

de una manera indudable al legatario y á la cosa legada. ¿Por qué, pues, la corte no admite la relación que el testador había hecho á su registro? Porque dicho libro diario era una escritura privada. La corte dice que las escrituras de esta naturaleza presentan un riesgo, y es que el testador podría fácilmente reemplazarlas por otros escritos y cambiar así sus disposiciones testamentarias ó revocables; así es que de él dependería revocar su testamento sin observar las formas prescriptas por el artículo 1,035. (1) El argumento es nuevo y serio, pero no es decisivo. Cuando el testador dispone en forma ológrafa, él es libre de modificar sus voluntades como le ocurra; si forma varios proyectos, el último será la expresión definitiva de su voluntad. Por lo común, no queda ninguna huella de los primeros testamentos, así es que ¿qué importa de qué manera el difunto haya modificado su voluntad, con tal de que ésta sea cierta y completa en el momento en que él muere? Ahora bien, en el caso de que se trata, esta certidumbre existía; el testamento estaba completo, si en él se reunía el escrito, al cual el testador se refería. El juez no puede exigir más, sin añadir nada á la ley.

135. Hay un último caso que no es dudoso. El difunto hace un testamento que contiene todas las indicaciones requeridas, los nombres de los legatarios, la designación de las cosas legadas; el testamento es nulo por falta de mención de la lectura al testador en presencia de los testigos. Después el difunto hace un segundo testamento en donde no indica á los herederos sino por referencia á la primera escritura. ¿Esta referencia es válida? La corte de casación ha fallado que no lo era. (2) En efecto, un testamento nulo no puede servir de prueba, porque es una escritura

1 Gante, 12 de Diciembre de 1840 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 234).

2 Denegada de la sala de lo civil de 21 de Noviembre de 1815 Dalloz; "Disposiciones," núm. 2,491).

inexistente, es la nada. Así es que el segundo testamento era incompleto, porque la nada no podía completarlo. Esto es decisivo. La cuestión se ha presentado en un caso en que es más que probable que la voluntad del difunto fué desconocida, pero no lo había expresado en la forma legal. Se encuentra en los papeles del difunto un codicilo concebido en los siguientes términos: "Habiendo fallecido mi sobrino, mi voluntad es que las disposiciones testamentarias que yo había hecho á su favor refluyan por completo en sus hijos, á quienes aprovecharán, renovándolas para ellos por ese codicilo." Ahora bien, el difunto no había hecho más disposiciones que una acta escrita por él, pero sin fecha y forma. Esta acta era nula como testamento, es decir, inexistente, y, por consiguiente, la referencia á ese testamento dejaba incompleto el codicilo, es decir, nulo. (1) Habrá otra interpretación que el juez del hecho, á lo que creemos, habría podido admitir. Si el testador hubiese dicho: Me refiero en cuanto á las disposiciones, á un proyecto de testamento escrito de mi puño y letra y que está entre mis papeles, la relación habría sido válida, y por consiguiente, de codicilo. Pues bien, ¿qué importa el nombre que el testador dé á dicho escrito, que él llama proyecto de testamento ó disposiciones testamentarias? no por ello su voluntad dejará de ser menos cierta; él quería completar su codicilo por un escrito anterior emanado de él; siendo clara su voluntad ¿no podía verse en ella su expresión suficiente en el codicilo completado por el escrito anterior? Tal es nuestro parecer.

III. ¿El testador puede referirse á una costumbre?

136. Esta cuestión también se discute. Es una dependencia de la que acabamos de examinar. En efecto, el testador que declara que instituye herederos á los que están

1 Troplong, que cita la sentencia de Bourges, del 23 de Julio de 1854, la aprueba (t. 2º, pág. 14, núm. 1,460).

llamados á sucederle en virtud de una antigua costumbre, se refiere á una acta escrita que debe completar su testamento. Pero esta acta no emana de él luego; conforme al principio que acabamos de establecer, no puede servir de complemento á la expresión de su voluntad. Esta opinión la enseñan los autores con bastante generalidad, pero casi todos se deciden por otros motivos más ó menos dudosos, lo que también contribuye á que la cuestión permanezca dudosa.

