

truyó el testador. Sin embargo, tal destrucción implica un cambio de voluntad, y vamos á ver cuánto conviene mantener este principio. El instrumento que se destruye tuvo existencia más ó menos prolongada, hubo pues testamento; el testador había dispuesto de sus bienes, y cambió de voluntad destruyendo el instrumento que contenía su última voluntad; hay pues revocación.

239. ¿Cuándo hay destrucción del testamento? Esta es una cuestión de hecho. Es menester añadir que la destrucción debe implicar la voluntad de revocar. El hecho material de la rasgadura ó de la raspadura no basta; si el testador destruyera el testamento por accidente ó por imprudencia, no habría revocación, sino que sería válido el testamento aun rasgado. Con mayor razón había de subsistir si le hubiese destruido un tercero sin haber recibido la orden del testador.

La jurisprudencia, que no es favorable á la revocación, ha consagrado este principio en casos en que era cierta la destrucción material, pero no completa; mas para que haya revocación por destrucción de testamento, es menester que no haya instrumento. Se ha resuelto que la rasgadura de un testamento, la raspadura de todo ó parte de las disposiciones que contiene, no traerá consigo revocación sino cuando no haya duda sobre la intención del testador de revocar su testamento. El principio nos parece indiscutible; la ley no define la destrucción, no establece ninguna presunción de revocación, y así se continúa bajo el imperio de los principios generales. En el caso, había dos rasgos de lápiz trazados sobre una disposición que se sostenía haber quedado anulada ó revocada á consecuencia de esa testadura. El tribunal resolvió que no había destrucción ni aun parcial del testamento. Comenzaba el testador por decir que instituía por sus *únicos y solos* herederos á Fulano y á sus dos hijos, dando por motivo de tal

institución, la gratitud que debía á la familia. Después añadía: "A quien doy los bienes *muebles é* inmuebles que compongan mi sucesión." Finalmente encargaba á sus herederos testamentarios que ejecutaran las disposiciones que había hecho en favor de legatarios particulares. Se halló un rasgo de lápiz que atravesaba las palabras *muebles é*; y de aquí se quería inferir que la disposición en cuanto á los bienes muebles había sido anulada. Esto habría sido cierto si el testador hubiese raspado las dos palabras de donde resultaba la disposición; pero el rasgo de lápiz pasaba por la palabra *muebles* sin borrarla toda, sino que llegaba hasta la *é* de la última sílaba, y el segundo rasgo no estaba sobre la conjunción *y*, sino antes y casi por debajo de ella; además, este rasgo era tan poco visible, que apenas se le distinguía á primera vista. El tribunal dedujo de aquí que tales rasgos de lápiz carecían de la fuerza, de la energía, de la autoridad, en una palabra, de los caracteres de una verdadera testadura que pudiera equivaler á una revocación expresa y que no implicaban cambio de voluntad en el testador. Este último punto era esencial; el fallo prueba que la unulación de la disposición del mobiliario habría destruido toda la economía del instrumento; en efecto, si se la hubiere admitido, se habrían devuelto *ab intestato* los muebles á dos parientes próximos del testador, á quienes positivamente éste había querido desheredar, puesto que ni siquiera los nombraba en su testamento. Esto habría sido, pues, admitir una revocación contra la voluntad del disponente, lo cual implica contradicción. (1)

En un caso ocurrido ante el tribunal de Nancy, el testamento estaba rasgado en un tercio de la hoja de papel que le contenía y la rasgadura atravesaba la firma del testador: además, el testamento se había hallado entre los papeles de desperdicio. Sin embargo, fué sostenido. La ras-

1 Metz, 15 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 2, 21).

gadura, dice la sala, podía ser accidental; hubiera sido menester que hubiese sido resultado de la voluntad del testador y de su intención de destruir el documento. En cuanto al hecho de que se hallara el testamento entre los papeles viejos, no constituía más que simple presunción, insuficiente para declarar la revocación. (1) Nos parece que la rasgadura, junto con el hecho de haberse puesto el testamento entre los papeles viejos, probaba suficientemente la intención de revocarle: ¿acaso un testador que quiere mantener su testamento le rasga y le deja entre los papeles viejos?

