

la cuestión que se presenta. El testamento de que aquí se trata es un instrumento privado; y á los que presenten un documento de este género toca promover la comprobación, desde el momento en que no reconoce la escritura la parte contra quien se presenta. Conforme al derecho común, el portador del instrumento es demandante y quien debe solicitar su comprobación. Este principio tiene aplicación respecto del legatario, por ser él quien hace uso del testamento; luego él también es quien debe probar que éste es obra del difunto. Tal es, por lo demás, la regla elemental en punto á prueba. ¿Corresponde rendirla al demandante? ¿Y quién lo será en el presente caso? Surge un conflicto entre un heredero legítimo y un legatario, el primero de los cuales debemos suponer que demanda la herencia al legatario que tiene en su poder los bienes. Es, pues, el actor ó demandante: ¿pero qué es lo que debe probar? Su calidad de heredero; y, una vez rendida esa prueba, el poseedor de la herencia la deberá abandonar. Si alega algún derecho como legatario, debe también probar esta calidad, porque opone una excepción á la demanda que se le entabla; y ya se sabe que el reo que se excepciona se convierte en actor en cuanto á la excepción, y se le aplica la regla *Actori incumbit probatio*. Mas ¿cómo habrá de formar su prueba? ¿Se bastará con la simple exhibición del testamento que le instituye como legatario? Esa prueba será decisiva tratándose de un testamento auténtico; pero ineficaz tratándose del ológrafo. En efecto, si el legatario opone un testamento de este género al heredero, podrá éste decir que no conoce la letra del difunto, lo cual será bastante motivo para que el legatario sea obligado á comprobar esa letra. Esto es de derecho común.

234. Preténdese, empero, que la ley derogue el derecho común. Fuerza es que veamos por de pronto en qué consiste esa derogación. La sala de casación resuelve que na-

da tiene que probar el legatario, y echa la carga de la prueba sobre el heredero; pero no lo resuelve así en términos absolutos y para cualquier hipótesis. De ahí la conveniencia de precisar bien el caso que la jurisprudencia deja la prueba á cargo del heredero. Supónese que no hay herederos reservados: en ese caso, el legatario universal es deudor de pleno derecho (art. 1,006), lo que quiere decir que tiene la posesión y propiedad de los bienes que componen el acervo sin obligación alguna por su parte de entablar demanda ni de establecer hecho alguno; es poseedor y propietario en virtud de la ley, y nada tiene que demandar al heredero, como lo dice terminantemente al artículo 1,006. Sin embargo, quiere la ley que tratándose del testamento ológrafo, antes de procederse á su ejecución se presente al presidente del tribunal, quien manda instruir el expediente relativo á la presentación, á la apertura y al estado en que se halló el testamento, disponiendo después que se deposite en una notaría. Hecho esto, debe ponerse en posesión de la herencia al legatario, mediante providencia que el presidente dicta al calce de una solicitud con la cual se ha de acompañar el acta de depósito del testamento (arts. 1,007 y 1,008). Cumplidas, dice la sala de casación, estas diversas formalidades, tiene el legatario la ocupación de hecho y de derecho de los bienes que constituyen el acervo, sin que haya de pedir nada á los herederos.

Si éstos niegan la escritura y la firma del testamento, ¿á quién tocará probar la verdad ó la falsedad de éste mismo? Contesta la sala diciendo que nada tiene que probar el *heredero testamentario*, puesto que tiene el mismo tiempo la posesión de hecho y de derecho. Corresponde, pues, á los herederos legítimos, que son los que ejercitan una acción contra el legatario, la prueba de que el testamento no es verídico á menos que haya en él graves moti-



vos de presunción que afecten al carácter de un título declarado judicialmente como ejecutivo. (1)