El artículo 1,390 prevee una dificultad en materia de estipulaciones matrimoniales, y dice que "los cónyuges no pueden estipular más de una manera general sino cuando su asociación esté regida por una de las costumbres, leyes ó estatutos locales que regían antes las diversas partes del territorio francés y que han quedado abrogados por el código Napoleón." ¿Se debe aplicar esta disposición por analogía al testamento. No faltan las razones de analogía. Si el legislador prohíbe las estipulaciones que mantienen las costumbres abrogadas, por voluntad de las partes contratantes, es por temor de que se hiciesen de estilo, lo que habría perpetuado la necesidad del derecho bajo el imperio de un código que tiene por objeto poner término á esa infinita variedad, estableciendo un derecho único y uniforme. Y, ¿no era de temerse el mismo riesgo para los testamentos? (1) Pero, suponiendo que hubiese analogía, esto no es suficiente dice la corte de Bruselas, para extender la prohibición establecida por el artículo 1,390, porque las prohibiciones no se extienden de los casos expresos á los que no lo están. (2)

Cítase, además, el artículo 6 que prohíbe á los particulares que deroguen por sus convenios las leyes que intere-

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 492, nota 4, pfo. 665. Demolombe, t. 21, pág. 49, núm. 45.

3 Bruselas, 16 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 62). Gante, 6 de Julio de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 191).

san al orden público y á las buenas costumbres. Tomando la expresión de orden público en su más amplio sentido, puede decirse que ese artículo deroga las leyes que son de interés general. Esto supone que hay una ley; y en el caso de que se trata, no la hay, y en donde no hay prohibición reina la libertad. Así es que el artículo 6 deja indecisa la cuestión.

Uno de nuestros mejores jurisconsultos ha variado sobre la cuestión que estamos examinando. Merlin empezó por enseñar que los testadores pueden referirse á una costumbre; no combatiremos nosotros los motivos que él hacía valer, puesto que él mismo confiesa que se había extraviado singularmente al sostener que la referencia á una costumbre era válida por el hecho sólo de que daba una completa certidumbre á la voluntad del testador. No se trata de saber, dice Merlin, si la voluntad del difunto es cierta, sino que debe verse si la expresó en las formas legales. La más auténtica de las actas no puede valer como testamento sino en tanto que va revestida con las formas testamentarias; querer atribuirle el efecto de una disposición de última voluntad, cuando está desprovista de esas formas, por razón de que el testador se refirió á ella, es violar el artículo 893, el cual no admite más disposiciones testamentarias que las que se hacen en las formas de un testamento ológrafo, auténtico ó mixto. El argumento nos parece decisivo. (1)

137. La jurisprudencia está dividida. En una sentencia primera, la corte de casación consagró la doctrina que Merlin empezó por sostener, y por las conclusiones de éste. Ella aparta el artículo 1,390 porque no es permitido extender á los testamentos una disposición prohibitiva hecha

1 Merlin, *cuestiones de derecho*, en la palabra *Testamento*, pfo. 15 (t. 15, pág. 399, nota). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 326 núms. 11-14 del artículo 967.

para los contratos de matrimonio. La sentencia contesta al argumento sacado del artículo 6, diciendo que si la partición de la sucesión se hace por voluntad del testador, conforme á una antigua costumbre, no es por la fuerza de esta costumbre, la cual no existe ya como ley del imperio, sino por la voluntad del difunto, el cual podía distribuir sus bienes entre sus herederos como mejor le ocurriese. (1)

138. Esta opinión ha encontrado favor en Bélgica, á pesar de la retractación de Merlin. Un testador se había referido á la costumbres de Ipiès, tanto para designar á sus herederos como para determinar el modo de partición. ¿Es legal esta manera de disponer? La corte de Gante encuentra la respuesta á la pregunta en el artículo 976, según el cual toda persona puede disponer por testamento, sea con el título de institución de heredero, sea con el título de legado, sea con otra denominación cualquiera propia para manifestar su voluntad. Y el testador ha manifestado con claridad su voluntad al referirse á la costumbre de Ipiès. ¿Es este realmente el sentido del artículo 967? Este artículo concierne únicamente á las expresiones de que se sirve el testador para manifestar su voluntad, y á este respecto, él disfruta de una libertad completa. Pero ¿tiene también libertad para disponer en la forma que se le ocurra? Esta cuestión no la decide el artículo 967, sino el 893; y lejos de decir que el testador tiene libertad para disponer como mejor le ocurra, la ley dice que no puede hacerlo sino en las formas prescriptas por la ley: Cosa singular, la corte ni siquiera cita el artículo 893, en el cual Merlin encontró un argumento decisivo para retractarse. Ella se limita á hacer á un lado la objeción que se toma en los artículos 6 y 1,390. A este respecto, creemos que ella tiene razón; esto prueba el riesgo que hay en fundar una opinión sobre

1 Denegada, 19 de Julio de 1810 (Daloz, "Disposiciones," número 3,425).

argumentos dudosos; reputándolos, se cree haber refutado la opinión misma. A lo que había que contestar era al argumento de Merlin, y la corte lo pasa en silencio.

