

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.

los países que se rigen por la costumbre habría sido menester también *aumentar las presunciones que se tomaran para hacer constar la voluntad de los testadores*; pero como tal cosa exigiera número mayor que el que se necesita para el efecto, se había tenido que sujetar á crueles tormentos á los autores de las disposiciones, exponiéndolos quizá muchas ocasiones á la imposibilidad de arreglar su testamento." Poco más ó menos, en los mismos términos se expresa el informante del tribunado, diciendo: "A más de los notarios, deben intervenir testigos, no porque la ley desconfíe de aquéllos, sino porque como casi siempre se hacen los testamentos ya al terminar la vida, era conveniente *multiplicar los vigilantes* en beneficio de un individuo expuesto al asedio de la intriga y de la avaricia." (1) De manera que los testigos son unos vigilantes cuya misión es la de *dar fe de la voluntad de los testadores*, en cuanto á que constituyen una garantía de que el testador gozó de absoluta libertad al redactar sus disposiciones, y con ese fin se *multiplicó* su número. ¿No se habrá hecho una ilusión el legislador? Con aumentar el número de testigos, aumentó asimismo los peligros de nulidad; y así se ha declarado la de muchos testamentos tan sólo por haber carecido uno de los testigos de la capacidad que exige la ley. Y ¿será esto decir que ninguno de esos testamentos fué la libre expresión de la voluntad de los testadores? Bien puede suceder que cuando al tiempo de presentarse el notario y los testigos para la celebración del acto, ya se hayan consumado la sugestión y la captación, en el cual caso no hay libre voluntad para el testador, ni serán por cierto aquellos quienes se la devuelvan. Ya volveremos á tratar de la misión de los testigos; que esta cuestión ha dado margen á controversias sin fin.

1 Bigot-Prémeneu; Exposición de los motivos, núm. 58 (Loché, t. 5º, pág. 329. Jaubert, Informe, núm. 56 (Loché, t. 5º, pág. 355).

254. Sucedió ya que se llamaran para la formación de un testamento más de dos ó de cuatro testigos con el fin de disminuir las probabilidades de nulidad que pudieran resultar de su incapacidad: ¿habría en ese caso motivo de nulidad? Lo que se resolvió entonces, fué que pues la ley no ha previsto el caso, tampoco pudo hacer de él una causa de nulidad; siendo así que nunca puede suplirse ninguna de las que lo sean. Y si el legislador hubiese previsto el caso de que se trata, harto se habría curado de prescribir la nulidad como consecuencia, toda vez que conforme al espíritu de la ley el número de testigos es una garantía que el legislador tiene contra las sorpresas que él teme. De donde, dice el tribunal de Bourges, el mínimo superabundante de testigos es siempre benéfico y nunca puede causar mal. (1)

Si hubiere entre los testigos algunos con incapacidad para el acto, tal incapacidad no perjudicará á la validez del mismo, siempre y cuando queden aun dos ó cuatro en quienes concurren las cualidades que exige la ley. Así se resolvió ya en casación en un caso en que el notario llamó á un número de testigos mayor todavía que el de la ley para hacer constar la identidad del testador, identidad que perfectamente constaba ya. Había en esto para dudar; porque ¿cuáles de todos aquellos testigos eran los incapaces? ¿Lo eran los que certificaban la identidad, ó los que fueron llamados para el testamento? Como éste nada expresó acerca del particular, la sentencia de casación resolvió que era válido, por haber concurrido suficiente número de testigos capaces á su formación. (2)

255. Necesitándose dos ó cuatro testigos para la validez del testamento, es preciso que en éste mismo se exprese que concurrió ese número á su formación; lo cual se con-

