

manera definitiva. Esto es también cierto con relación á tercero, en cuanto á que el legatario no puede pedir la reivindicación mientras no haya conseguido la entrega de su legado. (1) ¿Puede reivindicar cuando el heredero fué quien vendió la cosa? Hay que aplicar los principios relativos á la petición de herencia. Si se admite que el heredero aparente puede enagenar, el legatario no podrá reivindicar. Siguiendo nuestra opinión, dicho heredero no puede enagenar; si enagena una cosa que fué legada, enagena aquello de que no es propietario, puesto que el derecho á la cosa está en el dominio del legatario; y así, éste debe tener derecho de reivindicar. (2)

No debe confundirse la acción reivindicatoria con la petición de herencia. Esta última acción pertenece al heredero testamentario, lo mismo que al heredero *ab intestato*. Es menester, pues, aplicar al legatario lo que hemos dicho en el título de las *Sucesiones*. (3)

174. El artículo 1,017 dice que los herederos del testador ú otros deudores del legado, están obligados hipotecariamente por el todo hasta la concurrencia del valor de los inmuebles de la herencia de los cuales son detentadores. De aquí se concluía, vigente el código civil, que los legatarios tenían una hipoteca legal independiente de la separación de patrimonios que pueden demandar. Esta hipoteca legal no se ha mantenido por la ley hipotecaria belga; el legatario no tiene hipoteca sino cuando el testador se la concede, y la hipoteca testamentaria está sometida á las reglas generales de especialidad y publicidad establecidas para las hipotecas convencionales. Nos remi.

1 Denegada, 24 de Abril de 1837 (Daloz, núm. 3.900). Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 6º, núm. 11 (t. 16, pág. 462).

2 Véase el tomo 8º de mis *Principios*, pág. 748 y siguientes, números 561-565.

3 Véase el tomo 8º de mis *Principios*, pág. 674 y siguientes, números 503 y siguientes.

timos en esta materia al título de las *Hipotecas*, que es su lugar. En el de las *Sucesiones*, nos ocupamos en la separación de patrimonios.

SECCION II. De la revocación de los testamentos y de su caducidad.

ARTICULO 1. De la revocación,

§ I. DE LA REVOCACION POR EL TESTADOR.

175. La definición que da el artículo 893 del testamento dice que el testador puede revocarle. Esto es de esencia en el testamento, que no es más que proyecto, pues el testador no dispone sino para un tiempo en que ya no ha de vivir; puede cambiar, pues, su voluntad, y en cambiando ella, no priva de ningún derecho, por no tener todavía ninguno el legatario. El testador no puede prohibirse á sí mismo, ni tampoco enervar á cualquiera hora su testamento; en efecto, renunciando la facultad de revocarle, llegarán á ser los legados liberalidades actuales, y por consiguiente entre vivos, y esas liberalidades no se pueden hacer por donación.

En otro tiempo se acostumbraba á insertar en los testamentos una cláusula por la cual declaraba el testador que era su voluntad que ningún otro testamento que pudiera hacer en lo sucesivo se ejecutara, á menos que contuviera una sentencia tal como lo indicara; ésto era lo que se llamaba cláusula revocatoria. Considerábanse estas cláusulas como una garantía contra la debilidad ó la violencia á que teme una persona ceder al hacer testamento contra su voluntad; el testamento estaba de antemano atacado de nulidad, si no contenía la sentencia que encerraba la cláusula revocatoria. El Estatuto de 1735 abrogó tal costumbre, y pues que no la reconoció el código, fuerza es concluir que

no está autorizada, puesto que tenía por efecto coartar la libertad del testador. (1)

176. Las disposiciones testamentarias pueden revocarse expresa á tácitamente. En lo cual se aplica el derecho común en cuanto al principio. En efecto, revocar un testamento es mantener una voluntad contraria á la que se había expresado en el testamento que se revoca. Mas la voluntad puede manifestarse de una manera expresa, por medio de una declaración verbal ó escrita, como puede manifestarse también por un hecho. De ahí el principio de que por regla general, el consentimiento puede ser expreso ó tácito. La ley admite su principio para la revocación de los testamentos. Hay revocación expresa cuando declara el testador su cambio de voluntad en un nuevo testamento ó en un instrumento auténtico. Hay revocación tácita cuando, sin revocar las primeras disposiciones que hizo, el testador hace otras nuevas que son incompatibles con las anteriores, ó cuando algún hecho prueba que el testador ha cambiado de voluntad (arts. 1,035-1,038).