Tal es la forma principal en que se presenta la doctrina consagrada por la jurisprudencia constante del tribunal de casación y admitida por casi todos los de apelación de Francia. ¡Cosa notable! Siempre se han declarado los de Bélgica por la opinión contraria, es decir, por la aplicación de los principios generales, según los cuales corresponde la prueba de la verdad de un documento privado á aquél que le presenta, ó lo que es lo mismo, en el caso especial que nos ocupa, al legatario universal. Bélgica es un país de derecho consuetudinario; Francia ha tenido por espacio de algunos siglos sus provincias de derecho escrito, y aun en el día el derecho romano ejerce en ella su dominio imperioso..... íbamos á decir tiránico. Ahora bien, para los jurisconsultos romanos, el verdadero heredero es el instituido en el testamento, y el único que representa al difunto; si llegan á perturbarle los herederos legítimos, se convierten en sus demandantes, y que prueben entonces que el testamento no es verídico. La presunción de verdad está á favor del testamento, y por lo mismo del heredero instituido en él, que es necesariamente su defensor. Lo que nos hace creer que en la formación de la jurisprudencia francesa han influido las ideas romanas, es que la sala de casación califica al legatario de *heredero testamentario*. El código civil ignora este calificativo por no conocer más herederos que los legítimos; los intérpretes y, sobre todo, la sala de casación, guardián de la ley, deberían evitar el uso de expresiones que recuerdan ideas y principios que rechaza el legislador moderno. Es verdad que ha concedido la posesión al legatario universal cuando concurre con herederos no reservados; la cual importa una transacción entre el derecho romano y el consuetudinario; pero

1 Casación, 16 de Junio de 1830 (Daloz, núm. 2,745, 2°).

á pesar de esa transacción, jamás califica el código de legatario al heredero testamentario, pues los únicos que para él tienen ese carácter son los herederos por razón de la sangre, los herederos legítimos, los herederos que el mismo Dios formó para servirnos de la hermosa expresión inventada por nuestras costumbres. He ahí un orden de ideas muy distintas de las ideas romanas. Si surge algún conflicto entre el heredero que ha recibido de Dios su derecho y el legatario que se le ha debido al hombre, ¿quien de los dos tendrá que probar la ingenuidad del testamento, documento con el cual se pretende que el hombre ha derogado la voluntad de Dios? Siguiendo el espíritu de nuestros hábitos, que lo es también del código, no hay que vacilar para responder: toca al legatario, y siempre á él, probar que se ha invertido en su beneficio el orden de la naturaleza, ó sea el orden divino. La propia respuesta dan también el texto de la ley y los principios del derecho. (1)

235. Después de exponer el sistema inventado por la sala de casación, sistema que tambien acabamos de exponer nosotros según los términos de las resoluciones, dice Troplong que de tal suerte le parece poderosa esta argumentación, que no ve cómo pueda contestarse á ella. Empero, otros muchos autores, dice (y pudo haber agregado que considerable número de ellos) no pasan por esa argumentación, y multitud de sentencias en apelación se han sujetado á su parecer. El mismo Troplong hace una confesión que es casi humillante para la razón humana. “A pesar de las disertaciones y dictámenes que he leído, apesar de la multitud de defensas judiciales que cien veces he es-

1 Bruselas, 21 de Junio de 1810 (Daloz, “Disposiciones,” número 2,741, Julio 27 de 1816 (Daloz, núm. 2,742, 2°, y *Pasicrisia*, 1816 pág. 187), Junio 29 de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 291), Julio 18 de 1827 (*Id.*, 1827, pág. 248), Mayo 28 de 1828 (*Id.*, 1828, pág. 187), Enero 15 de 1829 (*Id.*, 1829, pág. 19), Junio de 1842 (*Id.*, 1847, pág. 35); Lieja, Febrero 24 de 1859 (*Id.*, 1859, pág. 344) y Enero 19 de 1870 (*Id.*, 1870, pág. 190).



cuchado, no acabo de comprender aquel sistema." M. Demolombe refutó extensamente la doctrina de la sala de casación cuya verdad parece á Troplong tan deslumbradora, y dice en seguida que en su concepto es de todo punto inexacta. (1) Nosotros declaramos á nuestra vez que la jurisprudencia confunde las nociones más elementales de la ciencia del derecho, y por esa razón hemos hecho por explicar, valiéndonos de las preocupaciones de raza y de tradición, una opinión que en el terreno de los principios vemos como inexplicable.

En la manera de raciocinar que emplea la sala de casación, hay un vicio radical, y está en que confunde los principios de la posesión ú ocupación con la fe que se debe á los instrumentos. A poco que se reflexione en ello, se verá cómo nada, absolutamente nada, hay de común entre la posesión y la fuerza probatoria del testamento ológrafo. ¿Por qué da la ley la ocupación á cierta clase de herederos sucesores? Porque como son llamados á toda la herencia, están interesados en conservarla toda. Esto, por lo que hace á los herederos legítimos, es evidente; escrito está en la ley su derecho, y ese dicho abraza la totalidad de la herencia. Mas por lo que hace á los legatarios universales, la ley les concede la ocupación por virtud de la transacción. Verdad es que su título no se apoya más que en la voluntad del hombre, y que no es más cierta esa voluntad que la de la ley; mas ¿qué importa? Al deferir la ley la ocupación á los legatarios universales á falta de herederos reservados, no le preocupa la fuerza probatoria de su título y ni palabra habla de ello: prueba evidente de que el legislador no entendió que derogaba los principios generales que rigen acerca de la fuerza probatoria de los documentos. ¿Ni cómo los había de derogar, cuando ni ha pensado ni debido pensar en ello? Pues qué, ¿la fuerza

