

falsedad. (1) Pero ni una palabra que sirva para motivar tal resolución. Es menester, pues, hacerla á un lado, como debería hacerse con todas aquellas que afirman en lugar de probar. La redacción deja en la misma duda hasta la cuestión del principio. ¿Qué es eso de un *carácter de autenticidad*? ¿Quiérese decir que el instrumento es auténtico? ¿Por qué, entonces, no decirlo de una vez?

El tribunal de Besançon dice, que son graves é importantes las formalidades del testamento místico, á las cuales debe su carácter de autenticidad. (2) ¿Es esto una argumentación, ó no son más que palabras? Sería menester probar cómo y por qué las formalidades del testamento místico imprimen carácter de autenticidad á un escrito que por sí mismo es privado. Y las palabras que acabamos de transcribir no dan por cierto esta prueba.

La jurisprudencia belga sólo cuenta con un fallo que confirma nuestra opinión. Abandonando el tribunal de Bruselas el precedente de 1811, se declara en favor de la opinión que sustentamos, fundándose en un motivo irrefutable, cual es el de que el notario que atestigua que se le ha dado cierta declaración no afirma la verdad de la misma. (3)

434. Hay una aplicación de estos principios, en la cual no podría haber duda. Declara el testador y compruébalo el notario, que aquél legó su testamento. ¿Será menester sostener su falsedad para probar que el testador no sabía ó no podía leer? Esta cuestión se suscitó ante el tribunal de Agen, el cual hizo á un lado la prueba que ofrecían los herederos, porque estaba justificado que el testador sabía leer en manuscrito, y que se produjo con verdad cuando declaró ante el notario y los testigos que había leído su

1 Metz, 8 de Marzo de 1821 (Daloz, núm. 3,305).

2 Besançon, 22 de Mayo de 1845 (Daloz, núm. 3,288, 3°).

3 Bruselas, 4 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 36 y Daloz, núm. 3,289).

testamento. Pero el tribunal no dijo que esto estaba acreditado, mientras no se rindiese la prueba de falsedad, con la declaración del testador consignada por el notario; declaración en que bien se puede producir con falsedad el testador, sea para hacer válido su testamento, sea para echarle abajo. ¿Es que el notario tiene algún medio de asegurarse de la verdad de esta declaración? ¿Se ha dado esta misión la ley? No, y esto resuelve la dificultad. (1)

#### § V. DE LOS TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.

435. Lllaman los autores testamentos privilegiados á los que la ley exime de las formalidades prevenidas para los testamentos comunes, sujetándolos á otras especiales. Son, pues, excepción de la regla estos testamentos, y así, hay que aplicar á ellos el principio de interpretación que rige en cuanto á las disposiciones excepcionales que son de rigurosa interpretación. Sólo aquellas personas á quienes permite la ley testar en forma particular pueden usar de este derecho; siendo necesario que se hallen en las circunstancias previstas por la misma ley, porque en no encontrándose en los casos exceptuados, tienen que entrar en la regla general.

##### *Núm. 1. Del testamento militar.*

436. Pueden los militares hacer un testamento especial, si están en la imposibilidad de observar las formalidades generales. Dos condiciones se quieren para que proceda el testamento militar. Ante todo, es menester que el testador sea militar. El artículo 981 asimila á los militares los empleados del ejército. El Estatuto de 1735 enumeraba á los no militares que participaban del privilegio militar: "Aquellos, dice el artículo 51, que no siendo oficiales ni indivi-

1 Agen, 25 de Noviembre de 1809 y denegada, 11 de Abril de 1811 (Daloz, núm. 3,230, 2°).

duos de tropa, tengan sin embargo que seguir al ejército y se vean entre el enemigo, ora á causa de sus empleos y funciones, ora por los servicios que presten á los oficiales, ora con motivo de la provisión de víveres y municiones de la tropa." Siendo disposición tradicional el artículo 981, debe entenderse en el mismo sentido, amén de que todas esas personas están en la imposibilidad de sujetarse á las formalidades comunes, debiendo en tal virtud estar comprendidos en el espíritu de la excepción.

