

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. Cierto 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 (*Pasicrisja*, 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).

el vicio por medio de un documento confirmatorio. Así lo dice el artículo 1,338, y otro tanto acontecía en el antiguo derecho. Si pues el testamento nulo en cuanto á su forma no puede ser revalidado por la confirmación, es porque las formalidades tienen aquí un carácter particular; afectan á la sustancia del documento y sin ellas no hay testamento. En consecuencia, no hay manera de confirmar el instrumento, porque esa confirmación se consigue borrando el vicio de que adolece, y aquí hay un vicio indeleble, que es la nada. Tal es lo que enseñan los autores modernos, aplicando al testamento lo que el artículo 1,339 dice de la donación entre vivos, á saber que si es nulo en cuanto á su forma, debe volver á hacerse en la legal. (1) ¿Y por qué resuelve el artículo 1,339 que no se puede confirmar la donación que sea nula en cuanto á su forma? Porque la nada, responde el tribunado, no es susceptible de confirmarse. Por tanto, siguiendo la doctrina de los autores, no puede confirmarse el testamento, porque siendo nulo por su forma no existe para la ley, es la nada.

460. Uno de los primeros fallos que se dictaron sobre esta materia, lo fué el del tribunal de Turin, el cual fallo se expresa en el mismo sentido y en términos enérgicos: "el testamento nulo, dice el tribunal, *nunca puede figurar ante la ley* como instrumento de última voluntad." (2) El tribunal de Besançon funda la misma resolución en las disposiciones del código civil que hemos citado (número 449); no hay testamento mientras no se haga con las formalidades prevenidas por la ley (art. 893), y así sería menester un nuevo testamento para confirmar el nulo, en el cual caso, el nuevo sería el que tendría efecto, no el primero. Esto preceptúa el artículo 1,339 para la donación,

1 Demolombe, t. 21, pág. 459, núm. 491.

2 Turin, 19 de Marzo de 1810 (Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2º pfo, 1º, art. 4, núm. 3, t. 33, pág. 342).

y lo mismo, y con mayor razón, debe decirse del testamento que exige todavía más formalidades. (1) El tribunal de Besançon es menos explícito que el de Turin, pero su doctrina es la misma; si no admite la confirmación de un testamento, es porque se requieren varias solemnidades para su existencia; un testamento nulo en cuanto á su forma no es testamento, y la confirmación no puede dar vida á un documento que no existe.

El tribunal de casación sancionó esta doctrina resolviendo en derecho que la confirmación por medio de un testamento regular de otro nulo en cuanto á su forma no puede *hacer revivir* más que aquellas disposiciones del primer testamento, que el segundo reproduce en términos expresos y á las cuales da también *existencia legal*. Por consiguiente, el testamento nulo en cuanto á su forma no tiene *existencia legal*, no existe á los ojos de la ley; y la confirmación no puede dar vida á lo que no existe, á menos que el documento por cuyo medio se efectúa sea en sí mismo un testamento. En ese caso, *reviven* las disposiciones renovadas dice el fallo; sería menester, más bien, decir que nacen á la vida, porque nunca habían vivido, porque eran aborto, como lo dice Troplng. En cuanto á las que no renueva el segundo testamento, no pueden tener más fuerza que la del testamento que las contiene, y con el cual caen también ellas, que nunca tuvieron existencia legal. (2)

El mismo fallo resuelve que no es necesario que el segundo testamento reproduzca literalmente las disposiciones del primero. Aplicando este principio, el propio tribunal revalidó un legado que contenía el testamento anulado, porque el posterior le recordaba con el fin de gravar al legatario sobre quién pesaban cargas de que no se había

1 Besançon, 19 de Mayo de 1809 (Daloz, núm. 2,493, 1º).

2 Denegada, 7 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 27).

hecho mención en el primero. Esta es una cuestión de interpretación. Los tribunales deben seguir como regla según el de Poitiers, que es menester inquirir la mente del testador y asegurar la ejecución de su voluntad, cuando se muestra clara y manifiesta y se ha encerrado en los límites de la ley. (1)

*Núm. 4. De la confirmación del testamento por los herederos.*

461. Así como los autores y la jurisprudencia consideran de común acuerdo como existente el testamento nulo en cuanto á su forma, así también están acordes para resolver que un testamento que legalmente no existe no puede confirmarse, y que sólo un medio tiene el testador para dar vida á sus disposiciones, y es el de hacerlas constar de nuevo en otro testamento. Si no puede el testador confirmar un testamento nulo respecto de la forma, ¿lo podrán confirmar sus herederos? La cuestión, desde el punto de vista de los principios que acabamos de exponer, no tiene sentido. ¿Por qué no puede confirmar el testador un testamento nulo en cuanto á la forma? Porque un testamento así es la *nada*, dice Merlin, porque es *aborto*, dice Troplong, porque no tiene ninguna *existencia legal*, dice la sala de casación. Todos estos motivos subsisten, muerto el testador, así como existían ya en vida del mismo, ¿y por qué especie de milagro había de adquirir un instrumento que no existe sino viviendo el testador, una existencia legal después de muerto? Decimos que había de ser milagro, porque sería dar vida á un instrumento que jamás la tuvo. Si no se puede confirmar la nada, vivo el testador, ¿cómo podría confirmarse después de muerto? La nada sigue siendo nada, y no es posible formarse idea de la confirmación de la nada.

1 Poitiers, 26 de Enero de 1853 y denegada, 7 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 28 y siguientes). Compárese con lo resuelto en Riom á 19 de Julio de 1871 (Daloz, 1873, 1, 436).

462. Sin embargo, tanto los autores como la jurisprudencia admiten que los herederos del testador pueden confirmar el testamento nulo en cuanto á su forma. Aplíquese al testamento la disposición del artículo 1,340 relativo á las donaciones, artículo según el cual, "la confirmación ó ratificación, ó la ejecución voluntaria que hagan de una donación los herederos ó causahabientes del donante después de su fallecimiento, importa su renuncia á oponer, ya los *vicios de forma*, ya cualquiera otra excepción." En el título de las *Obligaciones* veremos que el artículo 1,340 es una verdadera anomalía, anomalía que apenas si los autores se pueden explicar. El artículo 1,339, tal como lo explican ellos, dice en otros términos: Una donación nula respecto á la forma no puede ser confirmada, por no tener existencia legal. ¿Y qué dice el artículo 1,340? Permite á los herederos que confirmen la dicha donación nula; dice, pues, lo contrario absolutamente de lo que el artículo 1,339. Si hay alguna disposición excepcional, es precisamente la del artículo 1,340. Es más que una excepción; bajo el aspecto de los principios, esa disposición es inexplicable. ¿Por ventura cambia de naturaleza la donación nula por su forma cuando el donante muere? ¿Cesa de ser la nada? Si no se concibe que el donante confirme lo que es nada, mucho menos se concibe que esto lo hagan los herederos.

Viene ahora la cuestión de saber si una disposición excepcional anómala por excelencia, puede extenderse á un caso que no esté comprendido en ella. ¿Se puede aplicar á los testamentos lo que la ley dice de las donaciones? Teniendo en cuenta lo establecido por los principios, con certeza hay que estarse á la negativa. Véamos lo que enseñan los autores y la práctica de los tribunales.

463. Troplong sienta el principio acabado de establecer por nosotros á saber: "Cuando es nulo por falta de forma un testamento, dice, debe ser rechazado y *no puede revali-*