

arreglo al Derecho anterior, mientras que la regla 2.<sup>a</sup> parece otorgársela *absoluta*, al decir que «surtirán *todos* sus efectos con arreglo á la misma».

La contradicción entre ambas reglas 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> no existe, si se observa que la 2.<sup>a</sup> añade á las palabras antes transcritas, «con las limitaciones establecidas en estas reglas», siendo una de ellas la 12.<sup>a</sup> indicada (1).

### § 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

25. *Enumeración de las aplicables á la materia de este capítulo.* Son dichas fuentes:

1.<sup>a</sup> Los artículos del Código civil, insertos y explicados en este capítulo.

2.<sup>a</sup> Las reglas transitorias 2.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> del mismo, en relación con la legislación precedente en esta materia.

(1) En este mismo criterio legal de *transición* se inspiró la jurisprudencia, según hace notar en su Memoria de 1901 el ilustrado presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entonces, Sr. Aldecoa, al decir:

«Dos casos que merezcan especial mención, referentes á validez de testamentos, se han resuelto por esta Sala. En el uno de ellos se discutía si era ó no válida una *memoria testamentaria* otorgada después de la publicación del Código, sin las condiciones que éste requiere, sólo porque en un testamento anterior el testador expresó su voluntad de que fuese respetada cualquier disposición que entre sus papeles se hallase; pero las prescripciones concordadas del art. 672 y de la *regla segunda de las disposiciones transitorias* resuelven la cuestión sin duda de ningún género. Ciertamente es que, de conformidad con ésta, los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo á ella, surtirán todos sus efectos según la misma; pero añade: «con las limitaciones establecidas en estas reglas», entre las que clara, explícita y terminantemente se expresa que, en su consecuencia, serán válidas las memorias testamentarias que se *hubieren otorgado ó escrito antes de regir el Código*; es decir, que el legislador, respecto de las memorias, estableció una limitación para los efectos de los testamentos anteriores, á fin de dejar subsistente en toda su integridad el precepto del art. 672, conforme al que, para que esta clase de cédulas ó papeles tengan fuerza y eficacia, es menester que concurren en ellos los requisitos prevenidos para los testamentos ológrafos. Conocidas son las controversias sostenidas por los expositores y comentaristas de nuestro Derecho civil y ante los Tribunales respecto de la validez y trascendencia de tales memorias, de lo que habían de contener, de lo que en esta forma podían los testadores hacer expresión de su última voluntad; sabida es la jurisprudencia con que se llegó á resolver la variedad de cuestiones promovidas sobre esta materia; pero una vez abolida en el Código esta manera de testar, y establecidas, por el contrario, las condiciones del testamento ológrafo, nada hay que justifique al presente su subsistencia, ni siquiera consideraciones de conveniencia y lógica que atañen á los efectos de los testamentos anteriores, porque quien otorga una memoria después de hecho su testamento no puede ni debe hallar dificultad para ajustarla en su extensión á los requisitos del testamento ológrafo, y así esta Sala resolvió la cuestión concreta objeto del recurso, declarando que «no era válida la memoria sobre que se litigaba, por haber sido otorgada con posterioridad al Código y no reunir las condiciones que el mismo exige para la validez del testamento ológrafo».

## SECCIÓN TERCERA

DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SUCESIÓN TESTADA ORDINARIA (CONTINUACIÓN). DE LAS SOLEMNIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

### CAPÍTULO VII

SUMARIO.—De la CONSTITUCIÓN de la sucesión testada ordinaria. (Continuación.)  
—De las especies y solemnidades de los testamentos.—A. Comunes.—A. Del testamento OLÓGRAFO.

