

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-*

darse por ningún otro instrumento, sino que es menester volver á hacerle." Sin embargo, Troplong admite que los herederos del testador pueden confirmar, ya expresa, ya tácitamente el testamento. Parece que este autor no repara en la contradicción que hay entre esas dos proposiciones. Lo que le decide es la antigua jurisprudencia, que, según los testimonios por él mismo referidos, parece haber sido uniforme en este caso. Troplong no se pregunta cómo es que formalidades que no pueden suplirse con la confirmación del testador se puedan suplir con la de los herederos, y se limita á copiar un paraje notable de Chabrol. (1) "Las formalidades, dice el comentador del derecho de Aubergne, no tienen más objeto que asegurar la vedad del testamento, y el heredero que ha querido voluntariamente ejecutar uno que es nulo, se estima que por otros medios adquirió la certidumbre de la voluntad del testador. Apesar de la nulidad, subsiste una especie de obligación natural, para cuyo cumplimiento debe ser libre el heredero." ¿Será que tal es también la opinión de Troplong? Un poco más adelante examina la cuestión de si el testamento nulo en cuanto á la forma produce obligación natural, y despues de reproducir las opiniones de los antiguos doctores, responde que más bien pertenece esta cuestión al dominio de la teología que al de la jurisprudencia (núm. 1,752). De este modo hace á un lado el único argumento jurídico que antiguamente se invocaba para justificar la confirmación que del testamento hicieran los herederos. Hasta el mismo Chabrol parece titubear, pues no se atreve á llamar obligación natural el deber de conciencia que obligara á los herederos á ejecutar un testamento nulo en cuanto á la forma, sino que dice que es una especie de la obligación natural, con lo cual queda reducido el argumento á nada.

1 Chabrol, comentado á Aubergne, cap. 12, art. 50. Troplong, número 1,745.

Lo que Chabrol agrega sobre que *se reputa* que los herederos se aseguraron de la voluntad del difunto, es también poco fundado, es una simple suposición á la cual diariamente dan un mentís los hechos. Si los herederos ejecutan un testamento nulo en cuanto á la forma es porque retroceden ante un pleito que temen perder. En suma, tenemos una tradición que no descansa en nada, y distan mucho las inconsecuencias de Troplong de darle alguna autoridad. En el título de las *Obligaciones* veremos cómo se ha reproducido la teoría de una obligación natural correspondiente á los herederos para explicar el artículo 1,340, y probaremos que la explicación no es feliz, sin embargo de ser la única que hemos podido hallar. Los autores se limitan por lo general á citar el mismo artículo 1,340 como si ninguna duda cupiera en la aplicación á los testamentos de esta disposición. (1)

464. Consultemos la jurisprudencia. Demasiado confusa es ella, y nos ofrece resoluciones hasta absolutamente contradictorias. El tribunal de Douai dice que el artículo 1,340 contiene una disposición general aplicable á las donaciones testamentarias tanto como á las que se hacen por acto entre vivos. (2) ¿Cómo es que han podido ver una disposición general en un artículo que contiene una excepción del que le antecede, y excepción de tal manera anómala que en vano tratan los autores de explicar? El tribunal de Bruselas resolvió, por el contrario, que el artículo 1,340 no tiene aplicación en los testamentos; (3) pero esta resolución está aislada, y debemos confesar que es de poco peso. El tribunal no hizo más que confirmar el fallo, demasiado mal motivado, de primera instancia. Las dos resoluciones son las únicas que algo dicen sobre el

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 490, nota 9 y los autores que citan.

2 Douai, 23 de Junio de 1838 (Dalloz, núm. 2,571).

3 Bruselas, 3 de Abril de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 8).

particular, pues la mayor parte de las otras, que son muchas, se limita á citar el artículo 1,340, como si resolviera la dificultad. Ese artículo habla de las donaciones nulas en cuanto á la forma, no de los testamentos; y así, lo más que se puede hacer, es invocarle á título de analogía; pero falta ver si en él se encuentra algún motivo para fundar una resolución.

Grande es, al llegar á este punto, nuestra perplejidad, pues la cuestión parece poco menos que insoluble. Para que se pudiera afirmar ó negar que la misma razón jurídica hay en materia de testamentos que en materia de donaciones, sería menester conocer los motivos que dieron lugar al artículo 1,340, y esos motivos se ignoran. Dejemos á un lado la teoría de la obligación natural, que á nuestro parecer es falsa; queda en pie la explicación que de esa teoría se da ordinariamente y que es á nuestro parecer la mejor. Ya hemos dicho en otro lugar por qué razón el legislador francés ve con poco favor las donaciones. Con el fin de ponerles trabas, multiplicó la ley las formalidades para la existencia de la donación. Concíbese que en esta doctrina la ley no permita que el donante confirme una donación nula en cuanto á la forma, puesto que tal cosa equivaldría á eximirse de las trabas que el legislador opuso intencionalmente á aquél que con la donación hace que salgan los bienes de poder de la familia. Pero se comprende también que los herederos puedan renunciar una acción de nulidad fundada en vicios de firma, puesto que las formas fueron introducidas en su favor para conservar los bienes en la familia.

