

Dolo y captación en las disposiciones testamentarias

ALFONSO DE COSSIO

Catedrático de Derecho civil

1. — *El carácter personalísimo del testamento*

El testamento se nos presenta como un negocio jurídico unilateral de carácter personalísimo, a tenor de lo establecido en el artículo 670 del Código civil, que viene a constituir la ley preferente de la sucesión hereditaria: acusa, frente a los negocios jurídicos bilaterales, un sentido eminentemente subjetivo, en virtud del cual, el querer del testador ha de ser considerado como absolutamente soberano, sin otras limitaciones que las derivadas del sistema de legítimas, o de las consideraciones generales impuestas por el respeto a la moral, orden público y buenas costumbres, reinando en esta materia, como en ninguna otra, el principio de la autonomía de la voluntad, facilitado por la circunstancia de que no existe en él la oposición de intereses natural al contrato, que supone más que contacto, fusión de dos voluntades distintas, a veces representantes respectivamente de intereses contradictorios.

Este carácter unilateral y subjetivo del testamento, se manifiesta, sobre todo, en las normas que rigen la interpretación de sus disposiciones, y, más concretamente, por el artículo 675 del Código civil, y exige, por otra parte, una serie de garantías que aseguren la libre espontaneidad del acto testamentario, impidiendo ajenas influencias que pudieran llegar a desnaturalizarlo. Así se explican, en primer término, las formalidades exigidas *ad solemnitatem* para su validez, a fin de evitar toda posible duda acerca de la realidad de ese querer manifestado, y, en segundo lugar todos aquellos requisitos de carácter interno, que tienden a amparar la espontaneidad y libre iniciativa del testador.

Entre estos segundos, pueden señalarse todos aquellos que impiden que en la disposición testamentaria la voluntad del testador sea sustituida por la de una tercera persona, por lo que no sólo se prohíben las viejas formas del testamento colectivo (coniunti-

vo, recíproco y mancomunado) (art. 669), sino que, además, se excluye la posibilidad de la representación, en cualquiera de sus formas (testamento por comisario) e incluso el encargo en orden a la designación de los herederos o la determinación de la cuantía de las cuotas (art. 670), exigiéndose, por otra parte, una serie de garantías para evitar cualquier desviación de la voluntad (causas de inhabilidad de los testigos, necesidad de una manifestación directa de la voluntad testamentaria, autografía total del testamento ológrafo y mayor número de testigos en el cerrado, prohibición de disposiciones a favor del confesor, etc., etc.).

Una voluntad libre y espontáneamente manifestada de modo directo, es la única que puede imponer su ley a la sucesión, por lo que se hace necesario examinar el particular sentido que en materia testamentaria ofrece la teoría de los llamados vicios de la voluntad, ya que éstos en modo alguno juegan de la misma manera en los testamentos que en los contratos, en cuanto, como hemos visto, en los primeros, la ley tutela únicamente una voluntad —la del testador— y, en los segundos, ha de tenerse en cuenta la coexistencia de dos voluntades representativas de dos intereses perfectamente diferenciados, cuales son la voluntad y el interés de cada una de las partes contratantes. Extender sin crítica principios propios del derecho contractual al testamentario, puede dar lugar a errores graves y a resultados injustos.

La existencia de dolo, fraude o violencia en el testamento, tiene en efecto, un alcance mayor que el de implicar un vicio de la voluntad, ya que supone la existencia de un verdadero delito civil, que la ley sanciona, no sólo con la nulidad sino con la imposición de graves penalidades, en cuanto el testamento está llamado a producir sus efectos *post mortem* del testador, es decir, en un momento en que éste no podrá ya evitar sus consecuencias mediante el ejercicio de las acciones de impugnación y resarcimiento, lo que, como vamos a ver, determina que se extienda aquí la idea del dolo a supuestos y consecuencias que no se dan cuando de simple anulabilidad de un contrato se trata.

2.—El concepto de dolo y fraude en las disposiciones testamentarias

«Hay dolo, dice el artículo 1.269 del Código civil, cuando con palabras y maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho», siquiera para que el mismo pueda ser causa de nulidad, «deberá ser grave y no haber sido empleado por ambas partes contratantes». Pero el dolo, no solamente puede jugar en materia testamentaria de modo *positivo*, en cuanto determina el otorgamiento de un acto de última voluntad, sino también *nega-*

tivamente, según el artículo 674, cuando tienda a «impedir que una persona de quien sea heredero intestado, otorgue libremente su última voluntad».

Conforme con esta definición, la sentencia de 25 de octubre de 1928, declara que el acto doloso está calificado por ser producto de la astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a otra persona, por quien puede beneficiarse del fin propuesto y con tan injusto procedimiento conseguido: es, por tanto, producto de un engaño o resultado de una falta de verdad, empleadas por quien se proponga y lo haya conseguido, frustrar la ley o privar de los derechos que de la misma se deriven, realizando un fraude con la consiguiente existencia de perjuicios apreciables, y así entendido, el dolo como para los contratos, aparece definido en el artículo 1.269 del Código civil, sustancialmente en los mismos términos que tipifican el fraude en nuestras leyes penales.

