

# UNA FORMA DE TESTAMENTO QUE NO SE ADMITE EN EL DERECHO COLOMBIANO

## EL TESTAMENTO OLOGRAFO

Por el Doctor **Ovidio Oundjian B.**  
Catedrático y Secretario Gral.

### I. Noción. Concepto. Historia.

Se ha dicho que el testamento ológrafo es aquella disposición de última voluntad que el testador formaliza por sí mismo, escribiéndola de su puño y letra, sin intervención de testimonio ajeno alguno. Su característica es entonces la de ser escrita por el testador personalmente y no requerir para su validez, intervención de testigos ni funcionarios oficiales. Ha sido una forma testamentaria muy discutida, objetada primordialmente por sus riesgos de destrucción, sus males de improvisación, sus achaques de autenticidad, etcétera, aunque en realidad cabe reconocer que tales desventajas no logran equilibrar sus ventajas, reconocidas desde muy antiguo.

Se ha dicho que el origen etimológico de la denominación viene de los términos Holo(todo) y grafo(escrito), es decir "todo escrito" (1). Su origen histórico se remonta al Derecho Romano. En efecto, todos los autores hállanse acordes en afirmar que en aquel derecho, cuando el testador hubiese escrito de su propia mano el acto no era necesaria su firma, siendo entonces cuando el acto era calificado de Testamentum Olographum (2). Es claro que no puede decirse, con certeza, que de allí arrancó la forma que hoy conocemos, pero es de presumir que tuvo lugar en época posterior. En efecto, los autores atribuyen a Valentiniano III el reconocimiento de la forma ológrafa, basándose en uno de los textos de la Novela que lleva su nombre "Si Holographa Manu Testamenta Condatur Testes Necessarios non Putamos". La forma oló-

(1) Baudry Lacantinerie & M. Colln. Sucesiones. Agrega "es pues obra exclusiva del testador y su perfección no requiere intervención extraña". Es aquí donde se estructura su fisonomía y lo distingue de otras formas testamentarias.

(2) Es de presumir que hizo su aparición en la última etapa del Derecho Romano cuando el testamento era oral o escrito.

grafa fue sin embargo proscrita por Justiniano quien exigió, para todos los testamentos escritos, de mano del testador, la presencia de testigos (siete) (3). Esta forma tuvo pues, en Roma existencia fugaz.

En cuanto se refiere a Francia debe tenerse en cuenta la división de la Galia en país de derecho escrito y país de derecho consuetudinario. En el primero no fue admitida esta forma, tal como lo había creído conveniente Justiniano (dada la aplicación del Derecho Romano). Por el contrario en el segundo sí era ampliamente aceptada. En verdad, casi que podría construirse una teoría sobre el origen histórico del testamento ológrafo, máxime si se tiene en cuenta que tuvo más difusión por su facilidad y sus ventajas en países que, incluso, no sufrieron la influencia romana.

Fue precisamente en virtud de su amplia difusión que el canciller Michell de Marillac aconsejó al Rey para incluirlo en la ordenanza de 1629, prescribiendo su uso en toda la Francia (Art. 126), tentativa que, sin embargo, en la zona de derecho escrito, no tuvo éxito, estado de cosas que sobrevivió a la célebre ordenanza de 1735. Fue solo bajo el influjo del Código Napoleónico que se logró implantar esta forma testamentaria en Francia, a través del artículo 970, respecto del cual expresó Bigot Prémenu en su exposición de motivos:

"Esta forma de testamento no fue admitida en los países de derecho escrito, sino para los hijos. En medio de todas las solemnidades con las que los romanos rodeaban sus testamentos, un escrito privado parecía no merecerles suficiente confianza y, si habían, por respeto a la voluntad de los padres, sometido a los descendientes a cumplirlo, cuando así se hubiese manifestado, habían sin embargo, exigido la presencia de testigos. ¿Debíamos, pues, rechazar enteramente el testamento ológrafo? Esta forma es la más cómoda y la experiencia nos ha enseñado que de ella no han resultado abusos tales que pudieran determinar la supresión. Era pues, más conveniente hacer común esta forma de testamento a toda Francia".

