

ra la validez del testamento, ni tampoco dispositivas, la firma será válida; pero que no lo será cuando le siga la fecha, porque ésta es la que debe ir antes; ó bien cuando á la misma firma sigan otras disposiciones. M. Demolombe está conforme con la distinción, añadiendo otras por su parte y acabando por decir que esta cuestión es puramente de hecho. Pero no; lo de la firma no es simple cuestión de hecho. ¿Acaso se podrían reputar como firma el nombre y el apellido del testador que encabezaran el instrumento? En verdad que no. Y otro tanto habría que decir de la firma que viniera en medio del testamento. En consecuencia, es necesario que ésta vaya absolutamente aparte, cuando menos en el sentido de que no sirva de complemento á una frase. (1)

228. Si el testamento contiene varias disposiciones distintas entre sí, ¿deberá estar firmada cada una de ellas? Es un principio que el testamento forma un sólo conjunto, aun cuando el testador deje varios legados á distintos legatarios. En ese caso, basta con una sólo firma. Pero no sucedería lo mismo, si después de escrito, fechado y firmado el testamento, agregara aquél nuevas disposiciones; porque entonces constituirían ellas un testamento aparte que necesitaría rigurosamente fecha y firma. Debe aplicarse por analogía á la firma lo que respecto de la fecha dijimos ya por confundirse corrientemente ambos elementos en el sentido de que al mismo tiempo de fechar, firma el testador su testamento (núm. 212).

Surge la misma cuestión cuando el testador escribió sus disposiciones en varias fojas, lo cual no obsta para la unidad del testamento, bastando por lo tanto que la firma vaya en la última foja. Otra cosa sería, empero, si las diver-

1 Coin-Delisle, pág. 348, núm. 42 del artículo 970. Troplong, tomo 2º, pág. 24, núm. 1,494. Compárese lo que en sentido opuesto dicen Aubry y Rau, t. 5º, pág. 499, y nota 23; Demolombe, t. 21, página 109, núm. 114 y las autoridades que ellos citan.

sas fojas contuviesen varios testamentos; la hipótesis entraría también en la que acabamos de citar. (1)

¿Deben ir firmados los *post-scriptum* y las disposiciones marginales? No, en el caso de que se confundan con el documento; pero sí, cuando fueren independientes de él. Hemos hecho antes ciertas reservas, y nos remitimos á lo ya expuesto (núms. 213-216).

*Núm. 2. De la fuerza probatoria del testamento ológrafo.*

229. Todas las cuestiones que miran á la prueba, son de extrema dificultad. El código trata de esta materia en el título de las *Obligaciones*: ¿pueden aplicarse á los testamentos los principios que en él asienta? Unos hay que sí, pero otros que no se pueden aplicar. Las reglas que determinan las pruebas son por su naturaleza generales, y no se puede formar de distinto modo la opinión del juez cuando se trate de contratos ó derechos reales, que cuando de testamentos ó de sucesiones. De aquí la necesidad de establecer como regla de interpretación la de que la fuerza probatoria de los testamentos ológrafos se rige por los mismos principios que el código establece en el título de las *Obligaciones*. ¿Qué principios son esos? Depende la contestación que se haya de dar á esta pregunta, de saber si el testamento ológrafo es instrumento auténtico, ó privado. El texto del código resuelve la dificultad. ¿Qué se entiende por instrumento auténtico? “Es aquel, dice el artículo 1,317, que está autorizado por *funcionarios públicos*, que tuvieran facultad para ello, en el lugar donde pasó el acto y con las solemnidades que se requieren.” Según esto, el testamento ológrafo en cuya formación ningún funcionario público interviene, no es instrumento auténtico, y lo será

1 Denegada, 29 de Junio de 1832 y Junio 21 de 1842 (Dalloz, números, 2,738, 2º y 2,649). Bruselas, 20 de Mayo de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 182, (Dalloz, núm. 2,735).



por ende privado. El artículo 999 lo dice con todas sus letras: "El francés que se encuentre en país extranjero podrá otorgar sus disposiciones testamentarias en *instrumento privado, como lo dispone el artículo 970.*" La ley misma califica, pues, de instrumento privado el testamento ológrafo.