Hubo recurso de casación; el recurso invocaba el artículo 893, combinado con los artículos 971 y 972. Tal es el verdadero terreno del debate. El procurador de justicia Defacqz fué de opinión que había lugar á casar la sentencia por violación del artículo 893. La corte de casación, en contra de las conclusiones del procurador, pronunció una sentencia de denegada apelación. ¿Qué es lo que ella contesta al argumento que pareció decisivo á Merlin y que reprodujo el juriconsulto eminente que ocupaba el ministerio público? Ella distingue entre la manifestación de la voluntad del testador y la ejecución de esta voluntad. Si es incontestable que, en un testamento por escritura pública, la voluntad del testador debe, bajo pena de nulidad, dictarse al notario, escribirse y en seguida leerse al testador, todo ello en presencia de testigos, ningún texto de ley prohíbe al testador el referirse, para la ejecución de su voluntad, á otra escritura auténtica é irrefragable. (1) Esta distinción se funda y es verdadera aun cuando no haya algún texto que se oponga. Nosotros la hemos encontrado ya al discutir el principio de las referencias que un testador hace de una escritura para completar su voluntad; (núm. 134) nosotros la desechamos, respecto á la referencia en general, y también la rechazamos en la aplicación que de ella hace la corte de casación de Bélgica. Basta leer el testamento que era objeto del litigio, para convenirse de que era incompleto, que estaba completado por la costumbre de Ipiès, y que esta costumbre era el verdadero testamento del difunto. El testador ordena que sus

1 Gante, 6 de Julio de 1833 (*Pasierisia*, 1833, 2, 194 y Daloz, "Disposiciones," núm. 3,425). Denegada, 8 de Diciembre de 1854 (*Pasierisia*, 1832-1836, 1, 332).

bienes se vendan y que el precio se reparta entre sus herederos según lo reza la costumbre de la ciudad de Ipi's. ¿Es esto una simple disposición de ejecución? Los herederos son desconocidos, y sólo se les conoce recurriendo á la costumbre. El modo de partición es desconocido, y sólo se le conoce recurriendo á la costumbre. Luego el testamento es incompleto, la costumbre es su complemento y ella forma parte del testamento; sin embargo, ella no fué dictada, ni escrita, ni leída; luego el testamento es nulo.

139. La corte de casación de Francia ha vuelto á su antigua jurisprudencia, y se ha pronunciado por la última opinión de Merlin, pero con una restricción que da lugar á nuevas dificultades. Ella comienza por reconocer la facultad de testar que consagra el artículo 967; pero esta facultad no es ilimitada, y el deber de los jueces es hacer respetar los límites legales. La corte de apelación había anulado el testamento fundándose en los artículos 6 y 1,390. El debate se concentraba en el sentido y la transcendencia de esas disposiciones. Nosotros creemos que el terreno está mal elegido. En su primera sentencia, la corte había apartado los artículos 6 y 1,390, en la segunda, los invoca. ¿Pueden servir las mismas disposiciones, unas veces para dar validez á un testamento, y otras para anularlo? Para eludir el reproche de contradicción, la corte hace una distinción que, á nuestro juicio es tan falsa, como la que la corte de casación de Bélgica ha hecho en apoyo de la opinión contraria. "Una simple enunciación de las leyes antiguas abrogadas, no podría iniciar un testamento, cuando el testador reproduce la disposición y hace de ella una aplicación precisa á legatarios determinados, de modo que las leyes antiguas no se recuerden como la ley viva de la sucesión. Pero dice la corte, hay violación del artículo 6 y del artículo 7 de la ley del 30 ventoso año XII, que abroga las antiguas costumbres; cuando el testador recuerda,

de una manera general, un estatuto local abrogado, para regla de la ejecución de su voluntad, sin precisar con especialidad esta voluntad que es la única ley de las partes." La distinción es de tal manera sutil, que apenas es perceptible. Diríase que la corte ha previsto la objeción, porque trata de formular una regla que los tribunales tendrán que seguir. "En el caso de acudir á las antiguas costumbres abolidas, los tribunales tienen que determinar si la disposición testamentaria contiene una designación precisa del heredero testamentario, designación independiente de toda aplicación general de las reglas de una costumbre abrogada;" en este caso, el testamento será válido, si no será nulo. (1) Dudamos mucho que los tribunales hagan alguna vez uso de esta regla; porque cuando el testador se refiere á una costumbre, sólo puede ser para designar á los herederos á quienes llama á su sucesión, ó para determinar el modo de partición; así, pues, su pensamiento queda incompleto, y si sólo se completa por la costumbre, hay lugar á anularlo, conforme al principio establecido por la corte de casación.