De allí pasó a muchas legislaciones, de países europeos aunque no podrá negarse que el Derecho Francés tuvo más influencia en los países de reciente formación, que en aquellos que ya contaban con larga tradición jurídica y cuyas formas remóntanse a formas de derecho consuetudinario en los cuales, la admisión de esta forma testamentaria tuvo una evolución propia. Claro está que, desde el punto de vista de codificación, sí fue definitiva su consagración en los demás y este sí es un privilegio que no puede negarse a Francia.

### II. Requisitos del testamento ológrafo.

Dado que el testamento ológrafo se le ha dejado una máxima amplitud ello no significa que la ley admita como testamento, de esta

(3) Jors & Kunkel. D. Romano Privado. Ed. 1953. Madrid. Baudry Lacantinerie, Op. Cit., Nº 1878.

naturaleza, cualquier escrito del testador; es por ello que ha impuesto un mínimo de condiciones en todas las legislaciones que lo aceptan, las cuales son de riguroso cumplimiento, so pena de nulidad del año. Esas se resumen en: 1) la escritura; 2) la fecha, y 3) la firma.

**LA ESCRITURA.**—(4) El requisito consistente en que el testador deba manuscibir el acto en el cual consigna sus disposiciones de última voluntad, se traduce en una limitación para aquellos que no saben escribir. Significa entonces que no será válido aquel que el testador hace sin la conciencia de la acción que despliega al trazar los caracteres que integran la escritura (5).

Por lo demás es casi unánime en las legislaciones aunque no se consigue expresamente el empleo de caracteres alfabéticos (6). Se excluyen por lo tanto los caracteres estenográficos y criptográficos. Se ha discutido al respecto si el empleo de una máquina de escribir puede ser admitido para la validez de un testamento. Los autores han tenido no pocas discusiones y la misma jurisprudencia de los diferentes países no parece haberse puesto de acuerdo. Nos parece sin embargo, que la autenticidad del testamento ológrafo radica en que sea hecho de mano del testador, manuscrito por éste; de ahí viene el nombre; el empleo de cualquier otro instrumento, ajeno a la mano del hombre, iría en primer lugar contra la naturaleza del acto mismo y en segundo lugar nadie puede negar que de esta manera se le quitaría uno de los elementos básicos para dar fe de su autenticidad (7).

(4) En realidad desde la remota antigüedad, el hombre busca siempre un medio de consignar su voluntad, en forma de conservarla, perpetuarla o hacerla conocer de los demás. Entre los pueblos antiguos se distinguió la escritura jeroglífica de los egipcios consistente en la utilización de una pequeña caña puntiaguda, mojada en tinta especial preparada con agua, goma y tintas vegetales, con la cual trazaban ciertos caracteres que con el tiempo se distinguieron de los empleados en ritualidades y los utilizados para los comunes menesteres. Empleada más de 3000 años, hasta que la evolución sucesiva introdujo nuevos sistemas que la hicieron caer en desuso. Distinguióse también la llamada escritura mesopotámica más conocida como cuneiforme bien extendida en Siria, Palestina, Asia Menor y Persia. Finalmente nació el alfabeto. En Fenicia, un espíritu de síntesis redujo a 22 letras el equivalente a los sonidos elementales de la voz humana. Y esta nueva forma extendióse con increíble rapidez. Se dice que Cadmo la introdujo en Grecia, y mejorada por éstos pasó a los romanos y de allí hasta nuestro tiempo. Seccar Elauri. Historia Universal. Ed. 1956. Bs. Aires, Ducudray. Historia Universal, 1945.

(5) El artículo 3641, C. Argentino es uno de los pocos que expresamente consigna el requisito de que sea escrito con caracteres alfabéticos.

(6) Repertoire de Droit Civil Français. 641. Baudry Lacantinerie, Op. Cit. N° 1900, ss.

(7) La jurisprudencia francesa ha considerado que un testamento ológrafo hecho a máquina no conlleva la huella de la personalidad de su autor. Foigne Manual D. Civil, Tomo 3, pág. 473. civ 19 Marzo 1936. En Francia se está afianzando sin, embargo, una doctrina liberal o ultraliberal; está fundada en que los redactores del c. civ. estaban en imposibilidad de prever la utilización de procedimientos mecánicos desconocidos. Por ello dispuso que el testamento fuese escrito "de la main du testateur, pero sin entrar a considerar los instrumentos de que aquella mano se vale: lápiz, estilógrafo, bolígrafo, máquinas de escribir, etcétera. De todas maneras está claro que la tesis no tiene aceptación definitiva, puesto que podría argüirse que no por no estar en la ley es lícito. En efecto debe observarse que si bien existió la imprenta no se permitió su empleo precisamente porque se quería aceptar la forma autógrafa para facilitar la identificación. Josserat. Droit Civil Français. N° 1271. Ed. París, 1945.