Lo que la ley decide no puede discutirse, y así, hay que admitir como fuera de toda duda que el testamento ológrafo es instrumento privado. Empero abundan tanto los errores en este punto, que nos vemos en el caso de insistir sobre las nociones más elementales, á efecto de oponer principios claros y precisos á las ideas vagas y falsas que se sustentan. "El testamento ológrafo, dice Troplong, es de tanta solemnidad como el auténtico, en cuanto á que trae consigo mismo la prueba de lo que él contiene. (1) Para aceptar en sentido natural esta proposición, habría necesidad de decir del testamento ológrafo lo que el artículo 1,319 dice del instrumento auténtico; esto es, que hace fe plena. O éste es el sentido que entraña todo lo que Troplong sigue diciendo, ó es menester decir que no son más que palabras todo ello. "El testamento es verdadera ley que preceptúa para lo porvenir." Pero qué, ¿por ventura no es la ley un instrumento auténtico por excelencia? "El testador, dice el autor francés, hállase colocado *en cierta manera* á la altura de un *funcionario público* que imprime la *certidumbre* al documento del cual es *ministro.*" He aquí una de aquellas frases sonoras en que no se encuentra ningún sentido, luego que se las analiza. ¿Será que hay dos clases de funcionarios públicos? ¿Será que los hay en realidad y los hay también *funcionarios públicos en cierta manera*? ¿Cómo un simple particular, que apenas se puede trazar unas cuantas líneas, había de ser funcionario público, había de ser el ministro de la ley? ¿Qué se quiere decir con aquello

1 Troplong; t. 2º, pág. 23 y 25, núms. 1,492 y 1,498.

de que el testador imprime la certidumbre al documento que él mismo escribe? ¿Qué el testamento ológrafo es instrumento auténtico? Troplong no se atreve á afirmar tal cosa, sino que solamente dice que el tal testamento tiene el mismo valor que un documento *público y solemne.* ¡Un documento *público!* Y ¿qué es documento *público?* Dice el código que el testamento autorizado por notario es un testamento hecho *en instrumento público.* ¿Será ese el sentido en que llama Troplong instrumento público al testamento ológrafo? Pero esto equivaldría á decir que el tal testamento es instrumento auténtico, siendo así que Troplong formalmente dice que no menos privada es la escritura de que se compone, y cita el artículo 999, demasiado claro, puesto que llama *instrumento privado* al testamento ológrafo. ¿Que se sigue de ahí? ¿Qué el dicho testamento es instrumento solemne? Estamos conformes. Pero ¿qué tiene de común la *solemnidad* con la *fuerza probatoria* del documento? Esto no es más que confundir dos órdenes de ideas y de principios totalmente distintos. Dícese que un instrumento es *solemne*, cuando la ley prescribe ciertas formalidades para que él exista; y así, las *formalidades solemnes* son extrañas á la *prueba* que resulta del instrumento mismo. El testamento, lo mismo que la donación, son instrumentos solemnes en el sentido de que ni el uno ni la otra existirán mientras no se observen las penalidades que la ley previene en ellos. Por lo mismo, sin esas formalidades no existirá á los ojos de la ley el instrumento, será nada, pero sí existirá con ellas. ¿Cuál será su fuerza probatoria? Esto pertenece á otro orden de ideas. La fuerza probatoria de un documento está en saber si éste fue autorizado por funcionario público, ó si es obra de un particular. La donación debe ir autorizada por funcionario público, y es instrumento auténtico que hace fe plena, dice el artículo 1,319; esto es, que hace fe hasta en cuanto á los hechos falsos que



asiente el funcionario público dentro de la órbita de sus atribuciones. ¿Sucederá lo mismo con el testamento ológrafo, que también es instrumento solemne? Ciertamente que no, y nadie se atrevería á sostener tal cosa; porque solemne y todo, es un instrumento privado que por consiguiente no hace fe por sí mismo, al no intervenir en él ningún funcionario público que autorice lo que escribió el testador. Decir, pues, que el testamento ológrafo es instrumento solemne, para concluir de ahí que tiene cierta fuerza probatoria, es entremezclar y confundir dos cosas esencialmente distintas, á saber: la solemnidad que estriba en la sustancia del documento, y la prueba que de él resulta. Si insistimos en nociones tan elementales como éstas, no es sino porque la confusión que reprobamos á Troplong se halla en la jurisprudencia también y hasta en las sentencias de la sala de casación. (1) Tal confusión, como toda inexactitud de la idea y del idioma, es de consecuencias funestas, en las que tendremos ocasión de volver á ocuparnos cuando entremos en pormenores respecto de este difícil punto, que si se ha vuelto así, es debido á la jurisprudencia establecida en la sala de casación, la cual desconoce los principios más ciertos y se obstina en desconocerlos, á pesar de la demostración matemática que los autores han hecho de sus errores.