Es decir, que se tiende a identificar el dolo con el error sustancial, estableciendo entre ellos la misma relación que existe entre la causa y el efecto. Tal concepción parece ser la admitida por el derecho anglosajón, según resulta, con toda claridad, del siguiente párrafo de Pollock:

«La sinceridad y plenitud del consentimiento, pueden ser afectados por la ignorancia, es decir, por la creencia errónea o simplemente la falta de información o de creencia en hechos sustanciales del contrato. Las consecuencias son diferentes según que este estado de espíritu sea debido o no a la otra parte, más bien que al estado de espíritu de la lesionada; hablamos, no de error padecido por dolo, sino de dolo simplemente, como de una causa capaz de producir la nulidad de contrato, aunque no haya dolo donde no hay error. Podemos ofrecer las combinaciones siguientes: a) Ignorancia no causada por el acto de la otra parte: es lo que se llama en derecho «mistake» (error); b) Ignorancia causada por la otra parte sin intención: es lo que se llama «misrepresentation» (falsa representación) y c) Ignorancia causada por la otra parte con mala intención, es lo que se llama «fraude» (dolo)». (Principles of Contracts, pág. 476).

Ocurre pensar que si el dolo es una simple modalidad del error, no valía la pena de convertirle en vicio de la voluntad independiente y autónomo frente a éste, y que, por otra parte, sería imputar el contenido de tal concepto, si excluyésemos de él todos aquellos matices diferentes del de simple engaño. Aun admitiendo tal limitación, dados los términos en que aparece redactado el artículo 1.269 citado, cuando se trate del dolo considerado como vicio de la voluntad de los contratos, no creemos que la misma pueda mantenerse en materia testamentaria, ya que en otro caso carecería de explicación el hecho de que el artículo 673 del propio Código civil nos hable, con perfecta distinción del «dolo» y del «fraude» como de conceptos distintos.

Ya la sentencia de 22 de febrero de 1934 llamó la atención sobre la diferencia existente entre los artículos 673, que habla de «dolo o fraude» y el 756, que se refiere exclusivamente al «fraude», señalando con tal motivo la «existencia de lagunas legales susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales». Es evidente que así como el concepto de fraude va íntimamente vinculado con el de «engaño», el de dolo se extiende a otros supuestos de naturaleza muy distinta, ya que como afirmaba Decius: *Dolus a fraude differt velut genus a specie* («La tit. ff. de reg. iuris.», r. 78,2).

En realidad, lo que ocurre es que, aun siendo el error uno de los posibles efectos del dolo, no es el único que puede dar lugar a la nulidad de un testamento. Precisamente esta cuestión hubo ya de suscitarse entre los juristas romanos, siendo resuelta de manera tajante por la autoridad de Ulpiano, al poner frente a frente las definiciones formuladas por Servio y Labeón, en un pasaje célebre del Digesto (4, 3, 1, 2):

«Servio define así el dolo malo: Es cierta maquinación con el fin de engañar a otro, cuando se finge una cosa y se hace otra» («*Dolum malum Servius quidem ita definit machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur et aliud agitur*»); es decir, que únicamente considera eficaz el dolo, cuando llega a producir un engaño y a determinar, en consecuencia, un error, en tanto que Labeón considera que:

«El dolo malo es toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o captar a otro» (*dolum malum esse omnem callidatem, fallaciam; machinationem ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam*); y Ulpiano concluye: «La definición de Labeon es la verdadera».

Es decir, que aunque puede acaecer, y ello será lo más frecuente tal vez, que los manejos dolosos produzcan un error sustancial, que determine la nulidad del testamento, no faltan, sin embargo, casos en que tales maniobras y artificios, cuando encuentran el terreno propicio de una voluntad débil, lleguen a anularla por completo, sustituyendo el querer del testador por el del agente del dolo. Tal género de maquinaciones ya den lugar al error, ya afecten exclusivamente a la voluntad, constituyen, lo hemos visto, un verdadero delito civil, al que la ley vincula graves sanciones, en cuanto su consecuencia es un daño injusto. *Dolus est consilium alteri nocendi* afirmaba el antiguo brocardo latino, y, según la definición del canon 2.200 del «Codex Iuris Canonici», una *deliberata voluntas violandi legem*.