En cuanto al idioma no existen discrepancias y se admite que pueda hacerlo el testador en el que mejor le parezca. Finalmente lo que concierne al material empleado por la ley no hace ninguna exigencia. Podrá emplearse el lápiz, la tinta cualquier otro colorante como dice algún autor (8) el testamento sería válido aunque el testador lo hubiera escrito en un vidrio tallándolo con un diamante.

Nos resta analizar lo referente a la **intervención de un tercero en la hechura del testamento**. En principio los autores estaban acordes en que una palabra, de mano extraña en el testamento ológrafo produce la nulidad. Pero al respecto debemos realizar varias distinciones y plantear algunas hipótesis:

a) **La intervención de un tercero para inspirar o dictar las disposiciones del testador.**

Aquí, en realidad, salvo el caso de una verdadera sugestión, maniobras fraudulentas, etcétera, no se afecta la independencia del testador. En efecto ello viene a constituir una prueba más de la prudencia del testador pues, cuando ignora la ley o no tiene la instrucción suficiente para expresar su voluntad acude a un tercero. Baudry Lacantinerie trae un ejemplo; dice: el testamento en la forma ológrafa podría ser válido si el testador ha copiado un modelo, redactado por otra persona de confianza a quien haya encargado de dicha misión, después de haberle expresado verbalmente su voluntad.

b) **Intervención de un tercero en la escritura misma del testamento.**

Aquí también se imponen ciertas distinciones. En primer lugar, como antes se expresó, puede sentarse una regla uniformemente acatada y que no admite excepciones: Las disposiciones de un testamento ológrafo escrita por una mano que no sea la del testador implica nulidad absoluta.

En segundo término importan algunas disquisiciones de los autores. En orden a establecer si la nulidad por dicha causa es total o si solo la disposición agregada de mano extraña es nula. Algunos sostienen que debe atenderse al tiempo en que la intervención foránea tuvo lugar. Es así como se manifiesta que, si fue posterior, la disposición debe tenerse por no escrita, anulándola, pero sin afectar la validez total del testamento, pues de lo contrario ello sería abrir las puertas a la malicia de aquellas personas que viéndose afectadas en sus intereses por cualquier otra causa produjeran la nulidad del testamento, simplemente agregándole alguna disposición o algunas líneas.

Ahora bien, si la intervención foránea tuvo lugar en el momento de la confección del testamento interesa aprender, para ver si hay o no nulidad, el conocimiento del testador. Es decir, si la intervención del tercero tuvo lugar con anuencia del otorgante el testamento será

(8) Barrel y Soler. D. Civil Español. Ed. 1955. España. Tomo 5310 ss. Josserant. Op. Cit. Tomo 3. N° 1276 ss.

absolutamente nulo en su integridad. Si la intervención fue realizada sin conocimiento del testador será nula, solamente la disposición. Será por lo tanto de gran importancia la determinación del conocimiento aludido lo cual pertenece al juez respectivo, quien deberá atender para ello no solo a medios intrínsecos suministrados por el mismo testamento, sino también a los restantes indicios, documentos, testimonios, etcétera, con miras a obtener un grado de certeza suficiente para adoptar una decisión. Desde otro ángulo de vista, con el mismo objetivo, interesará determinar en qué momento tuvo lugar la intervención extraña. Ciertamente que ello es difícil, pero no imposible. Oigamos al respecto las palabras de Demolombe:

“Lo escrito contra la voluntad del testador en vida de él o después de su muerte no podría traer la nulidad del acto porque no se puede dar a un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular. La única dificultad que se presenta es saber si la escritura extraña que se encuentra en el testamento ha sido o no hecha contra la voluntad del testador; mas esta es una cuestión de hecho que se debe abandonar a la apreciación del juzgador, apreciación que no es tan difícil como parece. La regla general es que no hace parte del testamento todo lo que no está escrito de manos del testador. Por este medio si el testamento reducido a lo que está escrito de su mano presenta un sentido complejo, suficientemente claro, se ejecutara sin tener en consideración las adiciones emanadas de una mano extraña. En caso contrario, el testamento no valdrá, porque no se podría buscar en las adiciones de otra mano el complemento a la explicación del pensamiento que no siendo suficientemente claro, debía quedar sin ejecución.

