

ciben de aquel acto los derechos del legatario, ni resulta de él presunción alguna á su favor, y así, los herederos no tienen que combatir ni presunción ni consagración de ningún género: que todo ello es puramente imaginario. (1)

La sala de casación funda sus sentencias invariablemente en los artículos 1,006 y 1,008, los cuales pretende que violan los tribunales inferiores al imponer al legatario la obligación de probar la veracidad del documento en que apoya sus pretensiones. Diremos con el tribunal de Caen que no basta con asegurar que ha habido violación de los artículos 1,006 y 1,008, sino que sería menester demostrar antes que estas disposiciones conciernan á la fuerza probatoria del testamento ológrafo, y creemos haber demostrado por nuestra parte que las tales disposiciones son completamente extrañas á la referida fuerza. Por consiguiente, la sala de casación hace al código decir lo que no dice, y después de haber interpretado falsamente la ley, casa las resoluciones que la interpretan en términos verdaderamente justos. Esperamos que al fin saldrá de su error, como ha sucedido más de una vez, cuando se reúnen ambas salas en tribunal pleno. (2)

239. ¿Es una excepción de los principios que acabamos de exponer relativamente á la prueba, el que haya reconocido el heredero la verdad del testamento ológrafo? Más aún: ¿puede en este caso desconocer la forma de la escritura y la firma que cubre el testamento, dejando al legatario la carga de probar su autenticidad? Es cosa fuera de duda que el heredero que reconoce la forma ó carácter de letra no puede ya desconocerla: el reconocimiento es una confesión, y la confesión es irrevocable (art. 1,356), de

1 Caen, 17 de Enero de 1853 (Daloz, 1853, 2, 110). Demolombe t. 21, pág. 156, 159, núm. 148.

2 Véase Aubry y Rau, t. 5º, pág. 501, nota 6, pfo. 669. Demolombe, t. 21, pág. 162, núm. 148 y la *Colección periódica* de Daloz, 1868, 2, pág. 92, nota.

tal modo que una vez reconocido el documento privado, adquiere la misma fuerza probatoria que si fuere auténtico (art. 1,322). Ahora bien, ese reconocimiento, como toda manifestación de la voluntad, puede ser expreso ó tácito, resultando éste último de hechos que necesariamente entrañen la aprobación del testamento. ¿Y cuándo éntañará un hecho esa aprobación? Ninguno prevee la ley, y en tal virtud es ésta una cuestión cuya solución se deja al arbitrio judicial. El hecho de que el heredero ejecutara el testamento sería un acto inequívoco de reconocimiento, puesto que nunca había de ejecutar un testamento el heredero que no hubiese reconocido la letra con que fué escrito. Pero aquí ocurre una dificultad de derecho. La ejecución de un testamento nulo es una confirmación que tácitamente se hace de él (art. 1,338); mas una cosa es la confirmación de un testamento nulo, y otra el reconocimiento de la escritura. La confirmación quita el vicio que hacía nulo ó anulable el instrumento, mientras que el reconocimiento es extraño á los vicios que se puedan encontrar en él. Así es que bien puede estar escrito de mano del testador el testamento ológrafo, y ser sin embargo nulo. Por lo tanto, es menester no aplicar al reconocimiento los principios que rigen acerca de la confirmación, por ser distintas las condiciones y los resultados de ambos.

¿Es lícito al heredero que reconoció el testamento retractarse probando haber hecho éste por error, en virtud de no haber revisado antes lo que reconoció? A primera vista, resuelve esta dificultad el artículo 1,356, que permite se revoque una confirmación cuando ha habido al hacerla error de hecho; pero en nuestro caso, no aprovecharía al heredero esa disposición. En efecto; ¿cómo probará el error de hecho que fué causa de que hubiese reconocido el testamento al proceder á su ejecución? Deberá

probar que ese testamento no es obra del difunto, pero de ese modo, con haberle ejecutado, su propia prueba se volverá contra él. En vano diría que no le había visto antes de ejecutarle, porque eso no había de destruir el hecho de la ejecución, por más que, si se quiere, la haya realizado por error; y obligado, como lo está, á probar esto último, la prueba que él produzca lo será también invívitamente la de la escritura. (1)

