

tra todos aquellos que no le hubieren reconocido, ¿Es el testamento ológrafo instrumento auténtico, ó lo es privado? Contesta á esta pregunta el artículo 999, el cual parece que por lo mismo resuelve la cuestión de la fuerza probatoria que la fecha trae invivita. El testamento ológrafo es un instrumento privado; luego por sí mismo no hace fe en su fecha. ¿Cuándo la tendrá cierta? Después de registrado, después de la muerte del testador, ó después de hecho el depósito por éste mismo en vida. Tal es lo que contesta el código civil.

Mas siguiendo la opinión general, no se sabe qué contestar: porque se hace del testamento ológrafo un instrumento de naturaleza particular, sin que se sepa cuál es esa naturaleza ni cuál la fuerza probatoria que renta de él, por no haber ley que la determine. ¿Habrá que estarse, entonces, á los motivos que da la Sala de casación en el fallo de 1,824 reproducidos por el tribunal de Riom? Si el testador es funcionario público, si es notario, es preciso resolver que la fecha del testamento ológrafo hace la misma fe inherente al instrumento auténtico, y en todo caso ha de hacer fe mientras no se pruebe su falsedad. Esto es muy lógico; pero, ¿cómo conciliar tal lógica con el temor del artículo 999, que con todas sus letras dice que el testamento ológrafo es instrumento privado? ¿Siendo el testador funcionario público, siendo notario, el documento que él escribe es, sin embargo, documento privado!... ¡Y este documento ha de hacer la misma fe en cuanto á su fecha que un documento auténtico!... ¡Qué caos de contradicciones!

No todas las sentencias llegan hasta allá, ni tampoco por repetir los autores lo que decía Merlin del testamento solemne del antiguo derecho, dejan de cuidarse de sacar de ahí como consecuencia que el testamento ológrafo hace en cuanto á su fecha la misma fe que el auténtico, sino que se limitan á decir que el testamento ológrafo no es un ins-

trumento privado ordinario, cuyo carácter es distinto y sus efectos consiguientemente particulares. Esta doctrina no hace más que poner en más aprietos al intérprete si quiere permanecer fiel á los principios. Con ella, el testamento ológrafo no sería, pues instrumento auténtico ni privado, ni por consiguiente se le podrían aplicar las reglas relativas á la virtud probatoria de esos instrumentos. Luego, ¿cuáles serán las que se aplicarán á ese instrumento de naturaleza á parte? La ley no conoce más documentos que los auténticos y los privados; si el testamento ológrafo no es ni lo uno ni lo otro, estamos sin ley, y por lo tanto fuera de la ley. En consecuencia, al resolver que el testamento ológrafo tiene tal ó cual fuerza probatoria, los intérpretes hacen la ley, y de ahí sus dudas y sus inconsecuencias. La fe que se deba dar á los documentos exige un rigor matemático, y véase lo que dice Merlin acerca del testamento ológrafo: "Luego que ha sido reconocida la letra con que está escrito el testamento ológrafo, queda investido por la ley de una especie de autenticidad que basta para comprobar su fecha." (1) Si el testamento ológrafo no tiene más que una especie de autenticidad, tampoco puede resultar de ella más que una especie de prueba, una especie de fe. ¿Qué quiere decir esto? ¡Palabras, no más que palabras!

Si dejamos á un lado los textos para consultar el espíritu de la ley y también la razón, vendremos á parar á las mismas inconsecuencias. Cuando el heredero reconoce la letra con que está escrito el testamento, consta por ende que el testador trazó las cifras ó las letras que constituyen la fecha; y, ¿deberemos inferir de esto que la tal fecha es cierta? El legislador no pasa por la consecuencia, tratándose de los instrumentos privados comunes y corrientes, que aun cuando estuvieren reconocidos no hacen fe en

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 1º, artículo 6º (t. 33; pág. 358).

