

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.

I. De los testamentos auténticos.

149. El artículo 999 dice que el francés puede testar en el extranjero por escritura auténtica, con las formas acostumbradas en el lugar en que se haya tirado la escritura. ¿Qué debe entenderse en esta disposición por escritura auténtica? El código define la escritura auténtica de que ha sido recibida por oficiales públicos que tienen el derecho de instrumentar en el lugar en que se redactó la escritura con las solemnidades requeridas. Se subentiende que si el testamento es recibido en el extranjero por un oficial público conforme á las leyes del país, la escritura es válida; se está entonces en el texto y en el espíritu del artículo 999. ¿Pero es de toda precisión, para que el testamento sea auténtico y válido como tal, que un oficial público intervenga en él? Esto equivale á preguntar si el artículo 1,517 rige las escrituras hechas en el extranjero. A nosotros nos parece que es clara la negativa. Esto resulta del artículo 999 aplicado á los testamentos y, además, del texto y del espíritu de dicho artículo. ¿Por qué son válidas las escrituras en la forma cuando se reciben conforme á las leyes del país en donde se tiran? Porque al legislador de cada país incumbe el determinar cuáles son las formas que, en razón del estado social, son las más á propósito para asegurar la libre voluntad de las partes que hacen la escritura. Luego á él también corresponde decidir si un oficial público debe ó no intervenir en los escritos para que sean auténticos. Exigir que las escrituras celebradas en el extranjero las levante un oficial público, siendo que la ley extranjera no prescribe esta condición para la autenticidad, equivaldría á imponer nuestro estado social al extranjero, lo que está en contradicción con el adagio. De esto resultaría un contrasentido en la práctica. Ha sido una razón de utilidad, ó por mejor decir, de necesidad, lo que ha hecho que se adopte el adagio en todos los países. Como las formas varían

de un país para el otro, es imposible exigir que la escritura, para que sea auténtica, sea recibida por un oficial público, porque puede suceder que no haya oficiales públicos que tengan por misión dar la autenticidad á las escrituras; de suerte que, si se aplicara el artículo 1,137 á las escrituras recibidas en el extranjero, las partes podrían hallarse en la imposibilidad de tirar una escritura auténtica. Esto es absurdo, supuesto que el objeto del adagio, que es una regla del derecho civil internacional, es precisamente facilitar la redacción de las escrituras en todo país.

Tal es el derecho común, que no nos parece dudoso. Queda por saber si el artículo 999 deroga el derecho común. El texto, por el contrario, lo mantiene, y distingue entre los testamentos ológrafos y los auténticos. Al permitir á los franceses que testen en el extranjero en la forma ológrafa, la ley agrega: así como lo prescribe el artículo 970; mientras que, al hablar de la escritura auténtica, la ley dice: "con las formas acostumbradas en los lugares en donde se haya celebrado la escritura." Ahora bien, la intervención de un oficial público es una de esas formas; luego la ley del lugar será la que decida si esa intervención es ó no necesaria. Tal es la opinión general. (1)

150. La corte de casación ha aplicado este principio á un testamento otorgado en Inglaterra en la forma que allí se estila para los testamentos solemnes, es decir, sin intervención de un oficial público. El testamento estaba redactado por un tercero; el testador había declarado su voluntad en presencia de cuatro testigos, la escritura estaba firmada y sellada por el testador y los testigos: el testamento otorgado de esta suerte se tiene por auténtico. El primer juez lo declaró nulo por razón de que una escritura no es auténtica sino cuando la recibe un oficial público

1 Dalloz; núm. 3,410, y los autores que allí se citan.

A recurso de apelación, la decisión fué anulada, y la corte de casación mantuvo la sentencia. La corte se funda en el texto del artículo 999, que remite expresamente á las leyes extranjeras. Ella cita además el artículo 994 que prevee el caso en que un testamento se otorga en el caso de un viaje marítimo, cuando el buque ha abordado á tierra extranjera: la ley dice que, en este caso, el testamento será válido, si se ha otorgado según las formas acostumbradas en los países en que se ha otorgado la escritura; lo que confirma el adagio. Por otra parte, no había razón ninguna para derogarlo. La ley pretende favorecer á los franceses que se hallan en el extranjero, y les permite que testen en la forma ológrafa aun cuando las leyes extranjeras no admitiesen ese testamento; ¿por qué habría exigido ella la intervención de un oficial público en un lugar en que no hay oficiales públicos? Esto habría equivalido á poner á los franceses en la imposibilidad de testar en Inglaterra en una forma solemne, y aun de hacer ningún testamento, si les fuera imposible hacer un testamento ológrafa.

