

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 quierá; 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.

dinariamente más que de objetos particulares y se despoja á sí mismo; el apego natural que tiene á lo que posee es ya un freno bastante que le detiene para usar de liberalidades inconsideradas. Esta es la razón por qué la ley se muestra tan severa al pronunciar la nulidad por simples formalidades (t. 12, núms. 622 y 623). La cuestión está en si la severidad llega al punto de que se deba reputar como inexistente el testamento cuando no se observaron las formalidades á que está sujeto.

Sin discutir los autores la cuestión en los términos en que la acabamos de plantear, se declaran por la inexistencia del testamento que es nulo en cuanto á la forma. Merlin es explícito hasta más no poder. "Las formalidades testamentarias son á los ojos de la ley, dice, el único medio de acreditar la voluntad del testador; cuando está desnuda de esas formalidades, queda absolutamente sin efecto esa voluntad." Tal es la teoría que acabamos de recordar, teoría apenas dudosa desde el punto de vista de los principios.

El testamento, lo mismo que la donación, son instrumentos solemnes, y en ambos debe producir igual efecto la falta de solemnidad. La dificultad está en encontrar un fundamento legal para esta teoría. No hay nulidad mientras no haya ley; con mayor razón no es posible admitir que un instrumento sea inexistente, si no hay ley.

En este terreno es grande la dificultad, y para resolverla encuentra Merlin una razón en la esencia misma del testamento. "¿Qué es testamento? Es la declaración que de su última voluntad hace un hombre con las formalidades establecidas por la ley. No existe, pues, el testamento sino mediante la perfecta observancia de las formalidades que le constituyen, ni hay testamento allí donde faltan esas formalidades." Es la *nada*, añade el mismo Merlin; y Troplong, en términos también enérgicos, dice que el testamen-

to nulo en cuanto á la forma es verdadero *aborto*. (1) Pedimos nosotros una razón fundada en ley, y cita Merlin el artículo 1.º de nuestro título: "Nadie puede disponer de sus bienes á título gratuito, si no es por donaciones entre vivos ó por testamento *con las formalidades que se establecen á continuación*."

Este argumento es irrefutable. Cuando el testador usó otra forma distinta de la de la ley testando en presencia de testigos con las formalidades del testamento nuncupativo, resultará un testamento que no reconocen nuestras leyes, y así no podrá tener ningún efecto, y será inexistente. Pero si el testador hizo sus disposiciones adoptando la forma auténtica, por ejemplo, y el notario hizo ésta ó aquella mención sin servirse de los términos de la ley ú otros equivalentes, ¿podrá asimismo decirse que tampoco en este caso hay testamento; ó bien debe decirse que le hay nulo, esto es, anulable? El artículo 893 no resuelve la dificultad, y no hay otra disposición en el código, en la cual se pueda fundar la teoría de la inexistencia de los instrumentos en su aplicación á los testamentos.

450. Es de gravísimas consecuencias la teoría de los instrumentos inexistentes. Si el testamento nulo en cuanto á su forma es la *nada*, es *aborto*, ¿puede pensarse en pedir su nulidad? ¿Se pedirá que se *aniquile* la *nada*? ¿Se pedirá al juez que declare la *muerte* del *aborto*? Si no se tiene acción de nulidad, no hay prescripción: ¿cómo se rechazaría por la prescripción una acción que no existe? Absolutamente se concibe que sea confirmado un testamento nulo en cuanto á la forma. Con la confirmación se viene á borrar el vicio que afecta á un instrumento, el cual queda por ende completamente válido, como si no hubiese estado viciado nunca. ¿Y es concebible que confirmando un testamento,

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 1º, artículo 6 (t. 33, pág. 360). Troplong, t. 2º, pág. 113, núm. 1,742.

se da la vida á un aborto? Hay un vicio que jamás se borra: la muerte, la nada. Demás de esto, ¿qué es confirmar? Renunciar al derecho que se tenía para pedir la nulidad; ¿y se puede renunciar una acción de nulidad, cuando no hay tal acción?

¿Aceptan todos los autores estas consecuencias? No, porque todos ellos hablan de una acción de nulidad y de la prescripción para proponerla; si no admiten que pueda el testador confirmar el testamento nulo en cuanto á la forma, admiten por lo mismo que otro tanto puedan hacer los herederos y apenas si para ellos tiene interés lo relativo á esa confirmación. Véase cuántas inconsecuencias. Y si son inevitables en una materia que el legislador descuidó reglamentar, más que inconsecuencia hay todavía en lo que toca á los testamentos. Los autores admiten el principio de la inexistencia del testamento nulo por su forma; pero no le aplican, y no aplicándole, ni cuenta se dan de su falta de lógica. Lo que hay, pues, en último resultado, es una falta absoluta de principios. De ahí la incoherencia que se nota en la jurisprudencia; incoherencia que semeja á un buque azotado por los vientos, sin piloto ni timón. No inculpamos á los jueces; la culpa es del legislador. En definitiva: hay en la ley un vacío que no toca al intérprete llenar.