El código deroga los principios generales en lo que concierne á la revocación expresa. Según el derecho común, no debe manifestarse la voluntad por escrito, y menos en instrumento solemne, en tanto que la voluntad de revocar un testamento no puede expresarse más que por testamento ó por instrumento autorizado. Es difícil dar con la razón de tal derogación. Comprenderíase que el legislador hubiera establecido como principio que las formas prescriptas para la confección de los testamentos debieran observarse también para su revocación; porque el testamento es un acto solemne, y si no existe legalmente la voluntad de legar sino cuando la ha expresado el testador en la forma de la ley, la consecuencia rigurosa es que la revocación se debe hacer con las propias solemnidades, puesto que

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 331, núm. 698 y todos los autores.

implica una nueva disposición. Nunca se ha admitido esta consecuencia rigurosa; siempre se ha reconocido en el testador el derecho de revocar tácitamente sus disposiciones. Pero si es válida la revocación tácita, no se ve por qué es necesario un instrumento solemne para la revocación expresa. Que se exija un escrito para no dejar abandonada á la fe incierta de los testigos la revocación de tan importante acto, lo comprendemos; pero ¿por qué es necesario otro testamento, ó un instrumento auténtico, cuando puede ser tácita la revocación? El proyecto del código civil era aún más severo; sentaba la regla de que las donaciones testamentarias no se podían revocar más que por una declaración del cambio de voluntad hecha en alguna de las formas en que se puede testar. De acuerdo con la proposición de Tronchet se admite que podría hacerse la revocación por instrumento auténtico. (1) Si así se puede, ¿por qué no por instrumento privado? Nada hay acerca de la razón jurídica de esta diferencia. Lo único que se puede decir, es que los autores del código quisieron prevenir las discusiones á que se prestan los documentos privados más fácilmente que los auténticos. Pero el sistema del código da también lugar á muy serias dificultades.

Núm. 1. De la revocación expresa.

177. Dice el artículo 1,035: "Los testamentos no podrán revocarse, en todo ó en parte, sino por un testamento posterior ó por un instrumento otorgado ante notario, que exprese el cambio de voluntad". De aquí resulta que la revocación es un acto solemne: no existe, pues, sino cuando se ha hecho en la forma de la ley; el escrito no sirve de prueba, y es necesario para la existencia del acto. Por consiguiente, si no hay testamento ni instrumento auténtico revocatorio, no hay revocación. Así, no puede discutirse

1 Sesión del consejo de Estado de 27 ventoso, año 11, núm. 14 (Loché, t. 5º, pág. 272). Toullier, t. 3º, 1, pág. 334, núms. 615-621.

el punto de probar la revocación con testigos, ni con un documento privado, que no sería testamento; aquí no se trata de prueba, sino de la existencia de la revocación.

La sala de casación al resolver que ni la revocación de un testamento, ni su existencia, pueden establecerse por la prueba testimonial ni de presunciones, por graves que sean ellas, añade "que el fraude es una excepción de esta regla, como lo es en cualquier otra materia, cuando se aclara que el testador tenía ánimo de revocar sus disposiciones testamentarias y estuvo impedido de hacerlo por causa de maquinaciones fraudulentas." (1) Formulada así, la tal excepción sería muy discutible. Indudablemente, el fraude es una excepción de todas las reglas sobre pruebas, en el sentido de que se puede probar con testigos y con presunciones; pero como se trata aquí de prueba, no se puede invocar la máxima de que el fraude produce excepción. Mas el fallo de casación se interpreta aún de otro modo. Dijimos en otro lugar que si el difunto estuvo impedido para testador por causa de fraudulentos artificios, tienen acción contra los autores del dolo para reclamar daños y perjuicios las personas en cuyo favor testó; (2) no proceden como legatarios, que no lo son, sino que tienen acción en virtud del artículo 1,382. Así también, si habiendo tenido el testador ánimo de revocar no lo hizo por causa de aquellas mismas maquinaciones, no habrá revocación, sólo con que se probara el dolo; el testamento producirá, pues, efecto; pero los perjudicados por el dolo podrán reclamar daños y perjuicios, y á ellos corresponderá probar lo que el testador quiso hacer y no hizo por las maquinaciones. Lo que decimos del dolo se aplica también á la violencia.