Hay otra condición que se exige para que los militares puedan testar en la forma militar: es menester, dice el artículo 983, que estén en expedición militar, ó en cuartel, ó de guarnición fuera del territorio francés, ó prisioneros en poder del enemigo. En cuanto á los que están en cuartel ó de guarnición en el interior, no pueden, dice el mismo artículo 983, aprovecharse del beneficio del testamento militar, pues en ese caso carecería el privilegio de razón de ser. "A menos, añade la ley, que se hallen los militares en plaza sitiada, en una ciudadela ó en otro lugar cuyas puertas estén cerradas, y tengan interrumpida la comunicación por causa de guerra." En este caso, hay ó puede haber cuando menos imposibilidad de observar las formalidades ordinarias, y por lo mismo recobra toda su fuerza el privilegio.

437. ¿En qué consiste ese privilegio? Conciérne al testamento público, y en términos del artículo 981, suple al notario un jefe de batallón ó escuadrón, ó cualquier otro oficial de graduación superior; que aun cuando han cambiado las donominaciones subsisten aún los grados. Respecto de los testigos, la ley sólo exige dos. También los comisarios de guerra ó los intendentes pueden autorizar el testamento de cualquier militar: ellos sólo, si son dos; ó en presencia de dos testigos, si sólo es uno. Si el testador está enfermo ó herido, puede autorizar el testamento el ofi-

cial enfermero en jefe, asistido del comandante militar encargado de la administración del hospital. Los infelices soldados no siempre tienen la dicha de que los asistan en un hospital; ¡felices aquellos á quienes asisten en una ambulancia! Dijose en el consejo de estado, sin género de duda, que la disposición del artículo 982 se aplica también á las ambulancias. (1)

¿Está dispensado de las formalidades prescriptas para los demás, el testamento militar? Esta cuestión se presenta asimismo para los otros testamentos privilegiados, y volveremos á ocuparnos de ella.

438. El testamento militar tiene su razón de ser en la necesidad de las circunstancias; pero cesando ella, justo es volver al derecho común. Así lo prescribe el artículo 984, que dice: "El testamento que se hiciere en la forma anteriormente establecida será nulo seis meses después de que el testador se encuentre en un lugar donde haya tenido libertad para observar las formas ordinarias.

#### *Núm. 2. Del testamento marítimo*

439. Hay otra excepción de la regla general para cuando el testamento se hace durante un viaje por mar. En este caso, es todavía mayor la imposibilidad de observar las formalidades comunes, y era menester consiguientemente hacer testamento con otras menos estrictas. Mas para que haya esa necesidad, deben concurrir dos circunstancias que determina el artículo 988, á saber: que el testamento se haga en el mar y durante un viaje. Inferre de ello el artículo 994, que si al tiempo de formalizarse el testamento hubiere tocado el buque á tierra extranjera ó nacional francesa donde hubiese habido notario público francés que le hubiera podido autorizar, no se tendrá como hecho en

1 Sesión del 26 ventoso, año XI, núm. 3 (Loché, t. 5º, pág. 262).

el mar, aun cuando lo haya sido durante un viaje; porque, efectivamente, en ese caso, cesó la necesidad. Si hay un funcionario francés facultado para autorizar un testamento, no hay razón para recurrir á formalidades excepcionales. Pero, ¿qué deberá decirse en el caso de que el buque aborde en tierra extranjera donde no haya cónsul de Francia? ¿Podrá extenderse, en ese caso, el testamento en la forma privilegiada; ó habrá que observar las que se usen en el país donde se haga? Se ha discutido mucho el caso; pero nos parece que la ley le resuelve en el último de esos dos sentidos, puesto que el artículo 994 prevee en su parte final la hipótesis de que no pudiera extenderse con arreglo á la legislación francesa; es decir, el caso de que hallándose el testador en suelo extranjero no hubiera notario público francés, caso para el cual dispone la ley que no será válido el testamento si no se hubiere hecho observando las formalidades prevenidas por la ley del país donde se hizo. Esto se halla en armonía también con los principios relativos á los testamentos privilegiados: no tiene razón de ser el privilegio, cuando pueda aplicarse el derecho común. Ahora bien, en el extranjero, el derecho común está en que el testamento sea extendido ó en la forma ológrafa ó en la auténtica, según las leyes del país (art. 999). Siendo posible la observancia de las formalidades ordinarias, cesa al punto el privilegio. (1)

440. Puede acogerse al privilegio todo aquél que esté en el mar, ora sea á bordo de un buque mercante ó de la Nación, ora como pasajero ó como funcionario público, pues siempre habrá la necesidad, y por lo mismo tendrá lugar el privilegio (art. 995). Pero estas circunstancias se

