

de temer, porque la solemnidad necesaria del acto las hace imposibles, y cuando se han cumplido, se tiene la seguridad de que se ha testado de modo legal, eficaz é invariable, hasta que no se hayan empleado otros iguales y realizado un nuevo acto solemne que revoque aquel anterior ó lo modifique.

6. Á impugnaciones semejantes contra el testamento ológrafo, la mejor defensa (1) se resume en lo siguiente: que los únicos peligros ciertos de los que se atribuyen á esta forma de testar son el de una posible desaparición ó sustracción del testamento, ó el de un descubrimiento ó noticia de su existencia tardíos; porque todos los demás ó pueden ser evitados ó no merecen ser tenidos en cuenta, que tal sucede con el de la *captación*, que lo mismo puede tener lugar en el testamento de formas solemnes, pues, según se deja indicado antes, dado el influjo supuesto al captador, no ha de faltarle, por la sola diferencia de la necesidad de llamar un notario y testigos para formalizar el testamento, y mucho más si es cerrado ó abierto, hecho con sujeción á minuta que entregue el testador á aquél, y aun más peligroso que el ológrafo, si este borrador del testamento solemne estuviera hecho por un tercero, á quien el testador se le encargara escribir ó se le dictara, limitándose después á entregarle al notario, como expresión de su voluntad, mientras que el ológrafo ha de estar forzosamente escrito por el mismo testador y no por persona extraña, y una vez entregada la minuta al notario, ó el mismo testamento escrito, para que sea cerrado, aunque no se hayan cumplido todavía las solemnidades del otorgamiento en el primero, y mucho más en el segundo, si ya está otorgado y depositado en poder del notario, ofrece cierta dificultad retirar uno ú otro ó realizar alguna modificación, en cuyo supuesto es más perturbador y pernicioso cualquier influjo ajeno á que el testador pueda hallarse sometido en el testamento público, abierto ó cerrado, que en el privado ú ológrafo, que puede fácilmente revocarse ó modificarse á toda hora por el testador, sin intervención ni conocimiento de nadie y libre de aquellas influencias que pudieran cohibir su voluntad al otorgar el anterior, que después revoca ó modifica.

Como en el testamento ológrafo faltan las solemnidades é intervención de personas constituidas en autoridad ó función social, generalmente el notario, y aun en algunos casos el juez, el momento determinado del otorgamiento del testamento público no existe en el ológrafo, que queda entregado á la mayor vaguedad, indeterminación y secreto, se observa que es difícil determinar el instante en que nace ó tiene el carácter de verdadero *acto jurídico*; lo cual no es absolutamente cierto, pues, ade-

(1) Fué la del representante del gran ducado de Bade, el ministro Von Jagemann, según afirma Mr. Saleilles en la Revista, tomo y cuaderno citados, pág. 604.

más de depender esto de su aclimatación en las costumbres y prácticas sociales, que llegarán, una vez generalizado su uso, á naturalizarle en la conciencia privada y pública, imponiendo el sentimiento de su gravedad, y dejando de considerar el otorgamiento de testamento sólo como un acto excepcional de pública solemnidad, según se considera allí donde la ley no admite más que el testamento público rodeado de todos aquellos complejos requisitos, el momento de consignar la *fecha*, sobre todo, y la *firma* del testador, que con ambas circunstancias declara terminada su formación y consagrada por entonces su última voluntad, es el instante en que adquiere el carácter de *acto jurídico*, como tantos otros que en diferentes relaciones civiles, especialmente las contractuales, determinan su carácter de acto jurídico, por la prestación del consentimiento, cualquiera que sea la forma, pública ó privada, verbal ó escrita, solemne ó no solemne en que aquél resulte prestado, sin que la necesidad y facilidad ó dificultad de ulteriores comprobaciones de la verdad de su existencia, en el caso de contienda ó contradicción de partes, diga nada en cuanto á la esencia y verdad del acto jurídico, á no confundir la *solemnidad* con la *prueba*, que son nociones totalmente distintas en cuanto á la validez y eficacia de las relaciones jurídicas y *perfección* de los actos que las producen, según tenemos observado en otros lugares de esta obra (1).

7. Hay dos aspectos capitales que examinar en el testamento ológrafo, á saber: la *forma*, que determina su *validez*, y la *prueba* del acto mismo de testar bajo esta forma, que justifica su existencia, y que corresponden necesariamente á dos períodos de tiempo distintos. El que se refiere á un primer período de tiempo, que es el del otorgamiento del testamento; el otro, que dice relación al reconocimiento de su existencia legal, mediante la prueba de su autenticidad.