En este mismo sentido, la sentencia de 31 de octubre de 1924, declaró que: *el dolo consiste genéricamente en el propósito de dañar injustamente*. Y la de 19 de mayo de 1925 afirmó que son características del dolo, «la idea de engaño o propósito de engaño».

nar injustamente. Voluntad y resultado contrarios a derecho, son por tanto los elementos constitutivos del delito civil: como decía Paulo, *nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram*, o, lo que es lo mismo, comete dolo malo el que se procura un lucro con perjuicio de otro (D. 14, 3, 4, 7). Junto al dolo por acción, existe el dolo por omisión, y así por ejemplo, el artículo 713 de nuestro Código civil, se refiere «al que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder...»

En este punto se perfila una primera diferencia entre el dolo «in contraendo» y el dolo testamentario: en los contratos cuando el dolo sea determinante de error y a esta clase de dolo se refiere exclusivamente el artículo 1.269 del Código civil, actúa como verdadero vicio de la voluntad, cuando la actuación dolosa no constituye causa de error, no por ello deja de ser integrante de un verdadero delito civil, y entonces la nulidad del contrato se opera, no en virtud de la doctrina de los vicios del consentimiento, sino a través de la teoría de la causa, siendo de aplicación el artículo 1.275 del propio Código, según el cual: «Los contratos sin causa o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

En los testamentos, en cambio, no es posible establecer dada su peculiar naturaleza de actos unilaterales, tal distinción, jugando por tanto, el dolo en todo caso como causa genérica de nulidad, tanto si constituye fraude, como si supone tan sólo maquinación injusta de dañoso resultado, siquiera el daño no sea directamente causado en este caso al testador,*sino a una tercera persona. Otra interpretación, mantendría la validez de disposiciones causadas por medios ilegales, negadoras de un principio fundamental en materia testamentaria, cual hemos visto que es el de la garantía del carácter personalísimo de la disposición.

Pero aun sin salir del ámbito de la doctrina pura de los vicios de la voluntad, estimamos que el dolo invalidador del testamento, se extiende a supuestos distintos del que implica el mero error sustancial, como vamos a ver seguidamente:

3.—La idea de captación y sugestión como causante de vicio de la voluntad testamentaria

En el Derecho francés causaba graves perturbaciones la ecuación práctica del dolo con el engaño, con la *tromperie*, en cuanto esta restricción conceptual perjudicaba con frecuencia a la impugnación de testamentos evidentemente dolosos. Entoces surgieron dos conceptos que han jugado mucho en los debates producidos sobre nulidad de testamentos, aunque sin gran discriminación: *la captación y la sugestión* de voluntades, de las que se ocupó

la Ordenanza francesa de 1735, en su artículo 47. Pero el juriscónsulto Furgole («*Traité des Testaments*») llegó a la conclusión de que los hechos de captación o sugestión no constituyen medios de nulidad diferentes del dolo. El Código de Napoleón no reprodujo en este punto el contenido de la Ordenanza de 1735, ni la prohibición contraria a la misma que contenía el proyecto de aquél, quedando por tanto en libertad la doctrina y la jurisprudencia en este punto, lo que ha determinado que tanto los autores como los tribunales franceses hayan admitido la doctrina de Furgole sin restricciones.

Los autores antiguos consideraban que existía captación o sugestión, cuando se daba: «aquél complejo de artificios, de engaños, de maniobras con las cuales se sorprendía la buena fe del testador y se le inducía a testar para sí o para otro» (Vid. Cujacio, ad lib. XXXIV, Si quis aliq. testari prohib. vel coget, volumen IX, col. 796 y Domat «*Lois civiles*», Lib. III, tít. 1.º sec. V). La misma tendencia se observa en la doctrina y en la jurisprudencia italianas, pudiéndose citar, entre los autores más recientes y calificados, a Cicu:

«Se habla de captación, si el dolo es realizado para inducir al testador a disponer a favor del que la realiza y de sugestión, si es a favor de terceros, por más que no haya concordancia doctrinal acerca de esta limitación. De todos modos, en los dos casos hay un comportamiento que tiende, con presiones que no se pueden considerar como de violencia, con manifestaciones insinceras de afecto, con mentiras dichas por otros, a predisponer al testador a que disponga en favor de quien tal hace o de terceros» (El Testamento, trad. esp. Madrid, 1959, pág. 193).

Franceses e italianos, admiten, por tanto, la impugnabilidad del testamento por sugestión y captación, como una manifestación concreta de la acción de nulidad por dolo, es decir, que tanto una como otra producen la invalidez del testamento, de la institución de heredero o de legado, siempre que fuese el resultado de maniobras dolosas (Vid. Vitali.—*Delle Successioni Legittime e Testamentarie*, T. I. Turín-Nápoles, 1923, pág. 631), y, entre ellos, Gangi, que afirma, después de exponer los diferentes criterios distintivos propuestos por la doctrina:

«Sin embargo, en los últimos tiempos en que tuvo vigencia el Código (se refiere al de 1865), se había afirmado y era prevalente la opinión según la cual no era útil establecer distinción entre sugestión y captación, entendiéndose por ellas la forma que el dolo asumía en los testamentos, o sea, las maniobras fraudulentas con las cuales se inducía a alguno a disponer en favor del autor o de un tercero. Y esta es la opinión comunmente admitida también bajo el imperio del nuevo Código (el de 1943), si bien algunos distinguen entre ambos conceptos, en el sentido de que se tiene captación, si el dolo se ejercita para inducir al testador

a disponer a favor del autor, y sugestión, si a favor de un tercero». (La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano. Milán 1952, página 398).