1 Durantou, t. 9º, núm. 159. Vazeille, t. 2º, pág. 529, núm. 2 del artículo 994. Sentencia del tribunal de la Seina, 19 de Marzo de 1825 (Dalloz, núm. 3,409). En sentido contrario, Coin-Delisle, página 435, núms. 7 y 8 del artículo 994, y Demolombe, t. 21, pág. 426, núm. 453.

deben tomar en consideración cuando se trate de saber quién puede recibir el testamento. Los artículos 988 y 989 arreglan esta materia, y nos remitimos á ellos. El primero de estos dos artículos exige la presencia de dos testigos: esta disposición se aplica también al caso previsto por el artículo 989.

Los artículos 990-993 establecen medidas que tienden á la conservación del testamento marítimo, y también nos remitimos á ellos.

441. No es válido el testamento hecho en el mar, sino cuando muera el testador allí, ó bien tres meses después de haber saltado á tierra á un punto donde se pueda sujetar á las formalidades comunes (art. 996). Es una disposición análoga á la del artículo 984 y que está fundada en la razón (núm. 438).

*Núm. 3. Del testamento hecho en tiempo de epidemia.*

442. La ley dispensa de las formalidades comunes "á los testamentos que se hagan en un lugar con el cual esté interrumpida toda comunicación por causa de una epidemia ú otra enfermedad contagiosa" (art. 985). Uno de nuestros antiguos autores, Henrys, decía que la guerra se puede comparar con la epidemia, y que la segunda es una guerra tanto más peligrosa cuanto que quien la hace al hombre es el mismo Dios. (1) No; Dios no hace la guerra á los hombres; las enfermedades son la consecuencia de nuestra imperfección, lo cual no obstante, hay medios para prevenirlas. Así, la lepra desapareció ya de Europa, y la peste no llena de desolación los países civilizados. La guerra causa siempre estragos; pero las malas pasiones de los hombres son las que la encienden, y bien puede refrenárselas mediante una instrucción que moralice á los pueblos y

1 Henrys, libro 5º, cap. 4º, cuestión 37, núm. 1, citado por Trop-Long, núm. 1,706.

desarrolle á la par la inteligencia en ellos, y mediante también instituciones políticas prudentemente combinadas.

No basta con los estragos que cause una enfermedad contagiosa ó tenida como tal, para que se puedan aplicar las disposiciones del código concerniente al testamento hecho en caso de epidemia: necesitase además que oficialmente se interrumpan las comunicaciones. Así se resolvió ya con ocasiones de haber invadido el cólera una aldea del Sur de Francia. De dos notarios que había en ella, uno la abandonó tan pronto como apareció la epidemia. En esto quiso hacer testamento público un campesino que no sabía escribir, y habiendo resultado estériles cuantos esfuerzos hizo el alcalde para persuadir al notario que había quedado á que extendiera el testamento, delegó á su adjunto en virtud de lo prescripto por el artículo 985. Aquel testamento fué impugnado, y al fin se declaró sin nulidad. (1) Y ciertamente que lo debía ser: porque no estaban interrumpidas las comunicaciones, aun cuando era cierto que por el indiscreto terror de los dos notarios se hallaban los habitantes imposibilitados para testar; pero tal imposibilidad no era legal, y no estaba en las facultades de los tribunales extender los efectos de una disposición excepcional (núm. 435).

443. Estando interrumpidas todas las comunicaciones en un lugar por causa de una enfermedad contagiosa, se podrán hacer los testamentos ante el juez de paz ó ante uno de los oficiales municipales del pueblo, asistido por dos testigos (art. 985). En Bélgica substituyen á esos oficiales el burgomaestre y los regidores. (2)

¿Quiénes pueden acogerse al beneficio de esta disposición? En términos del artículo 986, todos los que se encuentran en un lugar infectado pueden hacer testamento privilegia-

1 Aix, 16 de Diciembre de 1836 (Dalloz, núm. 3,371).

2 Ley sanitaria de 18 de Julio de 1831.

do, estén ó no atacados de la enfermedad contagiosa. La necesidad que es la misma para todos, resulta no del estado de enfermedad del testador, sino de la interrupción de las comunicaciones que es consecuencia de la enfermedad reinante.