240. Reconocido por el heredero el testamento ológrafo, ¿hace fe en cuanto á su fecha? He aquí una cuestión que nos parece es muy dudosa. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto al admitir que el testamento ológrafo hace fe por su fecha, como también lo hace por la escritura y por la firma. Esto implica una excepción á los principios relativos á la fuerza probatoria de un documento privado. En términos del artículo 1,328, los documentos privados de esta clase no tienen fecha contra un tercero, sino desde el día en que, ó fueron registrados ó murió el que las suscribió, ó en fin se hizo constar la sustancia de ellos en otro documento autorizado por funcionario público. ¿Aplicase esta misma disposición á la fecha del testamento ológrafo? Puede no comprendérsela en ella, diciendo que los herederos no son terceros, sino los representantes del difunto y como una continuación de su personalidad; pero este género de denegación no es admisible. El artículo 1,323 concede á los herederos derecho de desconocer la escritura ó la firma del difunto, y esto es por demás justo; mas no se les puede decir que están obligados por un hecho de su autor, siendo así que niegan que de él

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 4º, artículo 6º, núm. 4 (t. 34, pág. 154). Aubry y Rau, t. 5º, pág. 501 y nota 7; Demolombe, t. 21, pág. 167, núms. 152 y 153. Compárese con Dalloz, núm. 2,751, pág. 792, que hace algunas objeciones contra la doctrina de Merlin, y cita á Vazeille como habiendo expuesto y adoptado su opinión, siendo así que la combate (t. 3º, pág. 24, número 9).

emane el hecho. Lo mismo sucede con la fecha: si, por lo que mira á la escritura y á la firma, han de ser terceros los herederos, lo serán igualmente en cuanto á la fecha. En ninguna materia, como en la de testamentos, deben tener derecho los herederos de impugnar la fecha, bien así como la escritura, puesto que los viene á despojar el testamento, por medio del cual intenta el legatario privarlos de los bienes del difunto. Deber, pues, tener derecho de hacerle ver que ese testamento al cual se acoge no es obra del difunto, ó bien que no hace fe en cuanto á su fecha, dejando al legatario la obligación de probar la veracidad del instrumento, así en orden á la fecha como en orden á la escritura.

240. *bis*. Se pretende que las disposiciones del artículo 1,328 resisten á la aplicación que ella se quisiera hacer al testamento ológrafo. ¿Cuándo adquieren los documentos privados fecha cierta? Desde el día en que fueron registrados. ¿Y acaso se registra un testamento en vida del testador? Tal cosa no la hace ni puede hacerla éste, cuando si testa en forma ológrafa es con el fin de que permanezcan en secreto sus disposiciones y se ignore lo que testó. De otro modo sería contradictorio permitirle que testara en secreto y obligarle á que divulgara sus disposiciones presentándolas para su registro. Sin embargo, éste es el único medio que el artículo 1,328 ya citado, proporciona al testador para dar fecha cierta al testamento ológrafo, puesto que los demás artículos suponen acaecido ya su fallecimiento; mas las dificultades que se suscitan respecto á la fecha conciernen á la época en que se formó el testamento, y no á la en que falleció el testador. Por tanto, lo que se necesita es hacer que sea cierta la fecha de la redacción, y esto no es posible sin que se haga público el testamento, lo cual está en abierta contradicción con la naturaleza del ológrafo.

Aunque esta objeción hace fuerza, no es decisiva. Cierto que el artículo 1,328 no mira á los testamentos; pero lo mismo puede decirse de los artículos 1,322-1,324. Con todo aplicanse estas disposiciones al legatario instituido por el testamento ológrafo. Ahora bien, todas las reglas que rigen la fuerza probatoria quedan en pie y si se aplican unas, ¿por qué no se han de aplicar las otras? Aplicanse los artículos 1,322-1,324 á los testamentos ológrafos, por ser una misma la razón que hay en ambos. Y bien, la misma razón hay igualmente tratándose del artículo 1,328. ¿Por qué entonces no hacen fe los instrumentos privados en cuanto á su fecha, aun cuando haya sido reconocida la letra con que están escritos? Porque nada es más fácil que antedatar ó posdatar un instrumento de ese género ¿Y quién podrá tener mayor libertad para ello que el testador? El escribe á solas y en secreto, y bien puede poner á su testamento la fecha que mejor le plazca; incapaz en el momento de escribir sus disposiciones, puede, sin embargo, ponerles la fecha de una época en que tenía la necesaria capacidad. ¿Y merecerá fe una fecha cuya verdad no hay nada que la garantice? La fecha de un testamento ológrafo merece todavía menos fe que la de los demás instrumentos privados, en todo caso en que el testador tenía interés en antedatar, y entonces es cuando surge la cuestión.