Es decir, que la sugestión y la captación, como efecto de dolo, no suponen tanto un error de la voluntad, como una anulación o aminoración de ésta, en cuanto el artificio no va encaminado tanto a equivocar al testador, como a determinar su querer, sustituyéndole por el propio del actor. De aquí que no siempre sea fácil distinguir con claridad el dolo de la violencia como vicios de la voluntad, como hace notar Carnelutti:

«Desde ahora conviene establecer la distinción entre dolo y violencia, como causa de nulidad del negocio y, mejor se diría, como hechos impeditivos de su eficacia. Puede incluso ocurrir que esta distinción no haya sido nunca formulada con rigor. La verdad es que son una y otra dos formas de atentado contra la libertad del querer, en cuanto se resuelven en la influencia de un querer extraño sobre el querer del agente, esto es, es una alteración de la situación natural, a base de la cual el querer debería determinarse. Tanto el autor de la violencia como el autor del dolo, ponen motivos aptos para dirigir la elección del agente, y la diferencia está en que si se trata de violencia los motivos son reales, mientras que si se trata de dolo, los motivos son ficticios. Si amenaza a alguno con matarle si no hace testamento a mi favor, esta es violencia, en tanto que si le hago creer que otro le matará, en tal caso, es dolo. Sería un error hacer estribar la distinción, como ha hecho el Tribunal Supremo, sobre la diferencia entre miedo y lisonja, al contrario, el engaño puede actuar también por medio del miedo. Quien quiera de ello una prueba, lea el artículo 640 del Código penal, donde se considera como una circunstancia agravante de la estafa que el hecho se cometa inspirando a la persona ofendida el temor de un peligro imaginario. Ello basta para excluir que el verbo constreñir se pueda únicamente adoptar con propiedad en el caso de violencia. La verdad es que por regla general se obliga con la amenaza de un mal; pero puede servir para el mismo efecto la perspectiva de un premio». (Captazione del testamento e indegnità a succedere, en *Rivista di Diritto civile*, 1933, página 2).

La jurisprudencia italiana ha sido terminante en este sentido, y así podemos referirnos a la sentencia de 28 de febrero de 1883, citada por Vitali, que con toda claridad declara que:

«Si la captación puede incluir el concepto de malas artes y manejos dolosos para aprovecharse de la libertad en favor propio, la sugestión, como la misma palabra indica, se refiere a una disposición que alguno, con torcidas intenciones y manejos haya insinuado en el ánimo del testador, ya a su propio favor, ya en ventaja de otro. Pero si la sugestión y la captación representan dos maneras distintas mediante las cuales el dolo puede actuar

sobre el ánimo de otro, los efectos, por lo demás, son idénticos, en cuanto con el dolo se quita o se disminuye la espontaneidad que es carácter esencial del testamento, y se llega con ello a obtener una disposición que el testador no había dictado si no hubiera sido captado o sugestionado».

Estudia la doctrina cuál pueda ser el alcance y características de tales maniobras o manejos, en cuya virtud se puede llevar a cabo tal sustitución de voluntades, que no exige que exista por parte del testador una verdadera enfermedad mental, siquiera, como observa Polacco «puede no existir una enfermedad mental que haga incapaz de testar, sino una debilidad mental que haga al sujeto más fácilmente expuesto a la captación o sugestión ajena». (De las Sucesiones, T. I., trad. esp. pág. 571), y puede, añadimos nosotros, no existir ni siquiera tal debilidad, sino tratarse de persona completamente normal psíquicamente, que llegue a ser víctima de tales maniobras, invalidadoras de sus disposiciones testamentarias.

«Tales manejos, dice Gangi, consisten especialmente en mentiras o insinuaciones contra aquellos a favor de los cuales estaría inclinado a disponer, insinuando en él despego, rencor o sospechas contra ellos, o bien engañándole sobre sus condiciones económicas, familiares o sociales, o con mentiras en favor de aquellos en cuyo favor se le quiera inducir a testar» (loc. cit. página 399).