Nos resta por anotar finalmente una breve apreciación sobre el tema de las “Interlíneas”. Al respecto valen las argumentaciones antes mencionadas. Así tendremos que se tomarán por nulas o mejor, por no escritas, si fueron agregadas con posterioridad por mano extraña. Para que vicie el testamento será necesario que hubiesen sido incluídas con el conocimiento del testador. De lo contrario, caemos en la anterior hipótesis. Por el aspecto probatorio, creemos que vale la pena también hacer las siguientes observaciones relacionadas con la intervención ajena, en lo que respecta a la agregación de palabras, frases, etc. Si es posterior a la confección del acto, no hay problema; en principio hay, pudiéramos decirlo, una presunción la de que no ha intervenido la voluntad del causante y por tanto la disposición no vale, pero no se logra la destrucción total del testamento. Habría que probar el consentimiento del testador. Si la intervención es coetánea existe por el contrario la presunción de que el extraño ha obrado de acuerdo con el de cuyos y por tanto, se cae en la nulidad total; para la validez habría que probar que el testador no tuvo conocimiento de esa ingerencia.

#### c) La intervención de un tercero en calidad de asistente.

Al respecto parece muy difícil establecer una regla general y absoluta que regule la materia. Algunos autores se hallan acordes en

considerar que si el testador estaba sometido a tal enfermedad que necesitó que una mano extraña pusiera la pluma en sus manos y guiara sus movimientos para la formación de las letras, existe una presunción de nulidad e inclusive, que ella se ha estructurado por no cumplirse el requisito en virtud del cual el testamento debe ser obra **manuscrita** del testador. La manuscrición ha sido mecánica; el testador prácticamente no ha tenido conciencia plena del movimiento que su voluntad trataba de impartir a su mano; tanto es así que una mano extraña lo ha guiado.

Dentro de otra hipótesis, no tan extremista, se contempla la circunstancia de un testador que hallándose afectado de una semiceguera requiriera la ayuda o asistencia de un extraño en orden a facilitarle la disposición material de su escritura en el papel. En tal caso, a pesar de que ha habido casos de admisión de validez en la jurisprudencia, especialmente francesa como lo relata Baudry Lacantinerie, no nos parece que pudiera admitirse la solución como regla.

En efecto, la incertidumbre que en tal caso se presenta sobre el grado de influencia del tercero en el testador restringe la garantía de independencia. Será el juez quien aprecie las circunstancias que rodean el otorgamiento.

**LA FECHA.**—Aquí se entiende por fecha la indicación del día, mes y año que corresponde al calendario; pues bien, tratándose del testamento ológrafo, las diversas legislaciones exigen que se designe por mano del testador. En efecto consideran que es un elemento sustancial e importante para fijar con relación a éste, la capacidad y además establecer cuando hubiese varios testamentos, la primacía de una sobre otro (9).

En el antiguo derecho francés esta designación no había sido calificada de sustancial por lo que podía faltar sin afectar la validez del acto. Esto, sin embargo, no continuó en la ordenanza de 1735 la cual castigó con la pena de nulidad la omisión, efecto que se perpetuó en el Código de Napoleón. Los autores, sin embargo, si bien estiman la fecha elemento básico, algunos opinan que no puede establecerse como regla general. Baldassarre piensa que la fecha no adquiere importancia sino en determinados casos, puesto que considera sustancial la voluntad del testador y no la fecha en que se hizo su declaración de voluntad. Estima interesante este elemento en el caso de que esa voluntad “haya sido expresada en dos ocasiones, es decir cuando el testador ha

(9) La fecha representa el punto de apoyo en el tiempo para la declaración de voluntad y especialmente importante por cuanto sirve de referencia para fijar la capacidad del otorgante y además para establecer la prelación entre varios actos testamentarios, pero sin llegar a considerar como elemento más sustancial. *Rebora. D. Sucesión. Arg. 1958. Tómo 2º, Nº 489.*

suscrito dos o más testamentos, y teniendo en cuenta que el posterior invalida el primero; y también cuando nos informa acerca de la fecha en que actuó el testador comprendiendo así alguna incapacidad" (10).

