

porta revocación, aunque sea nula y haya vuelto la cosa á manos del testador. Este recobra la cosa como resultado de la acción de nulidad, por estimarse que nunca existió la enajenación nula. Con mayor razón, subsiste la revocación si la enajenación es válida y si el testador adquiere en seguida la cosa legada con cualquier título. Puede suceder que al volver á comprar la cosa vendida, quiera el testador mantener el legado; pero si tal es su intención, debe hacer nueva disposición testamentaria, por haber quedado revocada y en consecuencia destruida la primera. Lo mismo sucede en todo caso en que la ley establece la revocación por causa de la enajenación de la cosa legada. Puede no ser la intención del testador la que la ley supone: vende con pacto de retroventa, y realiza ésta con el ánimo de sostener el legado; el legado será no obstante, revocado, de modo que el testador deberá hacer otro nuevo, si tiene intención de gratificar al legatario.

228. Por generales que sean sus términos, no se aplica el artículo 1,038 más que á legados de cosas ciertas y determinadas. Esto resulta del testamento y del espíritu del artículo de la ley. Dice el primero: enajenación de la *cosa legada*; mas cuando la cosa es indeterminada, no se puede decir que el testador, ni aun enajenando todos sus bienes, enajene la cosa legada, porque la cosa indeterminada que él dió puede no hallarse en su patrimonio; lo cual no impide que el legado sea válido y que valga, por consiguiente, á pesar de la enajenación que hiciera de sus bienes el testador.

Síguese de aquí que el artículo 1,038 no se aplica á los legados universal y á título universal. Estos legados no recaen sobre objetos determinados, sino que tienen por objeto una universalidad jurídica que sigue siendo la misma en derecho, aun cuando el testador disminuya su patrimonio con otras enajenaciones. Si ya no están en su sucesión

las cosas enajenadas, excusado es decir, que no puede reclamarlas el legatario; pero también tendría derecho el legatario á ellas, si por cualquier motivo las cosas volvieren al patrimonio del testador. (1)

Aplicándose este principio, se ha resuelto que los legatarios universales ó á título universal tenían derecho, no sólo á las cosas legadas que entraban en el dominio del testador, sino también á las acciones de nulidad ó rescisión que pertenecían al difunto; en efecto, se estima que el que tiene una acción tiene la cosa misma. (2)

229. Hay un caso en que es dudosa la aplicación del principio. Después de instituir á un legatario universal, vende el testador todos sus bienes reportando ellos una renta vitalicia. Se pregunta si queda revocado el legado. La sala de casación resolvió que no había revocación. (3) Esto, conforme á derecho, es cierto; quiere decir, que el legado universal no recae sobre los bienes que pertenecen al testador en el momento en que dispone, pues comprende los bienes que dejará él al morir. Poco importa, pues, que haga el testador enajenaciones y aun enajene todos sus bienes presentes; si algo queda en la herencia, el legatario tendrá derecho á ese algo. Pero ¿no hay cuestión de intención junto á la cuestión de derecho? El testador que, después de legar todos sus bienes los vende todos, ¿no manifiesta con ello la voluntad de revocar el legado? Tal es por cierto lo más frecuentemente la intención del testador. Al decirse que hay revocación tácita en los casos que ella

1 Aubry y Rau, t. 7º, pág. 194 y nota 35; Demolombe, t. 22, página 209, núms. 234, 235; Dalloz, núm. 4,250. Denegada, 3 de Junio de 1829 (Dalloz, núm. 4,250, 1º). Montpellier, 20 de Abril de 1842 (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 202). Orleans, 28 de Diciembre de 1843 (Dalloz, palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,131).

2 Caen, 25 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 141).

3 Denegada, 1º de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327).

prevee, la ley no quiere decir que no haya otros casos de revocación tácita.