«En todos estos casos, dice Cicu, hay un comportamiento que fiende, con presiones que no se pueden considerar como violencia, con manifestaciones insinceras de afecto, con mentiras dichas por otros, a predisponer al testador a que disponga en favor de quien tal hace, o de terceros. El caso más corriente es el de persona que consiga alejar al testador de hecho o espiritualmente, de sus personas queridas, insinuando sospechas y malentendidos respecto de ellas, y demostrando cuidados y afectos de manera que llegue —máxime si además convive con el propio testador— a dominar por completo su voluntad, sin que aquel lo advierta. Igual que en la violencia, también aquí la eficacia determinante del dolo o de la sugestión se debe valorar caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente las condiciones de salud física y mental del testador, de su edad, de su predisposición a someterse o no a voluntades ajenas, etc.» (op. cit. pág. 193).

Entre los autores franceses encontramos continuamente manifestaciones de idéntico contenido y alcance, como por ejemplo, las siguientes palabras de Planiol:

«Constituyen maniobras dolosas caracterizadas, la interceptación de la correspondencia, el alejamiento de los antiguos amigos, el despido de los domésticos fieles, las calumnias contra la familia, la ingerencia en los negocios del testador, sobre todo

cuando el testador es una persona de espíritu débil» (Traité élémentaire de droit civil, T. III, página 173).

El siguiente pasaje de Planiol-Ripert acusa aún más la nota subjetiva en tales supuestos:

«Los jueces... en su apreciación, pueden y deben ciertamente tener en cuenta la personalidad del disponente, en particular el grado de resistencia que estaba en estado de oponer a las maniobras de que era objeto. Se mostrarán tanto más dispuestos, a admitir la existencia del vicio del consentimiento, cuando las maniobras dolosas hayan sido facilitadas por la debilidad del espíritu, la enfermedad, la gran edad del autor de la liberalidad. En una palabra, ningún hecho doloso es objetivamente vicio del consentimiento: lo es en la medida subjetiva en que ha podido determinar a una persona a hacer una donación o un legado. Así se explican las decisiones que alguna vez han anulado la liberalidad hecha por un señor enfermo o débil de espíritu a una sirvienta dominadora» (Traité pratique de Droit civil français T. V., página 199).

Una de las características más señaladas del dolo testamentario, consiste en que, por regla general, es producto, no de una circunstancia momentánea, sino de una maniobra prolongada en el tiempo que hace perdurar el estado de sumisión de la voluntad ajena hasta la muerte del testador. Así dice el mismo Polacco (eod. loc.): «La captación puede urdirse muy bien antes, en una fase preliminar, preparatoria, aun cuando ciertamente perdure en el momento de la testamentifacción el efecto que se quiso producir con ella sobre el ánimo del testador», e incluso, añadimos nosotros, después de otorgado el testamento, en cuanto existe siempre una posibilidad incondicionada de revocación, que, al no haberse producido, demuestra que la acción se mantuvo constante, durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

Esto ha hecho que por algunos autores se pensara que para que fuera procedente la acción del dolo, sería preciso que entre el testamento y la muerte del testador no hubiera transcurrido un lapso de tiempo demasiado largo, opinión que acertadamente rechaza Vitali, en cuanto observa, de una parte, que si en materia de contratos se fija un plazo de cuatro años a la acción de nulidad, no hay razón para adoptar diferente criterio tratándose de testamentos, y, por otra parte que es preciso hacer aplicación aquí del principio «qui ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere» (op. cit. págs. 637 y 638).

4.—*La interpretación en materia de dolo testamentario*

Esta peculiar característica del solo y de su modo de actuar en materia testamentaria, hizo que los redactores del Proyecto defi-

nitivo del Código civil italiano de 1942, manifestaran en su «Relación» que el dolo y la violencia en los testamentos, ofrecen «formas de engaño más sutiles que las que se aprecian en relación con el contrato», lo que hace que la doctrina acepte aquí un criterio interpretativo mucho más amplio que cuando de dolo «in contrahendo» se trata:

«Se funda esto, dice Cicu, en la mayor consideración que la ley da a la libertad y espontaneidad del querer, que no se limita a exigir la tutela de una confianza ajena a la circunstancia de que no estando en juego el interés del que sufre la violencia, es más fácil que triunfe ésta en sus designios, no se olvida, como se ha señalado que el requisito de la espontaneidad tiene tanto mayor razón de ser, cuanto que se reconoce aquí el valor a la voluntad a pesar del interés superior que es básico respecto a la sucesión legítima». Y más adelante, añade: «Como ya hemos dicho hablando de la violencia, el nuevo legislador, ha tratado de recoger la opinión muy difundida de que en materia testamentaria se tienen en cuenta formas de engaño mucho más sutiles que las que se tomarían en consideración en materia de contratos, lo que se justifica por las razones antes señaladas». (op. cit. páginas 183 y 192).

Estas manifestaciones llegan a constituir un verdadero lugar común en la moderna doctrina italiana, y así tenemos que, según manifiesta Gangi:

«El dolo en los testamentos debe ser valorado de modo más amplio que en los contratos, y, por lo tanto, puede ser causa de invalidez del testamento, aun cuando por su entidad y por su influencia sobre la voluntad del disponente, no podría considerarse como causa de invalidez de un contrato» (Op. cit. pág. 401).