cuanto á su fecha; y la razón es muy sencilla: ¿acaso no pueden las partes, por tal ó cual motivo, antedatar el instrumento? ¿Y qué prueba habrá de que no le antedataron? Véase por qué el artículo 1,328 exige una formalidad extrínseca ó la muerte de una de las partes, para que se reconozca que un instrumento privado tiene fecha cierta. Pero dícese que ese artículo no es aplicable al testamento ológrafo. Está bien; supongamos que este testamento constituye una excepción: preguntamos, ¿qué razón hay para ello? ¿Merece el testador más fe que las partes que concurren á la celebración de cualquier contrato? Bien puede ser que aquél ponga por error fecha adelantada ó atrasada en su testamento, ¿hará fe ese error? Puede tener el designio preconcebido de escribir una fecha falsa, para que su testamento haga relación á una época en la cual tenía la necesaria capacidad, siendo así que no la tenía al formalizar sus últimas disposiciones, ¿hará fe esa fecha falsa? Puede ser también que teste bajo la influencia de la captación y de las sugerencias; en el cual caso, cuidarán los que le explotan y engañan de hacer que ponga fecha anticipada á sus disposiciones, para desconcertar á los herederos legítimos que quisieren impugnar el testamento, y hacer que sea difícil ó imposible la prueba de la captación ó de la sugestión, ¿hará fe semejante fecha fraudulenta? Todavía están suficientemente precisadas nuestras preguntas; es menester preguntar si la fecha errónea, ó falsa, ó fraudulenta, ha de hacer fe mientras no se pruebe lo contrario. La razón contesta que ninguna hace, é inútil sería buscar un motivo por el cual la hiciera fe mientras no se probara su falsedad.

Supongamos que el testamento ológrafo sea un instrumento de naturaleza particular. Para determinar la fuerza probatoria que él tenga, es de necesidad con todo aplicar respecto de él los principios generales, ya que el código no

deroga nada en el título de las *Donaciones y Testamentos*. Pues bien, el ológrafo, de acuerdo con esos principios mismos, no puede hacer fe en cuanto á su fecha hasta la prueba de falsedad, porque nada hay en él de falso, aun cuando lo sea la fecha. La fecha falsa, en un testamento auténtico importa una falsedad, toda vez que el notario tiene el deber de fechar el instrumento que autoriza y de imprimir autenticidad á la fecha que él escribe; de modo que al poner una que no es aquella en que autoriza el instrumento, incurre en falsedad, siendo la consecuencia de ésto la necesidad que habrá de probar dicha falsedad, si se averigua la verdadera fecha. Pero no pasa otro tanto con el testador que fecha su testamento ológrafo, por no estar obligado en manera alguna á asegurar la autenticidad de la fecha que les da á sus disposiciones más que la de estas mismas; y así, es libre para escribir en su testamento la que él quiera sin que por el hecho de ponerla anticipada incurra en ningún género de falsedad, pues no porque se pueda atacar la validez de ese testamento, se puede decir que haya falsedad en él. En cuanto á los herederos que reconocen la escritura empleada en el testamento, reconocen, á la verdad, que el testador fué quien escribió la fecha, pero no que ésta sea la verdadera. De donde se sigue que bien pueden impugnar la verdad de esa misma fecha sin quedar por eso obligados á probar su dicho.

Si el testamento ológrafo no ha de hacer fe por lo tocante á su fecha hasta que se pruebe su falsedad, síguese que la hará mientras no haya prueba en contrario. Tal es efectivamente lo que establece el derecho común. Toda prueba puede ser combatida por una contraria, pues no la hay; por robusta que sea, que excluya la que se le opusiere; hasta las mismas presunciones legales pueden ser combatidas por el juramento y por la confesión, y la verdad es que ninguna excepción de este principio establece la ley

en favor del testamento ológrafo, el cual consiguientemente estará sujeto en todo caso á la regla general. Por tanto, será de admitirse, conforme al derecho común, la prueba que propusieren los herederos de que la fecha del testamento ológrafo es errónea, ó falsa, ó fraudulenta.

Falta averiguar qué clase de prueba tienen que proponer. Para ello, hay que averiguar antes el objeto que se proponen al ejercitar su acción. Si ese objeto es el de que se declare la nulidad del testamento por ser incompleta ó errónea la fecha que aparece en él, deben tomar su prueba del testamento mismo. Pero no es éste el caso en que nos ocupamos, y para su solución nos remitimos á lo ya dicho (núms. 194-206). Suponemos, pues, que el testador voluntariamente escribió una fecha falsa, lo cual tienen interés en probar los herederos. La resolución que deba darse no es dudosa para el caso de dolo propiamente dicho, caso en el cual admite la ley la prueba de testigos y la de presunciones (arts. 1,353 y 1,348). Aun cuando no hubiere habido dolo, siempre se admitirá á los herederos la prueba de testigos para justificar que la fecha no es verídica. Esto no es más que la aplicación de la regla general establecida por el propio artículo 1,348; porque si los herederos no se han podido hacer de una prueba documental de que la fecha es falsa podrán por lo mismo probar esa falsedad con testigos y con presunciones.