230. El testamento ológrafo se deposita en una notaría, extendiendo el notario una acta relativa á ese depósito. ¿Cuál será el efecto que produzca el depósito mismo en la fuerza probatoria del testamento? Suponemos que con el hecho de depositar el testador su testamento, reconoce que está completamente escrito de su puño y letra. De lo cual, sácase por consecuencia, que fué reconocida ya esa escritura, y que no habrá, por lo mismo, lugar á certificarla.

1 Denegada, 23 de Abril de 1838 (Daloz, "Disposiciones," número 2,738, 1º).

Hay en esto nueva confusión de ideas, (1) comenzándose por confundir el acta de depósito con el acta de reconocimiento, como se confunde también el reconocimiento hecho por el testador con el que haría de la escritura un heredero á quien el legatario objeta con el testamento. El acta de depósito, como la palabra lo está diciendo, tiene por único objeto depositar un documento en manos de un notario que es el encargado de su conservación, con lo cual queda el documento tal como es sin que se haya cambiado nada ni en su naturaleza ni en su fuerza probatoria. ¿Qué importa que declare el testador haber escrito él mismo todo el documento y que el notario haga constar en una acta aquella declaración? Todo lo que esto prueba, es el hecho material de que tal declaración fué hecha ante notario, el cual levantó una acta sobre el particular. ¿Pero probará aquello al mismo tiempo que en realidad el testador escribió el testamento? De ninguna manera; porque el notario no certifica que aquel que se presenta á depositar el documento haya sido realmente quien le escribió; ni podía certificar tal cosa, por no haber visto cómo se escribió. Lo único que el notario certifica, es la declaración que bien puede no ser cierta, y que por lo tanto, en nada podría hacer cambiar ni la naturaleza del instrumento, ni su fuerza probatoria. Error es confundir aquel reconocimiento con el de que se trata en el título de las *Obligaciones*. El legatario opone el testamento ológrafo al legítimo heredero, quien reconoce que está escrito, fechado y firmado por el testador. He ahí la circunstancia que imprime á un documento privado la misma fuerza probatoria que al auténtico (art. 1,322). Hay una diferencia total entre una declaración cuya verdad no se puede comprobar con nada, y el reconocimiento que hace de la escritura la

1 Troplong, núm. 1,499. Compárese Duranton, t. 9º, pág. 62, número 45; Coin-Delisle, pág. 457, núm. 3 del artículo 1,008. Grenier, núm. 292).



parte interesada en desconocerla. Este reconocimiento, como cualquier otra confesión, hace fe; mas la declaración no prueba sino el hecho material de que la declaración se recibió por un notario. (1)

Hay otra clase de reconocimiento. Al prescribir la ley hipotecaria belga la transcripción de los documentos translativos derechos reales sobre inmuebles, dispone que no se admitan para la transcripción más que los auténticos, con los cuales asimila los privados *reconocidos* judicialmente ó *ante notario*. ¿Qué género de *reconocimiento* es el de que se trata? No es una simple declaración de que el documento emana de aquél que le reconoce; el autor del tal documento remite lo escrito al notario, y éste le transcribe en el acta que levanta para hacer constar que fué reconocido por el comparente. Ese escrito equivale, pues, á un instrumento notariado, y se convierte en auténtico (art. 2). El artículo 76 contiene una disposición análoga para la hipoteca convencional, estableciendo que no puede consentirse esa hipoteca sino en instrumento auténtico, ó en *instrumento privado*, pero reconocido *judicialmente* ó *ante notario*. No es posible que el artículo 76 se refiera á una simple acta de depósito con reconocimiento de escritura, porque la hipoteca es un contrato solemne que requiere para su existencia un documento auténtico; luego es preciso que el privado se transforme en auténtico, lo que no puede tener lugar sino cuando en el acta de reconocimiento se hace relación de las disposiciones contenidas en el primero de esos documentos. ¿Puede reconocerse en esa misma forma el testamento ológrafo? No, puesto que el tal testamento jamás puede llegar á ser auténtico, dado que son esencialmente distintas las solemnidades de uno y otro testamento. ¿Equivaldría por lo menos el reconocimiento al que hiciera de lo escrito el heredero? Es ésta una cues-

1 Demolombe, t. 21, pág. 146, núm. 143.

tión por demás ociosa, por ser de pura teoría; y así, nos concretamos á hacer constar que en derecho antiguo se admitía el reconocimiento que se hiciera judicialmente ó ante notario de un testamento ológrafo. Furgole dice que en este caso el testamento se convierte en escritura pública (1); pero dudamos que pueda acontecer tal cosa bajo la vigencia del código civil, porque entonces tendríamos una cuarta clase de testamentos, y el artículo 893 dice que no se puede disponer de los bienes propios por causa de muerte sino con las formalidades *establecidas á continuación*, lo cual excluye el testamento escrito por el testador y reconocido ante notario, con el efecto de que ese mismo testamento llegara á ser escritura pública, esto es, auténtica.