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca del testamento ológrafo.*—1. Significación etimológica y usual.—2. Su verdadero carácter excepcional, aunque se comprende entre los *comunes*.—3. Fundamentos de impugnación del testamento ológrafo, según los *motivos* del Código alemán y su refutación, con expresión de sus ventajas peculiares.—4. Conjeturas y juicios de Saleilles: tendencia alemana.—5. Principales observaciones de los partidarios de la única forma solemne de testar.—6. Defensa contra otras impugnaciones al testamento ológrafo.—7. Dos aspectos en el testamento ológrafo, relativos á la *forma* (validez) y á la *prueba* (existencia).—8. Circunstancias relativas á la *forma ó solemnidad* (escritura autógrafa, fecha y firma).—9. Idem relativas á la *prueba* (adveración y protocolización posterior).—10. Precedentes romanos y patrios.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—Testamentos comunes. *a. ológrafo.*—11. Concepto legal.—12. Requisitos. 1.º Personales. 2.º Formales. *a. otorgamiento. b. protocolización.*—13. Ológrafos especiales.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—14. Testamento ológrafo (fecha).—15. Idem (palabras tachadas, enmendadas ó entre líneas).—16. Idem (papel sellado y otros requisitos).

§ 3.º *Explicación.*—17. Concepto legal del testamento ológrafo.—18. Elementos personales (regla especial de capacidad en el testador). 19. Elementos formales (autografía total, firma, fecha y salvedad de palabras tachadas, enmendadas ó entre líneas).—20. Supresión del requisito de todo papel sellado, por la reforma parcial que del artículo 688 del Código hizo la ley de 21 de Julio de 1904.—21. Distinción de los elementos formales del testamento ológrafo en simultáneos y posteriores.—22. A. SIMULTÁNEOS. 1.º *Autografía total* (que comprende: todo lo relativo á palabras tachadas, enmendadas ó enterrrenglonadas, escritas por el testador, y su salvedad por el mismo; á cualquiera escritura parcial ajena interpolada en el testamento; á la pluralidad de hojas ó pliegos en que éste se contenga; y al idioma en que se halle extendido).—2.º *Fechas*; sus circunstancias; no es legalmente precisa la expresión del *lugar* del otorgamiento, aunque sí racional y de general uso.—3.º *La firma del*

testador; explicación.—23. B. POSTERIORES. *Protocolización*; sus requisitos; presentación al Juez de primera instancia; plazos legales de cinco años para la eficacia del testamento y de diez días para la responsabilidad civil que produce la no presentación en ese último plazo; otras reglas meramente procesales; casos de intervención subsidiaria del Ministerio Fiscal; decisión judicial; elevación á escritura pública y registro notarial.—24. Recursos contra el auto que deniegue la protocolización ó por las faltas de sustanciación cometidas.—25. Disposiciones especiales respecto al testamento *marítimo*, que sea *ológrafo*; precedentes y concordancias de otras leyes.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—26. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común*.—27. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

## ART. I

### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

#### § 1.º

#### Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del testamento ológrafo.

1. Aunque el rigor literal del sentido etimológico de la palabra *ológrafo* no es idéntico al de testamento *autógrafo* ó escrito por el testador, sino que significa más bien, *escrito entero*, de *γραφος* y *ολος*, implica el concepto de que está escrito por completo por el mismo testador; así es que, sin duda alguna, esta nomenclatura es entendida en todos los Códigos que le admiten (1), como expresiva de testamento *autógrafo*, escrito y firmado *todo él* por el propio testador y sin otra solemnidad ni intervención de testimonio ajeno alguno; es decir, que equivale á testamento *autógrafo*.

2. Esta forma *especialísima* de testar, de índole marcadamente excepcional, aunque incluida en el Código entre las especies de testamentos *comunes*, figurando el primero de ellos, no ha podido menos de ser objeto para la crítica, según se deja dicho, de juicios muy contradictorios, atendida, por una parte, la facilidad que le recomienda como el medio más accesible y expedito al ejercicio de la soberanía individual por parte de un testador, que en todo momento y con toda la libertad y reserva que quiera puede llevar á cabo la ordenación de su voluntad, sin más requisito que ponerla por escrito; y considerando, por otra, que precisamente

(1) Francés, italiano, austriaco, holandés, el de la Luisiana, de la República Argentina, de Bolivia y de Suiza, en los cantones de Vaud, Neuchatel, Friburgo, Saint Gall, así como no lo aceptan, Alemania, Portugal, Sajonia, Méjico, Chile, Guatemala, Estados Unidos, Uruguay, etc.

en esta misma institución pueden originarse todo género de peligros acerca de la autenticidad y posible suplantación ó desaparición del testamento ológrafo.