Los mismos principios se aplicarían si el testador, después de hacer un legado universal ó á título universal, vendiera sus bienes en todo ó en parte al legatario, por ejemplo, con la carga de una renta vitalicia. En efecto, la circunstancia de ser comprador el legatario no hace cambiar en nada la cuestión de derecho. No se trata de un legado de cosas ciertas y determinadas (núm. 223); el legatario es llamado á los bienes que deje el testador á su fallecimiento; pero si dispone de ellos en vida, esos actos de disposición dejan subsistente el derecho del legatario. Podrá resultar de aquí, de hecho, una disminución del legado, pero en nada altera ese cambio el derecho del legatario universal, quien conserva siempre el eventual que le da su institución á todos los bienes que deje el testador al morir. En este sentido, es constante la jurisprudencia de la sala de casación; (1) ¿pero no es demasiado absoluta? ¿No hay junto á la cuestión de derecho una cuestión de intención? Tal es nuestra opinión; la revocación de los testamentos es esencialmente cuestión de voluntad. Puede suceder, pues, que aquél que después de legar todos sus bienes á una persona los venda á otra, quiera revocar el legado. En vano es decir que el testador no vende lo que legó; porque aunque esto es cierto en derecho, muy poco de cierto tiene desde el punto de vista de la intención del disponente; ¿qué conocen de derecho los más de los testadores y aún de los que redactan los testamentos? Sería menester, pues, en cada caso, tomar en consideración, no solamente los principios de derecho, sino también y sobre todo la voluntad del testador. Esto es lo que hizo el tribunal de Montpellier; después de resolver que conforme á derecho la ven-

1 Casación, 9 de Mayo de 1808; 17 de Mayo de 1824; denegada, 15 de Febrero de 1827 (Daloz, núm. 4,250, 8º y 5º). Compárese con lo resuelto en Angers á 19 de Abril de 1820 (Daloz, núm. 4,250, 4º).

ta de los bienes dejaba subsistentemente el legado, añadió que, en el caso, la intención evidente del testador había sido mantener el legado. (1)

## 2. Aplicación del principio.

230. Dice el artículo 1,038 que toda enajenación, aun la hecha á título de cambio, produce la revocación del legado. Antiguamente se decía lo contrario. (2) Había en efecto, un motivo para dudar: ¿no podía ser la intención del testador la de mantener el legado dando al legatario derecho á la cosa recibida en cambio? El código no quiere que se debata acerca de la intención que tuvo el testador al enajenar, y sólo atiende al hecho de la intención, con el bien entendido que el artículo 1,038 no se aplica más que al legado de cosa determinada. Si después de legar todos sus bienes, cambia el testador algo de ellos, está por demás decir que el legatario universal ó á título universal tiene derecho á ellos, puesto que el legado recae sobre los que el testador dejara al morir.

231. ¿Se aplica el artículo 1,038 á la donación? La de bienes presentes es enajenación, y la más irrevocable de todas, puesto que es de esencia de las donaciones entre vivos la irrevocabilidad. Por tanto, la donación de la cosa legada, hecha á persona distinta del legatario, importa revocación del legado. Esto no tiene duda. La revocación subsistiría aun cuando la causa de ella fuera la inejecución de las cargas por ingratitud, ó por superveniencia de un hijo. Es aún la aplicación del principio consagrado implícitamente por el artículo 1,038: la condición resolutoria no impide la revocación (núm. 225). Así mismo, si fuera nula la donación, no por eso quedaría menos revocado el legado. Pero ¿habrá necesidad de resolver si la donación

1 Montpellier, 7 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 185).

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de legado*, pfo. 2º, núm. 2, 4º (t. 30, pág. 35).

es inexistente? La donación es un contrato solemne, y así la solemnidad es condición de la existencia misma del contrato; si es nula en su forma, la donación no produce efecto; el código mismo consagra este principio (art. 1,339). Si no produce efecto, ¿puede tener virtud para revocar el legado? La cuestión está muy controvertida; pero no vemos que haya la menor duda en ella, si se admite el principio de los actos inexistentes. El artículo 1,038 dice claramente que la enajenación nula revoca el legado; pero la enajenación por una donación viciada en la forma es más nula, es inexistente. Lo cual quiere decir que no hay enajenación, ni voluntad de enajenar, ni por consiguiente, voluntad de revocar. (1)

¿Es necesario aplicar esta doctrina al caso en que la donación no se acepta por el donatario? Este es el punto que más se controvierte y que tiene divididos á los autores y á los tribunales, dependiendo la solución de la dificultad de la opinión que se admita sobre la aceptación. ¿Es esta una solemnidad necesaria para la existencia del contrato; ó sólo es condición prescripta para la validez de la donación? Hemos enseñado que la aceptación es esencial á la donación. La consecuencia lógica que se sigue, es que sin aceptación no existe la donación á los ojos de la ley, y por tanto no hay voluntad de donar ni de revocar. Objétase que el artículo 1,038 pone la revocación, no en la validez, ni aun en la existencia de la enajenación considerada como translativa de la propiedad, sino en la intención de revocar, manifestada por el acto de la enajenación. Esto no es exacto. La letra de la ley exige la *enajenación*; por consiguiente, cuando no la haya, no podría tratarse de revocación; y cuando es nula en cuanto á la forma, no hay enajenación. No otra cosa dice el espíritu de la ley; si se trata de re-

1 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 298, nota 16. Compárese á Troplong, núm. 2,092).

vocación tácita, se trata, pues, de un hecho que implica ánimo de revocar. ¿Cuál es ese hecho? Es la enajenación, no el proyecto de enajenar, la oferta de donar, sino la enajenación, y así la donación perfeccionada por la aceptación.

