

formación de un testamento, cuando no hay más que un notario. Pero esto no sería sino inventar por vía de inducción motivos de incapacidad, y ya el tribunal de Bruselas repelió este peligroso sistema, (1) siendo los demás de la misma opinión que él. (2)

281. ¿Basta la capacidad putativa para hacer válido el testamento? Se supone que un testigo carece de una de las cualidades prevenidas por la ley, en virtud de no ser francés, calidad que comunmente se le atribuye por error: ¿es este el caso de aplicar el antiguo proverbio de que el *error general hace derecho*? La jurisprudencia, así como los autores, admiten esa aplicación con las restricciones que vamos á exponer. Ante todas cosas, protestamos en nombre del derecho contra la citada máxima que parece dar al error el poder del derecho. Este es la expresión de la verdad eterna: ¿cómo, pues, podría alguna vez asimilarse el error á la verdad? Nada más funesto que la autoridad que se supone á un hecho que descansa en el error; y reconocer en el tal hecho, por universal que sea la fuerza y autoridad del derecho, es minar por su base el orden moral. Sin embargo, no otro es el sentido que se da á veces al proverbio. *Error communis facit jus*. El hecho, dicen, llega á ser derecho, ¿y no son hechos los que gobiernan el mundo? (3) No, no los hechos, sino el derecho, sino la justicia es la que gobierna el mundo, de tal suerte que cuando hay algún hecho, muy general, y todo, en pugna con el derecho, debe irse contra él hasta no hacer que desaparezca, muy lejos de concederle la autoridad peculiar del derecho. Y, digámoslo de una vez, no es así como entienden los jurisconsultos romanos la regla que se ha tomado de ellos.

Un esclavo es nombrado pretor por haberle creído libre y ciudadano el pueblo que le eligió ¿se anularán los actos

1 Bruselas, 25 de Marzo de 1806 (Daloz, número 3,204).

2 Durantón, t. 9º, pág. 145, núm. 117 y todos los autores.

3 Demolombe, t. 21, pág. 229, núm. 220.

de jurisdicción que el esclavo hubiere practicado? En rigor de derecho, son nulos sin duda alguna; pero por humanidad, dice Ulpiano, hay que mantenerlos como si fueran válidos en beneficio de los particulares que recurrieron á su ministerio. El pueblo que elevó al esclavo á la dignidad de pretor le habría dado la libertad, si hubiese sabido que era esclavo; luego bien se puede suponer que se la dió al elegirle. (1)

Otro esclavo que públicamente estaba en posesión de la libertad recibe delegación de un magistrado para resolver como árbitro cierto asunto: su resolución tiene autoridad de cosa juzgada, aun cuando aquel haya recibido el encargo siendo esclavo. (2) Con el hecho de delegar un poder la autoridad competente á un incapaz, le da la calidad requerida para que pueda funcionar, en el sentido de que no se puede impugnar lo hecho por él, cosa que no tan sólo es equitativa sino también jurídica. El árbitro tiene derecho de juzgar, por haber sido delegado por el magistrado competente: ¿qué importa que reúna ó no las cualidades que se exigen para ser árbitro?

Así también, un esclavo á quien generalmente se tenía por libre, es llamado como testigo para la formación de un testamento. El heredero legítimo reclama por esa causa la nulidad del acto. El Emperador Adriano, á cuyo conocimiento se sometió el caso, respondió que para la validez del testamento había bastado con que aquel esclavo hubiese pasado generalmente como libre sin que nadie le disputara esa calidad. (3) Volvió á poco á presentarse la misma cuestión, resolviéronla en el propio sentido los emperadores Severo y Antonino, y Justiniano insertó la resolución en su instituto.

1 L. 3, D. *de Officio pratorum* (1º, 14).

2 L. 2, C. *de Judicibus* (3º, 1).

3 L. 1, C. *de Testamento* (6º, 23).

Harto se curan los emperadores y los jurisconsultos romanos de decir que el error general hace derecho. En cuanto á los rescriptos de los emperadores, si tenían fuerza de ley era en virtud de la constitución imperial, si tal nombre merece la abdicación que hacía el pueblo de su soberanía en manos de los Césares. La máxima de que el error hace derecho hállase en otra ley desempeñando un papel muy inocente: trátase de determinar la significación que, conforme á la opinión general, aunque errónea, y no conforme á la exactitud gramatical, tiene cierta palabra en un legado (1); y con tal motivo dice el jurisconsulto: *Error facit jus*; pero muy lejos de su ánimo estaba el transformar el error en derecho.