444. Los testamentos que se hicieren durante una enfermedad contagiosa, serán nulos seis meses después de restablecidas las comunicaciones en el lugar donde se encuentre el testador, ó seis meses después de haber pasado á otro donde no se hayan interrumpido las comunicaciones (art. 987). Es una disposición común á todos los testamentos privilegiados.

#### *Núm. 4. Reglas generales.*

445. Los testamentos privilegiados son testamentos públicos, con la diferencia de que en lugar de ser autorizados por notario lo son por los funcionarios que designa la ley para cada caso, fijando también el número de testigos que han de intervenir y que se ha reducido á dos (arts. 981, 985 y 988). La ley arregla además lo que concierne á la firma de los funcionarios, de los testigos y de los testadores. En cuanto á éstos últimos, la misma ley mantiene la regla del artículo 973: "Si declara el testador que no sabe ó no puede firmar, se hará mención de su declaración así como de la causa que le impida firmar." Dicho se está que los que reciben el testamento deben firmar. Por lo que hace á los testigos basta que firme uno sólo de ellos, mencionándose la causa por qué no lo hace el otro, sin que sea necesario que la exprese el testigo mismo (art. 998).

446. Tales son las únicas disposiciones que trae el código acerca de los testamentos privilegiados las cuales disposiciones están sancionadas con la pena de nulidad que el artículo 1,002 establece para la inobservancia de las

formalidades á que tienen que sujetarse todos los testamentos en virtud de lo prevenido por las dos primeras secciones del capítulo V. Se pregunta si deben también observarse en los testamentos privilegiados las condiciones y formalidades de los testamentos comunes; pero aunque se ha discutido y todavía se discute el punto, no le creemos dudoso teóricamente hablando, si bien de hecho da lugar á multitud de dificultades.

Todos de común acuerdo enseñan que no son aplicables á los testamentos privilegiados las formalidades establecidas por la ley de ventoso para los instrumentos testimonios en general. La razón es sencilla y decisiva. Si se han de regir los testamentos públicos por aquella ley, es porque van autorizados por notario, y cualquier instrumento que lo sea debe sujetarse á la ley general que rige respecto de ese género de documentos. Empero los funcionarios públicos que intervienen en los testamentos privilegiados no son notarios, y con excepción de los jueces de paz, son completamente ajenos á los estudios jurídicos. Sujetar, pues, los instrumentos que ellos autorizan á formalidades que no conocen, sería atacarlos de nulidad desde sus principios.

Esto es indiscutible, pero da lugar á una dificultad insoluble; porque para no serlo habría necesidad de una ley que no existe. Se pregunta si los testamentos privilegiados deben llevar fecha. Respondemos negativamente, á pesar de las razones que se dan para exigirla; porque hay una razón terminante que prohíbe exigir esa fecha bajo pena de nulidad, y es el silencio que guarda la ley sobre este punto. No hay nulidad sin ley, ni hay ley que prescriba la fecha en los testamentos privilegiados, los cuales, son auténticos; y el código no dice que esta clase de testamentos deba llevar fecha; la ley de ventoso es la que la exige, y dicha ley no es aplicable á los testamentos privilegiados.

447. ¿Se aplican á ellos las disposiciones del código relativas al testamento público? Sin vacilar respondemos que no. El código trae dos secciones para los testamentos: en la primera expone las reglas generales, quiere decir, trata de los testamentos de derecho común; en la segunda expone las reglas particulares en cuanto á la forma de algunos testamentos, que son los que se llaman privilegiados. Por consiguiente, las dos materias son distintas. Y no se puede decir que deben aplicarse las reglas generales mientras no las deroguen las particulares; porque este principio no tiene aplicación á nuestro caso desde el momento en que la sección I no establece, como parece decirlo su mismo título, reglas para todos los testamentos, sino que la ley determina las formalidades particulares para cada uno de los tres que admite. Ahora bien, no pueden formalidades especiales extenderse á instrumentos para los que no fueron establecidas. Esto resulta del texto mismo de la ley. Acabamos de ver cómo el artículo 998 reproduce el 973: si hubiese estado en la mente del legislador hacer extensivas las disposiciones de la sección I á la sección II, saldría sobrando el artículo 998.