246. Tales son en nuestro concepto, los principios colocándose desde el punto de vista de la opinión general. La doctrina de los autores y la jurisprudencia de los tribunales son tan inciertas como inconsecuentes. Los autores se hallan divididos, enseñando los unos, como lo acabamos de hacer nosotros, que el testamento ológrafo no hace fe en cuanto á su fecha; sino hasta la prueba en contrario (1),

1 Duranton, t. 9º, pág. 68, núm. 47. Demante, t. 4º, pág. 271, número 115 bis 9º. Massé y Vergé acerca de Zachariæ, t. 2º, pág. 100, nota 3 del pfo. 438. Demolombe, t. 21, pág. 180, núm. 162.

en tanto que los otros sostienen como regla que la fecha que estuviere en forma y fuere cierta no podrá ser impugnada *en general* más que por la prueba de falsedad. (1) En seguida se admiten muchas excepciones, pero tan discutibles como el principio mismo. ¿En qué se fundan para sostener que el testamento ológrafo hace fe en cuanto á su fecha hasta que no se haga ver judicialmente su falsedad? Lo ignoramos. Es consecuencia que deducen del artículo 970, en virtud del cual, según ellos, hace fe el testamento ológrafo en cuanto á su fecha. Hasta la regla misma es incierta, y no lo es que ni una palabra dice el artículo 970 de la extensión de la fe que haya de darse á la fecha. De donde resulta que carecemos de ley sobre el particular, pues los intérpretes son literalmente los que forman. Nada hay que contestarle al legislador. Con todo, permítasenos que preguntemos con qué derecho admiten los intérpretes excepciones á la regla que ellos mismos establecen. He aquí la arbitrariedad más pura.

No menos incierta é inconsecuente es la jurisprudencia. Apenas si podemos decir que enseña algo. Leemos, por ejemplo, en un fallo de la sala de casación, que no es necesario adoptar la vía de la prueba de falsedad, cuando se invoca la indicación hecha por el testador mismo acerca de la de su testamento ológrafo, no para que se declare la de éste, sino únicamente su nulidad por defecto de alguna formalidad legal. (2) ¿Querrá decirse con esto que es necesario probar la falsedad, cuando se sostiene que el testamento es falso? ¿Y cuándo lo será? ¿Bastará para que lo sea, que haya una fecha falsa ó fraudulenta? No lo sabemos. La jurisprudencia admite para este caso la prueba en contrario. Una sentencia de Caen resolvió que no era

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 504 y nota 9 del pfo. 669.

2 Denegada, 4 de Enero de 1847 (Dalloz, 1847, 1,147). Compárese con Donal, 15 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 159).

necesaria la prueba de falsedad en orden á una antedata, puesto que no se alegaba que ésta hubiera sido efecto de intención fraudulenta. ¿Quiere decir esto que tal prueba habrá de ser necesaria con sólo que hubiere habido fraude? Lo ignoramos también, y nada más que eso nos hace saber la resolución de denegada. (1) La cuestión parece quedar resuelta por otra sentencia de casación de la sala que así dice: "Si es verdad, *por regla general* que un testamento ológrafo cuya escritura ha sido reconocida *hace fe plena en cuanto á su fecha* y que sólo por la prueba de falsedad se puede establecer la de esa misma fecha, tal principio admite *muchas excepciones*, en particular cuando está atacado de dolo ó de fraude el testamento." (2) Razón tenemos, como se ve, para quejarnos de la incertidumbre de la jurisprudencia. ¿En qué se funda el principio, y en dónde está escrita? Nada de esto dice la sentencia que acabamos de mencionar. El principio admite, dice, *muchas excepciones*: ¿están escritas en alguna parte esas excepciones? Y si las ignora la ley, á la manera que ignora el principio mismo, ¿cómo sabrá el intérprete si está él en la regla ó en la excepción?

247. Recorramos las que admiten los autores y la jurisprudencia, y hallaremos la misma incertidumbre de siempre. Una de tantas, la primera, la hemos encontrado ya. (3) No es necesaria la prueba de falsedad cuando el testador ha fechado falsamente por inadvertencia ó error: en este caso, la prueba de la falsedad de la fecha debe tomarse del testamento mismo. ¿Cuál es el motivo de esta excepción? Conforme á nuestra opinión, lo es la aplicación del derecho común: la fecha no hace fe por sí misma; en consecuencia, si no ha sido reconocida por aquél á quien se ob-