En efecto, ninguna forma de testar garantiza más el secreto absoluto del testamento y la libertad del testador, ya que supera, en cuanto al primer extremo, al propio testamento *cerrado*, cuyo *contenido* podrá desconocerse, pero no así su *existencia* y otorgamiento, como sucede en el *ológrafo* que, ni lo uno ni lo otro son conocidos, si se quiere ocultar por el testador, puesto que, como no necesita la concurrencia de otras personas ni solemnidades, puede otorgarlo sin conocimiento de nadie.

3. En los trabajos para la formación del proyecto de Código civil alemán, y en el quinto de sus motivos (1), se concretaban las impugnaciones contra el testamento ológrafo á estos tres puntos de vista: la falta de precisión del carácter de este testamento; los peligros de captación á que se pudiera prestar; y las facilidades de sustraerlo ó hacerlo desaparecer, burlando así la voluntad del testador.

La falta de precisión de su carácter, ó mejor dicho, cuándo debe entenderse que un papel escrito por completo y firmado por el mismo testador, en que dispone de sus bienes para después de su muerte, ha de considerarse expresión *definitiva* de su última voluntad, ó si cabe el temor de que sea nada más que un preliminar, un estado preparatorio de aquélla, es inconveniente nacido de la misma sencillez y de la única intervención del testador, que bien puede dar lugar á que un proyecto se tome por testamento ultimado, y otro testamento ultimado pudiera sospecharse que era tan sólo proyecto, efecto de no existir una circunstancia, solemnidad ó condición, cuyo cumplimiento bastara á determinar por sí sólo el carácter definitivo del testamento ológrafo. Tal podía ser, por ejemplo, la necesidad de emplear el papel sellado del año corriente, porque ya, al trazar en esta clase de papel sus disposiciones testamentarias, se revelaba que en aquella fecha la voluntad del testador era definitiva y la consagraba bajo su letra y firma, estampándola en el papel legalmente necesario para su validez; ¿qué otra cosa podía hacer que esto? Pero desde el momento en que se ha suprimido el requisito del papel sellado, como ha sucedido en España después de la ley de 1904, ya no puede fundarse en esta exterioridad la idea de estar definitivamente otorgado el testamento ológrafo, sin que basten á engendrar el convencimiento de que es definitivo la *fecha* y *firma* contenidas al final. Y, sin embargo, estas dos circunstancias, unidas á la *autografía* del testamento, no pueden menos de hacer que se tenga éste por otorgado; que, si en algún caso no fuera realmente aquélla la definitiva voluntad del testador, sino un ensayo ó preliminar de ella que luego habría de escri-

(1) Pág. 258.

birse y de firmarse de nuevo, cúlpese á sí mismo el autor de la disposición, proyecto ó ensayo, que lo cerró y dió carácter definitivo, con la fecha y la firma puestas al pie.

En cuanto á los peligros de captación, no son ciertamente mayores, como algunos creen, los que ofrece el testamento ológrafo, comparado con los demás; porque, si bien es verdad que, dado el supuesto de la captación, no media en el otorgamiento del ológrafo aquella especie de sanción definitiva de la intervención de testigos y de notario de las demás formas de los testamentos comunes, no hay que olvidar que la presencia de éstos en el otorgamiento, será, en casos semejantes, posterior á la obra de la captación, y, á lo sumo, la diferencia consistirá en que captación y testamento pueden ser simultáneos, en cierto modo, en el ológrafo.