1 Troplong, núm. 1,501. (Demolombe, t. 21, pág. 162, núm. 145).

probatoria de los documentos cambia á medida que el legatario sostiene algún derecho con un heredero reservatario ó con uno que no lo sea? ¡Cómo! ¡Un mismo instrumento haciendo fe en el caso de que el testador deje hermanos, y no haciéndola cuando deje descendientes! Tal es, sin embargo, el sistema del tribunal de casación. ¿Y la razón de tan enorme diferencia? Héla aquí: que los descendientes son poseedores y los hermanos no son, cuando hay reservatarios. ¡Eh! ¿qué importa? ¿Cambia acaso de naturaleza el testamento, según que es ó no poseedor el legatario universal? ¿No es en uno y otro caso documento privado? ¿Y puede un sólo documento privado tener distinta fuerza probatoria por razones extrañas á la forma del documento mismo? Verdaderamente que ésta es una diferencia incomprensible.

Otro tanto hay que decir para el caso en que el difunto deje herederos reservatarios y disponga de todos sus bienes á título universal ó á título particular. ¿Quién tendrá en ese caso la posesión? Los herederos legítimos. Y si niegan la escritura del testador, ¿quién deberá probar la autenticidad del documento? Los legatarios á título universal ó á título particular. Así, cuando el testador lega á Pablo todos sus bienes, nada tiene éste que probar; si lega la mitad á Pedro y la otra mitad á Pablo, los dos legatarios á título universal estarán obligados á probar la autenticidad del testamento. Si son llamados al todo de la herencia, no deben probar sino que el testamento es auténtico, si es llamado cada uno de ellos á la mitad, deberán probar esta circunstancia. ¿Cuál es la razón de ello? Que son poseedores en un caso, y no lo son en otro. Esta vez, sí se permite decir: ¡Eh! ¿qué importa? Cambia acaso de naturaleza su título, según que son llamados al todo ó sólo á una mitad de los bienes? ¿Merece más fe ese mismo tí-



tulo cuando recogen todo que cuando sólo una parte ú objetos particulares? ¡Cómo! ¡Mientras menos pidan, menos fe hará su título, y mientras más pidan, más fe hará! Si el legislador hubiese querido provocar falsías, ¿podría darse mejor medio para cometerlas?

236. Si es cierto (y nos parece ello tan claro como la luz) si es cierto que la jurisprudencia de la sala de casación confunde la ocupación de los bienes con la fuerza probatoria de los instrumentos, toda su argumentación viene abajo. De hecho y de derecho, dice, es poseedor el legatario universal. Sí que lo es, decimos nosotros; pero con la condición de que pruebe su calidad de tal legatario. ¿Y cómo la probará? Aduce un testamento ológrafo, es decir, un documento privado; y, ¿hace fe un documento de ese género? No; luego debe procurar que se le reconozca, so pena de que la prueba quede reducida á una simple afirmación suya y sabemos que afirmar simplemente algo no es probarlo. Al llegar aquí, la sala nos marca el alto con decir y repetir invariablemente que "el testamento ológrafo está investido por la ley de un carácter y una fuerza ejecutiva que le son peculiares." (1) Lo cual equivale á decir que aun cuando sea instrumento privado, difiere el testamento ológrafo de los documentos ordinarios de esa clase en que la virtud probatoria es más extensa en él. ¿Hemos de ir á preguntarle á la sala en donde se ha dicho que la fuerza probatoria del testamento ológrafo sea distinta de la de los documentos privados en general? Cita los artículos 1,006 y 1,008, es decir, los artículos que conceden la ocupación al legatario universal y que autorizan al presidente del tribunal para que mande se le ponga en posesión. ¿No es esto un verdadero círculo vicioso? Si el testamento ológrafo es instrumento privado, y si ninguna fe hace de por sí este instrumento, es con-