El caso ocurrió ante el tribunal de Agen. Se lee, en la

1 Denegada, 15 de Mayo de 1860 (Daloz, 1860, 1, 277).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, págs. 132 y 134, núms. 122, y 123.

colección de sentencias, que aquel tribunal falló implícitamente que la intención repetidas veces manifestada por el testador de revocar un testamento, puede, en caso de dolo, fraude ó violencia del heredero instituido, hacer veces de revocación expresa. El fallo no dice tal; es una resolución preparativa que admite á los demandantes que prueben los hechos del dolo ó de la violencia con que el legatario impidió que revocara el testador; (1) pero el tribunal no dijo cuál sería el resultado de aquellas pruebas, si había de ser el de daños y perjuicios, ó si la prueba equivaldría á una revocación expresa. Esta última proposición es tan evidentemente contraria á la ley y á los principios, que no queríamos atribuirle á un tribunal, ni aun como resolución implícita.

178. Es distinta la cuestión de saber si se puede probar por la confesión del heredero instituido, que aceptó la revocación del legado que le instituía, regular ó no, y que él consintió en la ejecución de otro testamento anterior. El legatario es libre para renunciar su legado y confirmar, al ejercitarle, un testamento anterior. Esta es cuestión de confirmación. Ahora bien, la confirmación que implica una renuncia es admitida en el caso en que la parte que confirma puede renunciar. Nos remitimos á lo dicho ya en cuanto á la confirmación de los testamentos. (2)

179. Acontece que al confiar su testamento á un amigo, le dió el testador mandato verbal relativo á la destrucción de su testamento, y por consiguiente, á su revocación eventual. Se pregunta si ese mandato es válido. La cuestión ofrece más de una dificultad. El mandato acaba con la muerte del mandante: ¿puede haber un mandato que comience precisamente cuando el mandante muera? Nos re-

1 Agen, 30 de Julio de 1851 (Daloz, 1852, 2, 99).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, núms. 459-469. Compárese con lo resuelto á 27 de Agosto de 1811 (Daloz, núm. 4,142).

mitimos para el examen de la cuestión al título del *Mandato*. Cuando éste es verbal, apenas cabe duda. La revocación de un testamento es un acto solemne, y por lo mismo es menester que la voluntad de revocar se manifieste en la forma legal. De aquí se sigue que el mandato conferido verbalmente no puede producir ningún efecto; y así se declaró en casación. (1)

I. De la revocación por instrumento auténtico.

180. Conforme al artículo 1,035, la revocación no se puede hacer sino por instrumento ante el notario. Es, pues, la revocación un documento solemne, como lo acamos de decir (núm. 177). Siguese de aquí que no se puede aplicar el artículo 1,318, según el cual, el instrumento que no es auténtico por incompetencia ó incapacidad del funcionario que le autoriza, ó por defecto de forma, equivale á un documento privado, si fué firmado por las partes. El artículo 1,318 supone que se trata de una cuestión de prueba, y la prueba puede consistir en documento privado, lo mismo que en uno auténtico; pero cuando la ley exige que haya uno solemne, en vano sería invocar un escrito privado, y la revocación no existe cuando no se ha hecho con las formalidades de la ley. (2) Aplicando este principio se resolvió en Francia que no era válida la revocación cuando el instrumento se había recibido por un notario, hallándose ausente el otro. En Bélgica se ha entendido siempre así la ley de ventoso; en Francia, la ley de 21 de Junio de 1843 exigió la presencia de otro notario más. En apoyo de la doctrina consagrada por la jurisprudencia, Troplong cita el proverbio *Quod nullum est, nullum producit effectum*. (3) La razón no es buena, porque el artículo

1 Denegada, 1º de Septiembre de 1812 (Dalloz, núm. 2,515). Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 372, núm. 667; Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de testamento*, pfo. 1º, núm. 4 (t. 30, pág. 67).

2 Demolombe, t. 22, pág. 125, núm. 143.

3 Troplong, t. 2º, pág. 212, num. 2,052 y los autores que cita.

1,318 prueba precisamente lo contrario; el instrumento, aunque nulo como auténtico, puede ser válido como privado. Si no hay revocación, es en razón de la solemnidad del instrumento.