282. He ahí los precedentes de la famosa máxima que quisiéramos borrar de nuestra ciencia por el abuso que se puede hacer de ella. Lo que en derecho romano era nada más decisión particular, se quiso transformar en regla general en el antiguo derecho francés, (2) de donde pasó al moderno, en el cual se le cita como un proverbio. No hay necesidad de dar al error la autoridad de derecho, para admitir que la capacidad putativa de un testigo cubre su incapacidad real. El legislador francés concede al matrimonio putativo aunque anulado, los efectos de verdadero matrimonio, por haberse celebrado de buena fe y no poder perjudicarle el error invencible al que tuvo esa buena fe (art. 201). También la ley hubiera podido declarar válido el testamento en razón de la buena fe que tuvieron los que llevaron á un testigo incapaz para que presenciara su formación, á salvo el derecho de determinar las condiciones que haya de tener ese género de capacidad putativa. Cierto es que la equidad recibiría con aplauso una disposición como esa, sin que haya necesidad de minar los fun-

1 L. 3, pfo. 5º, D. *Suppl. leg.* (33, 10).

2 Furgole, *Des testaments*, cap. 3º, sec. 1ª, núm. 7.

damentos del orden social poniendo el error en la misma línea que el derecho; mas no ha hecho todavía tal cosa el legislador; ¿y podremos nosotros, cuando la ley guarda silencio, derogar el derecho por medio de consideraciones de equidad? Por regla general, no; y esto es evidente. Sin embargo, la sala de casación de Francia y Bélgica se han declarado por la capacidad putativa. ¿Cómo respondería al argumento que toma del silencio de la ley?

283. La sala de casación de Francia, invoca desde luego la tradición, que consiste en que la máxima del error común era admitida por los autores antiguos y aplicada por los tribunales sin oposición. Pero no basta la tradición; es menester que haya estado consagrada por el legislador moderno. La sala cita una opinión del consejo de Estado, de 2 de Julio de 1807, aprobada por el Emperador, insertada en el boletín de las leyes y á la cual tenía, por consiguiente, fuerza de ley. Tratóbase de saber si los resúmenes que expedían y certificaban empleados á quienes la ley no concedía carácter público eran válidos por el error en que se encontraba el público. El consejo de Estado resolvió la cuestión afirmativamente; pero limitándose en su resolución á la cuestión especial que se le había propuesto, y así diciendo en términos generales: que en todo tiempo y en toda legislación, han bastado el error común y la buena fe para encubrir en los documentos y en los juicios mismos irregularidades que las partes no habrían podido ni pueden evitar. “De aquí concluyó la sala que la capacidad que se funda en el error común equivale á la capacidad real que exigen los artículos 971 y 980. (1)

La sala de casación de Bélgica invoca nada más que la tradición haciendo por demostrar que implícitamente la han consagrado los autores del código civil. Es cierto que en el antiguo derecho se aceptaba la máxima del error co-

1 Denegada, 18 de Enero de 1830 (Daloz, núm. 3,213, 1º).

mún para cubrir con ella la incapacidad real de los testigos instrumentales, y que tal era la jurisprudencia constante al tiempo de publicarse el Estatuto de 1735. El cual Estatuto contenía relativamente, á la capacidad de los testigos, disposiciones que el legislador moderno ha tomado de él siendo una de tantas la abrogación del derecho común, por opuesto á ellas mismas. Con todo, no se tuvo como abrogada la máxima de la capacidad putativa, y así el Estatuto la mantiene de una manera implícita. Entendida en estos términos, fué reproducida la ley por el código: ¿no habrá que concluir de aquí que los autores del mismo reprodujeron el Estatuto con la restricción implícita relativa á la capacidad putativa? (1) No es del todo concluyente esta argumentación: comprendemos que se invoque la tradición para interpretar textos tomados del derecho antiguo; pero en nuestro caso, no se trata de interpretar texto alguno, sino de derogar otro en virtud del derecho romano ó de la jurisprudencia abrogados ya ambos. Sin embargo, combinando la tradición con el derecho de 1807, creemos puede admitirse la máxima de la capacidad putativa, por más que con ella se derogue el rigor del derecho. Este es el sentido en que están, así la doctrina de los autores como la jurisprudencia; pero una y otra exigen ciertas condiciones que conviene precisar.