1 Denegada, 9 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 10).

siguiente que con la ocupación ó sin ella, corresponde al legatario universal probar la veracidad del testamento. Eso es lo que enseñan los principios generales. Pero hay en ello una derogación, dice la sala; porque el testamento ológrafo tiene un carácter muy particular. ¿De dónde le viene ese carácter tan particular? De la ocupación y de la consiguiente posesión á que da lugar. Por manera que la ocupación es lo que da al testamento en que nos ocupamos una fuerza probatoria de la cual carecen los demás instrumentos privados, siquiera nada tenga que ver esa ocupación con la fuerza de probar que posee el documento. Descendamos hasta el fondo de semejante círculo vicioso, y preguntémonos si es cierto que la posesión en que se halla el legatario universal es especial. Supongamos un adquirente que está poseyendo en virtud de un contrato de compraventa extendido en documento privado: esa posesión la tiene él de hecho y de derecho, como lo dice la sala de casación respecto del legatario. Preséntase el verdadero propietario á reivindicar su fundo, y aquél le opone el documento privado por medio del cual le vendió dicho fundo el reivindicante; pero éste niega la firma que calza el tal documento. ¿Quién de los dos deberá probar la autenticidad de ese documento? El comprador que es quien se ocoge á él, esto lo diría cualquiera; sin embargo, él es el que está en posesión, como lo está igualmente el legatario; y si la posesión es legal, produce en favor suyo las acciones posesorias correspondientes, le da también derecho á percibir los frutos, constituye en fin la base de la usucapion conforme al sistema que establece el código civil. ¿Qué diferencia hay entre la situación respectiva del legatario y del comprador? La de que á pesar de tener ambos la posesión, el primero de ellos está en el deber de probar la veracidad de su título, deber que no le incumbe al otro. ¿Será esto jurídico?



237. Responde á nuestra objeción un fallo que la sala de casación dictó de acuerdo con el informe del consejero Mesnard, y redactó con mayor cuidado que había redactado otros. En ese fallo insiste la sala en que se lleve adelante la posesión, decretada *previo examen*, por la autoridad judicial. La ocupación corroborada con el decreto judicial de toma de posesión produce cierta diferencia entre el legatario y el acreedor común, y esa diferencia está en que el segundo de ellos no se halla en posesión de nada y todo lo debe probar contra su deudor, mientras que el legatario cuenta desde luego en la ley con un título que le concede la ocupación. El fallo á que nos referimos dice que la *presunción de la ley* protege *provisionalmente* el título del legatario, presunción que en seguida viene á quedar confirmada por una *posesión formal judicialmente obtenida*. De esto se ha sacado la consecuencia de que en una situación como esa, nada tiene rigurosamente que probar el legatario (1). El informante escogió hábilmente el terreno donde colocarse, comparando al legatario con un simple acreedor; porque comparado así, todo viene á favorecer aparentemente al primero de ellos. Pero si en lugar de compararle con el acreedor se le compara con un adquirente, como lo acabamos de hacer nosotros, habrá entonces perfecta identidad y llegaremos indefectiblemente á la conclusión de que la prueba incumbe al legatario, del mismo modo que incumbe al adquirente. Insiste la sala en la diferencia de que el legatario tiene la posesión, y el heredero no. En realidad, la posesión es cosa distinta del punto relativo á prueba, y no hay que tomarla en consideración. Todo lo que de ella resulta, dice muy bien el tribunal de Lieja, es que el heredero que litiga con el legatario debe probar su derecho á la herencia, porque el

1 Denegada, 23 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 24). Compárese la última sentencia de casación de 5 de Agosto de 1872 (Dalloz 1872, 1, 376).

poseedor es necesariamente el defensor de la misma (1). Pero ¿qué deberá probar? Aquí está el error de la jurisprudencia francesa. El heredero ejercita una acción de petición de herencia, y el que reclama la herencia no tiene que probar más que su calidad de heredero. Eso no basta, dice la sala de casación: el legatario tiene en su favor una presunción legal fundada en su título, y quien tiene en su favor una presunción nada tiene que probar, pues á su contrario ó sea al heredero, toca destinar dicha presunción probando que no emana del difunto el título de legatario. ¿Es verdad que la ocupación es una presunción de la ley en favor del legatario instituído como tal en un testamento ológrafo? No han faltado respuestas para este argumento que es una verdadera petición de principio. Lo que desde luego importa, es hacer á un lado las palabras *presunción legal*: ¿dónde está la ley que diga que se ha concedido al legatario la ocupación en razón de una presunción de veracidad que es como inherente al testamento ológrafo? Mucho se cuida la ley de establecer semejante presunción que asimilaría un documento privado á otro auténtico, dando lugar á la derogación más completa de las reglas que sirven para estimar el valor probatorio de los documentos. Cuando ella concede la ocupación al legatario universal, es porque le supone con título valedero; mas no dice que lo haya de ser el título. Esta es cuestión de prueba, en la cual no se ocupa el código al tratar de las *Donaciones*; cuestión que por lo mismo queda en pie, á pesar de la ocupación, pero que los principios generales tienen resuelta ya. Si el legatario tiene un testamento auténtico, ampárale su título que hace fe plena; pero si el testamento que tiene es privado, no podrá invocarle sino cuando se hubiere llegado á reconocer ó comprobar la letra con que se escribió el testamento mismo