En apoyo de su tesis, cita este autor la sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia de 20 de febrero de 1936, no faltando autores que bajo el imperio del Código civil de 1865, y ante su silencio en esta materia, sostuvieran que el dolo y la violencia hacen inválido el testamento, no tanto en cuanto constituyen un vicio de la voluntad, sino en cuanto a causa de ellos viene a faltar un requisito esencial de la disposición testamentaria, que consiste en la pureza, en la libertad y en la verdad del querer del testador.

Esta mayor gravedad del dolo en materia testamentaria, ha hecho incluso, que algunos autores hayan visto en él más que una mera causa de anulabilidad del contrato, fundada en un simple vicio de la voluntad, un motivo de nulidad radical, en cuanto el hecho es constitutivo de un verdadero delito civil que lleva aparejadas graves sanciones, como la que supone la indignidad de suceder establecida en el artículo 756 del Código civil, que el artículo 674 extiende a los casos en que: «con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona de quien sea heredero abintestato otorgue libremente su última voluntad».

La gravedad de tales sanciones y la amplitud en la apreciación

de los hechos determinantes de su existencia, aparece plenamente justificada, por otra parte, si se tiene en cuenta que:

a) Entra en juego en esta materia un principio de orden público, de una parte, porque en nuestro derecho es básica, según hemos visto, la espontaneidad y libertad de la voluntad testamentaria, y, de otra, porque habiendo de producirse sus efectos después de la muerte del testador, no puede éste por definición ser convertido en árbitro de la impugnación, como ocurre en materia contractual, y, ni siquiera, puede nunca llegar a saberse, como no sea por presunciones, a favor de quién hubiera dispuesto el testador, de haber procedido libremente, hasta el extremo de que en ningún caso, aun probado que hubiera dispuesto en favor de otra persona, será ésta considerada como heredera, a no ser que lo fuera abintestato o en virtud de un testamento anterior, con lo que el daño causado por el dolo o por la violencia, resulta la mayor parte de las veces irreparable cuando de testamentos se trata.

b) El carácter unilateral del testamento, hace que en éste no sea preciso tener en cuenta, como en el contrato, la llamada reciprocidad de intereses; únicamente prima el interés de la sucesión, sin que el autor de la maquinación pueda alegar ninguno legítimo en su provecho, derivándose del carácter gratuito de la disposición testamentaria, la necesidad de interpretar el negocio, a tenor de lo establecido en el artículo 1.289 del Código civil, en orden a la menor transmisión de intereses. Quien lleva a cabo maniobras encaminadas a obtener una herencia en su provecho, no ofrece contraprestación alguna por su parte y no es por tanto merecedor de ninguna protección, a diferencia de quien ha adquirido a título oneroso su propio derecho, aunque haya incidido en actividad dolosa. Los intereses del tráfico, que se imponen en materia contractual, no exigen protección especial en materia testamentaria.

c) Finalmente, las circunstancias peculiares en que se lleva a cabo la preparación y otorgamiento del testamento, hacen que la prueba directa de la maquinación dolosa, ofrezca unas dificultades y veces insuperables, y desde luego siempre superiores a las que ofrece la del negocio bilateral, a las que se une la circunstancia de que como la impugnación ha de producirse forzosamente después del fallecimiento del testador, no puede éste facilitar los elementos y datos necesarios para fundarla, de donde se sigue la necesidad de un criterio más amplio y generoso en la admisión y valoración de los medios probatorios, como vamos a ver seguidamente.

5.—*La prueba del dolo testamentario*

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1941, dice que «el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega», pero cuando se hace tal afirmación; quiere decirse

que el dolo no puede acreditarse mediante la prueba de presunciones, o, simplemente que el dolo de un negocio jurídico tiene que ser probado por la parte que lo alega, utilizando al efecto cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho?

Es preciso en este punto evitar un equívoco fácil. En realidad, la afirmación de que el dolo no se presume, sino que debe probarse, establecida en el artículo 1.353 del Código de Napoleón («de dol ne se presume pas et doit être prouvé»), se refiere a la presunción «*iuris tantum*» contenida en la propia ley, en cuanto admite que la buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario. Seguramente por esto, nuestro derecho; que repetidamente consagra dicha presunción, omitió la norma equivalente en relación con la no presumibilidad del dolo. Cualquier actuación se presume hija de la buena fe, y por tanto, quien pretenda atribuirle al dolo, está en la necesidad de probar su afirmación.