284. Absolutamente basta, para que haya capacidad putativa, que esté generalizada la opinión de la que el testigo tiene; ésto sería simple error, que aun cuando de buena fe, no haría válido el testamento. Si el legislador, tratándose del matrimonio, se conforma con la buena fe con que se celebró para declararle válido, es en bien del

1 Denegada, 1.º de Octubre de 1835, sobre las conclusiones de Abogado general. Defacqz (*Pasicrisia*, 1835, 1, 137). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 30 de Mayo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, página 142), 26 de Diciembre de 1831 (*Id.*, pág. 351) y 14 de Abril de 1845 (*Id.*, 1845, 2, 288).

matrimonio mismo, en bien de los cónyuges y sobre todo en bien de los hijos. Pero la capacidad putativa de los testigos no afecta más que á intereses de un orden particular, y rigurosamente debería imperar con toda su severidad el derecho en ese género de relaciones, porque no se puede torcer el derecho en beneficio del legatario sin perjudicar el del heredero legítimo. De tal manera poderosa tiene que ser, pues, para ello la equidad, que aventaje al derecho, y en este sentido exigen los autores para la capacidad putativa una serie de actos múltiples que vengan á constituir para el testigo una posesión pública y pacífica del estado que supone la capacidad; posesión tan cierta, que habría sido imposible presumir el error del cual resulta. Este error invencible es una excusa para los que llamaron al testigo, no porque le hayan creído capaz sino porque debían creerle tal. (1)

La jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina. Para cubrir la incapacidad de un testigo instrumental, es menester, dice el tribunal de casación de Francia, es menester que el error común se apoye en hechos y actos de posesión pública que le motiven y le justifiquen. (2) La sala de Bruselas reproduce textualmente lo enseñado por Merlin: el error común cuyo resultado es la capacidad putativa, debe estar fundado en una serie de actos repetidos que forman para el testigo una posesión pública y constante del estado que esa capacidad supone, de suerte que ni siquiera puedan los interesados pensar en inquirir la verdadera capacidad del testigo. De donde concluyó la sala que no debe admitirse el error común sino con la mayor circunspección y sólo en el caso de preponderar la equidad á un grado tal que deba ella vencer al rigor del derecho.

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testigo instrumental*, pfo. 2.º, núm. 3 (t. 33, pág. 68). Coin-Delisle, pág. 422, núm. 43 del artículo 980.

2 Denegada, 24 de Julio de 1839 (*Dalloz*, núm. 2,316, 2.º).

285. Ordinariamente se invoca la capacidad putativa para cubrir la nulidad de un testamento á cuya formación concurrió un testigo extranjero, tenido en el concepto público por francés ó belga. De acuerdo con el principio que acabamos de establecer, no basta esa opinión común, puesto que se necesitan actos, y actos emanados, sobre todo, de la autoridad pública que atestigüen la calidad de indígena. Citaremos como ejemplo un caso ocurrido en el tribunal de Bruselas. Se trataba de un testigo cuyo padre había ido á establecerse con familia en Malinas el año de 1788. En el año VI, se inscribió al hijo en el padrón cívico que se abrió en la municipalidad de Malinas; en el año VII, se le conservó sin oposición en la lista de los que tenían derecho de votar en las elecciones primarias; en el año IX, se le inscribió en el cuadro de los que tenían derecho de votar que el consejo municipal debía formar de acuerdo con la ley de 13 ventoso de aquel año; en el X, fué nombrado miembro del consejo municipal de Malinas; finalmente, en 1,808, poco después de la fecha que tenía el testamento impugnado, fué nombrado miembro del colegio electoral. Todos estos actos, que emanaban de la autoridad pública, eran otras tantas pruebas de que no sólo se reputaba al testigo como francés, sino como ciudadano; resultando de ello una posesión pública de capacidad que ni siquiera admitía la simple suposición de que el individuo era incapaz. (1) Tal como lo dijo muy bien el tribunal de Colmar, creer lo que la autoridad pública induce á creer y que no corresponde á los particulares cambiar, racionalmente no debe hacer á los ciudadanos responsables y víctimas de un acto fundado en semejante creencia. (2)

En otro caso que también ocurrió, el tribunal de Bruselas desechó la capacidad putativa de un testigo nacido en

1 Bruselas, 11 de Junio de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 137)
2 Colmar, 1.º de Julio de 1828 (*Dalloz*, núm. 3,213, 1.º)