La mayoría de los tratadistas consideran que, siendo la fecha una de los pocos requisitos pedidos por la ley para la validez del testamento ológrafo, es lógico considerarla como uno de los **requisitos ad substantiam actus** y por lo tanto aun en el caso de que el testador hubiese otorgado un solo testamento y de que no se hubiese padecido ninguna incapacidad, la simple omisión de la fecha conduciría a la nulidad. La rigidez de esta unánime opinión ha sido atemperada por la jurisprudencia francesa y por la de las restantes legislaciones que consagran esta forma testamentaria admitiéndose que, si bien la palabra, implica la designación del día, mes y año bastarán con los dos primeros factores de determinación. Aceptaron de este modo una sustitución de la forma de expresión; es decir, se admite como válida la fecha expresada así: viernes santo de 1900, San José de 1956, etc.

Nos resta por examinar otras dos modalidades que se pueden presentar a torno a la fecha. Nos referimos a la **Inexactitud y la Fecha Incompleta**.

En cuanto a lo primero, algunos autores opinan que debiendo la exactitud de la fecha ser inexcusable cualquier error, advertido o inadvertido al respecto produce la nulidad. Pero esta doctrina extremista no ha sido siempre reconocida; es así como para Jossierant debe tomarse en cuenta la voluntariedad. Si el error o la inexactitud fue debida a una distracción del testador como si pone 1899 en vez de 1999 se admite que pueda componerse atendiendo a los elementos internos del acto, es lo que Jossierant llama la prueba intrínseca del acto (11). En cuanto a lo segundo, o sea, la fecha incompleta los tratadistas han discrepado. Algunos con firmeza sostienen que como la ley ha exigido el requisito de la fecha y la fecha consta de los elementos día, mes y año, faltando cualquiera de estos no se cumple con la fecha y se omite la condición legal con la conclusión en la nulidad. Otros sostienen, a nuestro parecer con acierto, que debe atenderse a los elementos intrínsecos del testamento para ver si suministran los indicios suficientemente claros para producir una certeza idónea para permitir al juez indicar el dato que se ha omitido (ejemplo dado por Prayones en su obra D. Testamentario: Si una persona fecha su testamento, Mayo de

(10) En materia de reparación se admite que el error involuntario no anula aunque no todos los medios de prueba son admitidos a tal objeto. Solo los que suministre el testamento. Lacantinerie. Colln. Tomo 2º, 1924, ss. El Art. 3643 del C. C. Arg. nos dice que una fecha errada puede ser considerada suficiente cuando el vicio es el resultado de una simple inadvertencia y existiendo en el testamento mismo enunciaciones o elementos materiales que fijen la fecha de una manera cierta.

(11) A esta conclusión se ha llegado por vía de jurisprudencia en Francia. En otros países como Argentina consagran un artículo especial al efecto: el testador no está obligado a redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha; si escribe sus disposiciones en épocas diferentes puede datar y firmar cada una de ellas separadamente o poner a todas la fecha del día en que termine su testamento, Art. 3647, C. C. Argentino.

1955 y luego al final del mismo dice "termino este testamento hoy día de mi cumpleaños y se comprueba que corresponde al 14 de Mayo, la fecha incompleta viene a sanearse con la cláusula final del texto y por lo tanto el testamento es válido). Es claro que si el testamento no suministra los elementos suficientes para la determinación, el acto será nulo dado que al juez no le será permitido acudir a pruebas extrínsecas al testamento para tal objeto.

No puede omitirse el caso de **Falsedad** también aludido por Prayones cuando dice:

"La fecha puede ser falsa cuando en virtud del mismo testamento se puede llegar a la conclusión de que no ha sido hecho el día indicado".

Lo mismo sucedería cuando el testador habiendo sido afectado por una inhabilidad establecida por la ley, por ejemplo, interdicción, resuelve antedatar su testamento. Aquí es interesante aclarar que, la jurisprudencia francesa y en general la doctrina de los autores, admiten para esta situación toda clase de pruebas. Será entonces de cargo de los interesados en obtener la nulidad, el aporte de las pruebas pertinentes.