Pero esta presunción de inocencia o buena fe, nada tiene que ver con los medios de prueba, sino que se refiere exclusivamente a la carga de la misma: quien afirma su buena fe, no está obligado a probarla, quien la niega y afirma el dolo, asume en el pleito la carga de la prueba si quiere destruir esa *presunción legal*. Luego lo único que esa sentencia del Tribunal Supremo dice es que «no existe una *presunción legal de dolo*», y la consecuencia lógica de tal principio, que quien sostenga su existencia deberá probarlo.

Ahora bien, ni la ley ni la jurisprudencia establece limitación alguna en cuanto a los medios de prueba utilizables para destruir esa presunción *iuris tantum*, cosa por lo demás perfectamente lógica si tenemos en cuenta que nuestro sistema procesal rechaza el principio de las pruebas tasadas, reconociendo, por el contrario, el libre arbitrio judicial en su apreciación, hasta el extremo de que tal materia no es susceptible de fundar la casación. Es cosa por lo demás perfectamente sabida que las presunciones *iuris tantum* pueden destruirse mediante presunciones *hominis* o presunciones de hecho, definidas en el artículo 1.253 del Código civil. No es preciso citar sentencias concretas, basta examinar cualquiera de las que resuelve un pleito de simulación, en que esta clase de presunciones se admite como legítima para destruir la presunción legal que ampara el contenido de una escritura pública, según el artículo 1.218.

Lo único que se exige para que la presunción *hominis* sea apreciable como medio de prueba, es, según el artículo 1.253, que: «entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano». Ciertamente, que este artículo está incluido en el Libro Cuarto del Código civil, bajo la rúbrica: «De la prueba de las obligaciones», pero sus normas son aplicables a la totalidad de los negocios jurídicos, según admite de modo unánime la doctrina y la jurisprudencia.

dencia, explicándose este defecto de sistema por una razón puramente histórica, en cuanto se aceptó el seguido por el Código de Napoleón, que en este punto seguía la pauta marcada por Pothier, y por una dificultad lógica, en cuanto nuestro Código, como el francés, carece de una parte general, a diferencia del alemán y del suizo, que permitiera situar debidamente este grupo de normas. Actualmente, todas las obras modernas de Derecho civil español, sin excepción alguna, estudian en dicha Parte General todas las normas contenidas en la aludida rúbrica.

Desaparece toda sombra de duda acerca de la aplicabilidad de la prueba de presunciones en materia testamentaria, si se tiene en cuenta que el artículo 1.252 del Código civil, en su párrafo segundo, dice: «En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros aunque no hubieren litigado». Por vía de ejemplo, en las sentencias de 7 de diciembre de 1899 (condición prohibitiva de heredero) y 4 de junio de 1947 (testamento *in artículo mortis*), el Supremo considera sobre el artículo 1.253, sin consignar oposición de principio. En la de 13 de enero de 1914 (testigos legatarios), llega a discutir sobre el supuesto de la admisión de la presunción. Pero si, de una parte hemos visto que la jurisprudencia admite la prueba de presunciones para desvirtuar una presunción *iuris tantum* (casos de simulación en escritura pública), y de otra, aplica normas a ellas relativas cuando de testamentos se trata, ¿qué dificultad habrá para admitirla también en los supuestos de dolo testamentario? Estimamos que absolutamente ninguna.

«La existencia del dolo, dice Gangi, debe ser debidamente probada. No es necesario que la misma resulte del testamento: puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, o sea, con documentos, con testimonios e incluso con presunciones» (Op. cit., página 403). Los Tribunales italianos admiten igualmente la prueba de presunciones, con tal que sean «graves, precisas y concordantes». Así las sentencias de 8 de marzo de 1935, 25 de mayo de 1936, 24 de julio de 1935, 22 de marzo de 1934, 30 de junio de 1933, citadas por el propio Gangi.

Según la doctrina francesa, el dolo no es objeto de presunción legal *iuris tantum*, pero puede probarse mediante presunciones *hominis*. El artículo 1.116 del Código de Napoleón establece que el dolo *ne se presume pas et doit être prouvé* y el artículo 1.353 admite la prueba del fraude y del dolo mediante presunciones del hombre. La Corte de Casación, en 28 de junio de 1881 declaró que para probar la existencia del dolo o del fraude contra un acto, bastan las presunciones, y Planiol y Ripert, dicen: «El dolo puede ser probado por todos los medios, incluso mediante simples presunciones» (*Traité pratique de droit civil*, t. VI, París 1930, páginas 273). Y en el mismo sentido Demogue opina que: «Desde el punto de vista de la prueba, está admitido que el fraude puede

ser probado mediante cualquier medio de prueba y particularmente por testigos y por *presunciones graves y precisas y concordantes*», es lo que dice el artículo 1.353 del Código civil. Esto apenas comporta una limitación a propósito del empleo de *lettres missives confidentielles*, que no se pueden utilizar sin el consentimiento del destinatario. En este espíritu incluso se admite que el secreto de los negocios, puede ceder para permitir la prueba del fraude» (*Traites des Obligations*, t. I, 1923, pág. 541).