Francia y avecindado en Bélgica. En este caso, no se invocaba otro hecho que el de la prolongada residencia en un pueblo belga, el del matrimonio celebrado en Bélgica sin haberse hecho las publicaciones en Francia, y el de haberse construido una casa. Estos diversos hechos demostraban muy á las claras la buena fe de los que habían llamado al testigo á presenciar el testamento; pero ninguno de ellos emanaba de la autoridad pública, y por consiguiente, nada había que sirviera para motivar ó justificar el error invencible, que es el único que permite derogar la ley. (1) El simple hecho de pagar las contribuciones, ó de servir en la guardia nacional ó en el ejército, cuando ese servicio es obligatorio para cualquier habitante, ó bien el hecho de haber sido testigo en otros instrumentos, se han tenido por insuficientes, y con razón; porque sólo una cosa prueban, el error; mas no que éste error sea invencible. (2)

Con mayor razón no ha de bastar para encubrir la nulidad del testamento la declaración que hagan los testigos de no estar comprendidos en ninguno de los casos de incapacidad legal. Esa declaración podrá, cuando más, excusar al notario que llamó á un testigo incapaz para el testamento, en el sentido de que con ella se ponga de manifiesto su buena fe; pero esa buena fe absolutamente basta para que haya capacidad putativa. Sin embargo, repetidas veces se ha propuesto la dificultad á la sala de casación. Un testigo primo hermano por afinidad de un legatario declara no ser ni pariente ni deudo en el grado prohibido por la ley. Esto puede ser error, pero error que no le daba al testigo ninguna capacidad putativa, y el tribunal de Dijon llegó á averiguar que, por el contrario, la afinidad del testigo era de pública notoriedad en el lugar, y que

1 Bruselas, 8 de Mayo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 171).
2 Poitiers, 9 de Abril de 1829; Denegada, 14 de Julio de 1839 (*Dalloz*, núm. 2,316, 1.º y 8.º).

nada más posible que comprobarla. Desde ese momento no era, pues, el caso de derogar el derecho en razón de un error invencible y de una absoluta imposibilidad de evitarle. (1)

Ocurrió asimismo otro caso mucho más favorable, que claramente habla contra el excesivo rigor de la ley. Cierta testadora, que solamente dejaba algunos primos hermanos, y muchos primos segundos, hizo su testamento concebido en estos términos: "Deseo que á mi muerte se dividan mis bienes sin distinción de líneas paterna ó materna y por ramas ó troncos, de manera que los herederos de cada rama lleven la parte que le toque á la correspondiente rama, representando los hijos á sus respectivos padres." Sucedió que uno de los testigos instrumentales era pariente en cuarto grado de uno de los muchos legatarios á quienes no se había designado nominalmente en el testamento, á la hora de cuya formación no se sabía con certeza quiénes serían los parientes llamados á la sucesión. ¿No era esa incertidumbre razón bastante para excluir la aplicación del artículo 975? Así se creyó en primera instancia, declarándose la validez del testamento. Pero la resolución fué reformada en segunda instancia, como tenía que serlo, puesto que no había mediado error común en el sentido tradicional de la máxima, aun cuando el notario hubiera hecho, como la hizo en el testamento, la siguiente declaración: "La testadora y los testigos, interpelados por el notario, declaran no ser estos últimos deudos ni parientes en grado prohibido de la misma testadora ni de los legatarios." El tribunal llegó á poner en claro que la afinidad era un hecho conocido por la testadora y por el testigo, y en consecuencia no había habido error invencible, siendo esto causa de la nulidad del testamento, por más que en él se contuviera una última voluntad manifestada libremente

1 Denegada, 4 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 108).

y con reflexión. La resolución que en este sentido se dictó fué justa; la ley es la mala. (1)

286. El principio de la capacidad putativa es general, en cuanto á que es aplicable desde el momento en que haya error invencible. Se ha dicho que nada tenía que ver ese principio con la incapacidad relativa que produjeran la consanguinidad ó la afinidad, puesto que apenas si se encuentran en esta hipótesis las condiciones del error común. Por más que esto sea un hecho, no impide que se deba mantener el principio como regla general, á salvo que se deniegue la capacidad putativa cuando no esté suficientemente establecida. (2)

La sala de casación aplicó el principio en un caso notable de un testador que había instituido dos legatarios universales con la obligación de pagar la cantidad de sesenta francos á cada uno de sus ahijados. Sucedió que uno de los testigos era primo hermano afín de uno de los ahijados, y que al parecer éstos eran innumerables: la sala de Agen resolvió que había sido imposible, así para el notario como para los testigos, saber que entre uno de éstos y un legatario desconocido á quien probablemente ni el mismo testador conocía, había algún vínculo de afinidad, y de esto concluyó que había habido error invencible al tiempo de formar el testamento acerca de la incapacidad de los testigos. Fácilmente nos imaginamos la perplejidad en que se ha de haber visto la sala al dar á la máxima del error común un alcance y una extensión que no tenía por cierto en derecho romano y que sería necesario repeler, estándose á las condiciones que los autores y la jurisprudencia

1 Metz; 23 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 90), y denegada 18 de Junio de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 30).