**El lugar y fecha.**—La ley francesa, si como la generalidad de las legislaciones no determina el lugar que debe ocupar la fecha en el cuerpo del testamento. El principio imperante es que ella puede aplicarse a todas las disposiciones del acto, considerándose nulas aquellas que no fuese posible incluir dentro de una fecha cierta. Cuando se comienza por ella, encabezando el testamento, hay completa uniformidad. No sucede lo mismo cuando ella se coloca al final, en especial después de la firma, como acontece en la redacción de algunas cartas o notas especiales. Aquí, según algunos autores, terminando todo acto con la firma se estimará que el acto no tiene fecha. Es un poco extremada esta posición en razón de lo cual la jurisprudencia en general admite la validez de una fecha colocada después de la firma, siempre y cuando se encuentre a renglón seguido de esta. Interpretación que debemos considerar acertada.

**UNIDAD.**—Respecto de la fecha, hemos de hacer otra observación. Si el testador ha creído conveniente dedicar varios días a la redacción de su testamento puede plantearse el interrogante de saber cual ha sido la fecha que rige el testamento. Al respecto hay uniformidad de interpretación en el sentido de que bastará poner la fecha de la terminación, la cual valdrá para todas las disposiciones testamentarias. Es por ello precisamente que no podría anularse un testamento que lleve dos fechas diferentes, una al principio y otra al final, cuando la distancia entre la una y la otra pueda considerarse como el término durante el cual el testador redactó su testamento. Puede ser que el testador haya escrito su testamento en varias partes escritas, sin blancos intermedios, cada una de ellas con su fecha y firma. En tal caso, será válido el testamento siempre y cuando el juez pueda observar que estas diversas disposiciones forman en su conjunto un testamento único (12).

(12) Tratado de Derecho Hereditario, Tomo V, pág. 279.

Puede suceder igualmente que el testador haga muchas disposiciones firmadas, pero sin fecha y la última disposición si contenga esta mención; la fecha última será la que cubra las restantes disposiciones testamentarias. Por el contrario, como nos lo dice De Gasperi: (19) existiendo varias disposiciones firmadas, pero sin fecha y el testador exprese al final que no fecha sino la última, serán nulas las restantes disposiciones por no existir unidad completa, lo cual se deduce del texto del testamento o mejor de la voluntad del testador. Asimismo, en la misma situación, si la última disposición va fechada, pero no firmada se llegaría a la nulidad de las primeras disposiciones por la razón enunciada y la nulidad de la última por ausencia de la firma.

El mismo autor contempla otra hipótesis, siguiendo la jurisprudencia francesa y sus autores doctrinarios cuando expresa:

“Si por el contrario y a continuación de disposiciones datadas pero no firmadas, redactase el testador disposiciones firmadas, pero no datadas, todas serán válidas porque como nos enseña Aubry y Rau, la fecha, aunque consignada en mitad del acto, a continuación de las primeras disposiciones, se aplica igualmente a las que siguen, y la firma puesta al pie de ellas, completa y confirma todo el testamento. No fijando la ley dice Duranton el lugar que en el testamento debe ocupar la fecha, puede ella encontrarse al comienzo o al final del acto y también, en el cuerpo del mismo” (13).

#### **El testamento ológrafo en varias hojas separadas**

Han surgido, en ocasiones, dudas sobre si el testamento ológrafo puede hacerse en varias hojas separadas. La negativa fue sostenida por algunos tratadistas; sin embargo, esta tendencia ha sido rechazada con acierto, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina general que admite, en tales casos, la validez del acto, pero con una condición: que resulte incontrastablemente probado que la escritura de las diferentes partes se realizó en forma seguida y continua. Y en cuanto a la fecha aquella validez no se afectará si ella aparece solamente en la última hoja, acompañada de la firma. Se aplicarán los principios antes vistos. Otro requisito se exige también: que aparezca de la intención del testador que las diversas hojas no constituirían más que un solo testamento. No es indispensable, por lo demás, que las diversas hojas tengan entre sí una ligazón material; bastará que se pueda apreciar una unión o relación intelectual, más aún, si tenemos en cuenta que las diversas legislaciones no indican cómo debe ser dicha ligazón. La jurisprudencia ha contemplado igualmente la validez del testamento ológrafo escrito parte en una hoja y parte en la cubierta que la encierra, fundándose en el cumplimiento del requisito de la unidad intelectual que demuestra que los dos contextos no formaban más que un solo acto.