La cuestión relativa a si podía o no probarse por presunciones *hominis* el dolo testamentario, se suscitó ante el Tribunal Supremo, con ocasión de célebre pleito. En el motivo 5.º del recurso se sostenía la infracción del artículo 1.269 del Código civil y de diversas leyes del Digesto (el pleito procedía de la Audiencia de Barcelona). «en cuanto de tales disposiciones se deduce que el dolo supone siempre actos o maquinaciones insidiosas que inducen a celebrar un contrato que sin la insidia no se hubiera otorgado, lo cual excluye la prueba de presunciones para apreciar la existencia del dolo, y la sentencia recurrida, reconociendo la falta de pruebas directas, apoya en meras presunciones la apreciación y declaración de que el recurrente empleó dolo para obtener el otorgamiento de la escritura... y con ello infringe la sentencia los preceptos legales citados e incide en error de derecho en la apreciación de la prueba, dando valor a la de presunciones, que no podía tener en cuenta por inadecuada». Tal motivo fue desestimado por la sentencia de 10 de mayor de 1910, que hubo de declarar a este respecto:

«Considerando por lo que respecta a la primera cuestión, que al declarar la Sala sentenciadora la nulidad de dicha escritura por haberla otorgado doña... mediante engaño o valiéndose el recurrente de maquinaciones insidiosas constitutivas de dolo, no ha incurrido en los errores de derecho que se alegan en los motivos quinto y octavo del recurrente, *pues aunque tal apreciación descansa sobre prueba indiciaria de presunciones, ni es exacto que de tal artículo 1.269 del Código civil y Leyes del Digesto que con aquél se citan en el motivo quinto, se desprenda la necesidad de la prueba directa para poderse afirmar la existencia del dolo.*»

En realidad, la admisibilidad de las presunciones *hominis* como medios de prueba hábiles para acreditar la existencia del dolo, viene impuesta por la propia naturaleza de las cosas, en cuanto se trata de un hecho interno, que únicamente puede ser acreditado mediante una inferencia deducida de hechos exteriores y nunca en virtud de una prueba directa, máxime si se tiene en cuenta el cuidado que el agente del dolo habrá de poner en sustraer a la publicidad su conducta, que procurará, y ello es una de sus notas características, mantener en la clandestinidad más estricta. De aquí que sostenga Castán que:

* «Son las únicas (las presunciones *hominis*) que constituyen ver-

verdadero medio de prueba (la llamada —no con gran exactitud— prueba de indicios o conjeturas). De ellas hay que hacer uso *especialmente en aquellos casos, como los de simulación y actos fraudulentos, en que se trata de comprobar hechos que han querido tener secretos sus autores.*» (DERECHO CIVIL, t. I, vol. 2.º, 1955, pág. 677.)

No se opone en modo alguno a esta doctrina, que como hemos visto constituye la *communis opinio* de las jurisprudencias y autores franceses, italianos y españoles, la sentencia de 22 de marzo de 1941, ya que en la misma:

a) Se dice que «el dolo no se presume, y tiene que probarse por la parte que lo alega». Mas ya sabemos exactamente que lo único que esto quiere decir, es que no existe una presunción legal de dolo, sino que este debe ser probado, sin limitación alguna, por cualquiera que los medios autorizados por el artículo 1.215 del Código civil, entre los que se encuentran las llamadas presunciones *hominis* o presunciones de hecho. Es decir, que tal principio hace referencia exclusivamente a la *carga de la prueba*, en modo alguno a los *medios probatorios* utilizables.

b) Que si la Sala de instancia no admitió la existencia de dolo, «contra esta apreciación de los hechos, no pueden prevalecer las presunciones» del recurrente. Lo cual, como es natural, supone tan sólo una limitación impuesta por el régimen de la casación, pero nunca una limitación al judicial arbitrio para valorar un medio de prueba perfectamente legítimo, como es el de las presunciones.

Es preciso, sobre todo, rechazar la idea de que la prueba de presunciones constituye una mera prueba indiciaria: las presunciones, cuando están bien fundadas, constituyen una prueba de mayor solidez incluso que la misma testifical, ya que se apoyan en las leyes que rigen nuestro pensamiento, y más concretamente en el principio de razón suficiente, que ha hecho posible la construcción de la filosofía y ciencias naturales, a través de los siglos. Precisamente la diferencia que hay entre presunciones e indicios consisten en que en las primeras, la relación que existe entre los hechos directamente probados y su consecuencia, es absolutamente necesaria, según las leyes de la lógica, en tanto que tal conexión, cuando de indicios se trata, constituye un razonamiento de mera probabilidad. Inducir consecuencias de los hechos observados, es procedimiento no solamente correcto desde el punto de vista lógico, sino el principal fundamento de la investigación de la verdad.