8. Son circunstancias, cuyo conjunto se refiere á la *forma* determinante de su *validez*, las siguientes: la *escritura autógrafa*, la *fecha* y la *firma*.

a. Respecto de la *escritura autógrafa*, el testamento ha de estar escrito *por entero* de mano del testador, según lo acredita la significación etimológica de las dos palabras que forman su nombre: (*γρᾶφος*, escrito, y *ολος*, entero). Cualquiera palabra de mano extraña que se introduzca en el testamento produciría su nulidad, privándole de su condición especial de ser un acto propio y personalísimo del testador, sin mezcla ni intervención ajena, que disminuyera é hiciera dudar de la libertad é independencia que supone en el testador, como fundamental, el otorgamiento de esta clase de testamento. No así la escritura ajena que prece-

(1) Núms. 16 á 23, cap. 19.º, t. II y núms. 8 á 11, cap. 11.º, t. IV, 2.ª edic.

diese á dicho otorgamiento á manera de instrucciones requeridas ó consejos demandados por el testador que deseara ilustrarse sobre puntos de Derecho ó de otra índole, consultados á persona experta y á los cuales se acomodara después, más ó menos, para hacer su testamento ológrafo; incluso aunque resultara copia literal por su propia mano del modelo que se le hubiera facilitado.

Más dudoso sería todo lo relativo á aquella intervención ajena en la escritura del testamento, bien auxiliando la misma que hiciera el testador; por ejemplo, prestándole el concurso material de sostener al enfermo su cuerpo ó su brazo, sujetándole el papel ó ayudándole en cualquiera otra forma material que no fuera escribir, á la confección del testamento, bien dictándole la disposición que el testador escriba, bien llevándole la mano para trazar la letra en que estaba escrito.

El auxilio material al testador, por un tercero, para que aquél escriba el testamento ológrafo, prestado en cualquiera de esas formas—que no sea la de llevarle la mano para trazar la letra que por sí sólo no pudiera trazar, ó dictándole palabra por palabra, de tal manera que resulte que el testador, á quien se le dictan y las escribe, no puede percibir ó no es seguro que haya percibido bien el sentido y valor del conjunto en cada una de sus disposiciones, en cuyos dos supuestos se impone la solución de nulidad—no debe anular el testamento ológrafo; y, en último término, á los Tribunales había de corresponder, en cada caso, apreciar y declarar si debe reputarse cumplido el requisito esencial de que el testamento se considere escrito entero por el testador con plena conciencia y voluntad propias y no por acción ó influjo ajenos.

Pero como es indispensable que el testamento esté escrito *todo entero* por el testador, en todo caso que, con conocimiento de éste, escriba un tercero, palabra, frase ó línea, ha de anularse el testamento, mientras que si hubiera sido sin conocimiento del testador, entonces no debería anularse, porque el adoptar otro criterio equivaldría á dejar al arbitrio de un tercero la anulación de un testamento ológrafo, sin más que escribir en él alguna ó algunas palabras de mano extraña y á espaldas del testador.

En cuanto al papel, pergamino, tabla, tela, etc., en que se escriba; tinta, lápiz, forma de pliego, carta, cuaderno ó lo que fuese, número de pliegos, con espacios en blanco ó sin ellos, palabras borradas, raspadas, abreviadas, entre líneas, etc., con tal de que resulten bien determinadas todas estas circunstancias y claro é indudable que el testador quiso dejar consignada y subsistente aquella escritura como expresión de su voluntad, no hay razón de doctrina para fundar la nulidad del testamento en ninguno de estos motivos de carácter material y gráfico; si bien es precaución natural, que las leyes exijan en tales casos, se salven por el testador, bajo su firma, las palabras tachadas, enmendadas ó interlinea-

das (1), no atribuyendo efecto alguno á las borradas, raspadas, etc., á no ser que estas imperfecciones sean obra de tercera persona, sin conocimiento del testador.

*b. La fecha.* Esta es otra circunstancia esencial, cuya falta debe producir la nulidad del testamento ológrafo, sin que pueda suplirse por otros medios de prueba.