Opónese la objeción de que conforme al artículo 1,328, no hay medio de dar fecha cierta al testamento ológrafo, puesto que para ello habría que registrarle antes, lo cual está en contradicción con su naturaleza. La respuesta, conforme al derecho, es fácil: nada impide al testador registrar su testamento, si tiene que darle fecha cierta. Y si retrocede ante el temor de la publicidad, tiene todavía otro medio, cual es el de depositarle en una notaría, en el cual caso, el acta de depósito traerá consigo la fecha cierta. Aquí se nos detiene para decírsenos que eso es añadir al

artículo 970 una formalidad que no prescribe la ley, puesto que solamente exige para la validez del testamento ológrafo que vaya escrito, fechado y firmado por el testador, y el citado artículo lo declara que no está sugeto á ninguna otra formalidad. En consecuencia, no se puede obligar al testador á que deposite su testamento en una notaría, ni á que le registre. No nos parece que deba tomarse á lo serio esta objeción. El testamento, sin necesidad de ser depositado ni registrado, es válido; nadie obliga al testador á hacer ni el depósito ni el registro, cosas que no se hacen con la mayor parte de los testamentos, sin que eso obste para que sean perfectamente válidos; pero si el testador quiere á mayor abundamiento asegurar una fecha cierta á sus disposiciones, debe llenar otra formalidad de más, de la cual no habla el artículo 970, porque ni necesitaba hablar, ya que no fué escrita para la validez del testamento. Sucede con éste lo propio que con los demás documentos privados. El artículo 1,325 determina la forma en que se deben redactar aquellos en que se consiguen contratos sinalagmáticos, pero no habla de la fecha ni de la manera de darle una cierta á los tales instrumentos; si las partes quieren conseguir ese efecto, deben ceñirse al artículo 1,328. Otro tanto hay que decir del testador.

241. No, dicen; hay una diferencia esencial, y es la de que la ley no previene que vayan fechados los documentos privados, mientras que sí quiere que el testador feche sus disposiciones. Enhorabuena; ¿pero qué con eso? Que la fecha del testamento, por sí misma hace fe. Oigamos lo que dice la sala de casación de Francia: "Aquel que bajo forma de testamento ordena en un documento alguna cosa para lo porvenir y hace alguna disposición para una época en que no vivirá ya, ejerce *en cierta manera el poder legislativo*, y esto hizo decir á la ley romana: *disponat testator et crit lex*. En consecuencia, la coloca momentáneamen-

te al *testador* en la categoría de los *funcionarios públicos*; de donde resulta que *imprime autenticidad* á la fecha que pone en su testamento." (1) ¡Siempre las reminiscencias romanas, que por ahora están muy fuera de su lugar! ¡Cómo! El testador es un *legislador*, y este pretendido legislador aún no puede crear un heredero. ¡Cómo! ¡El testador es un *funcionario público* que imprime autenticidad á la fecha de su testamento!... Si para esa fecha ha de ser funcionario público, ha de serlo igualmente para la firma y para la escritura, y si aquella es auténtica, estas dos lo serán del propio modo. He aquí, pues, al testamento ológrafo transformado en instrumento auténtico por algo como la ley de las XII tablas. ¡Si los jurisconsultos romanos quisieran acordarse de que poseemos un código civil y de que no estamos ya bajo el imperio de la ley romana!...

El tribunal de Bruselas, en funciones de sala de casación, dió sobre el particular una sentencia mejor fundada declarándose también en favor de la opinión general, pero cuando menos da razones jurídicas. ¿Por qué el código hace de la fecha una formalidad esencial del testamento ológrafo? Con el fin de asegurar al testamento una fecha fija y cierta que sirva para establecer la capacidad del testador en la época en que formalizó sus disposiciones y la prioridad del testamento, caso de que hubiere varios. ¿Qué deberemos concluir de esto? Que el legislador ha comprendido que por sí mismo hubiese de presumir la realidad de su fecha el testamento ológrafo. Chocante contradicción había de ser prescribir la fecha so pena de nulidad, y subordinar en seguida la certidumbre de ella al cumplimiento de una de las formalidades prescriptas por el art. 1,328. Si así fuera, no tendría razón de ser la fecha; mas para que

1 Denegada, 29 de Abril de 1824 (Dalloz, núm. 2,711. Compárese con la denegada de 8 de Julio de 1823, que no trae ningún motivo (Dalloz, núm. 2,665).