151. La cuestión se pone dudosa cuando el testamento es recibido en un país extranjero, según una forma reconocida por la ley de ese país, sin intervención de un oficial público, siendo que la ley extranjera reconoce también un testamento auténtico recibido por un oficial público. Este caso se ha presentado para un testamento hecho en la Luisiana. La ley del país admite tres formas de testamento: el ológrafa, el místico y el nuncupativo. El testamento nuncupativo puede recibirse de dos maneras: en presencia de un notario y de tres testigos, ó bajo firmas privadas de puño y letra; sea del testador, sea de una persona extraña en presencia de cinco testigos; el testamento hecho de este modo, al fallecimiento del testador, debe ser entregado y confirmado de nuevo por la afirmación verbal de tres testigos por lo menos que hayan asistido á su confección, y

no se vuelve ejecutorio sino después que el juez ha reconocido la sinceridad de la escritura. Este es el testamento inglés de que acabamos de hablar (núm. 150), mientras que el otro testamento recuerda el testamento por escritura pública del derecho francés; uno y otro son auténticos. ¿El francés tiene la elección? ¿ó debe ser que él haga recibir sus últimas voluntades por un notario? Hay un motivo para dudar, y es que nada se opone á que él haga un testamento auténtico en el sentido del artículo 1,317, supuesto que, al decir de la corte de Pau, esta forma se ha introducido precisamente por interés de los habitantes de la Luisiana que son de origen francés. La objeción tiene poco valor, si se admite, como lo hemos enseñado, que el artículo 1,317 no se aplica á los testamentos recibidos en el extranjero (núm. 149). Resulta de aquí que la autenticidad está definida por la ley extranjera, y si esta ley consagra varias formas auténticas, debe haber libertad por todas las personas, extranjeras ó indígenas, de elegir aquella de esas formas que ellas prefieran. Se objetaba que los testamentos de esa especie se llaman testamentos nuncupativos bajo firmas privadas; y ¿no es esto decir que son escrituras bajo firma privada? No, dice la corte de casación; la presencia de cinco testigos al dictarse la escritura, y el reconocimiento que de ella hacen bajo la fe del juramento, la intervención del juez encargado de recibir la prueba, constituyen un conjunto de formalidades que son suficientes para dar al testamento la autenticidad exigida por el artículo 999. (1)

152. Hay una nueva dificultad cuando el testamento es puramente verbal. Este es el testamento nuncupativo propiamente dicho. Si en este testamento interviene un oficial público, su autenticidad no puede ponerse en duda. Según

1 Pau, 26 de Julio de 1853 y denegada, 3 de Julio de 1854 (Dallöz, 1854, 1, 512).

las leyes de Hungría, el testamento puede ser recibido por el juez de la nobleza y su asesor juramentado. El juez confiere la autenticidad á las escrituras que se otorgan ante él, tanto como el notario. Esta se resolvió así por la corte de casación. (1)

Se ha presentado un caso más singular. Un israelita francés testa en Jerusalem, según las formas reconocidas por la ley oral de los judíos, ante dos testigos que recogen su voluntad por escrito y presentan la escritura ante la cámara de justicia ó tribunal rabínico, el cual declara auténtico el testamento. ¿Es válido este testamento? Puede desde luego preguntarse si la *ley oral de los judíos* es realmente una ley del país; como los judíos no tienen patria, ¿los de Jerusalem así como los de Europa pueden tener una ley nacional? En Francia y en Bélgica, ya no la tienen, porque se confunden con el resto de la nación. Un judío extranjero no podría, pues, testar, entre nosotros, según la ley oral de los israelitas, invocando esta ley como ley del país. Pero la Turquía deja á las poblaciones conquistadas el derecho de regirse por sus leyes; así, pues, la ley oral de los judíos forma parte de las leyes del Estado, y, en consecuencia, pueden invocarla los extranjeros que pertenecen á la raza israelita. Quedaba una dificultad. ¿Cuáles son las formas prescriptas por la ley oral? El testamento no figura en la ley escrita; luego debe consultarse la ley oral. Se ha fallado que el testamento recibido por dos rabinos, no en esta calidad, sino como testigos, es válido, porque "todo incluía á creer que se hizo en las formas seguidas en Jerusalem por los israelitas." Este motivo pareció extraño al relator de la corte de casación. En derecho, no existen los poco más ó menos. Un testamento recibido en el extranjero no es válido sino cuando es conforme á

1 Denegada, 30 de Noviembre de 1831 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 3,412, 1º).

las leyes del país; ¿es regular, sí ó no? No hay punto medio entre el sí y el no? Pero importa poco la forma dubitativa de los motivos, con tal que esté bien establecido que el testamento es conforme á la ley oral. Después de una laboriosa pesquisa, el relator concluye que el testamento es conforme á la ley oral, es decir, que es válido. La corte de casación ha tenido que limitarse á decidir que resultaba de la ley oral de los israelitas que el testamento litigioso era regular y auténtico según las formas usadas en Jerusalem. (1)

