de Dios, fuerza es que sea bien clara y que esté al abrigo de toda influencia ilegítima. Ahora bien, la presencia de testigos no daría estas garantías. Así, pues, la voluntad permanecería incierta, discutible. ¿Y se concibe que una voluntad dudosa sea superior á la voluntad de la ley que es la de Dios? (1)

110. Las solemnidades testamentarias han entrado en nuestras costumbres; casi ya no hay debates sobre disposiciones puramente verbales, porque es de toda evidencia

1 Compárese Coin-Delisle, pág. 331, núm. 5 del artículo 967.

que son nulas. Pero la cuestión se complica cuando el heredero promete ejecutar las últimas voluntades del difunto. Hay que distinguir, respecto de quien ha tomado aquél, ese compromiso. Si es con el difunto, la promesa es nula. Tal es el unánime parecer de los autores, y la jurisprudencia se halla en el mismo sentido. ¿Quiere considerarse la promesa como un compromiso de honor? Estos compromisos nada tienen de común con el derecho. ¿Quiere verse en ellos un vínculo jurídico? La promesa será nula, porque es un convenio sobre una sucesión futura; ahora bien, el código prohíbe los pactos sucesorios de una manera absoluta; no puede hacerse ninguna estipulación sobre una sucesión que no está abierta, dice el artículo 1,130, ni aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata. (1)

Si el heredero se ha comprometido con el legatario instituido verbalmente, ¿será válida la promesa? Enséñase la afirmativa. El heredero puede, dicese, prometer que donará á un tercero una parte en la sucesión, ó una cosa hereditaria, para conformarse á las intenciones que el difunto le ha expresado. Esta obligación no tiene por fundamento un legado verbal, sino la voluntad del heredero que puede disponer como quiera de los bienes que ha recogido. (2) Sin duda que sí, ¿pero cuál será el carácter de este compromiso? ¿Es una donación sujeta á las solemnidades prescriptas por la ley, ó es la ejecución de una obligación natural? Nosotros hemos discutido ya la cuestión (tomo XII, núm. 359). A nuestro parecer, hay liberalidad, y en consecuencia, la promesa no es válida sino cuando se ha hecho por medio de escritura auténtica. No es en tales términos como se ha presentado la cuestión ante los tribu-

1 Merlin, "Repertorio" en la palabra *Testamento*, sec. 4ª, pfo. 3ª (t. 34, pág. 248). Baile-Monillard sobre Grenier, t. 1º, pág. 666, nota b. Bruselas, 21 de Diciembre de 1842 (Daloz, "Disposiciones," número 2,513, 3º, y "Pasicrisia," 1843, 2, 57.

2 Daloz, "Disposiciones," núm. 2,513.

nales. Un hombre, al dictar sus últimas voluntades, es sorprendido por la muerte antes de que pudiera llamar á un notario; sus herederos le dan su palabra de honor de que ejecutarán sus disposiciones. Esta promesa es nula. Pero después de la muerte del difunto, ellos autorizan á los ejecutores testamentarios á que entreguen los legados, y á que de este modo confirmen las disposiciones irregulares que el difunto había tomado. La corte de Bruselas admitió á los legatarios á que rindieran la prueba de esta aprobación. (1) ¿Se trataba de una verdadera confirmación dada por los herederos á un testamento nulo? No, porque no había testamento, ni ológrafo, ni auténtico; el testador había dado á conocer sus voluntades á sus herederos; luego esto era un testamento verbal, es decir, la nada. La promesa que los herederos habían hecho al difunto era igualmente nula. Era esto, en realidad, una liberalidad hecha por los herederos; luego no podía tener valor sino como acto solemne ó como donativo manual.