En cambio, es indudable que cuando la legislación admite sólo las formas solemnes de testar, cuyo otorgamiento es imposible realizar la mayor parte de las veces sin que lo sepan los interesados, se corre el peligro de que éstos pongan en juego influencias y artes para subyugar la voluntad del testador, y el riesgo de captación es mucho mayor que cuando se trata de un testamento ológrafo, completamente secreto, no sólo en su contenido, sino en su existencia, puesto que para su otorgamiento el testador podrá sustraerse á la vigilancia de aquellos que ignorarán si lo ha otorgado ó no, y obrar á su libre albedrío, poniéndole además á cubierto, mejor que cuando se trate de otras formas testamentarias más ó menos públicas de los que se consideren herederos por testamento anterior ó por ley, que han de tener siempre interés en dificultar cualquier propósito de que se otorgue nuevo testamento. Los peligros de captación ó de coacción, apenas de temer por la misma facilidad de la sencilla forma del testamento ológrafo, se contrapesan con las defensas que esta misma sencillez de forma facilita; toda vez que, si un testador fué llevado por influencias ajenas á otorgar un testamento ológrafo, cuando después de otorgado se halle libre de aquéllas y reaccione su energía y su voluntad para recobrar la libertad moral respecto de tales influjos, tiene en el mismo testamento ológrafo, y en la facilidad y absoluto secreto de su otorgamiento, el medio de corregir esos inconvenientes, revocando ó modificando el primitivo, lo cual le sería más violento y difícil, y quizá no se decidiera á hacerlo, si tuviese que acudir á las formas públicas y solemnes de testar.

El argumento más positivo contra el testamento ológrafo, es el que se refiere á la probabilidad de su sustracción ó á la facilidad de hacerlo desaparecer, toda vez que no existe ninguna garantía de intervención pública ni privada para atestiguar su otorgamiento, ó conservar original duplicado, ó antecedente que en todo tiempo lo resuelva.

Este temor sí que es racional y tiene su fundamento en la naturaleza de las cosas; pero no es por sí solo motivo bastante esa temida contingen-

cia para desechar esta forma testamentaria, ni hacer que pese este inconveniente más que sus otras condiciones tan favorables á la sencillez y á la libertad plena de su otorgamiento y al secreto absoluto que, respecto del mismo, permite guardar esta forma, en condiciones muy superiores á todas las demás, no sólo, como se ha dicho, en cuanto á su *contenido*, sino también á su *existencia*.

Para proveer á este riesgo, se ideó (1) lo de hacer condición de su validez la necesidad del depósito obligatorio (2) del testamento ológrafo en un oficial público, por ejemplo, un notario (3), por cuyo medio no sólo se evitaba el peligro de su desaparición ó sustracción, sino que se dificultaba la posibilidad de su falsificación. Estas ventajas son indudables, aunque relativas, pero de un orden secundario, y, sobre todo, contradictorio de la naturaleza jurídica del testamento ológrafo, principalmente en cuanto se refiere al secreto de su existencia y á la absoluta libertad del testador para otorgarlo, sin necesidad de dar noticia de ello á persona alguna.

Insistiendo en este punto, es cierto que, dada la naturaleza del testamento ológrafo y la falta de toda garantía de que sea averiguada su exis-

(1) Ley toscana, que si bien admite el testamento ológrafo, era con la precisa formalidad del depósito obligatorio.

(2) En el art. 739 del proyecto de Código italiano, Pissanelli propuso la formalidad del depósito del testamento ológrafo, del modo siguiente: «El testamento ológrafo deberá ser depositado por el testador en un notario ó canceller judicial. El notario ó canceller extenderá acta verbal del hecho del depósito, indicando si el testamento se ha entregado abierto ó cerrado, suscribiendo dicha acta el testador y el notario ó canceller, el cual custodiaria el testamento en su archivo, juntamente con el acta verbal.» Pero en último término en la Comisión y discusión parlamentarias, el mismo Pissanelli desistía de esa propuesta, considerándose en definitiva que el hacer obligatorio el depósito en los testamentos ológrafos destruiría las ventajas características de esta institución, en cuanto á aislar al testador de toda extraña influencia, dándole mayor facilidad y libertad para proveer á su institución, sin que antes ni después de otorgar el testamento estuviera obligado á hacer saber á otra persona ni el hecho de otorgarle ni las disposiciones que contenía, y, además, que la formalidad del depósito era una garantía también problemática contra el fraude, ya que por sí sola no alejaba la hipótesis de cualquiera contienda judicial sobre la autenticidad de la escritura y firma del testador.