Zachariæ, ordinariamente tan lógico, parécenos muy inconsecuente en este asunto, al aplicar á los vicios de forma la teoría de los actos inexistentes, sin aplicarla á la aceptación que, en las donaciones, es también condición de forma. Los sabios editores de Zachariæ colocan en la misma línea el vicio de forma y la falta de aceptación, comprendiendo ambos bajo la expresión de enajenación nula de que usa el artículo 1,038; mas para nada toman en consideración la doctrina, que sin embargo admiten, de los actos inexistentes, sino que se atienen á la intención de enajenar que existe, según ellos, á pesar de los defectos de forma ó de la falta de aceptación (1) Ahí está precisamente la dificultad. En los contratos solemnes, no hay consentimiento cuando no se expresa en la forma legal. M. Demolombe es aún más confuso. Para él, los vicios de forma no son más que cuestión de prueba: cuando no hay ninguna legal de la voluntad, dice, mal podía haber revocación. (2) Esto es confundir el hecho jurídico y la prueba, pues muy bien puede haber enajenación y por consiguiente voluntad de enajenar, aun cuando sea nulo el contrato escrito; ¿no siempre tienen las partes el juramento, á falta de otras pruebas? Por el contrario, en los contratos solemnes, tales como la donación, hace falta el consentimiento cuando ésta es nula en cuanto á la forma; ¿y puede haber intención de enajenar y de revocar allí donde no hay consentimiento?

1 Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 298, nota 16, y Aubry y Rau, t. 7º, pág. 192, nota 29, pfo. 725.

2 Demolombe, t. 22, pág. 203, núms. 225, 226. Esta es la opinión generalmente seguida. Véase los autores en Dalloz, núm. 4,269, y en la *Colección periódica*, 1859, 2, 119, nota).

232. Trabajo le cuesta á la distinción entre los actos nulos y los no existentes penetrar en la jurisprudencia, y esto explica las contradicciones que se notan en ella. Unas veces los fallos toman en consideración la inexistencia de los actos, y otras parece como que se olvidan de ella. La sala de casación se atiene al texto del artículo 1,038, que habla de las enajenaciones nulas en general y rechaza, por consiguiente, toda distinción entre las causas de nulidad. (1) Indudablemente no es menester distinguir, y toda enajenación, aunque nula y sea cual fuere la causa de su nulidad, trae consigo la revocación. ¿Pero no hay junto á la nulidad causas que hagan inexistente el acto? Difícil es negarlo en cuanto á la donación, toda vez que el artículo 1,339 dice claramente que es inexistente la donación nula en cuanto á la forma; ¿y puede producir algún efecto aquello que para la ley es nulo? El artículo 1,131 responde que no.

El tribunal de Burdeos declaró que las donaciones no aceptadas traen consigo la revocación; el fallo que es de poco valor, se limita á citar el artículo 1,038 y no parece admitir la distinción entre los actos inexistentes y los nulos; más bien dicho, no habla de ellos el tribunal. (2) Una resolución de París se declaró por la opinión contraria, pero sin consagrar formalmente la opinión que hemos sostenido. La resolución dice que del artículo 932 resulta que una donación no aceptada es un acto incompleto. (3) Lo cual no es bastante decir; porque si hubiese un acto, siquiera fuese incompleto, podría invocarse como expresando el ánimo de revocar la donación, y esto basta. Es necesario decir que ningún acto hay; una donación inexistente es la nada, ¿y puede la nada implicar una voluntad cualquiera?

