

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 arrebatan 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.

que el testamento exprese realmente la voluntad del testador; y desde el momento en que hay duda, el testamento pierde toda su eficacia. (1)

142. Las solemnidades tienen un inconveniente, y es que corren riesgo de degenerar en un formalismo supersticioso que, lejos de ser una garantía para el testador, viene á ser una traba, y con mucha frecuencia un lazo. Ya en el antiguo derecho, Ricard criticó el sistema de las costumbres, que lo es también del código civil. "Es un problema agitado nuevamente, dice Ricard, el saber si las formas introducidas para la solemnidad de los testamentos por nuestras costumbres, deber considerarse como un buen medio para impedir las falsas imposiciones y las sugerencias á que con frecuencia están expuestos los actos de la última voluntad de los hombres." Ricard expone primero el sentimiento de los que prueban dicho sistema; y en seguida agrega: "El número de los que son de sentir contrario, sin duda que es mucho mayor. Ellos sostienen que esa solemnidad que se encierra en las palabras, es una bellísima idea que se inventó en una época de sencillez y que entonces pudo ser de alguna utilidad; pero que en la práctica sólo sirve de lazo para que caigan los que son de buena fe, tanto más cuanto que ella no depende tanto del testador como de la persona pública que él emplea para recibir su testamento que, dejando, por una falta de memoria, de inducir en el testamento una palabra exigida por la costumbre, y aun tomando una palabra por otra que tenga una significación un poco diferente, será causa de que las disposiciones de un testador, las que consten mejor y también las más favorables, quedarán inútiles y sin efecto. Mientras que el que quiere suponer á otro un testamento ó exigirselo por sorpresa, no debe hacer que se practique cuida-

1 Compárese Doneau, *Comentarios*, 6º, 6, 1 (t. 3º, pág. 310). Troplong, t. 2º, pág. 3, núm. 1,748).

dosamente todo lo que concierne á la forma y que no depende, como se ha dicho, más que del ministerio de la persona que recibe el testamento." (1)

La experiencia diaria da la razón á Ricard. Desde que las órdenes religiosas vienen del fraude, no escasean los testamentos arrancados por la captación; y ¿alguna vez han sido anulados por vicios de forma? El que defrauda la ley cuida mucho de observarla; mientras que el hombre de buena fe se atiene al oficial público, cuya ignorancia acarrea la nulidad de las disposiciones más legítimas. Esto no prueba que no deban existir ciertas formas; pero deberían ser lo más sencillas que fuere posibles. El código civil es demasiado formalista, y de ello veremos más de una prueba, y un formalismo excesivo, dice d'Aguesseau, es un lazo tendido al notario y al testador. (2) Para eludir el formalismo, los intérpretes se han puesto en más de una ocasión por encima de la ley. Esto es todavía un mal peor que la anulación de los testamentos irregulares, porque equivale á arruinar la autoridad de la ley; y los que la aplican ó interpelan son los que deben dar el ejemplo del respeto que se le debe. La ley es demasiado rigurosa, y á menudo no logra su objeto á fuerza de rigor. ¿Qué importa? La ley existe, debe observarse ó interpretarse hasta en la mente de rigor que ha inspirado al legislador.

Núm. 5. Del testamento conjuntivo.

143. Según los términos del artículo 968, "un testamento no podrá hacerse en la misma escritura por dos ó varias personas, sea en provecho de un tercero, sea á título de disposición recíproca y mutua." Esta disposición está tomada de la ordenanza de 1735. Pothier dice que parece

1 Ricard, *De las donaciones*, 1ª parte, t. 1º, pág. 369, núms. 1,499 y 1,500. Compárese Toullier, t. 3º, 1, pág. 257, núm. 239, y pág. 261, núm. 441.