181. El artículo 1,035 dice que el instrumento debe contener la declaración de cambio de voluntad, y está resuelto que la ley no exige una declaración expresa de la voluntad de revocar, bastando que tal voluntad resulte de las palabras usadas por el testador en el instrumento de revocación. (1) ¿Es menester concluir de aquí, con Troplong, que la ley autoriza todas las conjeturas y presunciones, de las cuales irresistiblemente se puede sacar la consecuencia de que el testador no quiso perseverar en su primera resolución? (2) Nos parece que esto es ir más allá que la ley; ella exige una *declaración* del cambio de voluntad, y esa declaración debe hacerse en instrumento auténtico; esto supone una manifestación de voluntad con palabras, lo cual excluye las conjeturas y las presunciones.

182. El testador revoca su testamento por una donación; y se halla que ésta es nula por falta de aceptación. Se pregunta si la cláusula de revocación será válida. La afirmativa ha sido declarada en juicio, y la doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. Lo único que exige la ley para la validez de la revocación, es que la voluntad de revocar se haga constar en instrumento autorizado, mas la donación, aunque nula, como tal, es un instrumento autorizado y válido como tal también; por tanto, nos hallamos dentro de los términos y del espíritu de la ley. (3) Esta opinión parécenos no obstante dudosa; vamos á examinar

1 Limoges, 9 de Mayo de 1809 (Dalloz, núm. 4,147).

2 Troplong, t. 2º, pág. 217, núm. 2,064. Demolombe, t. 22, página 124, núm. 142.

3 Casación, 25 de Abril de 1825 (Dalloz, núm. 4,260). Compárese á Coin-Delisle, pág. 494, núm. 5 del artículo 1,035; Troplong, t. 2º, pág. 230, núms. 2,088, 2,089, Demolombe, t. 22, pág. 126, núm. 147.

una cuestión análoga, y es la de si una revocación hecha en instrumento auténtico es válida cuando el instrumento es nulo como testamento pero válido como instrumento autorizado. La jurisprudencia está por la negativa; sobre todo, por la razón de que sostener la revocación, cuando se anulan disposiciones nuevamente hechas por el testador, es quebrantar su voluntad y obligarle á decir lo que no quiso decir. ¿No sucede lo mismo cuando el testador hace una donación revocando un testamento anterior? No quiso revocar pura y simplemente, sino que revocó al mismo tiempo que otorgaba una nueva liberalidad; ¿y se puede anular la liberalidad y sostener la revocación? ¿No es esto quebrantar también la voluntad del disponente? Preferiríamos decidir que el testador quiso, no simplemente revocar, sino hacer una donación con revocación, de suerte que la nulidad de la primera entrañara la de la segunda.

II. De la revocación por un testamento posterior.

183. Dice el artículo 1,035, en términos generales, que los testamentos pueden revocarse por otro posterior. No hay, pues, que distinguir cuál es la forma del testamento posterior; con tal que sea válido éste, contendrá una revocación. Así, un testamento auténtico puede revocarse por otro ológrafo; y uno ordinario puede revocarse por otro privilegiado. El principio es sencillísimo, pero su aplicación da lugar á multitud de dificultades.

1. Del testamento ológrafo ó místico.

184. El testamento ológrafo ó cerrado debe ser válido como tal, para que la cláusula revocatoria que contenga produzca revocación. Si es testamento ológrafo se necesita que vaya escrito, fechado y firmado por el testador. El tribunal de Colmar desconoció este principio elemental

revalidando una revocación que carecía de fecha. (1) Es verdad que la fecha es cierta, en cuanto á que la cláusula de revocación era posterior al instrumento en que el testador había instituido un legado en favor de su doméstico, pero tal certidumbre no suple á la fecha en un documento solemne. Era, pues, nulo el testamento y lo era, por consiguiente, la revocación. Si la sostuvo el tribunal, fué por consideraciones de un orden moral: tratábase de un criado infiel é ingrato, que ciertamente merecía que se le privara de la liberalidad otorgada en favor suyo por su ama. Pero los tribunales, antes que todo, son los guardianes de la ley, y no pueden sacrificarla, ni aun en provecho de la moral. Ejemplo funesto sería esto, porque habría magistrados que sacrificaran el derecho á una conciencia mal ilustrada.

