

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 párecenos 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, permítase 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.

tosos, año XI, prescribía para todos los instrumentos testimoniados. No carece de dificultad esta cuestión, como todo lo que mira á la abrogación tácita de la ley. La de ventoso relativa al notariado no quedó abrogada por la del 30 ventoso, año XII, que solamente abolió la legislación romana, las ordenanzas, las costumbres generales ó locales, los estatutos y los reglamentos; y en ninguna de estas disposiciones se hallan comprendidas las leyes que se dictaron en el intermedio desde 1789. La razón de ello la dimos ya al exponer los principios porque se rige la relación que hay entre el código civil y el derecho anterior á él. (1) No habiendo sido, pues, abrogada expresamente la ley de ventoso, surge la dificultad de saber si el código civil, que es posterior, la derogó tácitamente y con qué límites. Sabido es que difícilmente se admite la abrogación tácita, para la cual es necesario que haya incompatibilidad entre la antigua y la nueva ley, de manera que sea imposible aplicar las dos á un mismo tiempo, siendo entonces necesario admitir que el legislador entendió abrogar las disposiciones anteriores. Pero si es posible conciliar las dos leyes, no habrá ya abrogación tácita. Para aplicar este principio á la ley de ventoso, habría que resolver que casi todas sus disposiciones son aplicables á los testamentos, puesto que muy pocas son incompatibles con las de nuestro código. Pero hay otro principio que viene á modificar el que mencionamos.

Entre las reglas de derecho del Digesto, hay la de que las leyes especiales derogan las generales, y que cuando concurren una general y una especial, hay que atenerse á la última. Esto sucede cuando la especial está en oposición con la general, pues la aplicación de los principios es la que rige en materia de abrogación. ¿Será menester ir más lejos y decir que no se debe invocar la ley general ni si-

1 Véase el tomo 1º de mis *Principios*, pág. 60, núm. 27.

quiera tratándose de puntos acerca de los cuales nada diga la especial? No, porque resultaría de aquí que estaría abrogada por el código civil la ley general sobre el notariado en lo que concierne á los testamentos; y en verdad que no ha sido tal la mente del legislador. Así se creyó en los primeros días que siguieron á la publicación del código; pero pronto hicieron que se rechazara esa opinión, las absurdas consecuencias que sobrevinieron á semejante interpretación. (1) Ciertamente que no se ha de tener como objeción decisiva la que se haga á un principio de derecho fundándola en lo absurdo de las consecuencias; pero particularmente el de que tratamos es discutible. La ley de ventoso quiere que el notario feche los instrumentos que autorice, bajo pena de nulidad, en tanto que el código no dice que los testamentos hayan de ser fechados. ¿Concíbese que los autores del código hayan tenido la mira de eximir á los testamentos auténticos de la formalidad de la fecha, cuando él mismo la prescribe, so pena de nulidad, en los ológrafos, por motivos que idénticamente se aplican también á aquellos otros? La abrogación es efecto de la intención, y ésta en otro caso, no podría ser dudosa.

Este segundo principio complica, lejos de resolver la dificultad. Ambas leyes deben combinarse, mas no aplicarse simultáneamente en todas sus disposiciones. Arreglado un mismo punto por las dos leyes, ¿no se tendrá que admitir que la especial deroga la general? Sí que se admite, y con razón; el testamento es un documento especial; luego cuando se ha establecido ya cierta formalidad para los documentos testimoniados en general, y cuando la disposición análoga del código difiere de la ley de ventoso, es indis-

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 3º, artículo 2, núm. 8 (t. 33, pág. 513); Casación, 1º de Octubre de 1810 (Daloz, núm. 3,139, 1º).

pensable estarse á la del código, y no aplicar la otra, aun cuando las dos sean compatibles; pues aquí la nulifica el principio de la especialidad: que tal es la voluntad probable del legislador. Con mayor razón abroga el código civil la ley de ventoso, cuando aunque sólo en parte reproduce una regla trazada con más extensión que la de aquella ley, evidenciándose entonces la intención del legislador de restringir la antigua disposición y limitar su aplicación en materia de testamentos. (1)

Como consecuencia de todo esto, es menester no tomar al pie de la letra el considerando de un fallo de la sala de casación cuando dice que lejos de haber derogado el código civil la ley de ventoso al establecer ciertas formalidades como peculiares al testamento público, ha querido que más y más se observe esa misma ley con exactitud *en todo lo que no hubiere sido derogada en forma.* (2) Tal es el principio de la abrogación tácita; pero, según lo acabamos de decir, el principio de la especialidad modifica la regla general.

Por lo incompleto que está el código civil en este particular, nos vemos en el caso de completarle con la ley de ventoso. Empero la obra que vamos escribiendo no es para el notario, y así nos limitamos á hacer constar las formalidades, interpretándolas por medio de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia sin meternos á discutir sobre puntos que aún se controvierten, á menos que se trate de un principio de derecho civil. Por otra parte, nos remitimos para los principios generales sobre la materia, al título de las *Obligaciones*. Esto importará dividir el sistema de las formalidades prescriptas para los testamentos; pero la naturaleza de esas mismas formalidades y el código así lo quieren.

1 Demante, t. 4.º pág. 272, núm. 116 bis 2.º.

2 Casación de 1.º de Octubre de 1810 (Daloz, núm. 3,139, 1.º).

Núm. 1. Del notario.