(13) Opt. Cit. ibidem.

Y, en cuanto el testamento se halla en una cubierta con fecha, a la cual posteriormente se agrega otra, ésta última se considera válida, siempre que entre una y otra la ligazón se aprecie claramente, en orden a probar la estructura de un solo acto.

#### **Del lugar en que se otorga**

La jurisprudencia, la doctrina y los autores de los diversos países están acordes en afirmar que, la mención del lugar donde se otorga el testamento ológrafo no es indispensable para la validez del acto. Es claro entonces que si resulta errado, no implicará nulidad, cuando dada la mención se pueda apreciar una falsedad en la fecha, pero la nulidad provendrá en tal caso, no de la mención del lugar sino de la falsedad de la fecha.

#### **LA FIRMA DEL TESTAMENTO OLOGRAFO**

Otro de los pocos requisitos exigidos por las leyes con relación al testamento ológrafo y por lo mismo sustancial a su naturaleza es la firma. Según el artículo 221 de la ordenanza de 1629 (francesa) la firma se compone del nombre de familia, es decir, del apellido de la persona. Este principio se aplicó rigurosamente por algunos autores en virtud de la ausencia de un texto legal que definiera el punto; otros, en cambio, afirmaron que no bastaba colocar el apellido sino que debían colocarse los nombres seguidos del apellido, tal como consta en el acta de nacimiento o en la Fe de Bautismo. Sin embargo, la tendencia moderna y más acertada sostiene que por “firma” debe atenderse “a la misma que el de cuyus acostumbraba a poner en todos los actos de su vida” (14). Así se aplica el antiguo aforismo romano que dice: “Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt qui alio quolibet modo intelligantur nihil interes”. Rébora desarrolla muy bien esta tendencia moderna cuando nos dice:

Pero ese poner un nombre, no es ponerlo como una plana de caligrafía con todos los caracteres alfabéticos que correspondan a la respectiva expresión fonética. Es más que eso y menos que eso. Es más, en cuanto para la mayoría de las personas, la firma se distingue de la manuscrición general, así como el firmar —hecho que no podría confundirse con el de escribir un nombre aun cuando fuera el propio nombre— caracteriza un acto específico, que corresponde a determinada actitud o a determinada obra de

(14) Puede ser aquella que el testador acostumbró en vida para los demás actos en que ella se requería. Baudry Lacantinerie & Colin. Pp. Cit. 1964. “Firmar un acto es poner en él un nombre, es decir, algo que se manifiesta como elemento determinativo del sujeto y cuyo régimen jurídico entre nosotros por lo menos, está determinado por la costumbre. Pero no se trata de poner siempre la firma completa, puesto que se ha admitido por excepción que no es regla general, el que una firma irregular o incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuyese acostumbrada a firmar de esta manera los actos públicos y privados. Rébora. Op. Cit., N° 490 y ss. Nombre de una persona que ésta pone su rúbrica al pie de un escrito. El testamento ológrafo será válido cualquiera que fuese la firma habitual del testador.

anuncio, de mandato, de reconocimiento y contiene y retiene el rasgo voluntariamente creado por aquel que actúa o se dispone a actuar; la firma pues, significa principalmente una afirmación expresada bajo la forma de "hème aquí". Es menos, porque precisamente la señalada particularidad que en cierto modo la asimila a un sello, resta importancia a la presencia de todos sus caracteres alfabéticos; consciente en la supresión deliberada o automática de algunos de esos caracteres y tolera la transformación de otros en términos que a veces equivalen a la misma supresión.

Finalmente en cuanto al lugar que debe ocupar la firma en el cuerpo del testamento la generalidad de los autores consideran que ella debe verse al final del acto, terminándolo. Ya vimos que una primera excepción a este criterio cuando admitíamos que la fecha podía ir después de la firma. Además podríamos agregar que la jurisprudencia francesa y la de otros países han considerado como válido un testamento ológrafo que, sin firma se coloca en una cubierta que sí va firmada, siempre y cuando las precauciones del testador hayan sido tales que realmente la firma cubra el testamento impidiendo la sustitución.

Con estas bases podría decirse que la firma del testamento ológrafo vale cualquiera que sea el lugar que ocupe en el testamento siempre y cuando que ella permita apreciar la intención del testador de que dicha firma comprenda todas las disposiciones del acto.