La fecha ha de ser *verdadera y completa*. Por lo primero, se entiende la que no es errónea ó falsa. Es *errónea* la que no concuerda exactamente en todo ó en parte con la en que el testamento se hizo, sin obra de la voluntad de quien la consigna; y falsa, cuando están faltas de toda verdad, cualquiera de las circunstancias que la integran ó todas ellas—día, mes y año—, y obra de la voluntad la suposición que la hace falsa. *Incompleta*, se dice la fecha, cuando no comprende todas las circunstancias que la integran, por faltarle la mención de alguna ó algunas de las tres que la forman: día, mes y año.

Los efectos que corresponden á cada uno de estos supuestos de defecto de fecha, por su absoluta falta ó por ser errónea, falsa ó incompleta, tienen que ser distintos.

La *falta absoluta de fecha* no es subsanable y produce nulidad, sea su causa la omisión involuntaria ó consciente del testador, porque, en este último caso, debe entenderse que no quiso que aquel escrito autógrafo llegara á ser testamento. La misma *firma*, puesta sin fecha que la preceda ó acompañe, á lo sumo revela la autenticidad de un proyecto de testamento más ó menos ultimado en el pensamiento de su autor, expresivo de cómo él lo haría ó hará, ó sea, de sus propósitos hasta entonces.

La *fecha errónea* debe producir también nulidad, por no ser exacta; pero no será imposible de subsanar en algún caso, si puede restablecerse la verdadera, mediante documentos de autenticidad indudable, congruentes y relacionados directamente con el testamento.

La *fecha falsa* es insubsanable, ya por su vicio moral, ya porque revela un estado de voluntad semejante, en el testador, al supuesto de la falta consciente de fecha, para los efectos de la nulidad.

La *fecha incompleta*, lo mismo que la *errónea*, revelan que el testador quiso cumplir el precepto de la ley, aunque su cumplimiento fuera defectuoso; y debe entenderse igualmente subsanable, siempre que esto sea posible y de resultados ciertos por criterio semejante al supuesto de la *errónea*.

No debe reputarse *incompleta* la fecha, como lo es, por la falta del día, mes ó año, que son los tres elementos que la constituyen, cuando se sustituye su expresión por la mención equivalente de un suceso cierto,

(1) Así lo previene el párrafo 3.º, art. 688 de nuestro Código civil.

de una solemnidad anual y periódica—por ejemplo el día del Corpus, el día de Navidad, el Viernes Santo de tal año y el día del nacimiento ó de la muerte de persona determinada—ó de acontecimiento público ó acto privado, cuyas fechas sean conocidas de modo indudable; puesto que así se tiene el equivalente necesario y se cumple el requisito esencial de la fecha del testamento y se llega á conocer y determinar, con absoluta seguridad, el día, mes y año de su otorgamiento.

No afecta tampoco el sitio del testamento en que se estampe la fecha, aunque lo usual sea inmediatamente antes de la firma y al fin de sus disposiciones ó término de su texto, en cuanto dicha firma puede decirse que cierra el testamento, mientras que cuando se consigna después de la firma, parece que se halla suelta y fuera del testamento; pero al colocarse inmediatamente después ó á la cabeza, no puede desconocerse que aquella fecha no se refiere á otro acto que al testamento y firma del mismo, á cuya continuación ó á su principio se consigna, á no ser que la ley estableciera un orden forzoso en que haya de ofrecerse en el testamento su contenido, su fecha y su firma, que autoriza y certifica el uno y la otra.

Tampoco debe reputarse elemento indispensable de la *fecha* la *expresión del lugar* en que el testamento se hace, aunque habitualmente se practique mencionarle al principio de la misma; porque precisamente esta clase de testamentos puede utilizarse en caso de viaje ó en lugar de residencia accidental, para ocultar más su existencia, ó para responder á una necesidad del momento, que sienta el testador fuera de su residencia habitual, ó cuando hubiere de continuar el testamento empezado á través de diferentes cambios de residencia, más ó menos breves que, impidiendo concluirles en la primera en que empezó á escribirse, había de empezarlo de nuevo, si lo redactado en la residencia anterior no fuera válido; siendo indiferente, por tanto, que mencione los diferentes lugares en que lo hizo ó sólo el último en que lo fechó y firmó, ó ninguno de ellos.