2 D'Aguesseau, *Obras*, t. 9º, pág. 477.

que el motivo de la ley fué el augurar la libertad de los testadores, á fin de que no se vieran expuestos á las sugerencias de la persona con la cual hiciesen conjuntamente su testamento. La razón la ha repetido un autor moderno que se pregunta por qué el código prohíbe los testamentos conjuntivos, siendo que autoriza los donativos manuales. (1) Es evidente que el motivo aducido por Pothier no explica esta diferencia, porque las sugerencias son de temerse en las donaciones tanto como en los testamentos, y más todavía, porque son irrevocables. Nada, por otra parte, impide á los que quieren hacer su testamento conjuntivo hacerlo por escrituras separadas, lo que no excluye las sugerencias. La verdadera razón de que la ordenanza y el código hayan prohibido los testamentos conjuntivos, es que las disposiciones hechas en esa forma parecen haberse convenido entre los testadores, de suerte que unas parecen ser la condición de las otras. Esto no impide que los testamentos sean revocables. ¿Cuál debe ser el efecto de la revocación hecha por uno de los testadores? ¿implica la revocación del otro testamento? ¿es preciso que el testador que revoca las disposiciones lo avise al otro? Acerca de estas cuestiones reinaba la mayor divergencia antes de la ordenanza de 1735. El parlamento de Grenoble admitía que uno de los testadores revocara sin pasar al otro ningún aviso; mientras que el parlamento de París rechazaba la revocación cuando el testador no había hecho la notificación auténtica de su voluntad á su cotestador. En París, se observaba que el superviviente no podía ya revocar sus disposiciones después de haber recogido las liberalidades que se le habían hecho, de suerte que los testamentos se cambiaban en contratos. En los países de derecho escrito, se mantenía el derecho absoluto del testador para revocar aun después de la muerte de su cotesta-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 4. Troplong, tomo 2º, pág. 10, núm. 1,443.

dor. La ordenanza de 1735 puso término á estas controversias prohibiendo los testamentos conjuntivos, que eran un manantial de litigios sin ser de ninguna utilidad. (1) Bigot de Prámeneu dice en la exposición de motivos: "Era preciso evitar que renaciera la diversidad de jurisprudencia que había tenido lugar sobre la cuestión de saber si, después del fallecimiento de uno de los testadores, el testamento podía revocarse por el superviviente. Permitir que se revoque, equivale á violar la fe de la reciprocidad. Declararlo irrevocable, es cambiar la naturaleza del testamento que, en este caso, no es ya realmente un acto de última voluntad. Era preciso vedar una forma incompatible, sea con la buena fe, sea con la naturaleza de los testamentos."

144. Se ha fallado que la prohibición del artículo 968 se aplica á los testamentos ológrafos. La corte de Bruselas dice muy bien que los dos primeros artículos de nuestra sección (967 y 968) son concernientes á los testamentos en general, sin ninguna distinción de testamentos ológrafos, auténticos ó místicos; sólo en los artículos 969 y siguientes en donde la ley distingue las tres especies de testamentos. Esto prueba ya que el artículo 968 se aplica al testamento ológrafo. Se han objetado los términos del artículo 970. Después de haber dicho que ese testamento no es válido sino cuando íntegramente está escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador, la ley agrega: "Este testamento no está sujeto á ninguna forma." De aquí se concluía que el artículo 970 deroga el 968. La corte de Bruselas contesta que el objeto del artículo 970 no es decidir la cuestión de saber si el testamento ológrafo puede ser conjuntivo, porque el legislador acaba de resolver esta

1 Coin-Delisle, pág. 327, núm. 1 del artículo 968 y los autores que él cita.

cuestión negativamente en el artículo 968. Cuando él dice que el testamento ológrafo no está sometido á más formas que las que prescribe el art. 970, no pretende hablar más que del testamento ológrafo en general, considerado en sí mismo. Decíase, además, que por su propia naturaleza el testamento ológrafo no podía ser conjuntivo, porque es imposible que una misma escritura se halle escrita á la vez por dos testadores, y de aquí se infería que el testamento debía ser válido para aquel de los testadores que lo hubiese escrito. La objeción no era seria, porque la firma de los dos testadores probaba que ellos habían querido hacer un testamento conjuntivo; así es que habían hecho lo que no tenían derecho de hacer; luego el testamento debía anularse en su totalidad. (1)

145. ¿Pueden los franceses hacer un testamento ológrafo en el extranjero, si la ley del país en que testan autoriza el testamento conjuntivo? Esta cuestión es controvertida y su solución depende de saber si el artículo 968 reglamenta una forma; respecto á las formas de los testamentos, se sigue la máxima: *Locus regit actum*; luego si se trata de una forma, debe decidirse que es válido el testamento conjuntivo hecho en el extranjero conforme á las leyes del país. En este sentido es como se ha pronunciado la jurisprudencia, así como la mayor parte de los autores. (2) El lugar que ocupa el artículo 968 parece á primera vista que resuelve la dificultad. El artículo se encuentra en la sección intitulada: *De las reglas generales sobre las formas de los testamentos*; luego, se dirá, es concerniente á las formas y, por consiguiente, es aplicable el adagio. Existen, sin embargo, motivos para dudar que hacen nos inclinemos ha-

1 Bruselas, 18 de Julio de 1822 ("Pasierisia," pág. 213 y Dalloz, número 2,585. Merlin, *Testamento conjuntivo*, núm. 1 y todos los autores.