1 Bourges, 14 de Junio de 1815 (Daloz, núm. 3,095).

2 Denegada, 6 de Abril de 1809 (Daloz, núm. 3,096):

sigue mencionándolos con sus nombres y apellidos, como lo tiene que hacer el notario, conforme al artículo 12 de la ley de ventoso, y con la firma que conforme á la misma ley (art. 14) cada uno de ellos debe poner al calce del instrumento. Para que la dicha mención sea bastante, natural es que los nombres que el notario haga constar estén de acuerdo con las firmas. No obstante, se ha dado ya el caso de que á pesar de haber diferencia entre una firma y el correspondiente nombre asentado en el testamento, sostúvose la validez del mismo. Fué que el testigo era conocido indistintamente con los dos nombres, uno de los cuales asentó el notario, y el otro fué con el que firmó el testigo, cuya identidad no se puso en duda, y así faltaba motivo para anular el testamento. (1)

## II. De las condiciones legales para la capacidad.

256. Por regla general, todo francés tiene capacidad para ser testigo: la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. Las excepciones, principalmente aquellas que miran á la incapacidad, son de estricta interpretación. Es necesaria, pues, ley expresa para que haya incapacidad legal. Más adelante veremos cómo se aplica igualmente este principio á la incapacidad natural.

Como la incapacidad es una excepción, todo aquél que impugne un testamento está en deber de probar que los testigos carecen de la capacidad necesaria. Ha habido quienes sostengan lo contrario diciendo que el heredero no está obligado á probar más que el vínculo de parentesco que le da derecho á la sucesión, y que toca al legatario, que es quien opone contra él un testamento, probar la incapacidad de los testigos que intervinieron en su formación, y por consiguiente su capacidad. A esto puede replicar el legatario que sólo una cosa tiene que probar él,

1 Grenoble, 7 de Abril de 1827 (Daloz, núm. 3,102).

ó sea la existencia de un testamento autorizado por notario y firmado por dos ó cuatro testigos; y que pues la regla es la capacidad, incumbe al heredero, que sostiene la incapacidad de los testigos, probar esta misma incapacidad. (1)

257. El artículo 980 prescribe que: "Los testigos llamados para presenciar la formación del testamento, deberán ser varones, mayores de edad, súbditos del Emperador y con el goce de los derechos civiles."

¿Por qué los testigos han de ser varones? Esto exige también el código tratándose de los que intervengan en los actos del estado civil de las personas. Es por lo tanto principio general de nuestra legislación. ¿Qué razón hay para ello? Dicese que los testamentos son documentos, por decirlo así, *legislativos*, dado que al manifestar su última voluntad el testador, hace una ley que le debe sobrevivir, y se saca por consecuencia que los testigos llamados para dar fe de ese acto ejercen *una especie de función pública* ó cívica. (2) Estas son ideas romanas; conforme á las nuestras modernas, el testador es un propietario que dispone de sus bienes. Los que dicen aquello no se atreven á decir por lo claro que él sea legislador, sino que se valen de un *por decirlo así*; no se atreven tampoco á decir por lo claro que los testigos sean funcionarios públicos, sino que se contentan con decir que ejercen (los testigos) una *especie de función pública*. ¿A qué conducen semejantes comparaciones, que no son razones? Los oradores del gobierno y del tribunado nos han dado ya el motivo por el cual concurren testigos para la formación del testamento, aun cuando estén presentes dos notarios, y ese motivo es el de garantizar la libre manifestación de la voluntad del testador. Son, pues, los órganos de la sociedad en un acto de suma gravedad, puesto

1 Bruselas, 22 de Febrero de 1811 (citada por Merlin, *Repertorio*, t. 33, pág. 31, nota.

2 Colmar, 13 de Enero de 1818 (Daloz, núm. 3,170, 2°).

que al disponer de sus bienes el testador deroga la ley de la naturaleza. Con esto basta para explicar la teoría del código.