La esencialidad de la *fecha* se refiere á diferentes é importantes aplicaciones y efectos, á saber:

1.º Al momento en que realmente puede decirse adquiere el testamento ológrafo la consideración de *acto jurídico*, puesto que al consignar en él la fecha el testador, y más al estampar inmediatamente después su firma, da á entender que reputa *definitiva* aquella redacción anterior, que cierra con *fecha* y *firma*, consagrando lo en él dispuesto como expresión definitiva, por entonces, de su última voluntad. Mientras esto no sucede, parece abierto y pendiente de ultimarse la redacción del testamento, que racionalmente no puede considerarse que pasa de la categoría de un *proyecto* ó de un principio del mismo, sin terminar, y cuando el testador entiende, por el contrario, ultimada la expresión de esa volun-

tad, ó agotados todos los fines de su pensamiento en la expresión que del mismo deja hecha, es cuando se decide á darlo así por sobreentendido mediante la consignación de la *fecha* y la *firma*, que es á la vez manera de *solemnidad*, con lo cual, lo que antes era, á lo sumo, una mera manifestación privada de sus propósitos, se transforma en una declaración jurídica y cerrada de su voluntad, siendo la fecha y la firma las señales de que el testador da por terminado el acto y quiere que se considere y valga como su testamento. Hay en esta consignación de fecha y firma algo semejante al cumplimiento de todas las solemnidades é intervención de autoridad ó testimonio oficial en el testamento público, algo que bien puede decirse representa el instante del verdadero *otorgamiento* del ológrafo.

2.º Á la capacidad del testador, determinada según las circunstancias personales de integridad ó quebranto de la misma por razón de edad, de enfermedad ó de otra causa que la restringiera ó modificara, en la fecha en que el testamento ológrafo aparece hecho; puesto que, sin ese requisito preciso de fecha, sería imposible determinar la validez ó nulidad del testamento en relación con la capacidad del testador.

3.º Á evitar, mediante la expresión de la fecha la temida vaguedad y falta de precisión de carácter y tiempo, por virtud de la determinación con que se concreta su nacimiento y existencia en razón del tiempo, en razón de la fecha y de la autenticidad mediante la firma; porque lo esencial, para que pueda declararse la existencia y nacimiento del acto jurídico, es el que puede ser acreditado é identificado en relación al tiempo en que nació ó fué *perfecto*, y sólo la estampación de la fecha produce ese importante resultado de *causalidad* para el acto jurídico del testamento ológrafo, en este caso.

4.º Á la preferencia entre sí de varios testamentos ológrafos hechos por el mismo testador y á la consiguiente acción derogatoria total ó parcialmente ó de mayor ó menor modificación de los unos respecto de los otros, que sólo se determina por razón de fecha posterior.

c. La *firma* constituye la tercera circunstancia esencial del testamento ológrafo, que sin firma no se considera tal, y no pasa de la categoría de un *proyecto* más ó menos incipiente ó ultimado del mismo, pero que carece de la consideración de *acto jurídico* y de testamento *perfecto*, en cuanto, mediante la firma, declara y certifica el testador que el texto que la precede constituye la expresión en aquella fecha de su última voluntad ó la aprobación y sanción por él de aquellas disposiciones que preceden á la firma y forman el contenido de su testamento.

En cuanto al *sitio* del testamento, en que la firma deba consignarse, y á los efectos que, según el que sea, produzca, no parece, en buena doctrina, que deba ofrecer duda que, dada la significación de la firma y testimonio de autorización que presta á las disposiciones contenidas en el

testamento, debe figurar al *final* y no al principio, ni intercalada ni al margen; casos todos estos últimos, que ofrecen como más racional la conclusión de nulidad, con la única excepción, á lo sumo, del supuesto en que la firma se estampase después de algunas disposiciones, ó sea, en un intermedio de ellas y de las que siguen, en el cual podría llegarse á la conclusión de validez respecto de las que preceden á la firma, pero no de las que continúan ó se escribieron después de las que no resulten como aquéllas amparadas por la firma.

Igual criterio ha de aplicarse al caso en que, terminado un testamento, fechado y firmado, se le ocurrieran al testador nuevas *adiciones*, que escribiera con posterioridad, y las cuales no fueran autorizadas por una nueva firma, en cuanto esta adición constituyera un nuevo testamento, más ó menos compatible, modificativo ó simplemente adicional del anterior proyecto, si también hubiera sido firmado nuevamente, pero no cuando deja de serlo, por las razones antes expresadas y la misión que á la firma se atribuye.