2 Tolosa, 11 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 64). Caen, 22 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1853, 2, 171). Aubry y Rau, t. 5º, pág. 495, y nota 6. Coin-Delisle, pág. 328, núm. 5 del artículo 968.

cia la opinión contraria. Hacemos á un lado el argumento que se saca del lugar que ocupa el artículo 968, porque la clasificación del código no es una ley y nada decide. Debe verse cual es el sentido del adagio, el cual se refiere á las formas llamadas instrumentales, es decir á las que tienen por objeto asegurar la libre voluntad de las partes. Si la prohibición de los testamentos conjuntivos tiene por objeto garantizar la libertad de los disponentes, debe decirse que el adagio es aplicable, en el sentido que la ley del país en donde se celebró la escritura es la que decidirá cuáles son las formas más á propósito para asegurar la libertad y cuáles son en consecuencia, las formas que la comprometen. Según lo que acabamos de decir (núm. 143), la interdicción de los testamentos conjuntivos nada tiene de común con la libertad de los testadores; el orador del gobierno no dice una sola palabra de las sugerencias á las que uno de los testadores podría ceder; él dice que esto es para evitar la diversidad de jurisprudencia, es decir, para prevenir los litigios y para mantener la unidad de derecho. He allí motivos de interés general que siguen siendo aplicables sea cual fuere el sitio en donde fué redactado el testamento. Luego no debe permitirse á los testadores que se substraigan á la ley, disponiendo en país extranjero.

Háanse dado, además, otras razones en apoyo de la opinión que nosotros hemos abrazado, las cuales son muy discutibles. Y las razones malas comprometen la causa que deben defender. ¿Es cierto que el testamento conjuntivo es una *manera de disponer* á título gratuito que rechaza el artículo 893, supuesto que no admite otras más que la donación y el testamento? (1) Si el artículo 893 implicara la prohibición de los testamentos conjuntivos, el artículo 968 sería inútil; luego testar conjuntivamente, no es disponer de una manera no reconocida por el artículo 893. Lo que

1 Massé y Vergé sobre Zachariae; t. 3º, pág. 81, nota 5.

lo prueba, es que los donativos manuales son válidos por más que ningún texto formal los autorice. En otros términos, donar ó testar conjuntivamente, es siempre hacer una donación ó un testamento. Así, pues, no es un tercer modo de disponer á título gratuito, que sería nulo por tal título.

Marcadé dice que el artículo 968 establece una prohibición para las personas. (1) ¿Quié debate decir que esto sea un estatuto personal? El autor no dice eso; claro es que no se trata del estado de las personas, ni de la incapacidad que resulta de ese estado. Por lo mismo, el motivo aducido por Marcadé no decide nada, porque nada dice.

146. ¿Dos personas pueden disponer una en provecho de la otra, ó en provecho de un tercero, por medio de escrituras separadas? Se ha fallado la afirmativa, la cual no es dudosa. El mismo texto del artículo 968 lo dice implícitamente; prohíbe que se disponga en *la misma escritura*, luego permite que se disponga por escrituras separadas, porque la ley permite todo aquello que no prohíbe. ¿Se dirá que esto es eludir la prohibición? No, la ley no da á entender que se impida que dos personas testen una en favor de la otra; lo que prohíbe, es que estas disposiciones estén unidas por un lazo común, porque á causa de esta reunión en una misma escritura de dos voluntades que se hallan colocadas en una dependencia recíproca, no se sabe si la revocación de una acarreará la revocación de otra. Cuando, al contrario, las dos disposiciones, aunque mutuas, se hacen por escrituras separadas, tienen cada una de ellas una existencia propia é independiente, forman dos testamentos distintos que están regidos por el derecho común. Luego uno de los testadores puede revocar sin que el otro lo sepa y sin que de aquí pueda inferirse que el otro testamento esté también revocado, y no estándolo, subsistirá

1 Marcadé, t. 4º, págs. 63 y siguientes, núm. 3 del artículo 999.

por eso mismo. El testamento hecho en provecho de uno de los testadores caduca por su prefallecimiento y el otro producirá sus efectos. Y si los dos testadores han dispuesto en provecho de un tercero, el derecho del legatario se abrirá por el prefallecimiento de uno de los disponentes, mientras que el otro podrá á toda hora revocar sus disposiciones. En una palabra, se permanece bajo el dominio de los principios generales; he aquí por qué no había razón alguna para prohibir esas disposiciones.