Queda una dificultad de prueba. El legatario produce un testamento rasgado; ¿debe él probar que la rasgadura fué accidental y que no importa revocación? El tribunal de Lieja declaró afirmativamente, y con razón. Toca al demandante probar el fundamento de su demanda, y no es probar la existencia de un legado presentar un testamento rasgado, por poder ser la rasgadura una revocación ó un hecho accidental, y poder haber duda acerca de la existencia del testamento; y la duda excluye la prueba. (2)

240. ¿Se aplican estos principios al testamento auténtico? Dicho testamento se recibe en minuta, y por consiguiente, ésta sería la que debería destruir el testador. La destrucción de la copia, aun cuando fuera de la original, sería ineficaz, puesto que todavía quedaría la minuta, que es el verdadero testamento. Ahora bien, la minuta no está en poder del testador, sino que la debe conservar el notario, á quien le está prohibido desprenderse de ella. El artículo 22 de la ley de 25 ventoso, año XI, es terminante: "Los notarios no podrán desprenderse de minuta alguna, si no es en los casos exceptuados por la ley y en virtud de mandamiento judicial." Y no hay ley que permita á los

1 Nancy, 11 de Junio de 1842 (Daloz, núm. 4,283).

2 Lieja, 3 de Agosto de 1870 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 122).

notarios entregar al testador la minuta del testamento. Se ha citado el edicto de 1693, conforme al cual los particulares podían sacar, cuando lo tuviesen á bien, sus testamentos. Esta disposición era muy lógica, pero fué abrogada por el código civil, y no hay otra que sea excepción de la ley de ventoso. Tal fué lo que resolvió en Francia un dictamen del consejo de estado de 7 de Abril de 1821. El consejo de estado añadió que la prohibición de la ley de ventoso no coarta en manera alguna la libertad de los testadores, puesto que pueden revocar su testamento sea por instrumento autorizado, sea por testamento ológrafo. (1) Siempre quedará en pie que el legislador debía permitir á los notarios que se desprendieran de los testamentos; á decir verdad, éstos no son instrumentos, sino proyectos de tales, que el testador puede revocar de un momento á otro; no hay, pues, razón para tenerlos en depósito, contra la voluntad del testador.

241. El testamento cerrado puede quedar en poder del testador (t. XIII, núm. 405); éste es, pues, libre para destruirle. ¿Basta con que rompa el sello? Según el código, el sello es una de las formalidades sustanciales del testamento cerrado (t. XIII, núm. 394); por tanto, el testamento cerrado, sin sello, no puede existir. Podría valer como ológrafo, en estando escrito, fechado y firmado por el testador. Si un tercero llegara á abrir la cerradura sin conocimiento del testador, no quedaría destruido, en el sentido legal de la palabra, el testamento, puesto que no habría habido intención de revocarle. Se admitiría al legatario la prueba de ese hecho por testigos y presunciones, ya que se trata de un delito ó cuasidelito; y el artículo 1,348 permite que se prueben indefinidamente por testigos las obligaciones que nacen de un delito ó de un cuasi-delito, y

1 Troplong, t. 2º, pág. 233, núm. 2,114. En sentido contrario, Toullier, t. 3º, 1, pág. 363, núm. 659.

cuando se admite la prueba testimonial, se admiten igualmente las presunciones (art. 1,353).

Sobre estas cuestiones hay un fallo de casación que nos parece indiscutible. Un sacerdote otorga testamento cerrado en 1791, y emigra en 1792; en virtud de la ley de 22 fructidor, año III, los legatarios piden la entrega de sus legados y proceden á la apertura del testamento. Vuelve el sacerdote á Francia, y es puesto en posesión de sus bienes, por haber quedado sin ejecutar los fallos dictados durante el tiempo de su emigración, hasta que muere en 1808. Entonces surge la cuestión de si podía tener valor el testamento cerrado estando abierto. Se resolvió en Tolosa que, pues el testador supo que se había abierto su testamento y no dijo nada, se apropió con esto el hecho de la apertura y por lo mismo quedó revocado el testamento. Esta resolución fué casada. La sala parte del principio de que la apertura de un testamento cerrado no importa anulación sino cuando el mismo testador la hace ú ordena que otro la haga; y que sólo en ese caso, puede decirse que cambió de voluntad el testador. En el caso de que se trata, se había hecho la apertura sin participación del testador, y así no podía revocar el testamento, ni su silencio podía considerarse como revocación. (1) También nosotros creemos que debía llevarse á cabo el testamento, pero por otros motivos. El testamento había sido abierto durante la ausencia del testador, á petición de los legatarios, en presencia de los herederos legítimos y conforme á una ley. Era, pues, legal la apertura; ¿y una apertura legal puede menoscabar la validez del testamento? Además, si éste era válido, el silencio del testador ciertamente no le podía invalidar.