Núm. 2. De la acción de nulidad.

451. Admitido que el testamento nulo en cuanto á su forma es inexistente, no hay acción de nulidad propiamente dicha (núm. 449). Sin embargo, cuando se pone en posesión al legatario, deben los herederos proceder en su contra para hacer que se le condene á la restitución de los bienes. La acción que con este objeto intentan es la de petición de herencia. Si el legatario se les opone con el testamento, ellos le rechazarán excepcionándose con la

inexistencia del testamento mismo, y su excepción se dirige á que se declare por el juez que no hay tal testamento. Si los herederos están en posesión y el legatario va en contra suya, ellos tendrán que rechazar su demanda probado que es nulo el testamento, en el sentido de que no le hay. En ningún caso declarará el juez la nulidad del testamento, sino la inexistencia del mismo, es decir, que no le hay.

452. No es ésto lo que enseñan los autores ni la jurisprudencia. Admitese que hay una acción de nulidad del testamento. Primera inconsecuencia. ¿Cuál es la duración de esta acción? ¿Prescribe á los treinta años, que señala el artículo 4,262; ó á los diez del 1,304? Siguiendo la teoría de la inexistencia del testamento nulo en cuanto á su forma, no debería ni siquiera proponerse la cuestión. Efectivamente, la prescripción de diez años importa la confirmación del testamento mismo, y claro está que no se puede confirmar aquello que no existe. Sin embargo, más adelante veremos cómo los autores enseñan y la jurisprudencia admite generalmente que los herederos pueden confirmar el testamento nulo en cuanto á su forma; por consiguiente, rigurosamente hablando, posible habrá de ser la confirmación tácita por la prescripción de diez años: pero á ello se opone el artículo 1,304, que no se aplica más que á la acción de nulidad de un contrato, y por lo mismo no á los testamentos. De donde resulta que la acción para pedir la nulidad de los mismos, prescribe á los treinta años. (1)

453. ¿Cuál es el objeto de la acción de nulidad? En esto la aplicación está en flagrante desacuerdo con la teoría. Si el testamento nulo por su forma es la *nada*, como lo dice Merlin; si es *aborto*, como lo dice Troplong (núm. 449), la

1 Es la opinión general (Troplong, núm. 1,744 y Dalloz, número 2,575).

acción de los herederos no puede tender á la anulación del testamento; y ese es, no obstante, el objeto de las acciones de nulidad que resuenan tan á menudo en los tribunales. No hay más que un medio de explicar estas contradicciones, y consiste en considerar el testamento como inexistente con relación al testador y como simplemente anulable con relación á los herederos. Aun esta explicación es extremadamente singular y ya tendremos ocasión de volver á ella.

Si se admite la doctrina de los documentos inexistentes, es menester decir, que la acción tiende á que judicialmente se declare que no hay testamento. En esta teoría no se concibe que la acción tenga objeto ni efecto parcial, á menos que sea accesorio de la petición de herencia. Generalmente, el testamento no puede existir por una parte, y ser *nada* por otra. ¿Puede algo ser al mismo tiempo *aborto* y *viviente*? Pero nada impide que la acción de petición de herencia tenga un objeto y efecto parciales. Lo mismo pasa con la acción de nulidad. Uno de los herederos naturales pide la de un testamento en el cual instituyó el difunto un legatario universal, y habiéndose anulado el testamento, el heredero pide se le adjudique toda la herencia fundándose en que el legatario la poseía sin título ni causa. Se resolvió en este caso que el heredero no podía reclamar más que su parte hereditaria. En el mismo caso, el legatario universal estaba en conflicto con un heredero legítimo no reservatario: la ocupación pertenecía, pues, al legatario, y el tribunal la invocó para fundar su resolución. (1) A decir verdad, la dicha ocupación era ajena al punto que se discutía: no hay ocupación donde no hay testamento. Pero se había resuelto solamente con relación á uno de los

1 Bruselas, 24 de Junio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 209). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 3 de Diciembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 326 y Dalloz, núm. 3,601).

herederos que no había testamento, y en consecuencia éste existía respecto de los demás. Era, pues, justa la resolución, ya se considerara como inexistente, ya se considerara como nulo el testamento. En cuanto á la singularidad de un testamento en parte nulo y en parte válido, esa singularidad tiende al efecto de la cosa juzgada.