1 Denegada, 16 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 293).

2 Burdeos, 3 de Agosto de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 119).

3 París, 11 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1842, 2, 129).

233. Hasta aquí, hemos supuesto una donación hecha á un tercero. Es muy frecuente que después de hacer un legado en favor de una persona, el testador de al legatario todo ó parte de la cosa legada. ¿Habría revocación del legado? La sala de casación resolvió con mucho acierto que no podría haber revocación sin cambio de voluntad; y claro está que el testador que da al legatario lo mismo que le legó, lejos de querer revocar su liberalidad, quiere hacerla irrevocable; no destruye al legado, antes le confirma. (1) De aquí resulta que si la donación es nula, producirá, no obstante, su efecto el legado á la muerte del testador. Así se resolvió en casación en un caso interesantísimo. En el momento de hacerse el testamento, la legataria era capaz de recibir, en tanto que no lo era al hacerse la donación. Efectivamente, en esta última época, contraía matrimonio con un médico que asistió al donante en la enfermedad de que murió; importaba, pues, saber si la institución hecha por contrato de matrimonio á la legataria revocaba el legado universal que el disponente otorgara á su favor; el tribunal de Burges declaró que la donación había confirmado el legado, en vez de revocarle; si la donación no podía tener valor, quedaba el legado válido, puesto que, á la hora del testamento, la legataria era niña apenas de doce años y su futuro esposo cursaba, medicina en París. (2)

Puede suceder, no obstante, que la donación revoque el legado; y esto sucederá siempre que la donación pruebe que el disponente cambió de voluntad. Así la donación se hace al legatario, pero con otras cargas y condiciones distintas del legado; la sala de casación resolvió que había re-

1 Casación, 6 de Junio de 1814 (Dalloz, núm. 4,253); Bruselas, 9 de Julio de 1811 (Dalloz, núm. 4,524). Durantón, t. 9º, pág. 460, número 461 y todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 193 y siguientes, y nota 34; Demolombe, t. 22, pág. 199, núm. 220).

2 Burges, 7 de Enero de 1835, y denegada, 10 de Noviembre de 1836 (Dalloz, núm. 492, 2º).

vocación. Ninguna duda cabía en el caso, puesto que el disponente había revocado expresamente sus anteriores disposiciones. (1) Lo mismo sucedería cuando la donación no recayera más que en el usufructo de la cosa legada en toda propiedad, por no poder ser al mismo tiempo una sólo persona propietaria y usufructuaria de la misma cosa. (2)

234. Se pregunta si pueden coexistir y ejecutarse ambas dos liberalidades que se hayan hecho, la primera por testamento, y la segunda por donación. Es indudable que sí: nada impide al donante hacer á la persona á quien quiere agraciarse, una liberalidad revocable y otra irrevocable; y si tal es su intención, ambas liberalidades se ejecutarán. Pero también puede tener intención de realizar en vida una liberalidad que á los principios no quería hacer sino para después de muerto. Es, pues, cuestión de intención. La sala de casación declaró que podía buscarse la intención del donante en el fin que se propusiera, primero al legar, y después al donar á una persona misma, así como en los hechos y circunstancias del caso. Así el testador hace legados á unos hijos menores, legados que deberán pagárseles ó á su mayor edad, ó al contraer matrimonio. Más tarde, interviene el testador en el matrimonio y dota á las sobrinas que eran sus legatarias; para tres de ellas, el dote era igual al legado; mas para la última, había una diferencia de 40,000 francos entre el legado y la donación. El tribunal de París resolvió que la mente del tío había sido la de sustituir los legados hechos á su sobrina con los dotes que les constituyera. En efecto, una misma había sido la causa de ambas liberalidades, el establecimiento de los sobrinos y las sobrinas; por lo mismo, el tío había entendido hacer una sólo y misma liberalidad, primero en forma de legado, porque no creía sobrevivir al establecimiento de

1 Casación, 25 de Abril de 1825 (Daloz, núm. 4,260). Compárese con lo resuelto en Lyon á 28 de Junio de 1856 (Daloz, 1857, 2, 69).