2 Bruselas, 11 de Agosto de 1843 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 33); Coin-Delisle, pág. 422, núm. 44 del artículo 980; Aubry y Rau, t. 5º, pág. 510, y nota 26. Demante, t. 4º, pág. 294, núm. 125 bis, 5.º)

exigen para que haya error común. ¿Dónde había los actos públicos de los que resultara en nuestro caso la capacidad putativa del testigo? Sin embargo, la sala de casación admitió el error, y esto en términos muy amplios. Innumerables eran los ahijados, dice la resolución y de allí que fuera difícil, por no decir imposible, saber si tal ó cual individuo pertenecían á los ahijados; por consiguiente, fué invencible el error en que incurrió el notario. (1) Digámoslo de una vez: el rigor excesivo é irracional de la ley entró por mucho, á lo que entendemos, en aquella resolución.

V. Reglas generales.

287. ¿En qué momento el notario y los testigos deben ser capaces? Apenas si se puede proponer una cuestión como ésta, y es inútil citar el Digesto para resolverla. La ley prescribe condiciones generales de capacidad, y el que no reuna esas condiciones no puede ser testigo; ó lo que es lo mismo, no puede asistir al testamento, y por lo tanto, á la hora de su formación es cuando debe ser capaz. Vienen después causas especiales de incapacidad: ¿en qué momento impiden ellas al testigo, capaz en general, concurrir al acto? En el momento de que se le llame á él. Y creemos inútil insistir en el principio y en las consecuencias que de él emanan; esto salta á la vista. (2)

288. ¿A quién toca probar la capacidad ó incapacidad de los testigos? Al tratar de las condiciones generales de capacidad (núm. 256), tuvimos oportunidad de conocer esta cuestión, y entonces expusimos que al heredero que impugna el testamento es á quien toca probar las causas de incapacidad que anulan el instrumento, puesto que efectivamente, ese es el fundamento de su demanda. Con mayor razón tiene que ser así tratándose de incapacidad natural

1 Denegada 31 de Julio de 1834 (Daloz, núm. 3194.)

2 Toullier, t. 3º 1, pág. 226, núm. 405, y todos los autores.

ó relativa, incapacidad que supone capaz al testigo, quien sólo por excepción se halla comprendido en el número de los incapaces; y á quien alega una excepción, corresponde la prueba de la misma. En el caso, la excepción es el fundamento de la demanda de nulidad; lo que hace aplicable el antiguo adagio consagrado por el artículo 914: Al actor toca probar.

¿Cómo hará ésto? ¿Tendrá que sostener la falsedad del testamento, si en él declaró el notario que los testigos tenían la capacidad necesaria? No por cierto. Ya tendremos ocasión de volver á este asunto, cuando tratemos de la fuerza probatoria del testamento auténtico.

289. ¿Cuál es el efecto de la incapacidad? ¿Produce ella la nulidad de todo el testamento? Sin vacilar hay que contestar afirmativamente, pues así está admitido por los autores y por la jurisprudencia. Se trata de una condición de forma; la presencia de un notario y de testigos capaces constituye una de las solemnidades esenciales del testamento público; por lo mismo, si el notario ó alguno de los testigos carecen de la capacidad necesaria, el instrumento resulta viciado en la sustancia, y en este sentido se puede decir con el tribunal de Metz que la forma de los instrumentos es indivisible. El testigo es testigo para todo, y no sólo para una parte; luego la consiguiente nulidad tiene que existir en todo. Así lo enseñan los autores y la jurisprudencia. (1)

Núm. 3. De las formalidades.

I. Formalidades generales de la ley de ventoso año XI.

290. La ley de 25 ventoso, año XI, fija las formalidades que los notarios tienen que cubrir en los instrumentos que

1 Demante, t. 4º, 1º, 284, núm. 120, bis. 5º y todos los autores. Metz., Febrero 1º de 1821. Denegada, 27 de Noviembre de 1833 (Daloz, núm. 3,290, 2º y 3º); Bruselas, 11 de Agosto de 1843 (*Pasicrisia*, 1,845 2, 337).