111. Cuando el difunto ha hecho un testamento regular en la forma, este acto sólo hace fe; él sólo puede invocarse. Ha sucedido que el testador, al entregar su testamento á una persona de confianza, le dió un mandato verbal sobre las circunstancias en las cuales el testamento debía ejecutarse. Los tribunales han rechazado siempre ese mandato verbal. Se ha fallado por la corte de casación que instrucciones puramente verbales, aun cuando estuviesen probadas, nada pueden agregar al testamento ni suprimirle nada, ni, por consiguiente, imponer un carácter condicional á una disposición que, conforme al texto de la ley, no puede manifestarse válidamente sino por escrito en una de las formas determinadas por la ley; luego si él quiere poner una modalidad á sus voluntades, debe ponerla en la

1 Bruselas, 28 de Julio de 1817 ("Pasicrisia," 1817, pág. 482, y Daloz, "Disposiciones," núm. 2,555).

escritura misma; toda declaración de voluntad no escrita es inexistente, y los tribunales no pueden tenerla en cuenta. (1)

112. Con mayor razón, los herederos no pueden ser admitidos á probar por testigos, que las disposiciones escritas en un testamento regular no son la expresión de la verdadera voluntad del testador. La cuestión se ha presentado ante la corte de Gante en el caso siguiente. En un primer testamento, el testador nombra á dos notarios y á un agente de negocios sus ejecutores testamentarios, encargándoles que distribuyan sus bienes á sus parientes paternos y maternos conforme á las cláusulas del testamento. Después de haber hecho cuatro testamentos en este sentido, hace un quinto testamento por el cual sustituye á las mismas personas sus legatarios universales, legando 900,000 francos á sus parientes paternos y 600,000 á los maternos. Por medio de un testamento último, él mantiene la institución de los legatarios, pero reduciendo la parte de la familia paterna á 600,000 francos, y la de la familia materna á..... 500,000. Los herederos legítimos sostienen que los pretendidos legatarios universales no son más que ejecutores testamentarios obligados, como tales, á dar cuenta de su gestión; ellos piden probar que los legatarios se habían comprometido, respecto del testador, á distribuir, después del pago de los legados particulares, el excedente de su sucesión á legatarios particulares, ó á los parientes llamados por la ley. Todas estas demandas fueron rechazadas. La prueba por testigos de los hechos alegados por los actores era inadmisibles, aunque estuviese apoyada en un principio de prueba por escrito. En efecto, ella tendía á destruir el testamento que instituía legatarios universales y no ejecu-

1 Denegada, 19 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1868, 1, 216). Gompárese Poitiers, 22 de Enero de 1811 y denegada, 1º de Septiembre de 1812 (Daloz, "Disposiciones," núm. 2,526).

tores testamentarios; ahora bien, la voluntad legalmente manifestada no puede aniquilarse por una voluntad que, no estando expresada legalmente, no existe. En cuanto á la pretendida convención, celebrada entre el difunto y sus legatarios universales, tendía al mismo fin y por lo tanto era nulo, sea como testamento verbal, sea como convenio sobre una sucesión futura. Por último, los herederos sostenían que los legatarios se habían hecho culpables de dolo, reteniendo de mala fe una parte de la herencia que ellos se habían obligado á restituir ó á distribuir entre los herederos legítimos. Siendo el mismo convenio nulo, por mejor decir inexistente, no podrá ser cuestión de dolo en su ejecución. (1)

## II. De la destrucción del testamento.

113. Supóngase que ha habido un testamento, y que ha sido destruido, sea por dolo, sea por un caso fortuito. ¿Los legatarios tendrán acción en virtud del testamento, probando su existencia y su destrucción? No nos parece dudosa la afirmativa. En efecto, la voluntad del testador se ha manifestado legalmente; por lo mismo debe ejecutarse. ¿Se dirá que el hecho de la existencia y de la destrucción del testamento teniendo que probarse por testigos, la acción del legatario se fundará en la prueba testimonial, es decir, sobre un legado verbal? La objeción no tendría ningún fundamento. No es exacto decir que el legatario procedería en virtud de un legado verbal; porque él no pide probar que un legado se le ha hecho verbalmente; el legatario prueba que ha habido un testamento, una voluntad escrita, y él procede en virtud del testamento; los testigos no depondrán que el testador les ha declarado que testa en favor de tal persona; depondrán que han visto y leído el testamento. No hay dificultad sino para la aplicación del

1 Gante, 6 de Julio de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 381).

principio: ¿en qué caso el legatario será admitido á la prueba? ¿y qué prueba deberá rendirse?