231 Se ha resuelto que el depósito que de orden judicial y muerto ya el testador se hace en poder del notario, imprime autenticidad al instrumento, y de ahí llegó á deducir el tribunal que no podría ser atacado más que de falsedad. (2) Mencionamos aquella resolución sólo para demostrar hasta dónde ha llegado la incertidumbre de la jurisprudencia en este punto; y si tal incertidumbre hay, debemos culpar de ella á los intérpretes. ¿Cómo es que todo un tribunal de alzada pudo resolver que un simple depósito, decretado por el juez sin conocimiento de causa y fuera de juicio, tiene poder de transformar en auténtico su instrumento privado? Esto no se concibe más que teniendo presente la influencia de la preocupación, que considera el testamento ológrafo como instrumento no privado. Creemos inútil demostrar el error del tribunal de Turin, cuando es palpable.

232. La ley da, en el título de las *Obligaciones*, las reglas para apreciar la fuerza probatoria de los instrumen-

1 Furgole, cap. 2º, sec. 6ª, núm. 1. Pothier, *Introducción al título 16 del uso en Orleans*, núm. 10. Compárese con Dalloz, núm. 2,738.

2 Turin, 10 de Enero de 1829 (Dalloz, núm. 2,741). Demolombe, t. 21, pág. 147, núm. 144.



tos privados, según las cuales no hacen éstos ninguna fe por sí mismos, sino sólo cuando hubieren sido reconocidos ó certificados judicialmente: en esos casos, hacen la misma fe que un instrumento auténtico. Por consiguiente, el reconocimiento ó la certificación es lo que les da su fuerza para probar; pero ninguna fe merecen mientras no fueren ó reconocidos ó certificados. Basta que aquel á quien se opone un documento privado le desconozca, ó bien que si es algún heredero suyo declare no reconocer la letra con que está escrito: el interesado tendrá entonces que pedir se proceda á certificar judicialmente el documento, y esto nos está demostrando que por sí mismo ninguna fuerza probatoria tiene. Por esa razón, la parte contra quien se presenta no está en el deber de combatirle. Pero á aquel que quiere utilizarle en provecho propio, es á quien incumbe la prueba, por ser el actor, que es quien debe probar el fundamento de su demanda; nada de lo cual tiene que hacer el reo (arts. 1,322-1,324).

¿Se aplican estas mismas reglas al testamento ológrafo? Hase hecho por separarlas con una denegación, sosteniéndose que los artículos 1,322-1,324, que figuran en el título de las *Obligaciones convencionales*, son extraños á la materia de testamentos; pero tal opinión extrema no ha encontrado apoyo. Aun cuando la sala de casación no aplique los principios tal como los acabamos de recordar, no niega que debe certificarse la escritura de los testamentos ológrafos; lo único que hace, es dejar la certificación á cargo de los herederos legítimos, siendo así que de acuerdo con los principios, tal cosa debería hacerse por el legatario que se vale del testamento. Admite, pues, la sala, que el ológrafo está sujeto á certificación, como lo está cualquier instrumento privado; y apenas si puede discutirse esto. Verdad es que el texto de los artículos 1,322-1,324 supone un deudor y un acreedor, así como que éste objeta

á aquel con el escrito privado; cierto es también que el testador que escribió el testamento no es deudor, y que nunca el legatario está en el caso de objetar con el testamento al testador.

Habiendo sido escrita para los contratos, la ley supone como presentes á un deudor y á un acreedor ó á sus herederos; pero se seguirá de aquí que no son aplicables los artículos 1,322-1,324 cuando no hay disputa entre un deudor y un acreedor? Raciocinar de ese modo, será raciocinar muy mal. La dificultad de saber cuál es la fuerza probatoria de los escritos destinados á hacer constaar hechos jurídicos, ocurre en multitud de casos que no son precisamente de obligaciones convencionales, y es menester dar reglas para resolverla. ¿De dónde habrémos de sacar las tales reglas? No hay más que las trazadas por el legislador en el título de las *Obligaciones* y es menester, en consecuencia, aplicarlas por analogía; porque donde hay identidad de causa debe haber una sólo resolución. De modo que la dificultad queda reducida á saber si los motivos por los cuales no hacen fe los documentos privados se han de aplicar también á los testamentos. La respuesta que en el caso debe darse es sencilla como concluyente. El instrumento privado no hace fe, porque ninguna fuerza probatoria puede tener por su naturaleza misma; los artículos 1,322-1,324 no hacen más que sentar principios que emanan de la naturaleza de la prueba. ¿Prueba alguna cosa aquél que se funda en un instrumento privado, sea cual fuere? Sí prueba siempre que ese documento proceda en realidad de aquel á quien se atribuye, pero no prueba cuando el instrumento proceda de otro. ¿Luego por sí mismo prueba el documento de quién procede? No, porque no hay con qué acreditar que sea obra de aquél á quien se atribuye. Luego es necesario probar antes que es obra su-