1 Caen, 26 de Diciembre de 1849 y denegada de 12 de Agosto de 1851 (Daloz, 1852, 1, 36).

2 Denegada, 22 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 131).

3 Denegada, 4 de Enero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 147).

jeta con el testamento, de derecho es que se pruebe la verdad de esa misma fecha, y ni esa verdad ni su falsedad pueden quedar establecidas, si no es por el propio testamento. Ya hemos dicho la razón por qué (núm. 198). Pero conforme á la opinión que concede á la fecha fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad, es cosa difícil justificar la excepción. El único motivo que se halla en las sentencias de casación, es que la acción que se ejercita en el caso tiende á anular el testamento, fundándose en la falta de una de las condiciones necesarias para la existencia del testamento ológrafo, por equipararse la fecha falsa á la absoluta falta de la misma. (1) Parécenos que el motivo justifica el principio que hemos enseñado, pero no la excepción que admite la opinión general. La fecha es una condición prescripta, so pena de nulidad, y no hay fecha en tanto que no lo sea verdadera; siguiéndose de aquí que siempre se podrá pedir la declaración de nulidad de la fecha, en probándose su falsedad; pero, ¿de qué manera? Si hace fe la fecha mientras no se pruebe esa falsedad, no vemos otro medio que éste para impugnarla. ¿Será por ventura que tratándose de un testamento auténtico, sería admisible la prueba de falsedad de la fecha, sin necesidad de probar la del instrumento? Ciertamente que no. Y bien; pretendiéndose, como se pretende, que el testador tiene la misma autenticidad que el notario, es lógico admitir que la fecha que él mismo escribe en sus disposiciones no puede ser atacada, á la manera que tampoco puede serlo la de un testamento que se otorga ante notario sino por la prueba de falsedad. En suma; si tal es el principio, es absoluta la regla y no admite más que una prueba en contrario: la de falsedad.

248. Admítase á probar por todos los medios legales, aun por el de testigos y el de presunciones, cuando se ata-

1 Denegada, 12 de Agosto de 1851 (Daloz, 1852, 1, 36).

ca el testamento por causa de idiotismo de sugestión ó de captación y cuya fecha sea falsa. En este sentido es constante la jurisprudencia; mas no lo son los autores, los cuales se hallan divididos. Baile-Mouillard hace una objeción, y objeción que á nuestro modo de ver es decisiva, diciendo que es menester no confundir la captación ó artificios fraudulentos que obligaron al testador á dictar sus últimas disposiciones, con la fecha falsa que él mismo hubiere puesto en ellas. Esta fecha sirve para encubrir el fraude desde el punto de vista de la prueba, mientras que los artificios fraudulentos se prueban con testigos y con presunciones. Empero, si el que pide la nulidad quiere probar la época en que se ejecutaron dichos artificios, es la fecha un óbice para su intento, la cual fecha hace fe mientras no se pruebe su falsedad. Por manera que para probar que el testamento fué antedatado, necesita comenzar por echar abajo la fecha falsa que hay en él: ¿cómo y por qué vía? Si la fecha hace fe, salvo prueba en contrario, debe el interesado promover la tal prueba. (1)

A esto se objeta con el artículo 1,353, que permite se pruebe el fraude con testigos ó con presunciones. El argumento, invocado ya alguna vez por el tribunal de Caen, es en extremo débil; é interpuesta contra su fallo la casación, la sala, aunque confirmando ese mismo fallo, no reprodujo el motivo en que se apoyó. ¿Admitiríanse la prueba de testigos y la de presunciones contra la fecha de un testamento auténtico? Sin duda que no; y sin embargo, se quiere que merezca la misma fe la fecha de un testamento elógrafo. Luego interesa que se dé una razón para justificar la excepción, pero, hablando con más propiedad, las mejores del mundo que se quisieran dar no bastarían. Mil veces ha declarado ya la sala de casación que no puede

1 Baile-Mouillard, comentando á Grenier, t. 2º, número 236, 6º, nota a.

haber excepción de una ley si no es que la establezca otra ley; luego mientras no haya ley, tampoco habrá excepción. Ahora bien, ¿dónde está la ley que exima del deber de probar la falsedad cuando se ataca el testamento por causa de dolo? Dice la sala de casación que los mismos motivos que avasallaron la voluntad del testador hasta el grado de haberle sugerido unas disposiciones contrarias á su verdadera intención pueden también haberle arrastrado á dar á su testamento una fecha falsa, para presentarle como pasado en una época en que no se ejecutó ningún acto sobre el testador. Dedujo de aquí la sala que no es en el caso la antedata objeto directo y principal del proceso, por no haberse alegado sino como uno de los elementos del fraude y como uno de los medios que prepararon y facilitaron sus resultados; siendo la consecuencia de todo, que se puede establecer la falsedad de la fecha mediante las mismas pruebas que la falsedad de cualesquiera otras disposiciones. (1) Este raciocinio sería excelente si no hiciese fe la fecha en no demostrándose su falsedad; pero cuando en una misma discusión se alegan hechos que no es posible queden demostrados por medio de una prueba única, hay que demostrar la existencia de cada uno de ellos por medio de la legal que le sea propia. Preséntome á probar la violación de un depósito, lo cual es un delito: ¿se me admitiría la prueba testimonial para probar el depósito, lo mismo que su violación? No; porque siendo el depósito un contrato, no puede quedar probado con testigos, y así necesitaría yo comenzar por probarle con el título respectivo, si bien es cierto que esa prueba tiende á un mismo objeto: á la violación del depósito. Así también: si pido que se declare la nulidad de un testamento por causa de captación, siendo así que los hechos en que consistió