1 Lieja, 24 de Febrero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 346).



238. La presunción legal, continúa la sala de casación, viene á confirmarse por una posesión en forma obtenida judicialmente. Tal es el argumento en que se apoya la sala para casar todas las resoluciones que se oponen á su jurisprudencia; y en verdad que hay para llenarse de admiración. Mil veces ha sido contestada la argumentación del tribunal supremo, y es tan decisiva la contestación, que asombra que excelentes ingenios, tales como el informante ó ponente del fallo de 1850, sostengan una opinión que es error palpable. Se trata de la providencia por medio de la cual, manda el presidente del tribunal poner en posesión al legatario: ¿cuál es el efecto de una providencia como esa? Algún tribunal responde que es una *especie de consagración* que se da al testamento, cuya validez hace cuando menos que *se presume*. (1) ¡Siempre frases y presunciones imaginarias cuando se piden jurídicas argumentaciones! ¡Una especie de consagración!..... ¿Qué es, pues, la providencia de que se trata? ¿Tiene ella por objeto crear en favor del legatario una presunción? Esto se escribía en 1864, siendo así que ya en 1829 el tribunal de Bruselas había echado por tierra semejante ostentación de frases, al declarar que, proveída á la simple petición de una de las partes sin audiencia de la contraria y sin haberse debido examinar previamente la realidad del testamento, en nada puede la supradicha providencia del presidente menoscabar los derechos del heredero, ni atribuir á un documento privado el mismo carácter y fuerza del auténtico. (2) Hemos analizado ya los artículos 1,007 y 1,008, en los cuales inútilmente se buscarían la *consagración* y la *presunción* que cree ver la jurisprudencia. ¿Por qué hace la ley que intervenga el presidente del tribunal cuando es instituido el legatario en un testamento ológrafo? Desde

1 Pau, 18 de Noviembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 86).

2 Bruselas, 15 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 19).

luego, como medida de conservación manda la ley que se decrete por el presidente el depósito del testamento en una notaría pública. ¿Será esto porque el acta de depósito, cuyo objeto es hacer constar que se presentó al presidente un testamento y describir el estado material del documento, puede producir algún efecto en la fuerza probatoria del mismo? ¿Puede resultar de la simple mención de un hecho, que el documento presentado al presidente fué escrito, fechado y firmado por aquél cuya firma se lee en él mismo? Esto era lo que se preguntaba el tribunal de Bruselas en 1810; (1) y ¡todavía se hace esa misma pregunta en 1872!..... Viene en seguida la providencia de que se dé posesión; ¿por qué esa providencia, cuando se ha instituido al legatario en el testamento ológrafo? Porque éste es un documento privado, y como tal, sin fuerza ejecutiva de ninguna especie. Por tanto, aquello no es más que simple formalidad. ¿Será por ventura que el presidente antes de firmar su providencia adquiere conocimiento del testamento y hace la correspondiente comprobación ó certificación de la letra con que fué escrito? No es pregunta de sentido común ésta: porque no estando investido de autoridad judicial, tampoco juzga el presidente, y hácelo en nuestro caso de manera tan insignificante, que ni siquiera tiene á la vista el testamento al tiempo de providenciar. El art 1,008 dice que su providencia la dicta aquel funcionario en vista del documento relativo al depósito, documento que no es más que el expediente que se formó con motivo de la exhibición del testamento; luego la providencia aludida, bien así como la referida acta, no son más que simple formalidad, un acto de jurisdicción voluntaria, que se dice, y que ni da ni quita á nadie ningún derecho. Una vez decretada la posesión, sigue siendo el testamento lo que era antes: un documento privado. Ninguna consagración re-

1 Bruselas, 21 de Junio de 1810 (Dalloz, núm. 2,741).