140. La corte de Bruselas ha hecho otra distinción que encuentra algún apoyo en el artículo 1,390. Una señora, domiciliada en Gante, hace un testamento místico en el cual dispone de su sucesión por representación, según la costumbre de Gante relativa á los funerales burgueses. Atacado el testamento, fué mantenido por la corte de Bruselas; la sentencia rechaza el artículo 1,390, porque no es permitido extender las disposiciones prohibitivas; y suponiendo que debiera aplicarse á los testamentos, no habría lugar para aplicarlo en el presente caso. En efecto, la testadora no se había referido á la costumbre de Gante, en el sentido de que su testamento debiera arreglarse de una manera general según las disposiciones de dicha costum-

1 Denegada, 23 de Diciembre de 1828 (Dalloz, núm. 3,425).

bre; ella no lo había hecho sino como forma de instrucción y únicamente para dar á conocer mejor el modo de representación, según el cual ella llamaba á su sucesión á aquellos de sus parientes á quienes designaba así para sucederle. (1)

Esta distinción se funda en los términos del artículo 1,390. Volveremos á ver esta disposición en el título del *Contrato de matrimonio*; como nosotros no admitimos la extensión de esta disposición prohibitiva á los testamentos, es inútil por ahora entrar en un debate sobre el sentido de la ley. Si se admite el principio que nosotros hemos presentado, la decisión no es dudosa. El testamento debe ser completo por sí mismo; si no lo está, no puede completarse con la remisión á una costumbre, sea cual fuere por lo demás la disposición por la cual el testador hace la remisión, porque toda disposición, en un testamento por escritura pública, debe dictarse, escribirse y leerse; y si estas formas no se han observado respecto de una disposición cualquiera, la escritura es nula.

Núm. 4. Caución de las solemnidades.

141. El artículo 1,001 dice: "Las formalidades á que están sujetos los diversos testamentos por las disposiciones de la presente sección y de la precedente deben observarse bajo pena de nulidad," de la presente sección y de la precedente deben observarse bajo pena de nulidad. El testamento es un acto solemne; las formas se prescriben para asegurar la libre expresión de la voluntad del disponente. Esto equivale á decir que se refieren á la substancia de la escritura; se requiere, no para su validéz, sino para su existencia. ¿Por qué la ley manifiesta ese vigor extremo? Esto es lo mismo que preguntar por qué la ley ha hecho del testamento un acto solemne. No faltan los motivos,

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 62).

que tienen una incontestable gravedad. El testador deroga la ley que establece el orden legítimo de las sucesiones; esta ley es la expresión de la naturaleza, ó, como decían nuestras antiguas costumbres, de la voluntad de Dios, porque Dios es el que hace á los herederos, supuesto que él los hace nacer en la familia cuyos bienes recogen. Ciertamente que no puede admitirse fácilmente que el hombre se desvíe de la voluntad de Dios. Si el legislador lo permite, es porque las reglas generales que él establece pueden, en algunos casos particulares, herir la equidad. Pero para que estas derogaciones sean legítimas, se necesita que el testador las haga con entero conocimiento de causa, en la plenitud de su libertad. Ahora bien, ¿quién no sabe que hay causas mil que vienen á obscurecer la razón y cegar la conciencia del disponente? Hay que desconfiar hasta de los buenos sentimientos, porque tienen sus excesos y pueden extraviar al testador tanto como las malas pasiones. Ya es grande el riesgo cuando el testador se ve abandonado á sí mismo y cuando dispone libremente. Pero no es así. Existen siempre hombres, y lo que es más peligroso, corporaciones que tienen interés en captar las herencias, apelando sea á las malas pasiones del difunto, sea á sentimientos legítimos en sí mismo, pero de los que es fácil abusar. Un eminente magistrado, el autor de la ordenanza de 1735, dice que con frecuencia los testamentos son odiosos. (1) ¿De qué modo impedir que se arrebaten los testamentos al testador por las intrigas de los que los rodean y asedian? El legislador ha creído que las solemnidades que él prescribe asegurarían la libre expresión de la voluntad del difunto. Claro es que la intervención de un oficial público y de testigos es una garantía, con objeto de garantizar la libertad del testador, en el sentido de que si se hace un testamento sin observar las formas, hay duda de

1 D'Aguesseau, *Obras*, t. 3º, pág. 386.