242. El testamento ológrafo queda siempre en poder del testador. Si ha sido rasgado ó destruido de cualquier ma-

1 Casación, 30 de Mayo de 1812 (Daloz, núm. 3,348).

nera por él, habrá revocación. Esto es indudable, pero puede no serlo cuando el testador fué quien destruyó el testamento; de ahí las dificultades de prueba que hemos examinado, (1) en lo relativo á la parte á quien toca probar. El medio de prueba engendra una nueva dificultad: ¿se admitirán la testimonial y la de presunciones para demostrar que la rasgadura fué obra, ya del testador, ya de un tercero?

La sala de casación resolvió que el principio establecido por el artículo 1,035 sobre la revocación expresa, debe aplicarse por analogía á la que resulta de la destrucción del testamento, es decir, que no pudiendo hacerse la revocación por la declaración expresa de la voluntad del testador, importaba también que fuese expresa la revocación por destrucción, en cuanto á que se probara esto por escrito. Sería imposible, dijo la sala, admitir, por una parte que la ley prohíbe el tener por revocado un testamento, mientras no se pruebe el hecho por medio de un escrito solemne, y, por la otra, que permite que el tal hecho quede comprobado por medio de presunciones. (2) Nos parece que la sala confunde dos cosas de naturaleza esencialmente distinta. Cuando se cree que un testamento fué revocado conforme al artículo 1,035, el instrumento que manifiesta la voluntad del testador subsiste íntegro y debe producir su efecto, á menos que se pruebe que el testador cambió de voluntad y la ley no admite otra prueba que un testamento posterior ó un instrumento auténtico; la revocación, en este caso, es acto solemne. La cuestión es muy distinta cuando el legatario invoca un testamento rasgado. No hay instrumento, ni en consecuencia testamento, cuando el testador fué quien le destruyó; mientras que sí le habrá, cuando la

1 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 199, núm. 187.

2 Casación, 5 de Mayo de 1824 (Daloz, núm. 4,291). Compárese á Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de testamento*, pfo. 4.º, núm. 1 (t. 30, pág. 60).

destrucción fué de otro. ¿Sobre qué recae, pues, el debate? Sobre un hecho material, el de la destrucción. ¿Quién la verificó, el testador, ó un tercero? La prueba por escrito de este hecho sería las más de las veces imposible; el tercero que destruye el testamento se cuidará muy bien de acreditar por medio de un instrumento su delito ó su cuasidelito; el testador mismo que ocurre á la destrucción para que desaparezca el testamento, no tiene razón para producir una prueba escrita. Hay más: la revocación propiamente dicha es acto solemne; (núm. 180) no se podría admitir la prueba de ella por los medios ordinarios, porque la forma no se ha prescripto para la prueba, sino para la existencia del acto. En tanto que la revocación por la destrucción del testamento no es ciertamente acto solemne sino un hecho material; se trata de probar ese hecho y, si procede, la intención del testador. Cuestión de prueba es ésta, y por lo mismo hay que aplicar el derecho común. Ahora bien, es un principio como lo veremos en el título de las *Obligaciones*, que los hechos materiales se prueban con testigos, y por tanto, con presunciones. Esto es decisivo. (1)

243. Análoga es la cuestión que ocurre cuando hay varios originales de un testamento ológrafo. Destruye el testador uno de ellos, conservando el otro: ¿hay revocación? Generalmente, no. Si hay un testamento arreglado, debe ejecutarse á menos que se pruebe que le revocó el testador. ¿Cómo se formará tal prueba? Con arreglo al derecho común; ¿pero cuál es el derecho común? ¿Se trata, como en la cuestión que acabamos de examinar, de un hecho material qué probar? No, el hecho material de la destrucción de uno de los originales no se ha puesto en duda, y de él se quiere deducir que está revocado el testamento. El debate recae, pues, sobre un punto de revocación, y por