258. Los testigos deben ser mayores de edad. Esto no es más que la aplicación de un principio general, á saber: que sólo el mayor de edad es capaz de ejecutar todos los actos de la vida civil (art. 488): cosa que tiene que ser, aun cuando no le concierna al testigo personalmente el acto. La ley castiga al heredero que sabedor de la muerte del testador no la denuncia á la autoridad judicial, declarándole indigno de suceder; pero esta indignidad solamente afecta al heredero mayor de edad. Por tanto, el menor es incapaz de todos los actos de la vida civil, y así, no era posible que figurara en el testamento como representante de la sociedad.

259. Los testigos deben ser *súbditos del Emperador*. ¿Qué se ha de entender por esto? Casi ni duda ofrece tal cuestión, por más que se haya controvertido acerca de ella. Conforme al Estatuto de 1735 (art. 40), los testigos debían ser *regnícolos*, palabra que era sinónimo de *franceses*. Excluíase por consiguiente á los extranjeros, y así lo prueba el propio artículo 40, puesto que después de exigir la calidad de *regnícola* en general, establece una excepción respecto del testamento militar, en el cual podían ser testigos los *extranjeros*. El derecho de ser testigo era, pues, uno de tantos del orden civil, que solamente los franceses tenían. Domat hace sobre el particular una explicación que no deja lugar á duda. "Llamamos, dice, *regnícolos* á los *súbditos del rey*, y extranjeros son los *súbditos del otro Estado*; y así, los que teniendo esta calidad no hubieren sido naturalizados por medio de la correspondiente carta expedida por el rey, tienen la incapacidad prevenida por nuestras leyes y nuestras costumbres." (1) El proyecto

1 Domat, libro preliminar, título 2º, sec. 2ª, núm. 11.

del código civil, tal como se le adoptó en el año XI, traía la palabra *ciudadano*, (1) cuyo sentido era exactamente el de *regnícola*, y la cual palabra, en la edición oficial de 1807 quedó sustituida con las de *súbdito del Emperador*, que entrañan la idea explicada por Domat, puesto que el extranjero no es *súbdito del Emperador*, por serlo de otro Estado. En consecuencia, el extranjero no puede ser testigo. Y continuará con su incapacidad para ello si aun en el caso de que á virtud de tratados ó de autorización del rey tuviese el goce de derechos civiles en Francia; porque ese goce absolutamente le da la calidad de francés, esto es, de *súbdito*. Tal es el común sentir de los autores y de la jurisprudencia, salvo algunas opiniones en contrario, acerca de las cuales por demás sería insistir, pues habiendo cesado ya las discusiones sobre este punto, no vemos que se siga utilidad de volver á ellas, cuando, además, no cuentan con apoyo ni en la tradición, ni en el tenor literal, ni en el espíritu de la ley. (2)

260. Por último, los testigos deben estar en el *goce de los derechos civiles*. ¿Qué debemos entender por esto? En el lenguaje de las leyes, hay diferencia entre el *goce* de los derechos civiles y el *ejercicio* de esos mismos derechos. Así, un incapaz tiene el goce, pero no el ejercicio de ellos. Ahora bien, ¿exige el artículo 980 el *ejercicio*, ó basta con el *goce* de los mismos para ser testigo? Sobre este punto, hay en la doctrina de los autores cierta vacilación que no había de haber, puesto que el texto de la ley es terminante. Durantón dice que es necesario estar en ejercicio de los derechos civiles para ser testigo, pero esto importa cam-

1 De esta manera nos ha parecido traducir la palabra *républicole* del original francés, que no tiene otro equivalente en castellano que el de miembro ó individuo de una República.—N. T.