185. Sucede con harta frecuencia que añade el testador una cláusula de revocación después de fechar y firmar su testamento: ¿será válida la cláusula revocatoria, si está firmada, pero no fechada? Hay sobre este punto dos sentencias al parecer contradictorias. El tribunal de Burdeos admitió la validez de una cláusula revocatoria que carecía de fecha, por causa de que la dicha cláusula se confundía con el testamento, al cual no hacía más que explicar: esto es la aplicación de los principios que hemos sentado al tratar de los testamentos ológrafos. (2) La sala de casación anuló, por el contrario, una cláusula de revocación que no tenía fecha; pero en el caso de que se trataba, la cláusula revocaba el testamento mismo después del cual la había escrito el testador. Era, pues, una disposición independiente del testamento, puesto que tendía á anularle; por tanto, no podía tener valor como disposición testamentaria, lo

1 Colmar, 5 de Abril de 1824 (Dalloz, núm. 2,607). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 494, núm. 7 del artículo 1,035. Massé y Vergé comentando Zachariae, t. 3º, pág. 292, nota 2.

2 Burdeos, 23 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 199).

cual no implica que debía ser escrita, fechada y firmada por el testador. (1)

186. Si el testamento ológrafo ó místico revoca simplemente el testamento anterior, sin contener nueva disposición de bienes, ¿será válida la revocación? Generalmente se admite la afirmativa, y si pudiese resolverse en teoría la cuestión con abstracción de la ley, no dejarían lugar á duda los principios. Pero dicha cuestión lo es de ley. El artículo 1,035 quiere que haya un *testamento* posterior; y ¿qué es testamento? Según la definición legal, el testamento es un acto por el cual *dispone* el testador, para un tiempo en que ya no ha de vivir *de todo ó parte de sus bienes*. No hay, pues, testamento mientras no haya disposición de bienes. De donde un instrumento escrito, fechado y firmado, que no contenga ninguna disposición de bienes, no es testamento; lo cual resuelve la cuestión.

Contra esto se objeta que el instrumento que revoca un testamento contiene una disposición implícita en favor de los herederos *ab intestato*. El argumento es de alguna fuerza en razón de la tradición; y en el derecho antiguo sedujo á dos de nuestros mejores jurisconsultos. Domat enseña que el que revoca su testamento sin hacer otro, instituye por heredero al pariente que le debe suceder *ab intestato* por una institución tácita en la expresión y expresa en la intención. Voet comienza por decir que nada más natural que un testador pueda revocar su testamento de la propia manera que le hizo; y añade: en este caso, se reputa que el testador instituyó por herederos á aquellos á quienes vuelve la herencia en virtud de la ley. (2) Es menester tener razón dos veces para atreverse á combatir una opinión que tiene en su apoyo la autoridad de Domat y de Voet. Pe-

1 Denegada, 15 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 185).

2 Domat, *Leyes civiles*, parte 2ª, libro 3º, tit. 1º, sec. 5ª, núm. 12, en la nota. Voet, *ad Pand.*, libro 28, tit. 3º, pfo. 1 (t. 2º, pág. 287).

ro, en nuestro caso, la tradición, por muy imponente que sea, debe hacerse á un lado. Nuestros antiguos jurisconsultos no estaban sujetos á una ley, como nosotros, y les hemos dado la razón desde antes en el terreno de los principios. Falta saber si la explicación que ellos dan es conciliable con el artículo 1,035 y con el 895. ¿Es cierto que el testador que revoca su testamento por medio de instrumento escrito, fechado y firmado por él, dispone en favor de sus herederos? Estos sucederán, no á virtud del testamento, que no los llama á la herencia, sino á virtud de la ley; no serán, pues, legatarios, sino herederos *ab intestato*. Si fuese testamento el instrumento privado y revocatorio, lo sería también el instrumento autenticado que revocara el testamento anterior; y es un hecho que no pasa así, puesto que el artículo 1,035 opone la revocación *por testamento* á la revocación *por instrumento autorizado ordinario*. (1)

