la donación desde el momento en que ésta se perfecciona independientemente de toda tradición. (1)

El art. 894 agrega que el donador debe despojarse *irrevocablemente.* Hay alguna incertidumbre sobre el sentido y alcance de la irrevocabilidad de las donaciones; más adelante verémos este punto. Como este es un carácter distintivo de las donaciones, fuerza es que haya algo especial en su irrevocabilidad. Todos los contratos son irrevocables, en el sentido de que tienen fuerza de ley para los que los han celebrado, y no pueden revocarse sino por su mutuo consentimiento (art. 1134); las donaciones son más irrevocables que los convenios ordinarios. En el antiguo derecho, se decía: "No es válido donar y retener," para marcar que la donación no podía en nada depender de la voluntad del donador; éste debe saber que desde el momento en que él dona, se despoja para siempre de la cosa donada. ¿Por qué este rigor? Siempre para poner obstáculos á las liberalidades. Menos dispuesto á donar está uno cuando sabe que se priva á sí mismo y para siempre de la cosa donada; el legislador ha contado con ese apego natural á lo que poseemos, y para hacerlo sentir más al donador, le dice que será perpetuo el abandono que va á consentir. Ciertamente que este pensamiento ha contenido en su primer germen más de una donación.

Por la misma razón la ley exige una aceptación expresa. Si sólo se consultara la naturaleza de los convenios y la intención de las partes contrayentes, se habrían debido conformarse con una aceptación tácita en materia de donación, más bien que en materia de venta, porque ¿quién es el que no gusta de recibir una liberalidad y no consiente de toda voluntad en aceptarla? El código invierte, pues, el orden natural de las cosas al exigir una aceptación expresa del donatario, siendo que se conforma con

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2°, pág. 220.

una aceptación cualquiera del comprador. En vano se buscaría una donación jurídica para esta diferencia; no hay más que el espíritu tradicional del derecho francés.

El código no dice que el donador se despoja gratuitamente, y esto se le reprocha. (1) ¿Y no es esto exagerar el rigor de la escuela? ¿Acaso la donación no indica por sí misma un título gratuito, del mismo modo que la venta indica un título oneroso?

§ III.—Del testamento.

102. "El testamento es un acto por el cual el testador dispone, para una época en que él ya no exista, de todo ó de parte de sus bienes, y cuyo acto puede él revocar" (artículo 895). Se subentiende que el testamento es un acto y no un contrato; el legatario no interviene en el testamento, y ¿por qué habrá de figurar en él cuando el legado no le otorga ningún derecho? Hasta podría preguntarse si su presencia no viciaría el testamento, debiendo ser este acto la expresión de la voluntad sola del testador. Más adelante insistirémos sobre este punto. El principio que acabamos de recordar es corto, y aun se formulaba en el proyecto adoptado en el Consejo: la definición decía· "Un acto por medio del cual el testador dispone solo." El Tribunado pidió la supresión de esta palabra como inútil; (2) tanto así le parecía evidente la idea que él expresa. Está, pues, del todo entendido que el legatario no debe intervenir en el testamento; más adelante dirémos en qué caso esta intervención viciaría el legado.

Hay que añadir que el testamento es un acto *solemne.* Si la ley no lo dice en el art. 895, es porque ya lo había dicho en el 893, para el testamento, tanto como para la do-

1 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 5°, pág. 416, nota 2 del párrafo 646.

2 Observaciones de la sección de legislación del Tribunado, número 3 (Locré, t. 5°, pág. 290.

nación, y el art. 1001 dice que las formalidades á que están sujetos los diversos testamentos, deben observarse so pena de nulidad. Esto supone que el testador ha querido hacer un testamento solemne, pero que no ha observado las formas tales como la ley las prescribe. Una declaración de última voluntad sin forma alguna, hecha verbalmente, no tendría ningún efecto, según lo dirémos más adelante.

103. No es suficiente que un acto se lleve á cabo con las formalidades que la ley exige, para que sea un testamento; el art. 895 agrega que el testador debe disponer de todo ó de parte de sus bienes. Luego necesita una disposición de bienes, directa ó indirecta, poco importa. En efecto, la donación testamentaria está colocada por la ley entre los actos que trasmiten la propiedad (art. 711): ese es su objeto, con tal fin lo sanciona la ley. Síguese de aquí que un acto hecho en la forma de un testamento, y que contenga declaraciones de última voluntad, sin ninguna relación con los bienes del difunto, no sería un testamento y no equivaldría á éste; es decir, que sería nulo, al menos que la ley hubiese autorizado expresamente al difunto á hacerlo. Así, la ley permite al padre que nombre un consejo á la madre superviviente por acto de última voluntad; un testamento ológrafo, que sólo contuviera el nombramiento de un consejo, sería, por lo tanto, válido (artículo 392). De la misma manera, el último de los padres que muere, puede elegir un tutor á sus hijos por acto de última voluntad (art. 398). El código dice también que el tutor oficioso puede conferir la adopción por este testamento (art. 366); pero esto no es ya un acto de última voluntad, sino que implica una disposicion de bienes, supuesto que, al adoptar, el testador dispone de su sucesión en provecho del adoptado. La hipoteca testamentaria entra en el mismo orden de ideas (ley hipotecaria, art. 44); porque