tal razón tenga, es menester que haya fe por sí misma. (1) Especiosa es esta objeción; pero, ¿no prueba ella demasiado? Si es cierta la fecha, ¿por qué no lo habían de ser también la firma y la escritura? Lo que se hace así, es llegar á transformar el testamento ológrafo en documento auténtico. Un documento privado no hace fe en nada; tal es el principio. Aun reconocido que sea, tampoco hace fe en cuanto á su fecha, y éste es otro principio. La sala establece una excepción en la que concierne la fecha; nosotros le preguntaríamos con qué derecho. ¿No se había de necesitar un texto expreso para resolver por vía de excepción á la regla general, que con ser documento privado, y todo, hace fe el testamento ológrafo á su fecha? No se establecen las excepciones por modo de razonamiento; porque admitir una excepción sin ley en que fundarla, es derogar la ley, y por consiguiente hacerla. Tan cierto es esto, que la doctrina sustentada por aquella sala crea una tercera categoría de instrumentos que no son ni auténticos ni privados, puesto que los primeros hacen fe en todo, mientras que los segundos no la hacen en nada, siendo así que los testamentos ológrafos no hacen fe en cuanto á la escritura y la firma, pero sí en cuanto á la fecha, una vez reconocida la escritura. ¿Con qué derecho crea la sala una clase de instrumentos privados cuya existencia se ignora por la ley? Conforme al código, no hay más documentos que los auténticos y los privados: por consiguiente, cualquiera que no sea auténtico habrá de ser privado, y no tiene más virtud de probar que la que corresponde á los documentos de esta naturaleza. Tal es el testamento ológrafo.

242. Hay una objeción al parecer de gran peso, que

2 Sentencia de la sala de casación de Bruselas, de 15 de Abril de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 377). El juzgador expuso perfectamente los motivos que se pueden dar para sostener la opinión contraria. Compárese con lo resuelto en el mismo Bruselas, á 22 de Junio de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 184). Lieja, 14 de Febrero de 1815 (*Id.*, 1815, pág. 309).

se hace contra la opinión que sustentamos, y es la de que en el antiguo derecho se admitía que el testamento ológrafo hiciera fe en cuanto á su fecha. Ricard es terminante. "No hay, dice, diferencia alguna que establecer en cuanto á la fecha, entre el testamento ológrafo y los que se otorgan ante notario. La del ológrafo asegura de la capacidad del testador al tiempo que la redactó." Merlin cita unas resoluciones muy precisas que confirman esta doctrina. (1) Mas si el código tomó de las costumbres el testamento ológrafo, ¿no será menester sacar por consecuencia que le ha consagrado tal como ya existía? La tradición sería decisiva, siempre que fuese cierto que los autores del código la han mantenido; pero esto es más que dudoso. Las costumbres calificaban de *solemne* el testamento ológrafo, y en el antiguo derecho, aún más que en el moderno, se confundía el instrumento solemne con el auténtico. Merlin, después de citar la costumbre de París, dice: "La costumbre no tiene, pues, este testamento como documento privado, sino como solemne. Y en efecto, confiando al testador, ya su autoridad para disponer, ya cierto carácter para escribir su última voluntad, le saca de la categoría de simple particular y le hace legislador, ministro de su propia ley, funcionario público en este particular. Ahora bien, generalmente se miran los instrumentos autorizados por funcionarios públicos como pruebas inalterables de su contenido; ¿en dónde, pues, estará la razón para dudar de la verdad de la fecha de un testamento ológrafo, mientras no se pruebe su falsedad?" Tales palabras de Merlin establecen una diferencia radical entre el testamento ológrafo del código civil y el que la costumbre tiene como solemne. No se puede decir ya que el código no reputa al testamento ológrafo como documento privado, puesto

1 Ricard, 1ª parte, núm. 1,560. Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamentos*, pfo. 7º, (t. 15, pág. 351).

que el artículo 999 le califica así expresamente. Síguese de aquí que ya no se pueden admitir las consecuencias que deducía Merlin de lo establecido por la costumbre. Razón tenía este autor para decir que el testamento ológrafo reputado como solemne y que equivalía á un instrumento autorizado por funcionario público debía hacer fe desde su fecha. Por el contrario, cuando la ley, en nuestro derecho moderno, califica de documento privado aquel testamento, debemos inferir que no hace fe en cuanto á su fecha. Sin embargo, la doctrina de Merlin está confirmada por la jurisprudencia y admitida por algunos autores. La tradición mal comprendida los ha extraviado. Esto prueba que para recurrir á la tradición, es menester gran prudencia; porque sin ella, se va corriendo el riesgo de trasladar al derecho moderno principios que no ha tenido la mente de admitir el legislador, sino que más bien los ha rechazado formalmente, como en el caso que nos ocupa. (1)

243. Como nuestra opinión está aislada, tenemos que colocarnos en el terreno de la doctrina generalmente admitida, para poner de manifiesto las consecuencias á que ella da lugar. Gravísimas son, y, en nuestro concepto, hablan contra el principio mismo de donde se derivan. Léese en una sentencia que un testamento ológrafo posterior á uno auténtico revoca éste. (2) Tal cosa es perfectamente arreglada á la jurisprudencia, una vez que se ha admitido el principio de que el testamento ológrafo hace fe en cuanto á su fecha. La sala de casación, en la resolución de 1824 que hemos creído deber censurar (núm. 241), va más lejos; llega hasta á decir que si hay dos testamentos ológrafos con distinta fecha, la *fuerza de las cosas* quiere que

1 Generalmente se sigue la opinión contraria. Véase á Aubry y Rau, t. 5º, pág. 503, nota 8, pfo. 669 y á los autores que citan.