La corte de casación lo decidió así en un caso en que la cuestión podía parecer dudosa. Los dos testamentos estaban escritos el uno en el *recto*, el otro en el *verso* de la misma hoja de papel. De esto resultaba que los dos testamentos eran materialmente inseparables; pero lo que la ley prohíbe no es la unión material, sino la jurídica. Ahora bien, los dos testamentos, aunque escritos en la misma hoja de papel, no por eso dejaban de ser independiente uno de otro; cada uno de los dos testamentos, completo y válido por sí mismo, no estaba sometido á ninguna condición de existencia ó de ejecución tomada de las disposiciones del otro testamento. De aquí resultaba que cada uno de los testadores conservaba completa libertad para revocar su testamento, sin verse coartado por una correlación jurídica y obligatoria entre las dos escrituras; lo que hacía inaplicable la prohibición del artículo 968. ¿Se dirá que si no hubiera vínculo jurídico entre las dos disposiciones, si había un vínculo moral? Esto es incontestable; pero ese vínculo moral no produce ningún efecto en derecho; de él resulta un deber de delicadeza, para aquél de los testadores que quiere revocar su testamento, de avisarlo al otro; pero dicho deber no tiene ninguna sanción ni ninguna consecuencia jurídica. (1)

147. Las consecuencias legales están á veces en oposi-

1 Demante, t. 4º, pág. 265, núm. 113 bis.

ción con la voluntad de los testadores. Un marido lega á su mujer todos los bienes que él deje á su fallecimiento, y agrega que hace tal donación con la condición de que todos los bienes que compongan la sucesión de su mujer se repartan por porciones iguales entre los herederos de su mujer y los suyos. El mismo día, la mujer hace un testamento idéntico en provecho de su marido. Después del fallecimiento de la mujer, que sobrevivió á su marido, sus herederos proceden á la partición de su sucesión, con exclusión de un hermano del marido. Este pide la ejecución del testamento que le asigna la voluntad de los bienes dejados por la viuda. Su pretensión fué rechazada, y tenía que serlo. Los dos testamentos hechos reparadamente, no eran un testamento conjuntivo, luego eran válidos como disposiciones de última voluntad. En cuanto á las disposiciones tomadas por los dos testadores, quedaban sometidas al derecho común. Ahora bien, conforme á este derecho, el testador no puede disponer de lo que le pertenece, y, en el caso de que se trata, cada uno de los testadores había dispuesto de lo que no le pertenecía; en efecto, por el fallecimiento del marido, la mujer venía á ser propietaria de los bienes que aquél dejaba; ella los transmitía, con su propio matrimonio, á sus herederos. Por lo mismo, el marido no podía disponer de los bienes que su mujer dejase. En consecuencia, la voluntad de los disponentes no recibía ejecución. (1) No hay más que un medio de lograr el objeto que se proponían los dos cónyuges, y es hacer un legado en usufructo en provecho del superviviente.

Núm. 6. Del testamento hecho por un francés en el extranjero ó por un extranjero en Francia.

1. Cómo puede testar el francés en el extranjero.

148. El artículo 999 dice: "Un francés que se halle en 1 Casación, 2 de Mayo de 1842 (Daloz, "Disposiciones," número 178, 6^o) y 11 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 471).

país extranjero podrá hacer sus disposiciones testamentarias por escritura privada, así como se prescribe en el artículo 970, ó por escrituras auténticas con las formas acostumbradas en el lugar en donde se tire la escritura." Esta disposición da lugar á numerosas dificultades. Es una aplicación de la máxima: *Locus regit actum*. En principio, las escrituras son válidas en la forma si se tiran conforme á las leyes del país en que es recibida la escritura. Nosotros hemos expuesto el sentido y el alcance de este adagio al tratar de los estatutos reales y personales. La primera cuestión que se presenta en saber si esta vieja máxima forma un estatuto personal ó un estatuto real. Se enseña que no es ni lo uno ni lo otro, en el sentido de que la facultad de testar, en la forma ológrafa, auténtica ó mística, no depende ni de la capacidad del disponente, ni de la transmisión de los bienes de que él dispone. (1) Es claro que esto no es un estatuto personal; esta expresión tiene un sentido limitado, y no se aplica más que á las leyes que norman el estado de las personas y la capacidad ó la incapacidad que resulta. La expresión de *estatuto real* tiene una significación más extensa; desde el momento en que la validéz de una escritura, sea en cuanto al fondo, sea en cuanto á la forma, esté regida por la ley del país en donde se tire la escritura, puede decirse que el estatuto es real. En este sentido la máxima: *Locus regit actum*, forma un estatuto real. Por otra parte, en razón de las circunstancias físicas, morales, políticas, por lo que las formas varían de una nación para otra; en este respecto, las leyes que las rigen son reales, y tal es el fundamento racional del adagio cuyo alcance hemos examinado en su aplicación á los testamentos (t. I, núm. 99). Hay que distinguir, según el artículo 999, entre los testamentos auténticos y los ológrafos.

1 Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 3^o, pág. 7, nota 91. Demolombe, t. 21, pág. 433, núm. 484.