1 Caen, 19 de Abril de 1852, y denegada, 22 de Febrero de 1853, (Dalloz, 1853, 1, 131. Compárese con la denegada de 3 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 273).

ésta, se refieren al año de 1870 y el testamento data de 1869, ¿se me admitirá la prueba testimonial sobre que el testamento se escribió en 1870? No; si es que la fecha hace fe mientras no se pruebe su falsedad, debo comenzar por probar la de aquella fecha.

Es tal la incertidumbre que reina en este difícil punto, que hay una resolución judicial que parece dejar al demandante en libertad para escoger entre la prueba ordinaria y la de falsedad de documentos. En el caso especial sobre el cual recayó aquella resolución, el que impugnaba el testamento sostenía su falsedad en cuanto á la fecha; y recurrido el fallo, resolvió la superioridad que con el hecho de haberse admitido la prueba de falsedad permitiéndose la rendición de una más rigurosa que la que se hubiera podido desahogar, ningún agravio se había ocasionado al defensor del testamento. Semejante resolución parecemos injustificable. (1) ¿Acaso los medios de prueba dependen de la elección que hagan los interesados? ¡Ellos podrían entonces obrar de concierto entre sí mismos para admitir la prueba testimonial!

249. Hay otra excepción, y es la tercera que se admite; á saber: cuando se ataca el testamento por causa de incapacidad del testador en la época de su confección. En ese caso, dicen, es admisible todo género de prueba. Con todo, aún se controvierte sobre este punto. En un excelente informe presentado á la sala de casación, el consejero informante d'Oms sienta como principio indiscutible que el testamento ológrafo hace *fe plena* en cuanto á su fecha. Es igualmente cierto, dice, que si un individuo falleciese en estado de incapacidad legal, tal como la interdicción, de jando un testamento con fecha de la época en que tenía el uso expedito de sus facultades, no sería de admitirse al

1 Denegada, 16 de Diciembre de 1829 (Daloz, palabra *Falso incidente*, núm. 72).

heredero natural, para probar la antedata, otra prueba que la de la falsedad. A los que asombre que la ley haya dado á un escrito privado la misma autoridad que al auténtico en esta materia, responde el informante que el testador es legislador, que él expide é impone una ley á su familia para un tiempo en que él mismo deje de existir: *Dicat testator et erit lex.* (1) Hase objetado que las mismas razones que hay para admitir cualquier prueba contraria, en caso de fraude, hay también para admitirla en caso de incapacidad, puesto que también la fecha es fraudulenta. (2) La objeción es fundada; porque si, como lo dijo el informante, el testador es legislador, nunca se puede objetar la fuerza del testamento sin aducir la correspondiente prueba de falsedad; y si á pesar de su pretendida autoridad legislativa, permítese combatir la fecha fraudulenta con testigos y con presunciones, ¿por qué admitir esta prueba en caso de captación, y no admitirla en el de incapacidad? La verdad es, que nunca el testador hace veces de legislador, como ni de funcionario público ó notario, pues no es más que simple particular, que escribe con la fecha que él quiere sus disposiciones, sin darle á esa fecha virtud probatoria alguna, virtud que no le puede venir más que por delegación de la autoridad pública.

§ III. DEL TESTAMENTO PÚBLICO.

Artículo 1º De las solemnidades.

250. Llama el código testamento público al que autoriza un notario en presencia de cuatro testigos, ó dos notarios delante de dos testigos (art. 971). Este testamento es, pues, un instrumento testimoniado. De aquí, la cuestión de saber si además de las formalidades especiales prescriptas por el código civil, se deben observar las que la ley del 25 ven-

1 Informe relativo al fallo de denegada de 22 de Febrero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 132).

2 Demolombe, t. 21, pág. 175, núm. 159.