hipotecar, es enajenar parcialmente; la constitución de hipoteca es, pues, una disposición de bienes, y desde el momento en que hay una disposición cualquiera de bienes, es aplicable la definición del art. 895. Fuera de los casos en que la ley permite al difunto que haga una disposición de última voluntad extraña á los bienes, creemos que el acto sería ineficaz. En vano se diría que el testamento es de derecho natural; esto quiere decir que es de derecho natural que el propietario pueda disponer de sus bienes para una época en que él ya no exista; esto no quiere decir que él puede ordenar y prohibir, cuando ya no exista, y como si viviese todavía. El que ya no vive no tiene voluntad que manifestar; cuando la ley se lo permite, es por excepción, y las excepciones son de estricta interpretación, no se extienden, sobre todo, cuando consagran una ficción, y ficción es considerar como vivo al que ha muerto. (1)

¿En qué sentido dispone el testador de sus bienes? El art. 895 contesta: "para una época en que ya no exista." Luego no dispone actualmente como el donador, su disposición no tiene efecto sino cuando muera hasta entonces sólo tiene un proyecto que no puede realizarse; sea que el testador cambie de voluntad, sea que el legatario fallezca antes. Síguese de aquí que el legatario no adquiere ningún derecho por el testamento, ni siquiera un derecho condicional, y que sólo tiene una esperanza que puede disiparse de un momento á otro. (2)

¿De qué puede disponer el testador? De todo ó de parte de sus bienes, dice el art. 895. El código deroga en esto, el antiguo derecho; ya no exige una institución de here-

1 Compárese Coin-Delisle, pág. 34, núm. 3 del art. 895. Zachariæ (t. 5°, pág. 420), pfo. 647), parece extender el derecho de testar á toda disposición de última voluntad.

2 Véanse las observaciones de Marcadé, el cual confiesa que se había equivocado en su primera edición sobre este principio elemental (t. 3°, pág. 373, núm. 3 del art. 895).

dero, como el derecho romano, y permite al difunto que disponga de todos sus bienes, sin distinción entre ellos. No obstante, el legatario universal no es un verdadero heredero sino cuando no hay un reservatario; sólo en este caso es investido y representa al difunto. Más adelante verémos algunas consecuencias de este principio. Cuando el legatario está en concurso con algunos reservatarios, no es más que un simple sucesor en los bienes.

104. El art. 895 agrega su último carácter del testamento al decir que el testador puede revocarlo. Este es un carácter esencial, el cual no puede derogarse por volutad contraria. Un testamento irrevocable sería una liberalidad distinta del testamento y de la donación; y la ley no admite más modos de disponer á título gratuito que la donación y el testamento, lo que excluye á la vez una donación revocable y un testamento revocable. En vano declararía el testador que él tiene derecho á revocar su testamento, y que debe permitírsele el renunciar á un derecho establecido á su favor. Se le contestaría, y es perentoria la respuesta, que semejante renuncia sería un pacto sobre una sucesión futura, y todo convenio de esta naturaleza es nulo (art. 1130), salvo en los casos exceptuados por la ley, y ésta no establece ninguna excepción á favor del testador.

CAPITULO II.

De la capacidad para disponer ó para recibir por donación entre vivos ó por testamento.

105. Según los términos del art. 902, "toda clase de personas pueden disponer y recibir, sea por donación entre vivos, sea por testamento, excepto las que la ley declara incapaces." Así es que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, sin que tenga que distinguirse entre las donaciones y los testamentos. En otro tiempo había una gran diferencia entre la donación y el testamento; se consideraba la donación como perteneciente al derecho de gentes, mientras que el testamento procedía del derecho civil. De esto se concluía que el extranjero era capaz de donar, pero incapaz de testar. Esta diferencia ha desaparecido en Francia y en Bélgica. La ley francesa de 14 de Julio de 1819 dice en su art. I; "Quedan abrogados los arts. 726 y 912 del código civil; en consecuencia, los extranjeros tendrán el derecho de suceder, de *disponer* y de *recibir*, de la misma manera que los franceses." Esta disposición se ha reproducido en Bélgica por la