1 Lieja, 3 de Agosto de 1870 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 122).

lo mismo hay que resolverle conforme al artículo 1,035. En un caso semejante se dió el fallo de casación que hemos creído deber practicar (núm. 242); la sala resolvió bien desechando la prueba testimonial y de presunciones, pero su resolución estuvo mal motivada. Había que decir que no se trataba de una cuestión de prueba, puesto que el hecho que se debía probar no podía establecerse por instrumento solemne; la ley no admite más que dos medios de revocar el testamento: ó un instrumento auténtico; ó un testamento posterior; cualquiera otra prueba es, pues, inadmisibile. ¿Se dirá que el artículo 1,035 no habla más que de revocación expresa y que la que se produce con la destrucción del testamento, es revocación tácita? Sí, cuando haya habido destrucción; pero el testamento no se ha destruido, puesto que se presenta un instrumento arreglado; luego no se puede establecer la revocación por la destrucción del testamento, y en consecuencia se vuelve al imperio del derecho común, el cual, en punto á revocación de testamentos, es el artículo 1,035, por estar fuera de la discusión la revocación establecida por los artículos 1,036 y 1,038. (1)

244. Ocurrió un caso singular, en el cual se admitió la revocación, sin embargo, de que sólo dos de los tres originales que tenía hechos suprimió la testadora. Si no suprimió el tercero, fué á consecuencia de maquinaciones fraudulentas practicadas por otro hermano de la testadora legataria. He aquí los hechos que tomamos textualmente del fallo del tribunal de Caen. La testadora borró los dos ejemplares que tenía en su poder, y el otro se le había confiado á un eclesiástico. Este manifestó á la testadora que él quemaría el original que tenía en depósito. La testadora, dice el tribunal, debió de creer que el eclesiástico había

1 Durantou, t. 9º, pág. 465, núm. 468. Demolombe, t. 23, página 225, núm. 249 y los autores que cita. Véase en sentido contrario, á Toullier, t. 3º, 1, pág. 368, núm. 664).

cumplido su promesa, pues no le permitía exigir más garantía que la palabra, la confianza que tenía en aquel hombre. Pero faltó á lo ofrecido, y muerta la testadora, entregó á su hermana el testamento; el fallo dice que el eclesiástico obedeció los consejos de sus suposiciones; lo cual quiere decir que personas distintas de la legataria debían aprovecharse de los bienes legados. Constaba, pues, el fraude; si todavía quedaba un ejemplar del testamento, era por las maquinaciones fraudulentas del eclesiástico. ¿Qué influencia debería ejercer en la validez del testamento? "No se podría admitir, dice el tribunal, sin llegar á consecuencias que rechazan la equidad y la razón, que un legatario que había practicado hechos culpables para conservar un testamento que el estador debía creer destruido, pudiese aprovecharse de su fraude." Es de principio que el fraude constituye excepción de toda regla; el que no tiene más título que á virtud de un fraude, no puede prevalerse de él para consumir el fraude, lo cual sería estimular las maquinaciones culpables que con bastante frecuencia despojan á los herederos legítimos. (1) Se podría objetar que no habiendo sido obra de la legataria las maquinaciones, no tenían los herederos acción contra ella; pero el fallo responde haciendo constar que la legataria había sido cómplice en las maquinaciones.

245. La destrucción no puede ser más que parcial; en este caso, la revocación será también parcial. Se resolvió que si el testador borra el nombre del legatario universal que eligió al principio, queda sin efecto el legado, pero subsisten los particulares hechos en el mismo testamento bien que estos legados se hayan dejado á cargo del legatario universal. Conforme á nuestro derecho moderno, la revocación del legado universal no extraña la de los particu-

1 Caen, 4 de Junio de 1841 (Dalloz, núm. 4,291, 3º). La decisión está aprobada por todos los autores (Troplong, núm. 2,113; Demolombe, t. 22, pág. 227, núm. 250).

lares; los cuales son carga de la herencia y deben pagarse por el que la reciba. (1) Conforme á derecho, esto es indiscutible; pero la revocación siempre da lugar á una cuestión de intención. Puede suceder que el testador que revoca el legado universal, entienda revocar todo el testamento; los que reciban la herencia serán admitidos á probar que la intención del difunto fué la de revocar todo el testamento, aunque no haya borrado más que el nombre del legatario universal? Así lo creemos. El artículo 1,035 no es aplicable al caso, por no representarse un testamento arreglado en su forma, en el cual hay una alteración esencial, y el nombre del heredero instituido desapareció. ¿Qué significación tiene esa testadura? Tal es la cuestión. La misma que presenta cualquier hecho de destrucción; ese hecho no prueba por sí mismo la voluntad de revocar. Siempre faltará, pues, que interpretar el hecho, y esa interpretación se debe hacer conforme al derecho común.