114. El testamento queda destruido por culpa de la parte interesada en la destrucción, del heredero legítimo excluido, ó de un tercero no interesado. Se pregunta si el legatario tendrá acción y contra quién. La destrucción del testamento es un hecho indemnizable, luego cae bajo la aplicación de los artículos 1,382 y 1,383; todo acto indemnizable da lugar á una acción contra el autor del hecho en favor de aquél á quien ha causa el daño. El hecho constituye un delito civil ó un cuasidelito, según que él ha tenido ó no intención de dañar. Este principio es general, se aplica, por consiguiente, á la destrucción de un testamento, como á cualquier otro hecho indemnizable. Los autores están de acuerdo acerca de este punto; ellos enseñan que la acción debe intentarse contra el autor del hecho indemnizable, y no contra aquel que se ha aprovechado del delito ó del cuasidelito. Si es el heredero excluido el que destruye el testamento, no hay duda alguna; si es un tercero, sin complicidad del heredero, éste no quedará obligado, por más que se aproveche de la destrucción; la acción se da, no contra el que se aprovecha del delito, sino contra el que lo comete, es decir, contra el tercero. (1)

Hay alguna vacilación en la jurisprudencia. Los tribunales admiten difícilmente una acción fundada en la prueba testimonial cuando se trata de ejecutar la voluntad del difunto, debiéndose manifestar la voluntad en formas solemnes. Se concibe esta repugnancia, pero no debe salirse de los límites del derecho. Una sentencia de Metz, asienta como principio que el legatario debe probar que el testamento fué destruido por el heredero *ab intestato* ó por un

1 Duranton, t. 9º, pág. 71, núm. 48. Dalloz, núm. 2,135. Compárese Furgole, *De los testamentos*, cap. 6º, sec. 3ª, núm. 124 (t. 1º, página 531).

caso de fuerza mayor; así, pues, la corte parece que niega al legatario la acción contra un tercero no interesado que hubiese destruido el testamento. Una sentencia de la corte de Riom, pronunciada bajo la presidencia de Grenier, está concebida en el mismo sentido; la destrucción, dice él, debería haber tenido lugar por el que en ella tenía interés, es decir, por el heredero; cosa que no se alegaba, y por consiguiente, la demanda no fué admitida. (1) Esto es desconocer la disposición absoluta del artículo 1,382, poniendo en él una restricción, siendo que la ley está concebida en los términos más generales. ¿En qué se funda la acción del legatario? En un hecho perjudicial, es decir, en el artículo 1,382 obliga á aquél por cuya culpa se produce un daño á repararlo, sin distinguir si el autor del acto, tenía ó no interés en él, y no había lugar á distinguir, porque la distinción carece de sentido cuando se trata de un delito ó de un cuasidelito.

115. La destrucción tiene lugar por un acontecimiento, y el artículo 1,802 cesa de ser aplicable. ¿Hay lugar á aplicar el artículo 1,348, número 4º? Después de haber establecido las reglas que prohíben en principio la prueba testimonial, la ley dice que reciben excepción "siempre que no ha sido posible al acreedor procurarse una prueba literal de la obligación que fue contraída con él." El artículo 1,348 da en seguida aplicaciones de esta excepción, que ella misma es un principio; ella se aplica, dice el número 4, "al caso en que el acreedor ha perdido el título que le servía de prueba literal, á causa de un caso fortuito, imprevisto y resultante de una fuerza mayor." Se pregunta si ésta disposición es aplicable á la destrucción de un testamento. La corte de casación ha fallado la afirmativa por motivo de que "no previendo el artículo 1,348 la destruc-

1 Metz, 15 de Julio de 1813, y Riom, 17 de Noviembre de 1821 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 2,519).