ya. ¿Cómo formar tal prueba? No se conciben otros que no sean las que establece el código: el reconocimiento de la persona á contra quien se presenta el documento de que se trata, y en defecto de ese reconocimiento á confesión, la información judicial. En consecuencia, las reglas contenidas en los artículos 1,322-1,324 existen independientemente de la sanción que les ha dado el legislador, y siempre habría que aplicarlas en todo caso aun cuando no fuesen de ley; lo cual está fuera de toda duda. Falta, pues, saber si en punto á testamentos, han sido derogadas esas reglas por el legislador.

Hay absoluta conformidad respecto al principio de que por sí mismo el testamento ológrafo no reconocido ni comprobado, no es instrumento auténtico, y así no hace fe cuando se prueba su falsedad. En consecuencia, bien se puede sostener, sin redargüirle de falso, que no es obra del testador. Mas no se puede pretender que haciendo fe por sí mismo el testamento, nada tenga que probar ni que acreditar el que le presenta. Haciendo abstracción de las circunstancias que vienen á complicar el caso, no es dudosa la cuestión. El testamento ológrafo es obra de un particular, es un instrumento privado, dice el artículo 999, y de ahí que por sí mismo no haga fe. De ahí también que el legatario no pueda decir que el testamento presentado por él mismo le dispensa de rendir cualquier otra prueba; puesto que en realidad, nada prueba. Si el testamento fuese auténtico, tendría razón el legatario para decir que no tenía nada que probar, toda vez que el instrumento auténtico hace fe por sí mismo, mientras que el ológrafo, que lo es privado, no hace ninguna fe, sino hasta que no haya sido reconocido ó comprobado. Ha lugar, pues, á que pruebe la autenticidad la parte que presenta el testamento; pero no ha lugar á exigir á la contraria la prueba de ser falsedad. Esto está fundado también en razón; porque aquél que presenta

un documento privado sencillamente alega algo, y á él le incumbe probar el fundamento de lo que alega. Con mayor razón, cuando se trata de un testamento, el cual importa una derogación de la sucesión legítima. El heredero natural tiene por su parte la sangre que corre por sus venas; quiere decir, cuenta en su favor con la ley de la naturaleza, ó como decía Domat, con la ley de Dios, para eludir la cual, se necesita una voluntad muy positiva del difunto; y ¿qué es lo que se presenta? Un escrito privado, simple alegación que viene abajo con la contradicción del heredero que manifiesta no reconocer la escritura que se le presenta. ¿Por ventura se ha de conceder á una simple alegación, contraída y destruida por ende, el poder de deshacer la obra de la naturaleza, que es la obra de Dios? Cuando desde las alturas de la teoría se descende hasta las relaciones de la vida real, se llega siempre á la misma conclusión. ¿No puede ser falso el testamento propuesto por el legatario? ¿Y no es verdad que basta con el peligro de que sea falso, para que se niegue toda fuerza probatoria á un documento que con tanta facilidad se puede confeccionar? ¿Será necesario añadir que en un documento auténtico es harto más difícil esa falsedad? Vemos por aquí cómo se aglomeran las reflexiones para dejar al testamento ológrafo en la categoría de los instrumentos privados, que ninguna fe hacen mientras no son reconocidos ni comprobados. (1)

233. Llegamos á la gran dificultad que, á decir verdad, no es una sólo; á saber: ¿corresponde al legatario probar que el instrumento presentado por él como testamento fué escrito, fechado y firmado por el testador; ó toca al heredero natural probar que el susodicho testamento no es obra del difunto? Decimos que verdaderamente no es una sólo

1 Demante, t. 4º, pág. 270, núm. 115 bis 8º. Compárese con Colmar, 12 de Julio de 1807 (Dalloz, núm. 2,736, 2º), Bruselas, 15 de Enero de 1829 (*Pasicrista*, 1829, 1º, 19).