2 Merlin profundizó estas cuestiones (*Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2º, núm. 3, t. 33, pág. 31 y siguientes). Compárese la denegada de 23 Enero de 1811, y Colmar, 13 de Febrero de 1818 (Dalloz, núm. 1,170).

biar la ley. Coin-Delisle pide un goce activo de los propios derechos, lo cual tiende á sustituir el goce por el ejercicio, y en consecuencia á modificar la ley. (1) Ninguna importancia práctica tiene la cuestión, sino es para los sujetos á interdicción, para los menores y para las mujeres, que son á quienes excluye el art. 980. A nuestro juicio, no cabe duda sobre el particular; es menester aplicar un principio que admiten todos: nada de incapacidad si no hay ley que la determine. Y ¿dónde está esa ley que declare á los sujetos á interdicción incapaces de ser testigos? Citase el artículo 509 que equiparara á aquellos con el menor; pero basta leer ese artículo para convencerse de que la tal asimilación no tiene el sentido absoluto que se le pretende dar. Quiérese que el entredicho esté afectado de una incapacidad absoluta. Esta es una objeción á la cual hemos contestado ya al explicar los efectos de la interdicción, y tan sencilla es que creemos inútil insistir en ella. (2)

A veces, por medio de una sentencia judicial en materia penal, se priva al enjuiciado del goce de ciertos derechos civiles y políticos, en particular del de ser testigo en los instrumentos. Esta privación, ó es perpetua ó es temporal, según la gravedad de la pena. Nos remitimos á lo dicho ya en el tomo I de nuestros *Principios* (núm. 404, página 583).

261. Las condiciones de capacidad que exige el artículo 980 difieren de las exigidas por la ley de ventoso, la cual, en su artículo 9.º dice que los testigos deben ser franceses, deben saber firmar y ser vecinos del lugar donde se ejecuta el acto. La diferencia recae sobre dos puntos, á saber: sobre la calidad de *ciudadano* que exige la citada

1 Durantou, t. 9.º, pág. 136, núm. 106. Coin-Delisle, pág. 412, número 8 del artículo 980.

2 Aubry y Rau, t. 5.º, pág. 507, nota 10 y los autores que citan. Compárese con lo ya dicho en el tomo 5.º de mis *Principios*, pág. 432, núm. 308.

ley, y la de francés con que se contenta el código. Si, pues, las leyes políticas establecen ciertas condiciones para ser ciudadano, esas mismas condiciones deben concurrir en los testigos de los instrumentos públicos en general y lo propio sucedía con la Constitución del año VIII, vigente en Francia cuando se publicó el código civil; pero esas condiciones no eran aplicables á los testigos de los testamentos. Sobre este punto, ha habido realmente derogación, puesto que todavía menos que la ley de ventoso exige el código. La segunda diferencia se refiere al domicilio: ¿debe aplicarse á los testamentos la disposición de la repetida ley de ventoso, que exige ese domicilio? Discútese este punto, pero á la verdad no merece que se le discuta. Indudablemente que si ateniéndose al principio general de la abrogación tácita, podría decirse que no hay incompatibilidad entre el código y la susodicha ley por lo que respecta al domicilio, toda vez que el código no habla de él; en esta materia domina el principio de la especialidad de la ley (núm. 250), y como la disposición del artículo 980 es especial, por el hecho de ser menos rigurosa que la de la ley de ventoso, contentándose con la calidad de francés sin exigir el domicilio por los testigos, síguese que la disposición especial del artículo 980 deroga en este punto la disposición general del artículo 9.º Tal derogación está universalmente admitida en cuanto á la calidad de francés; ¿y es concebible que una sola disposición relativa á un mismo punto, cual es la calidad de los testigos, derogue y sostenga al propio tiempo la ley antigua? No es posible que tal haya sido la mente del legislador. Antes bien, adrede se ha mostrado menos riguroso para con los testamentos: lo primero, porque es menester multiplicidad de testigos, y esto aumenta el peligro de nulidad; y lo segundo, porque los testamentos exigen por su naturaleza la reserva, y ésta exige á su vez la mayor discreción por parte

de los testigos, y de consiguiente cierta amplitud para su elección.