454. ¿Quien puede intentar la acción de nulidad? Aplícase á esto el principio general, en virtud del cual se necesita para obrar que haya un interés nacido y actual, interés que debe serlo pecuniario, excepto cuando se contente la ley con el moral. En el caso, los interesados son los herederos excluidos por el testamento. A veces se les ha negado la entrada al juicio, cuando había otro testamento en el cual también se los había excluido; y decíase que no bastando la anulación de uno de los testamentos para darles derecho á la sucesión, era menester que pidieran la nulidad de ambos, so pena de que se declarara no procedente su petición. Hay tribunales que han observado esta misma práctica; pero otros que la rechazan. Nosotros creemos que esta última opinión debe ser la preferida. El derecho del heredero es incuestionable, y no debería desconocerse su interés, puesto que, obtenida la anulación de uno de los testamentos, destruye un obstáculo que le aparta de la sucesión. (1) Contra esto se opone la objeción de que los defensores del testamento pueden alegar en contra éste mismo en el cual se excluye al demandante, como medio de defensa contra su acción. (2) ¿No es esto confundir dos procedimientos que tienen verdaderamente el mismo objeto en cuanto al demandante, pero que no menos difieren

1 Tolosa, 8 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 32). En sentido contrario, Bastia, 27 de Junio de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 162). La sala de casación ha admitido á los herederos para que impugnen el segundo testamento, pero en el caso tenían evidentemente un interés. Denegada, 26 de Junio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 440).

2 Gand, 9 de Marzo de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 1, 136).

de él? Bien pueden ser distintas las partes, por ser imposible que los dos testamentos sean idénticamente iguales, puesto que el segundo no tendría razón de ser sino siendo nulo el primero, y entonces se cuidarán bien de acogerse á él los herederos. Los defensores no pueden invocar el testamento que por de pronto no es impugnado, sino para deducir de él la falta de interés; pero de que encuentre yo con dos obstáculos que me impiden pasar adelante, no se puede inferir que carezca de interés para destruir uno de esos dos obstáculos, ó salvo el que también tenga para destruir á continuación el otro.

455. Si carece de interés el demandante, no puede obrar, aun cuando tenga derechos que ejercitar en la sucesión, suponiéndose que tales derechos no sean discutidos. Tal sería el del padre cuya hija hiciera un testamento en el que instituyera un legatario universal. El caso ocurrió en el tribunal de Gand. Tratábase de un testamento en el cual el padre habría tenido la cuarta parte de los bienes en caso de sucesión *ab intestato*; y como ese cuarto le pertenecía á título de reserva, le estaba pues asegurado, y por tanto no había sido perjudicado por el testamento ni le podía impugnar. Queríase sostener que el padre tenía un interés moral en combatir el testamento, por haberle hecho su hija con menosprecio de las obligaciones que imponen los vínculos de la sangre. En verdad, no podía decirse de aquel testamento lo que exige Domat para legitimar la facultad de testar: que la testadora se había mostrado más prudente que el legislador; porque aquello no era más que puro despropósito. Pero no había locura, legalmente hablando, ni tampoco nada de vergonzoso; de modo que suponiendo bastante para obrar el interés moral (cosa muy dudosa), tal interés no existía en el caso, y esto resolvía la dificultad. (1)

1 Gand, 13 de Junio de 1856 (*Pasicrista*, 1856, 2, 385),

456. Establecida una vez ó fijada la causa de nulidad, debe el tribunal anular el testamento, sea cual fuere el vicio que le haga nulo. Después de la lectura del testamento añade el testador una cláusula por la cual encarga al legatario que mande decir doce misas por el descanso de su alma. Como esta cláusula formaba parte integrante del testamento, debía haberse leído al testador en presencia de los testigos; pero el notario no hizo mención de que se hubiese verificado la tal lectura, y el testamento fué declarado totalmente nulo. La resolución, aunque extremadamente rigurosa, era justa. Todo el testamento debe ser leído; luego si no lo es, todo él tiene que resultar nulo. (1) Lo mismo pasa con las demás formalidades prescriptas por la ley.