153. Se presenta una última dificultad acerca de las formas en las cuales los franceses pueden testar en el extranjero. Hay formas que no son ni ológrafas ni auténticas; ¿el testamento otorgado por un francés en esta forma será válido? El código dice que el francés puede testar por testamento ológrafo en las formas prescriptas por el artículo 970, ó por escritura auténtica. ¿Resulta de aquí que no puede testar sino en una de estas formas? La cuestión es debatida. En apariencia, el texto lo decide, supuesto que exige una escritura auténtica. Pero el artículo 999 no está concebido en términos prohibitivos ó restrictivos. Decir que el francés podrá disponer en tales ó cuales formas, no es decir que sólo puede hacerlo en dichas formas. Si se entendiera la expresión *escritura auténtica* en un sentido restrictivo, derogaría el adagio: *Locus regit actum*, sin que hubiera un motivo cualquiera para justificar dicha derogación. El espíritu de la ley, lejos de ser restrictivo, es el de extender el derecho común; vamos á ver que el artículo 999 permite que se haga un testamento ológrafo en los países cuya ley no admite esa forma de testar. ¿Por qué había de prohibir que se testara en una forma no auténtica admitida por la ley extranjera? (2)

1 Denegada, 19 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 81).

2 Demolombe, t. 21, pág. 444, núm. 475. Mourlon, según Valetle,

Esta decisión á nuestro juicio, se aplica al testamento místico, tal como la organiza el código civil. Este no es un testamento ológrafo, ni auténtico. Más adelante insistiremos acerca de este punto. Se ha fallado en sentido contrario, que la forma mística, en la legislación sarda, que no hace más que reproducir el código Napoleón, confería al testamento el carácter de la autenticidad; lo que permite que se aplique el texto del artículo 999. La corte de casación no ha hecho más que confirmar una sentencia de la corte de París, la cual decide que el acta de sobrescrito se enlaza indivisiblemente con la escritura emanada del testador y confiere al testamento un carácter solemne. (1) Solemne, sí, pero no auténtico. El testamento ológrafo es también solemne, supuesto que tiene formas prescriptas para su validez; sin embargo, no es un instrumento público. A nuestro juicio, basta que el testamento místico esté autorizado por la legislación extranjera para que el francés pueda testar en dicha forma, sin que haya lugar á examinar si la escritura es ó no auténtica.

154. La aplicación al testamento de la máxima *Locus regit actum*, da lugar á varias dificultades. Para decidir si la escritura es válida ó nula se necesita naturalmente consultar la ley extranjera. Se ha intentado interpretar la ley extranjera por el código civil, exigiendo, bajo pena de nulidad, la observancia de las formas rigurosas que él prescribe. El error es palpable. Importa poco que las formas de nuestro código se funden en la razón, ésto no autoriza que el intérprete transporte nuestra legislación á otra extranjera, á menos que ésta no haya hecho más que reproducir el código Napoleón. (2)

t. 2º, pág. 355. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 5º, pág. 485, nota 1, pfo. 661.

1 París, 19 de Abril de 1853 y denegada, 28 de Febrero de 1854 (Daloz, 1851, 1, 125).

2 Colmar, 23 de Enero de 1829 y denegada, 30 de Noviembre de 1831 (Daloz, núm. 3, 412, 1º).

155. Nace ahora la cuestión de saber quién debe probar que la escritura que se produce es ó no conforme á la ley extranjera. Se ha fallado que un testamento recibido en Madrid por un notario *se presume* que fué redactado según las costumbres prescriptas por la ley española. (1) La palabra *presunción* de que se sirve la corte es inexacta; no hay presunción sin ley, y ¿en dónde está la ley que establece la presunción que la corte de Tolosa invoca? Hay que aplicar los principios generales que rigen la prueba. Al legatario es á quien corresponde probar la existencia del legado. El rinde la prueba produciendo el testamento. Los que pretenden que el testamento es nulo, deben probarlo. Este principio recibe su aplicación sin dificultad; el testamento recibido por un oficial público, y la firma del notario da á la escritura el carácter de autenticidad. ¿Sería lo mismo de un testamento en el cual no interviniese ningún oficio público, tal como un testamento nuncupativo? A nosotros nos parece que, en este caso, al actor es á quien corresponde probar que la escritura que él produce es un testamento, es decir, que reúne los requisitos exigidos por la ley extranjera.

156. La aplicación de estos principios ha sugerido una dificultad que la corte de París ha resuelto en términos demasiado absolutos. Un testador testa en la isla de Cuba; él no conocía la lengua español, y el notario no conocía la lengua francesa, que era la del difunto. Se ha fallado que podía uno servirse del ministerio de un intérprete; la sentencia supone que los testigos deben conocer las dos lenguas. (2) ¿No es esto hacer la ley, en lugar de interpretarla? Ante todo habrá que consultar la ley española, para decidir si ella permite testar por órgano de un intérprete y cuales son, en este caso, las calidades que deben reunir

1 Tolosa, 11 de Mayo de 1850 (Daloz, 1852, 2, 64).

2 Tolosa, 11 de Mayo de 1830 (Daloz, 1852, 2, 64).