251. Sólo en cierta esfera de atribuciones tiene derecho el notario para autorizar; en saliéndose de esa esfera, ya no es funcionario público, ni puede por lo mismo suscribir ningún instrumento auténtico. Síguese de aquí, que tampoco puede fuera de la propia esfera, autorizar testamentos, estando sancionada esta prohibición con la nulidad. (1)

El notario debe tener también la necesaria capacidad. Hay una general, necesaria para todo género de instrumentos, de la cual trataremos en el título de las *Obligaciones* donde expondremos también las reglas que rigen la suspensión y la distinción en lo tocante á la validez de los instrumentos autorizados por un notario suspendido ó destituido. Por ahora, no tenemos que ocuparnos más que en la incapacidad relativa que afecta á los notarios en cuanto á los testamentos.

252. La ley de ventoso anula *todo* instrumento que haya sido autorizado por dos notarios parientes ó deudos en línea recta indefinidamente y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive de tío ó sobrino (arts. 10 y 68). Tal disposición aplícase á los testamentos, que serán totalmente nulos cuando sean autorizados por notarios parientes ó deudos en el grado prohibido por la ley.

La de ventoso en el artículo 8.º, dice: "Los notarios no podrán autorizar *instrumentos* en los cuales fueren *partes* sus parientes ó deudos en línea recta sin limitación de grados, y en la colateral hasta el de tío ó sobrino inclusive." ¿Aplícase esta prohibición á los testamentos? Hay que contestar con seguridad que sí. En efecto, *instrumento* es el testamento, y en él es el testador *parte*, pues de otro modo sería menester decir que no hay *parte* en el testamento por ser el testador el único que figura en él.

1 Ley de 25 ventoso, año XI, artículos 6 y 68. Coin-Delisle, página 351, núm. 3 del artículo 971.

La propia ley de ventoso prohíbe igualmente al notario, pena de nulidad, que autorice instrumento alguno que contenga disposiciones dictadas en favor de sus parientes ó deudos en el mismo grado. La sanción de esta prohibición es siempre la nulidad (arts. 10 y 68). ¿Es solamente la disposición relativa la que la ley afecta de nulidad, ó es más bien todo el testamento? El texto no deja lugar á duda: todo el testamento es nulo. ¿Y no pugnaré esto con el antiguo refrán que dice: *utile per inutile non vitiatur*? No, porque este refrán se aplica á la nulidad que mira al fondo de la disposición; por ejemplo, el testamento puede contener una sustitución fideicomisaria nula y un legado válido. Pero no sucede lo mismo cuando el testamento es nulo en cuanto á su forma; porque como ésta necesariamente concierne por completo al acto, cuando la ley hace consistir en alguna forma una condición sustancial del acto mismo, ó sea del instrumento, éste resulta viciado y por consiguiente nulo todo él.

¿Puede el notario autorizar un testamento en que se le asigne á él mismo una gratificación? De acuerdo con el sentir unánime de los autores y de la jurisprudencia, no lo puede. Sin embargo, ¡cosa singular! no hay disposición expresa que lo prohíba (1): porque las palabras: *ó que contuvieren cualesquiera disposición á su favor*, que trae el artículo 8.º de la ley de ventoso, no hacen relación más que á los parientes ó deudos del notario, y así lo prueba la construcción gramatical de la frase. (2) Se ha citado el artículo 900, conforme al cual las condiciones contrarias á las buenas costumbres se han de tener como no escritas (3); pero no es posible admitir esta interpretación, puesto que el artículo dice que se tendrán como no puestas las condicio-

1 Coin-Delisle, pág. 353, núm. 14 del artículo 971.

2 Un fallo de Riom, que se dictó en 23 de Mayo de 1855, cita el artículo 8.º de la ley de ventoso (Dalloz, 1857, 5, 224, núm. 6).

3 Coin-Delisle, pág. 354, núm. 15 del artículo 971.

nes inmorales, sin embargo de lo cual subsistirá el testamento. ¿Será acaso que en uno que autorice el notario legatario hay condiciones inmorales que tener como no puestas? No hay, á decir verdad, otro motivo de nulidad que un argumento *a fortiori*. ¿Concíbese que el notario no puede autorizar un testamento en el cual se asigne á un sobrino una gratificación, y sí pueda autorizar otro en que se le instituya legatario á él mismo? (1) La inconsecuencia que con ello se cometiera sería verdaderamente inexplicable; pero ¿bastaría ella para dar lugar á la nulidad? Esto, á nuestro entender, es muy dudoso. Si se admite la nulidad, es menester conservar el carácter que ella tiene en el artículo 8.º de la ley de ventoso; esto es, que todo el testamento es nulo. Tal es la opinión general. (2)

Núm. 2. De los testigos.

1. Número de los testigos.

253. Los instrumentos testimoniados ordinarios van autorizados por dos notarios ó por un notario y dos testigos. Conforme al artículo 971, se necesitan cuatro ó dos testigos, según que haya uno ó dos notarios. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? He aquí los términos en que explica la ley el orador del Gobierno: "En cuanto á los testamentos públicos, se ha adoptado un término medio entre las solemnidades dadas que prescribe el derecho escrito y las que se usan en los países donde no hay más ley que la costumbre. Bastaba en éstos con que hubiera dos notarios ó un notario y dos testigos; pero en los del derecho escrito, los testamentos nuncupativos escritos debían hacerse en presencia de siete testigos por lo menos, comprendiéndose en ese número al notario. Habiéndose ensanchado considerablemente, y en general, la libertad para disponer en

1 Orleans, 5 de Mayo de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 113).

2 Dalloz, palabra *Notario*, núms. 406 y 411. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 355, núm. 16 del artículo 971.