(3) Constituyendo esto una especie de sistema *intermedio* entre el libre otorgamiento del ológrafo y el único de forma solemne, con exclusión de aquél, de cuya tendencia, al parecer conciliadora, son partidarios juristas de renombre, tales como Pissanelli en Italia, si bien, según se ha dicho, se rectificó después, y sustancialmente, Huber, en Suiza, si bien dejando á las leyes cantonales la determinación de la autoridad ó funcionario en quien debiera hacerse el depósito del testamento ológrafo y sus garantías, aconsejando la conveniencia de un requisito poco enojoso, cual es el de que el depositario facilitase un recibo al testador, el cual, encontrado entre los papeles de éste, serviría de aviso á los herederos para advertirles de la existencia del testamento; «pudiéndose invocar en favor del depósito el hecho de que, sin ser demasiado molesto para el testador, ofrece la ventaja de una gran seguridad».—Cód. civ. Suisse; *Exposé des motifs de l'avant projet du Département federal de Justice et Police*, pág. 346.—Berna, 1902.

tencia, cuando se otorgue, ó lo sea tardíamente, pueda, en suma, con facilidad ser sustraído ó hacerse desaparecer por quien tuviera interés en ello; y, si bien es cierto que evitaría este peligro la necesidad del depósito en oficial público, no se puede hacer de este requisito una circunstancia determinante de su eficacia legal, porque esto le privaría de las dos condiciones principales que le caracterizan y le dan más importancia, cuales son la del secreto de su existencia y la de la libertad del testador á toda hora de reformarlo ó modificarlo, que afirma la plena soberanía de aquél en todo momento, si hubiera de tener necesidad de hacerlo, de cancelar aquel depósito, retirando el testamento anterior que había depositado, y mucho más en caso de extrema urgencia, y privando de aquella facilidad de poner por obra los cambios de voluntad del testador y el secreto absoluto de sus determinaciones, cosa que sería de todo punto imposible, si se incorporaba á su otorgamiento otra clase de solemnidades, aunque fueran adjuntas y complementarias, como las del depósito ó cualquiera otra, influyendo, retardando ó dificultando la libre acción de la voluntad del testador en ejercicio de su autarquía civil individual, y limitando su independencia, reguladas ambas únicamente por motivos de propia conciencia y personal estimación y responsabilidad, fuera de cualquiera influencia externa ó presión moral en la libre manifestación de su última voluntad.

No es menos cierto el peligro que el testamento ológrafo ofrece, dada la destreza caligráfica de muchos, de la posibilidad de su falsificación, suplantando por la fiel imitación de la letra la nota de la autenticidad de su escritura autógrafa (1); pero sin negarla, como no cabe desconocer la constante posibilidad del derecho y del delito que le contradice, no parece este motivo bastante para prescindir del testamento ológrafo, que ya sabe quien lo otorgue y lo prefiera para ordenar su última voluntad, que corre ese riesgo, y sin embargo le adopta, sin duda porque pueden más en él las condiciones de libertad y secreto que el mismo le ofrece.

Otro de los principales argumentos con que se ha resistido la introducción del testamento ológrafo en algunas legislaciones (2) es que, una

(1) De ella se hizo eco en el Senado, sesión de 1.º de Febrero de 1889, el Sr. Comas, cuando decía: «Pues cuando esas aptitudes están tan desarrolladas en este país, ¿creéis vosotros prudente, cuando hoy existen tantos pleitos de nulidad de testamentos hechos con todas esas circunstancias y requisitos acumulados por los tiempos y exigidos por las leyes, creéis que estáis vosotros seguros de vuestras fortunas en un acto en el cual, como os decía antes, se transmiten grandes masas de bienes á título gratuito; os consideraréis seguros, por ventura y eficazmente, de que no aparecerá en lugar de nuestro testamento otro de un digno y hábil calígrafo?»