457. El excesivo rigor que resulta de la aplicación del principio de nulidad ha llevado á algunos autores y á veces á los tribunales á decir que en caso de duda, era menester declarar la validez del testamento. Ya nosotros hemos rechazado la aplicación á las menciones que debe hacer el notario de la regla de interpretación consagrada por el artículo 1,157 (núm. 330). Otro tanto hay que decir de cualquier otra formalidad; desde que hay duda de que se haya observado alguna, no puede ser válido el testamento; que es lo que establece Merlin con una evidencia matemática, y los mejores autores reproducen su demostración. (2) También las leyes romanas quieren que se interpreten las disposiciones dudosas en el sentido que sea más propio para darles efecto. ¿Pero en qué caso merecen este favor los testamentos? En el caso de que perfectamente arreglados en cuanto á su forma, se trata de saber lo que quiso el testador. ¿Sucedre lo mismo cuando recae la duda sobre

1 Tolosa, 22 de Junio de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 167).

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 2º, artículo 4, núm. 2 (t. 33, pág. 408). Troplong, t. 2º, pág. 112, núm. 1,741. Demolombe, t. 21, pág. 458, núm. 490 bis.

la regularidad del testamento? No, porque como toda su fuerza la toma éste de su solemnidad, y la solemnidad está en que se observen exactamente las formalidades prescritas por la ley, la duda se tiene que resolver en favor del heredero legítimo. En efecto, cuando se duda si se observaron bien las formalidades, es incierto si hay testamento, y en caso de incertidumbre no puede pertenecer la sucesión más que al heredero legítimo.

458. ¿Puede el legatario proceder contra los herederos con el fin de que se declare la validez del testamento? No, por regla general; si los herederos guardan silencio, no tiene el legatario interés nacido y actual que ejercitar. Ciertamente es que el silencio de los herederos no les ha de impedir que impugnen el testamento; pero esta sencilla eventualidad, mejor dicho, esta posibilidad no autoriza al legatario para intentar su acción. Es, por la naturaleza de su dicho, defensor en la cuestión de nulidad del testamento. Para que pueda obrar, es menester que sea arma de defensa su misma acción. En una circunstancia idéntica, la admitió el tribunal de Gand. El legatario había sido demandado en conciliación por el heredero legítimo ejercitando la acción de nulidad de los testamentos en cuya virtud se le había puesto en posesión, á la hora de los inventarios el mismo heredero declaró que desconocía en toda forma los derechos del legatario sosteniendo que el testamento había sido obra de la captación y de la sugestión, pero ninguna acción intentó. Sobre esto el legatario tomó la delantera, y se le objetó que carecía de interés actual para ejercitar su acción. Al último se declaró que los hechos y protestas del heredero constituían verdadera perturbación, y que por consiguiente el legatario estaba facultado para obrar, á fin de poner término á la incertidumbre que perjudicaba sus deberes de propietario. (1)

1 Gand, 1º de Febrero de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 281).

Núm. 3. De la confirmación del testamento por el testador.

459. Es de principio que un instrumento nulo puede ser confirmado; pero no se puede confirmar uno que no existe. El artículo 1,339 aplica este principio á la donación, y enseña que: "El donante no puede reparar por medio de ningún instrumento confirmatorio los vicios de una donación entre vivos; porque siendo ella nula en su forma, es necesario que se le vuelva á hacer en la forma legal." ¿Se aplica este principio al testamento nulo en cuanto á su forma? Los autores y la jurisprudencia están por la afirmativa. Conviene que precisemos los motivos en que haya de fundarse la resolución. Ricard enseña que no se puede confirmar un testamento nulo en cuanto á su forma. No hay testamento sino cuando manifiesta el testador su voluntad en la forma prevenida por la ley: si pues algún testamento ológrafo no hubiese sido escrito completamente por el testador, no habría tal testamento, sin que de nada sirviera que declarara el testador que le confirmaba, porque esa declaración no había de poder hacer que hubiera un instrumento escrito por el testador, no habiéndole. Si quiere dar fuerza á la expresión de su voluntad, debe comenzar su testamento por observar las solemnidades necesarias. Otra cosa había de ser si el instrumento confirmatorio reprodujese las disposiciones del testamento nulo; si aquél fuera completamente escrito, fechado y firmado por el testador, valdría como tal testamento, no en razón de la confirmación, sino por sí mismo, como testamento, puesto que contendría una disposición de bienes hecha con las formalidades del ológrafo. (1) Ricard no usa las palabras *instrumento nulo ó inexistente*, pero lo que él resuelve es en el fondo la aplicación de esta teoría. Si el testamento nulo por su forma fuese simplemente anulable, podría repararse

1 Ricard, 1ª parte, núms. 1,619-1,621 (t. 1º, pág. 394).