Añadamos á esto, que el espíritu de la ley se opone á una aplicación extensiva, como esa. Al admitir los privilegiados, quiso el legislador sustraerlos á las múltiples formalidades de los testamentos comunes, que era el único medio de hacerlos posibles. ¿Qué sucedería si se exigiese en ellos el cumplimiento de aquellas numerosas formalidades? Los funcionarios públicos, llamados por la ley para autorizarlos, ignoran hasta la existencia de esas mismas formalidades; y aun cuando tuviesen á la vista el código civil, no le comprenderían, ó bien no podrían aplicarle, por ser inhábiles para redactar documentos jurídicos. Manifiéstase el espíritu de la ley en unas disposiciones que sólo temporalmente dan valor á los testamentos privile-

giados; y claro está que si se debieran observar todas las formalidades, no habría razón para limitar á unos cuantos meses el efecto de esos testamentos. Precisamente por ser confeccionados sin la garantía de las formalidades bajo el imperio de la necesidad, la ley desconfía de ellos no concediéndoles más que una autoridad temporal. (1)

Objétase que hay disposiciones que todos aplican á los testamentos privilegiados, y son las contenidas en los artículos 967-969, y dicese que si estos artículos, aunque no lo diga la ley, son aplicables, ¿por qué no lo habían de ser otras disposiciones aún más necesarias? (2) Contestamos diciendo que se clasificaron mal estas disposiciones, lo mismo que sucedió con las del artículo 1,001 que debieron haber sido objeto de una sección general para todos los testamentos. Las verdaderas formalidades no comienzan sino con el artículo 970, y continúan hasta el 998. También los artículos 999 y 1,000 fueron mal clasificados y debieron ser colocados en la sección general.

448. La aplicación de estos principios da lugar á una nueva dificultad. ¿Quién puede ser testigo en un testamento privilegiado? ¿Si no se ha de aplicar el artículo 980 á los testamentos privilegiados, podrán admitirse en ellos como testigos á los extranjeros, á las mujeres y hasta á los menores! Del propio modo, si no se deben aplicar á los testamentos privilegiados las disposiciones concernientes á la incapacidad relativa, habrá que decir que el funcionario público puede recibir remuneración por autorizar el instrumento, menos en los casos previstos por el artículo 997. Esto, dicen, es absurdo. Absurdo, y cuanto se quiera; pero respondemos, como siempre, que sin ley expresa que la establezca, no puede haber nulidad; y las disposi-

1 Grenier, t. 2º, pág. 596, núm. 278. Marcadé, t. 4º, pág. 55, número 2 del artículo 998. Dalloz, núm. 3,404.

2 Baile-Mouillard comentando á Grenier, t. 2º, pág. 576. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 529. Demolombe, t. 21, pág. 409, núm. 431.

ciones que se invocan no miran más que á los notarios y á los instrumentos. Es inútil, para justificar la incapacidad relativa del funcionario público relativo graficado por la extensión del instrumento, invocar la máxima de que nadie puede ser testigo en propia causa; porque esta máxima no está consagrada por nuestro código, y no se fundan en puros principios de teoría las nulidades. (1)

#### § VI. DE LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS.

##### Núm. 1. Principio.

449. Con arreglo al artículo 1,001, las formalidades prescriptas por las diversas clases de testamentos se deben observar bajo pena de nulidad. ¿Qué se entiende aquí por nulidad? Sabido es que la palabra *nulo* significa unas veces anulable y otras inexistente. Varias ocasiones hemos hecho esta distinción, aplicándola á las donaciones (t. 1º, núms. 176-179). La donación es un contrato solemne, y en los contratos solemnes las formalidades son de esencia del contrato mismo, en cuanto á que el consentimiento no expresado con las formalidades de la ley, se reputa como no existente. ¿Sucederá otro tanto con las formalidades testamentarias? También ellas tienen por objeto asegurar la libre expresión de la última voluntad del testador, y su importancia es mayor aún y son más esenciales que las formalidades de los actos entre vivos. Es muy común que el testamento se haga casi en los momentos de morir el testador, esto es, cuando la inteligencia y la voluntad se hallan debilitadas; mientras que las donaciones se efectúan entre vivos. Por otra parte, el testador se ve asediado por las intrigas de los que le rodean, tanto mucho más que lo pudiera ser el donante: aquél dispone de todos sus bienes, y dispone despojando á sus herederos; éste no dispone or-

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 5º, pág. 129. Demolombe, t. 21, pág. 416, núm. 435.