Haciendo á un lado la tradición, hemos respondido ya al mismo tiempo á los autores modernos y á la jurisprudencia, que se apoyan en el argumento tradicional. (2) Algunos autores recientes han comprendido lo que hay de débil en una argumentación que choca con la ley, y han tratado de dar otro sentido al artículo 1,035, apoyándose en los trabajos preparatorios. El proyecto del código civil estaba redactado como sigue: "No podrán revocarse los testamentos sino por instrumento que revista las formalidades legales de un testamento." Esta redacción zanjaba la dificultad; no se necesitaba testamento; no se necesitaba más que un instrumento escrito, fechado y firmado por el testador. Pero cambió el proyecto; ¿por qué? ¿con qué fin? ¿Para hacer más difícil la revocación? Al contrario, para

1 Bugnet comentando á Pothier, t. 8º, pág. 308. Marcadé, t. 4º, pág. 121, núm. 2 del artículo 1,035.

2 Troplong, t. 2º, pág. 212, núm. 2,051; Aubry y Rau, t. 6º, página 183 y nota 3; Demolombe, t. 22, pág. 119, núms. 140, 141 y los autores que citan. Denegada, 17 de Mayo de 1814 (Dalloz, número 4,155, 1º).

facilitarla; puesto que, conforme á la disposición primitiva, los que no pudieran escribir, habrían debido hacer un instrumento, para revocar su testamento, con las formalidades difíciles del público ó del cerrado; y los autores del código quisieron permitirles que revocaran por medio de un simple instrumento auténtico. Esta modificación, propuesta por el tribunado, trajo una recomposición del artículo 1,035; pero la nueva redacción no implica un cambio de sistema, y así es menester admitir que el principio consagrado por el proyecto siguió siendo el mismo. Conclúyese de aquí que la fórmula actual, de que no podrán revocarse los testamentos sino por *otro posterior*, tiene el sentido de la primitiva, sobre que tal revocación podía hacerse por un instrumento revestido de las formalidades legales de un testamento. (1) La explicación es ingeniosa, pero basta, para rechazarla, ver el fin, á que se dirige. Dice el código: No se puede revocar el testamento más que por un *testamento* ológrafo, cerrado ó auténtico; y se le hace decir que puede revocarse por un instrumento escrito, fechado y firmado por el testador. Hácese que diga la ley cosa distinta de la que dice, y por consiguiente, se la altera, se la cambia, ó se hace un nuevo código.

Tal es, dicen, el espíritu de la ley, y el espíritu debe prevalecer sobre la letra. (2) Cuando ésta es oscura, sí; pero no, cuando es clara y terminante. Y es difícil que haya letra más clara que la del artículo 1,035. Remitimos, pues, al legislador todo lo que los autores dicen del espíritu de la ley. Nosotros deseamos, como ellos, que se notifique la ley, pero no reconocemos al intérprete la facultad de hacerlo.

No es tan cierta la jurisprudencia como se dice. Sólo el fallo de casación de 1,814 es el que resuelve la dificultad

1 Murlon (según Valetle), t. 2º, pág. 386.

2 Duranton, t. 9º, pág. 413, núm. 431.

en términos formales. En todos los demás casos que se han presentado, el acto que importaba revocación, contenía una disposición expresa ó implícita de bienes; en este caso, hay testamento, y por tanto se está en los términos de la ley. (1)

187. No basta un testamento posterior; se necesita que el testamento contenga una declaración del cambio de voluntad (art. 1,035). Lo que hemos dicho del cambio de voluntad en el testamento auténtico se aplica al cambio de voluntad por testamento (núm. 184). No hay términos sacramentales, sino que se necesita una *declaración*. El tribunal de Nimes resolvió que hubo revocación en el siguiente caso: "Queriendo que el presente testamento ológrafo sea el único válido." Resulta de aquí necesariamente que el testamento anterior no es válido, y por lo mismo fué revocado. (2)

2. Del testamento por instrumento público.

188. Para que el testamento por instrumento público produzca revocación, son menester, lo mismo que para el ológrafo, dos condiciones: primero, que haya un testamento recibido con las formalidades de la ley, y después una declaración relativa al cambio de voluntad. La condición relativa á la forma da lugar á una dificultad muy grave.