2 Besançon, 19 de Mayo de 1819 (Daloz, núm. 4,267).

sus legatarios, y después, habiendo sobrevivido, quiso realizar por sí mismo sus beneficios. Todas las circunstancias del caso confirmaban esa intención. Sólo una duda quedaba: ¿tenía derecho á la diferencia la sobrina, legataria de 10,000 y dotada con 60,000 francos? La cuestión fué resuelta en favor de la legataria. Aun ésta, es cuestión de intención, que, en el caso de que se trataba casi ni dudosa era, puesto que el disponente había dado á entender con todos sus actos la voluntad de establecer igualdad entre sus sobrinos y sobrinas de cada rama. (1)

Hay un fallo de Limoges que parece contradecir á la resolución que acabamos de analizar; pero en realidad, ambas resoluciones se fundan en la intención de los interesados. Cierta abate hace en 1833 un testamento por el cual lega 2,000 francos á una parienta suya, sin siquiera calificarla de tal. En esa época, disponía él de su fortuna, que era considerable, en favor de la Iglesia. La fortuna va aumentándose: se casa la legataria, y le da el testador para su matrimonio la suma de 2,000 francos. La identidad de ambas sumas podía hacer creer que había identidad de causa, y creer, por lo mismo, en la intención de sustituir la primera liberalidad con la segunda; pero las circunstancias venían á demostrar, dice el tribunal, que, no queriendo dejar sus bienes á la Iglesia, entendía el abate aumentar la liberalidad que había hecho en favor de su parienta. (2)

235. La aplicación de los principios que acabamos de sentar suscita multitud de dificultades, que los tribunales tienen que resolver. Haremos, en punto á donaciones, la observación que hemos hecho sobre la revocación de los

1 París, 11 de Abril de 1851, y denegada, 27 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 121). Compárese con lo resuelto en Ruan á 3 de Diciembre de 1846, y á 31 de Marzo de 1835 (Daloz, 1847, 2, 163-165).

2 Limoges, 12 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 229).

legados en general, de que nos parece que se preocupan harto los tribunales con la cuestión de derecho y casi nada con la intención del disponente. Un eclesiástico, después de legar todos sus bienes á una persona los cede por donación entre vivos á un seminario, con la carga de pagar una renta vitalicia á la legataria. ¿Hay revocación del legado universal por la donación posterior? Cierto que no hay incompatibilidad: el legado comprende los bienes que al morir deja el testador, y la donación, los presentes. Pero ¿no era la intención del donante revocar el legado? ¿No es porque, según él, estaba revocado el legado, por lo que concede una pensión á la legataria? Tal fué la resolución de primera instancia, resolución que el tribunal de París revocó declarando que no estaba revocado el legado. Recurrido este otro fallo, se pronunció un denegatorio, fundado en que el juez tenía facultad suprema de apreciación. (1)

Una testadora dispone de todos sus bienes haciendo legados á título universal. Más tarde, hace donación entre vivos de todos ellos en favor de los mismos legatarios y con la misma carga. ¿Hubo revocación del legado? Es el mismo conflicto entre el derecho y la mente del testador. Según derecho, el legado universal no es incompatible con una donación de bienes presentes ¿pero en cuanto al hecho? La testadora que hace donación de todos sus bienes ¿piensa en sostener el legado por el cual había dispuesto de todos ellos? ¿Sabe, como lo suponen los tribunales, la diferencia que hay entre legado universal y donación universal de bienes presentes? Se declaró que no había habido revocación. (2)

236. Hay una diferencia, en lo tocante á la revocación entre legado posterior y donación posterior. Si el segundo legado hecho á la misma persona, comprende menos que

1 Denegada, 15 de Noviembre de 1841 (Daloz, núm. 4,264).

2 Denegada, 27 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 257).

el primero, fácilmente se verá en ello una incompatibilidad, á pesar del favor con que los tribunales miran generalmente el sostenimiento del primer legado. No sucede otro tanto respecto de una donación posterior, la cual difiere del legado en un punto importantísimo, cual es la irrevocabilidad. Las dos liberalidades son, pues, de naturaleza distinta, y por tanto, no se puede decir que si el disponente dona lo que ya legó; puede hacer al mismo tiempo una donación irrevocable y mantener el legado revocable que anteriormente hizo, á salvo modificarle á su voluntad antes de morir. Tal fué lo que con mucho acierto se falló en Burdeos. Esto no quiere decir que la donación nunca revoque el legado anterior; la revocación sigue siendo cuestión de intención, en caso de donación, lo mismo que de legado. ¿Se puede buscar tal intención en circunstancias extrínsecas, por ejemplo, en la correspondencia del donante? El tribunal de Burdeos creyó que era más prudente estarse á los actos que expresan directamente las últimas voluntades del difunto. (1) Hemos examinado la cuestión de derecho más arriba (núm. 156-163). Cuando los actos no dan ninguna luz y es tan difícil comprobar la verdadera intención del difunto, ¿por qué no se había de recurrir á unas cartas que la hicieran conocer? Este es aun uno de tantos escrúpulos del legista que, en fuerza de querer resguardar la voluntad del disponente, la comprometen. Aplicando estos principios, se ha resuelto que el legado de toda la propiedad de la universalidad de bienes, queda revocado por la donación del usufructo solamente de todos los muebles que han de componer la herencia del esposo donante. El tribunal cuidó de hacer constar que no mediaba ninguna circunstancia formal, en la causa de donde se pudiera inferir una voluntad contraria.