¿Es aplicable este motivo á los testamentos? Ellos hacen que salgan los bienes del poder de las familias, y con más facilidad que las donaciones, puesto que el donante se despoja á sí propio, mientras que el testador despoja á sus herederos. En el antiguo derecho se previó este peligro

con las reservas que se acostumbraban, las cuales hacían no ser disponibles la mayor parte de los bienes del difunto. El código Napoleón abolió esas reservas, cuando la facultad ilimitada para cuando el testador no dejaba ni ascendientes ni descendientes. Jamás se ha dicho que las formalidades testamentarias tengan por objeto impedir que teste el difunto; por el contrario, tienden á asegurar la verdadera expresión de su voluntad. En consecuencia, no hay la misma razón para resolver acerca de los testamentos nulos que acerca de las donaciones nulas también por su forma. Síguese de ahí que los testamentos continúan bajo el imperio de los principios generales: nulos en su forma, no expresan la voluntad del difunto, y así no es posible ejecutarlos. En vano sería que los herederos confirmaran tales disposiciones nulas; porque con esto no podrían crear una voluntad que no tuvo el difunto, y esto mismo importaría, además, á los herederos que testaran en nombre de él, lo cual es absurdo.

465. Sigamos á la jurisprudencia en las aplicaciones que hace de su doctrina. El artículo 1,340 admite la confirmación ó ratificación voluntaria por parte de los herederos del donante. Por confirmación ó ratificación entiende la ley la confirmación expresa, es decir, la renuncia que hace el heredero de su derecho para invocar la nulidad, ó por mejor decir, la no existencia de la donación. Si tal confirmación se hace por escrito, deben observarse en la confección del documento relativo las formalidades del artículo 1,328: es menester que el documento de que se trata contenga en sustancia la obligación que se quiere confirmar, y debe mencionar la acción de rescisión y la intención de reparar el vicio en que se funda la misma acción.

Se resolvió ya que el artículo 1,338 es aplicable por idéntica razón á la confirmación de un testamento. (1) Deje-

1 Bruselas, 23 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 150).

mos á un lado la identidad de razón, para no atenernos más que á la resolución. El artículo 1,340 es una anomalía, y la aplicación análoga que de él hace la jurisprudencia al testamento es también anómala. Hay un testamento nulo en cuanto á su forma, lo que quiere decir que no hay testamento, ni por consiguiente hay legatario. Sin embargo, el heredero declara por un motivo cualquiera, que confirma el testamento. Esta declaración puede ser verbal y puede hacerse también por medio de escrito privado, el cual será válido simplemente con la firma del heredero. He aquí, pues, un testamento verbal ó un testamento ológrafo en el cual no se observaron las formalidades testamentarias, y que además fué hecho por el heredero, puesto que á la muerte del testador lo que había era la nada, dice Merlin; era un instrumento abortivo, dice Troplong; era un documento sin existencia legal, dice el tribunal de casación: ¡Y la voluntad del heredero bastó para dar vida á la nada y para dar existencia legal á un instrumento que á los ojos de la ley no la tenía! Por consiguiente, el heredero fué el que testó, y la ley declara válido este extraño testamento en que no se observó ninguna especie de formalidad!

466. El artículo 1,340 admite asimismo la ejecución voluntaria como una confirmación de la donación nula en cuanto á su forma, y es la confirmación tácita. Si ese artículo 1,340 se ha de aplicar á los testamentos, es preciso concluir que la ejecución voluntaria del testamento por los herederos equivale á la confirmación. Tal es la opinión de los autores, (1) seguida por los tribunales. ¿Qué entiende la ley por ejecución voluntaria? No toda ejecución es confirmación, sino que se necesita que esa ejecución se haya hecho con el ánimo de confirmar. Vamos á ver las consecuencias que de aquí resultan.

1 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 2,547.

El primer punto que hay no es dudoso: los herederos no pueden confirmar el testamento sino después de muerto el testador; hasta entonces no hay ni herederos ni testamento. Cualquier convenio que se tuviese en vida del testador sería radicalmente nulo, puesto que implicaría un pacto sucesorio, y el pacto sucesorio no tiene existencia legal; y si no la tiene, ¿cómo podría confirmar un testamento que tampoco existe? He aquí un círculo vicioso de imposibilidades. (1)

467. La ejecución voluntaria es una confirmación tácita; es menester, pues, que se cumplan las condiciones requeridas para que haya confirmación. En el título de las *Obligaciones* veremos cuáles son esas condiciones. Hay dos acerca de las cuales no ocurre ninguna duda en lo general: el heredero debe conocer los vicios que vuelven nulo el testamento y debe tener la intención de repararlos; quiere decir, intención de renunciar al derecho que de ellos resulta para pedir la nulidad del testamento. Debe conocer esos vicios, porque la ejecución voluntaria que los purga es la renuncia de la acción de nulidad que nace de ellos, y no se puede renunciar un derecho que se ignora. Debe tener la intención de repararlos, y en ello está la esencia de la confirmación, porque no se concibe ésta sin intención de confirmar, así como no se concibe un testamento sin voluntad de dar.

La sala de casación confirmó esta doctrina que, por lo demás, no es dudosa. "Asimilada por la ley á la confirmación, no puede existir la ejecución voluntaria, ni por consiguiente cubrir la nulidad del instrumento, sino cuando el conocimiento del vicio de que adolecía viene acompañando al hecho del cual se pretende inducir la ejecución vo-

1 Compárese con lo resuelto en Bruselas á 22 de Marzo de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 351 y Dalloz, núm. 2,543).