(2) *Motivos oficiales* del primer proyecto de Código civil alemán: Motivo 5.º, pág. 258, de que da cuenta M. Saleilles, ilustre profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de París, en la Revista trimestral de Derecho civil, correspondiente al tercer trimestre de 1903, pág. 594.

vez establecida en un país esta forma sencilla de testar, no sólo no puede ser derogada ó desarraigada de la conciencia pública y de su generalidad de uso por los testadores, sino que llega, poco á poco, á suplantarse á todas las demás formas testamentarias solemnes, predominando sobre ellas y monopolizando para el ológrafo la única especie de testamento ó, por lo menos, la más frecuente en la práctica. Así, se añade, que se convierte en el testamento de derecho común, ó sea en la regla general, y las demás formas solemnes quedan reducidas á una mera excepción, cada vez más desdeñada en la vida civil, lo cual es un grave inconveniente, porque sólo esas formas solemnes son las que presentan bajo todos los aspectos mayores garantías. El fenómeno puede ser cierto y más ó menos sensible la consecuencia de apreciar, tan sólo después de una larga observación de tiempo y de una estadística verdad, la proporción en que se hallen los testamentos ológrafos y otros de formas solemnes, durante el mismo; pero cualquiera que sea el resultado, no destruye la opinión de los partidarios del testamento ológrafo y las condiciones superiores, á su juicio, de sencillez, secreto y libertad que le caracteriza, en frente de las solemnes, puesto que el ológrafo es más sencillo que cualquiera otro y el único que puede ser totalmente ignorado, garantizando el absoluto secreto bajo los dos aspectos, el de su contenido y el más importante de su misma existencia, y, por consiguiente, es la salvaguardia suprema de la libertad testamentaria, en cuanto facilita, por disposición directa é inmediata del testador, la ejecución de los cambios necesarios de su voluntad, con arreglo al principio de que la voluntad de los testadores es esencialmente revocable y ambulatoria hasta la muerte.

Resta observar, en confirmación, los preparativos é inconvenientes y dificultades que á menudo suele ofrecer el otorgamiento de testamento de forma solemne y pública, y más aún las propias dificultades que engendra cualquiera modificación que en el mismo pretenda hacerse después, que exige iguales preparativos y requisitos; lo cual es bastante para explicarse cómo las personas de escaso capital ó aquellas que desean guardar profunda reserva acerca de tal determinación para después de su muerte, ofrecen, las unas y las otras, ciertas resistencias á los testamentos solemnes y manifiesta inclinación á la sencillez, expedición, reserva y libertad para otorgarle, de los ológrafos, en los países (1) en que ha tomado ya carta de naturaleza en la opinión y en las costumbres esta forma simple, autónoma y reservada de testar.

4. Se hace cargo el doctísimo Profesor francés Saleilles (2), de la conjetura de que tal vez en Inglaterra haya prosperado la práctica del testamento por el propósito de corregir el orden todavía puramente

(1) Que son los más, siendo en la Europa latina casi la única excepción, Portugal.

(2) Revista cit. núm. 3 del 1903, págs. 599 y 600.

feudal de las sucesiones inmobiliarias, al menos cuando se trate de la sucesión de los propios; y, con tal motivo, protesta contra esa tendencia funesta y antisocial de igualdad familiar, que defiende la idea de que los herederos de un mismo orden han de tener un derecho igual á la sucesión de su ascendiente causante y que exista, por consiguiente, una especie de copropiedad familiar, la cual haya de subsistir á despecho de todas las transformaciones históricas que la propiedad ha experimentado; ya que la propiedad está dominada por una ley social de la mayor importancia, que es la ley de la afectación, más legítima por su objeto que por su origen, no siendo dudoso que bajo este concepto está regida por un criterio de influencia familiar como consecuencia de la función social de la familia; pero si ésta tiende á la constitución de cierto fondo ó reserva de familia, no puede traspasar el reducido círculo del hogar doméstico, y sólo puede aplicarse á una pequeña parte intangible, alude sin duda á las legítimas, sustraídas á la iniciativa individual, cuando al lado de este influjo familiar, que no cabe desconocer que subsiste y es preciso continuar en una medida muy limitada, la ley que tiende á dominarla cada vez más, es la de la afectación económica y social de la propiedad, que no puede funcionar sino bajo la condición de ser sometida ampliamente á la apreciación é iniciativa del propietario, que es el mejor juez de la utilización más conveniente de su fortuna y de su explotación agrícola ó industrial, y también el más interesado en que después de su muerte sirva una parte de su fortuna á obras de interés general; entendiendo que por esta doble función es más preciso el que el propietario tenga á su disposición un instrumento muy flexible y capaz de aplicación fácil y rápidamente á todas las iniciativas individuales, que no puede ser otro que el testamento privado, porque si la familia tiene sus derechos intangibles, también la sociedad y el individuo tienen los suyos, y el mejor modo de consagrar aquellos derechos de la sociedad, sin hacer de ésta una sociedad tiránica y explotadora, es desenvolver más y más los derechos del individuo en correlación con el sentimiento de su deber social; concluyendo por considerar que el testamento privado servirá esta alta misión social y que, por tanto, es preciso cuidar de no restringir ni dificultar su uso (1).