El testamento público es un instrumento solemne, que debe recibirse con las formalidades prescriptas por la ley, so pena de que no exista, ni por consiguiente pueda producir revocación. Hay un caso en que no es dudosa esta solución. Si el testamento es nulo, no sólo como instrumento de última voluntad, sino como instrumento autorizado, nada hay escrito, ni testamento, ni instrumento auténtico, y por tanto, no hay revocación. Si pues tiene alguna

1 París, 10 de Abril de 1811 (Daloz, núm. 4,156, 2º); Denegada, 7 de Junio de 1832 (Daloz, núm. 4,156, 1º). Burdeos, 27 de Marzo de 1846 (Daloz, 1846, 2, 193).

2 Nimes, 30 de Julio de 1819 (Daloz, núm. 4,157).

incapacidad el notario, no hay testamento, ni instrumento auténtico, ni revocación expresa. Pero el testamento puede ser nulo como tal, y válido sin embargo como instrumento auténtico. Del mismo modo, si el testamento se recibió por un notario y cuatro testigos, uno de éstos incapaz, el testamento será nulo; pero el instrumento valdrá siempre como auténtico, puesto que para los auténticos basta con dos testigos. Se pregunta si, en tal caso, valdrá el instrumento como revocatorio hecho ante el notario.

La cuestión está muy discutida. Creemos que la nulidad del testamento trae consigo la de la revocación. La sala de casación, que ha consagrado ésta, la funda en un argumento de ley que no parece decisivo. Conforme al artículo 1,035, de dos maneras puede el testador revocar su testamento: ó por un simple documento autorizado, ó por otro testamento. Si lo hace por testamento, debe observar las formalidades que la ley prescribe para el testamento, formalidades que son necesarias para la existencia del acto; y si no se observan, ni hay testamento, ni por lo mismo revocación por testamento. (1) Contra esto hay sus objeciones, una de ellas muy especiosa. Un instrumento puede ser nulo como tal, y válido no obstante bajo otro aspecto. Así, un testamento nulo, como cerrado, puede ser válido como ológrafo; (2) un instrumento nulo como auténtico puede ser válido como privado (art. 1,319). ¿Por qué un instrumento nulo como testamento no había de ser válido como auténtico? Y si vale como tal, se habrá llenado la condición de la forma, puesto que la ley permite que se revoque un testamento por un instrumento autorizado. Respondemos que ninguna analogía hay entre los casos que se

1 Denegada, 20 de Febrero de 1821 (Dalloz, núm. 4,163) y 10 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 145). Hay un fallo del tribunal de Turín de 19 de Marzo de 1810, que desarrolla muy bien este principio (Dalloz, núm. 4,163). Compárese con lo resuelto en Pau á 27 de Agosto de 1835 (Dalloz, núm. 3,216, 2°).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 572, núm. 428.

citan y el que se discute. Cuando un testamento cerrado es nulo como tal, pero está escrito, fechado y firmado por el testador, es un sólo y mismo instrumento que vale en todo, puesto que se observaron las formalidades de la ley; á más de que la intención del testador es ciertamente la de que valga el testamento como ológrafo, si no puede valer como cerrado. Sucede lo mismo cuando un instrumento auténtico se sostiene como privado; hay aquí un escrito firmado por las partes, que la ley admite como prueba documental por razón de esa firma, y le admite la ley como prueba completa. Según nuestra hipótesis, por el contrario, el testador quiso hacer otro testamento revocando el primero, quiso testar. Esta voluntad se halla que fué ineficaz, en razón de que no existiendo el instrumento como testamento, se estima que el testador no quiso testar; y si no quiso tal, tampoco quiso revocar su testamento anterior, puesto que nada queda de su voluntad, la cual se considera como no existente. ¿Qué hacer en la doctrina que impugnamos? Que se dividen un instrumento y una voluntad igualmente indivisibles. El testador, dicen, hizo dos cosas muy distintas, que fueron testar y revocar su testamento; y el instrumento contiene por lo mismo dos hechos jurídicos muy distintos, un nuevo testamento y la revocación de otro anterior. De aquí se saca por consecuencia que el testamento puede ser nulo y válida la revocación. Respondemos que ésto es dividir una voluntad indivisible. No está bien decir que el testador quiso hacer dos cosas distintas, testar y revocar; sólo una cosa quiso, testar; pues la revocación no es más que la consecuencia de su testamento; no habría revocado sus disposiciones anteriores si no hubiese hecho otras nuevas; ese nuevo testamento es un cambio de voluntad, en la cual hay dos cosas: nuevas disposiciones y la revocación de las anteriores: dos elementos que