1 Burdeos, 27 de Abril de 1855 (Daloz, 1856, 2, 116). Compárese con lo resuelto en Dijon á 8 de Diciembre de 1869 (Daloz, 1870, 2, 151).

237. ¿Queda revocado el legado por la institución convencional que hace el testador de todo ó parte de los bienes que deje á su fallecimiento? Si tal institución recae en los mismos bienes que el legado, aplicanse los principios que acabamos de exponer respecto de la donación. En efecto, la institución es irrevocable, lo mismo que la donación entre vivos, en lo que mira al derecho de disponer á título gratuito de bienes que están comprendidos en ella. El donante no puede disponer por testamento de los bienes que son objeto de la institución convencional. Ahora bien, el testamento hecho antes de la institución no produce efecto más que á la muerte del testador, y por tanto caduca, puesto que el testador no puede legar lo que ya donó. (1) No hay más excepción que respecto de los presentes moderados que el artículo 1,083 permite al instituyente que haga á título de recompensa ú otro: esos presentes quedan subsistentes en virtud de la aplicación del mismo principio que revoca las otras liberalidades por causa de muerte; todas ellas se reputan hechas á la muerte del testador; y en ese momento, podía hacer legados módicos, en tanto que no podía disponer de los bienes que ha donado por contrato de matrimonio; subsisten, pues, los legados módicos, y los otros legados llegan á caducar. (2)

También caduca la institución convencional si el instituido muere antes que el donante, puesto que se hizo á condición de que sobreviviera. Hay que aplicar, pues, lo que hemos dicho de las disposiciones condicionales hechas por el testador: siendo condicional la disposición lo es también la revocación. De allí se sigue que si caduca la institución por el fallecimiento anterior del donatario, no

1 Duranton, t. 9º, pág. 449, núm. 449 y todos los autores. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Denegada, 16 de Noviembre de 1816 (Daloz, núm. 4,219) y los fallos citados en las notas siguientes.

2 Denegada, 19 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 308). París, 13 de Mayo de 1815 (Daloz, núm. 4,235).

hay revocación. (1) Lo cual no sucedería si la intención fuera nula; es menester aplicar entonces por analogía lo que el artículo 1,038 dice de las enajenaciones nulas; que no importan revocación; mas la institución convencional es una enajenación, por ser la institución de un heredero por contrato, y es irrevocable en cuanto á que implica la voluntad de enajenar, según la doctrina consagrada por el artículo 1,038. (2)

### III. De la revocación por la destrucción del testamento.

238. El código no habla de la revocación del testamento que resulta de que le haya aniquilado el testador, rasgándole, destruyéndole, testándole ó borrándole. Esto se admitía en el derecho antiguo, y era inútil una disposición legal para consagrar ese medio de revocación; resulta implícitamente de la definición del testamento, es un acto solemnemente que no existe sino cuando hay un escrito hecho con las formalidades de la ley (art. 893); si no hay tal escrito, no hay tampoco testamento.

Se pregunta si cualquier distinción del documento ha de producir verdadera revocación del testamento, ó si es una anulación. Domat dice que si el testador rasga el original de su testamento, ó si raya ó turba las firmas, ó de cualquier otra manera pone el testamento en condiciones de que por causa de los borrones ó raspaduras parezca que tuvo intención de *aniquilarle*, quedará *nulo*. (3) Conforme á estos principios, el tribunal de Lieja resolvió que un testamento que no existe no puede ser revocado. (4) Ciertamente hay diferencia entre la destrucción y la revocación propiamente dicha de un testamento, puesto que con la revocación subsiste, mientras que no existe ya cuando le des-

1 Caen, 25 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1848, 2, 129). Rennes, 28 de Marzo de 1860 (Daloz, 1861, 5, 431).

2 Pau, 26 de Febrero de 1868 (Daloz, 1868, 2, 132).

3 Domat, *De las leyes civiles*, libro 3º, tit. 1º, pfo. 4 y 21.

4 Lieja, 26 de Febrero de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 58).