Este es el sentido en que se ha formado la jurisprudencia, aunque bastante mal fundada, si se exceptúa una resolución del tribunal de Bruselas que aplica el principio de la especialidad de la ley. (1) Una vez más debemos consignar aquí cierto error jurídico de la sala de casación. "Considerando, dijo en cierto fallo, que en los artículos 974, 975 y 980 el código civil prescribe las condiciones que constituyen la capacidad de los testigos de un testamento, y que por consiguiente abrogó, conforme á la ley de 30 ventoso, año XII, las disposiciones contenidas en leyes anteriores y relativas á esa misma capacidad"... (2) Si la citada ley de 30 ventoso, año XII, es aplicable á las intermedias, es menester ir mucho más allá que el fallo de la sala de casación. Efectivamente de acuerdo con la ley del año XII, basta que una *materia* sea objeto del código civil para que las leyes antiguas, que arreglan esta materia, queden completamente abrogadas. Pues bien, la materia á punto relativo á la forma de los testamentos constituye, en verdad, el objeto del código civil; por consiguiente, aplicándose la ley de 30 ventoso, sería menester decidir que está abrogada la del notariado en lo relativo á testamentos. Hay que dejar á un lado la repetida ley del año XII; el tenor mismo del artículo 7.º prueba, como ya lo hemos dicho, que él no tiene aplicación á las leyes expedidas desde la revolución de 1789. (3)

Tanto los autores como la jurisprudencia francesa ad-

1 Bruselas, 5 de Junio de 1816 y denegada, 19 de Febrero de 1819 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 143, é *id.*, 1819, pág. 322). Compárese la resolución de Lieja, 14 de Junio de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, pág. 179); Burdeos, 18 de Agosto de 1823 (Merlin, *Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2.º, 22.º (t. 33, pág. 58).

2 Casación, 24 de Enero de 1826. Véase este fallo y toda la jurisprudencia en Merlin, *Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2.º, núm. 3, 23.º (t. 33, págs. 56 y siguientes), y Dalloz, núm. 3, 137.

3 Véase el t. 1.º de mis *Principios*, pág. 58, núms. 25 y siguientes.

miten por lo general que los fallidos no rehabilitados no pueden ser testigos en los instrumentos públicos; lo cual se resuelve así, á virtud de aplicarse la ley de 25 ventoso, año XI, combinada con la Constitución del año VIII. (1) Como la ley de ventoso nada tiene que ver con los testigos testamentarios, síguese que lo pueden ser los fallidos. Tal es la consecuencia del principio sobre que no hay incapacidad sin ley. (2)

262. La ley de 25 ventoso, año XII, quiere que los instrumentos autorizados por notario enuncien los nombres de los testigos instrumentales y la casa de su habitación: disposición que también se aplica á los testamentos. Ya está resuelta la nulidad de uno en el cual se omitió hacer mención de la habitación de los testigos. (3) Es esta una importantísima formalidad que permite á los herederos cerciorarse de si el testigo reúne las condiciones de capacidad prevenidas por la ley, amén de que con frecuencia se necesita que estén presentes los testigos en los debates que se promueven sobre la validez de los testamentos, y en consecuencia, es necesario que sepan los interesados dónde viven.

### III. De la incapacidad natural ó accidental.

263. ¿Hay alguna incapacidad natural que consista en el obstáculo que pone al testigo en la imposibilidad de llevar la misión para la cual es llamado á la formación del testamento, y que en ese caso le hace incapaz de asistir al acto? Así en derecho romano como en la jurisprudencia antigua, se admitía ese género de incapacidad, partiéndose del principio de que para ser testigo es menester que el

1 Amiens, 8 de Julio de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 91 y los autores citados en nota).

2 Bruselas, 29 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 141 y los autores citados en nota).

3 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2.º, núm. 3, 21.º, y palabra *Testamento*, sec. 2.ª, pfo. 3.º, art. 2, núm. 8. Véase la jurisprudencia en Dalloz, núm. 2, 139).