2 Riom, 20 de Enero de 1824 (Dalloz, núm. 2,710, 1º).

á ambos se les dé fecha cierta, pues de no ser así, sería imposible determinar cuál es la última voluntad del testador. Nosotros no reconocemos en la *fuera de las cosas* la autoridad de la ley. Si después de testar en forma ológrafa, hace nuevo testamento privado derogando el otro, sabe el testador que tiene que dar fecha cierta á la manifestación de sus últimas disposiciones. En el antiguo derecho, los que entraban en una religión debían depositar en una notaría su testamento ológrafo, para impedir que se presentaran otros posteriores con antedata. Que haga registrar, pues, el testador el último de los dos testamentos ológrafos que hiciere, ó bien deposítelo en una notaría si quiere no exponer á sus legatarios á mil trastornos y al penoso peligro de un encausamiento. Véase cómo es posible evitar la *fuera de las cosas*; pero en ningún caso hay *fuera de las cosas* que valga contra la ley.

244. Un testador fallece en estado de demencia ó de interdicción dejando un testamento fechado en tiempo en que no padecía ninguna afección mental: ¿hace fe ese testamento en cuanto á su fecha? Conforme á la opinión general, hay que responder afirmativamente. Está ya resuelto que hace fe en cuanto á su fecha un testamento fechado en 5 de Marzo de 1819 por una persona que cayó en interdicción el 12 de Abril de 1820. “Cuando el testador, decía el fallo, investido como lo está del derecho de ser único ministro del *instrumento solemne* que contiene sus disposiciones testamentarias, adopta la forma del testamento ológrafo, da *legalmente* fe de la fecha, como la dan el notario y sus testigos en el *incupativo* ó escrito.” (1) Estos son el lenguaje y la doctrina del antiguo derecho; pero ese lenguaje y esa doctrina están en abierta pugna con el texto y con el espíritu del código civil. ¿Dice por ventura éste

1 Sentencia de Riom (citada á pág. 321, nota 2, de Bruselas, y de la sala de casación (citadas á pág. 318, nota 1).

que el testamento ológrafo sea un *instrumento solemne* en el sentido del derecho consuetudinario de París? Calificase de *instrumento privado* (art. 999). ¿Dice igualmente que el testador sea ministro de la ley, como lo es el *notario*? Si así fuera, todo el instrumento sería auténtico; no sólo la fecha, sino también la firma y la escritura. Ya se está mirando el peligro que proviene de seguir ciegamente la tradición. Pero aun hay otro que el tribunal de Caen señaló ya y que salta á la vista. (1) Cae en demencia una persona, y la avaricia de quienes la rodean se aprovechará de su incapacidad para obligarla á que escriba con fecha anticipada, un testamento ológrafo que despoje á los herederos legítimos. Al impugnar ellos el testamento, obligáelos á probar que éste fué antedatado. ¿Cómo formarán su prueba? Inmenso es el aprieto en que esto pone á los autores y á la jurisprudencia, como lo vamos á demostrar: ¿hace fe la fecha, solamente mientras no se pruebe lo contrario; ó la hace, aun cuando se pruebe su falsedad? Sea cual fuere la opinión que se admita, incumbirá la prueba á los herederos, á quienes se obligará á levantar el velo que cubre los artificios de los legatarios; y en la lucha de la verdad contra la mentira, el fraude tiene en su favor mil probabilidades de salir avante. Es cosa fácil defraudar á la ley, pero cosa muy difícil probar el fraude.

245. Todos admiten que el testamento ológrafo hace fe en cuanto á su fecha; pero, ¿cuál es la extensión de esa fuerza probatoria? ¿Queda probada la fecha hasta que se demuestre su falsedad; ó no lo queda sino hasta que haya prueba en contrario? La respuesta á esta pregunta es fácil, ateniéndose á los principios que rigen la prueba. El instrumento auténtico hace fe respecto á su fecha, salvo prueba en contrario; en tanto que el privado, aun reconocido, no hace fe en cuanto á su fecha contra tercero; esto es, con-

1 Caen, 8 de Abril de 1824 (Dalloz, núm. 2,714, 1°):