(1) La tendencia revelada en Alemania por las dos Comisiones parlamentarias preparatorias del proyecto de Código civil consiste en hacer de la *forma*, en materia de testamento, no sólo una garantía de la libertad y de la inviolabilidad, sino una verdadera entraña y, por consiguiente, un obstáculo á la libertad del testador, como en Derecho francés las formas impuestas en materia de donaciones entre vivos, se dirigieron mucho menos que á garantizar la independencia del donante ó la moralidad de la donación, á dificultar la libertad de las donaciones; pero la Comisión del Reichstag fué la que ofreció una mayoría dispuesta á atender los deseos de los pueblos alemanes, en cuanto á la conservación de su práctica social consuetudinaria del testamento privado oló-

5. Los partidarios de la única forma solemne observan que, de todos los actos privados, el testamento es el más grave y más serio y que, por tanto, era ilógico exigir formas solemnes para un acto patrimonial ó pecuniario entre vivos, v. gr., un contrato de capitulaciones matrimoniales, y entregar el testamento á la libertad más absoluta, dejándolo expuesto á todas las tentativas de influencias impuras. Además de esta consideración, desde el punto de vista de la garantía, se añade, que era bueno colocar por este medio de la solemnidad á aquellos que van á hacer su testamento en presencia de la importancia del acto que van á realizar y hacerles sentir toda la seriedad y gravedad del mismo, representada por el necesario uso de las formas exigidas por la ley; mientras que el testamento ológrafo entienden que á menudo acusaba cierta ligereza de parte de los que consignaban en esta forma su última voluntad, sin aquellas garantías de los testamentos solemnes.

Al efecto, basta observar la diferencia que hay en los hechos y aun en los mismos pensamientos y voluntad del testador, y la que habrá en la eficacia legal, en los supuestos de un testamento ológrafo escrito, fechado y firmado, que, sin embargo, el testador no tiene en su mente como definitivo, en la confianza de que puede á su arbitrio revocarle en cualquier instante, y aunque llegue á modificar tan sólo parcialmente con otro, á manera de codicilo ó suplemento de aquél; pero, por el contrario, si la muerte le sorprende sin fecharlo y firmarlo, nada vale para la ley esta modificación, subsistiendo únicamente el primero, que ya realmente estaba modificado en su voluntad; ó, cuando redactado un testamento ológrafo, y siendo en el propósito del testador expresión de su voluntad definitiva, la confianza de que fácilmente y en cualquier momento se podrá fechar y firmar, no lo hace y sobreviene su muerte, dejando sin eficacia su disposición testamentaria; facilidad muy frecuente para esta contingencia, que no puede ocurrir de igual modo en el testamento de forma solemne, en cuanto exige la reunión de requisitos y circunstancias de su propia solemnidad que alejan aquellos temores, ó, por lo menos, no los hacen tan frecuentes, porque cesa su principal causa, que es la confianza del testador en el ológrafo de ser él solo suficiente, *á toda hora*, para llenar los requisitos de su validez.

La misma facultad para modificar ó revocar que ofrece el testamento ológrafo, conforme con él, el principio de lo ambulatorio y mudable de las últimas voluntades, deja en situación incierta y poco definida y segura la contenida en un testamento ológrafo ó proyecto de él, aunque sólo falto de la fecha ó de la firma, ó de ambas cosas; mientras que en los de formas solemnes, estas fluctuaciones, confianzas y deficiencias no son

grafo, resultando dos votos contra ocho que admitieron paralelamente la forma pública y la forma privada de los testamentos.