No importa que el testamento ológrafo esté extendido en varios pliegos y no en uno solo, para que en todo caso sean suficientes una sola firma á su final en el último de ellos, pues la duda de si todos ó algunos de dichos pliegos forman una parte del contenido del testamento, es una cuestión meramente de prueba en razón de la autenticidad de los mismos, que no ha de resolverse por el medio de exigir la firma para cada uno de ellos, si bien las leyes suelen establecer garantías prescribiendo la necesidad de *rubricar* el testador cada uno de los mismos, ó mediante otros requisitos que comprueben su autenticidad; pues el ministerio de la suscripción ó firma del testador, ha de prestarse á todo el testamento, y, por consiguiente, sólo al final.

Puede el testamento contener también *notas ó declaraciones marginales* que merezcan estar fuera del cuerpo de la escritura, de su contenido, y entenderse, por tanto, necesario que cada *nota marginal* fuera también suscrita por la firma del testador; pero aunque esta precaución no estaría demás ni dañaría á la validez del testamento, no es necesaria, en rigor de doctrina, puesto que tales declaraciones marginales deben considerarse formando parte del cuerpo del testamento, y como de todos modos anteceden á la firma, quedan amparadas por ella igualmente que lo están las demás disposiciones que le forman.

9. Lo anteriormente expuesto se refiere á cuanto puede significar *solemnidad* en el testamento ológrafo, que es cosa bien distinta de lo que dice relación con la *prueba* ó fuerza probatoria del mismo.

Es fundamental, en este punto, partir de la base de que el testamento ológrafo, aunque acto de última voluntad y solemne, con las solemnidades que permite su peculiar naturaleza, y que son las antes expresadas, escritura autógrafa, fecha y firma, no es un *acto público*, sino *privado*;

que no perdería su carácter de tal porque se le incorporara (1) la exigencia de que fuera depositado en notario ú oficial público; puesto que esa circunstancia no le atribuía fuerza probatoria alguna, y menos decisiva, quedando en pie la cuestión en el caso de contienda.

Ahora bien; por esta naturaleza de acto *privado* que tiene el testamento ológrafo, el problema de su fuerza probatoria queda sujeto al criterio jurídico aplicable á los actos y documentos privados.

La aprobación de los actos jurídicos de esta clase descansa en la disyuntiva de reconocimiento ó aceptación por los que pudieran en otro caso impugnarlos, y, en su defecto, en el empleo de aquellos medios de prueba adecuados y pertinentes, y el más característico de todos, el dictamen de peritos calígrafos, aceptado por las partes ó apreciado libremente por los Tribunales, según las reglas de la sana crítica. Reconocimiento, pues, de los interesados ó prueba; este es el dilema, entre cuyos términos gira todo lo relativo á la fuerza probatoria del testamento ológrafo, y del cual no puede sustraerse, atendida su naturaleza de acto jurídico escrito y privado. Por esto puede decirse que necesita ser objeto de una especie de *adveración posterior*, ocurrido que sea el fallecimiento del testador y mediante la cual se autoriza su elevación y transformación en escritura pública, tomando entonces, *sólo en cuanto á la forma de su prueba en lo sucesivo*, pues la naturaleza originaria de acto jurídico privado subsiste, el carácter, no de público, sino de consignado en documento público á los efectos de su ulterior justificación.

La necesidad de la prueba pesa sobre el que afirma la autenticidad y validez del testamento; al que la impugna le basta desconocerla ó contradecirla.

10. No puede decirse que en Roma ni en España, antes del Código civil, existiera propiamente el testamento ológrafo, cuya introducción constituye una *novedad* indudable de aquél, aunque no dejan de observarse algunos *vestigios ó atisbos* de esta forma excepcional, si bien con aplicación y sentido limitado. Alguna ley romana (2) se hacía cargo de esa especie de testamento, que llamaba *olographum*, y otra (3) admite su aplicación al caso de testamento de *parentum inter liberos*, ascendientes, en favor de descendientes, el cual, si revestía la forma escrita, podía hacerse en privado por aquél, siempre que, por lo menos, estuviera firmado por el testador, sin intervención de testigos ni de otra solemnidad alguna, y constara, además, la fecha del día, mes y año de su otorgamiento, la designación nominal de los herederos y la expresión, en letra, de la cantidad ó porción en que se les instituyera, prohibiéndose adoptar

(1) Según tenemos dicho, pretendió Pisanelli, al formarse el Código civil italiano.

(2) 28, § 1.º, tit. 23, lib. VI, Cód.

(3) Cap. 1.º, Nov. 107, Justiniano.