IV. ¿Hay revocación por superveniencia de hijo?

246. He aquí una de aquellas cuestiones que no se deberían discutir, por resolverlas la ley. Es lo que el tribunal de Nimes reprobó perfectamente. (2) En derecho antiguo se discutía el punto; pero poco nos importan esas controversias, en que sólo hay historia. Abramos el código, que determina las maneras de revocar los testamentos, exigiendo una declaración de voluntad expresa ó tácita. Ahora bien, cuando la ley pronuncia la revocación de las donaciones por causa de supervivencia de hijos, no hay ánimo de revocar por la excelente razón de que la ley no admite la revocación de las donaciones por la voluntad del donante. El artículo 960 es, pues, una disposición ex-

1 Limóges, 12 de Junio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 229).

2 Nimes, 17 de Febrero de 1840 (Dalloz, núm. 4,314, 2º). Limóges, 8 de Marzo de 1843 (Dalloz, núm. 4,314, 1º).

cepcional y, como tal, de la más rigurosa interpretación. ¿Era de extenderse a los testamentos? No, porque éstos son revocables; y así, cuando sobreviene un hijo al testador, sólo a éste toca revocar el legado que hizo; si no le revoca, es porque quiere mantenerle, ¿y por qué revocaría de pleno derecho el legislador liberalidades que el testador no quiere revocar? El tenor literal de la ley prueba que no fué tal la intención de los autores del código. Según el artículo 1,046, "las mismas causas que, según el artículo 954 y las dos primeras disposiciones del 955, autorizan para pedir la revocación de la donación entre vivos, se admiten para pedir la revocación de las disposiciones testamentarias." Véase que la ley no declara aplicable á los legados la causa de revocación prevista por el artículo 960; esto es decisivo.

Hay, no obstante, un caso en el cual habría debido extender el legislador á los testamentos, la revocación que admite para las donaciones cuando sobreviene un hijo al donante; y es cuando muere el testador ignorando que su mujer está en cinta. Se puede decir entonces que no habría dado sus bienes á extraños ó colaterales á haber sabido que le sobrevendría un hijo. Tal era la opinión de Pothier, y el tribunal de Donai consagró esta doctrina. (1) A pesar del apoyo que le han prestado algunos autores, la desechamos sin vacilar. ¿Puede haber revocación sin que el testador haya expresado voluntad de revocar? Sería una revocación en virtud de la ley, y no hay ley que la declare. El tribunal de Limojes dijo que el testamento es nulo por error; Troplong dice que cesa la causa de la liberalidad: (2) es la expresión de una misma idea, é idea falsa. No hay error, puesto que el testador quiso gratificar á las personas á quienes legó sus bienes; por lo mismo no se pue-

1 Donai, 30 de Enero de 1843 (Daloz, núm. 4,314, 3°).

2 Troplong, t. 2°, pág. 276, núm. 2,209. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 238, núm. 364.

de decir que cesa la causa de la liberalidad; no hay otra, así en materia de legados como de donaciones, que la voluntad de donar, y así el legado es válido. Sólo el legislador habría podido revocarle, y no lo hizo.

247. Se ha citado también el artículo 960 para inferir de él que la adopción revocaba las liberalidades anteriores. Esto no tiene sentido. Se trata de una voluntad presunta del donante, quien no habría donado si hubiese previsto que había de ser padre. ¿Qué tiene de común con la ficción de la adopción, el sentimiento profundo de la paternidad? Se ha invocado otro motivo de revocación también poco fundado. La adopción es una enajenación, se ha dicho, puesto que asegura al adoptado la herencia del adoptante, tanto como la institución convencional. Sí; pero es ésta, la voluntad del donante es la que dispone de sus bienes y la que por ende revoca los legados anteriores; mientras que en la adopción, la ley es la que decide que el adoptado sucederá al adoptante. (1) Creemos inútil insistir en esto.

§ II. DE LA REVOCACIÓN POR EL HECHO DEL LEGATARIO.

Núm. 1. De la revocación por inejecución de las cargas.

248. Conforme al artículo 953, la donación entre vivos puede revocarse por causa de inejecución de las condiciones con que se hizo; el artículo 954 determina los efectos de la revocación. Esta causa de revocación la admiten también las disposiciones testamentarias en virtud del artículo 1,046. Hemos dicho, al explicar los artículos 953 y 954, que la revocación de las donaciones por inejecución de las condiciones ó cargas es la aplicación á las donaciones de la condición resolutoria tácita que la ley sobreentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que-

1 Montpellier, 30 de Agosto de 1842 (Daloz, palabra *Adopción*, número 202).