#### Disposiciones adicionales

Al respecto y resumiendo nos bastará decir que el testamento ológrafo puede contener interlíneas y disposiciones adicionales en el margen o después de la fecha, y firma siempre y cuando hayan sido escritas por mano del testador y que por su contexto pueda deducirse que fueron escritas al mismo tiempo que el testamento y formen un todo con él.

Para ella en lo que se refiere a la firma y fecha hemos de hacer una distinción: en primer lugar si esas adiciones contienen nuevas disposiciones testamentarias que cambien o modifiquen otras del mismo testamento, deberán ir firmadas y fechadas so pena de nulidad; en segundo lugar si esas adiciones han sido escritas por el testador solo para explicar o aclarar algunas disposiciones o cláusulas testamentarias, sin que por ello impliquen ninguna modificación tienen plena validez y no requieren firma adicional. El poder interpretativo a este respecto, creemos que debe dejarse a la soberanía del juez.

#### EL TESTAMENTO OLOGRAFO EN CARTA MISIVA

Ha sido otro interrogante conocer si podía testarse en carta misiva, empleando la forma ológrafa. Al respecto vale la pena recordar que antes de la ordenanza de 1735 si era autorizado hacerlo, fundándose los jueces en una jurisprudencia constante que venía de antiguo;

el artículo 3 de la citada ordenanza declaró este medio inexistente. Establecía la nulidad y a pesar de ello el Código Napoleónico no reprodujo la prohibición.

Aquella expresión de Bigot Premeneau, según la cual "es cierto que las disposiciones que sean hechas por signos o por carta misiva no serán admitidas" se ha calificado como una mera opinión personal y no podría prevalecer contra el texto del artículo 970 C. C. Francés, que implícitamente autoriza el testamento por carta misiva. Esta es en general la opinión que predomina en las legislaciones siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1º—Que se compruebe la intención que ha tenido el testador de expresar así sus disposiciones de última voluntad.

2º—Que se cumplan los requisitos mínimos exigidos por las leyes a saber: cripción, fecha y firma.

En la actualidad conocemos solo la Legislación Argentina como consagratoria de la prohibición de la citada ordenanza de 1735. Y es que Vélez Sarsfield dispuso en el artículo 3648 todo lo contrario de la casuística y la doctrina existente en Francia y demás países que consagraron esta forma testamentaria expresando que:

"El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra escribir sus negocios. Las cartas, por expresas que sean respecto de las disposiciones de los bienes no pueden formar testamento ológrafo".

Pero la doctrina imperante en Francia ha influido notoriamente en el Derecho Argentino hasta el punto de que en la casuística contemplada por los tribunales ha tratado de salirse de los moldes de la citada disposición bajo el argumento de que lo que está prohibido es el otorgamiento por carta y no el contenido en una carta. Rébora en nota a su exposición nos dice que, atendiendo a la naturaleza del testamento ológrafo nada impediría que un escrito dirigido a X persona acompañado de las fórmulas más usuales: muy estimado señor, etc., fuese considerado testamento, si en el cuerpo del escrito se dijese por ejemplo, pongo en sus "manos el presente escrito que encierra mi última voluntad. Sepa usted pues, y sepan quienes me sobrevivan que es mi voluntad otorgar y por medio del presente escrito otorgo testamento e instituyo heredero a NN".

La influencia ha progresado hasta el punto de que ha redundado en los proyectos de reforma al C. C. Argentino. Reproducimos las palabras de De Gasperi en las que brevemente manifiesta el sentido de la reforma:

"Más promovida en 1936 la reforma del Código Babiloni esbozó el artículo 3025 de su anteproyecto por el que se decide exactamente lo contrario, o sea que "el testamento ológrafo puede ser redactado bajo la forma de carta misiva o inserto en un libro doméstico las noticias o enunciaciones relativas a disposiciones testamentarias hechas en una misiva por detalladas que fue-

sen no constituyen testamento si de ellas mismas no resultara lo contrario". En la nota que le sigue "nadie sostiene ya que no puede hacerse testamento en registros, cartas y hasta sobre tablas, muros y cristales". No existe motivo para impedirlo y al contrario, está de acuerdo con las necesidades que el testamento ológrafo trata de proteger. En un accidente de ferrocarril puede extenderse el testamento en lápiz en las hojas de una cartera, por ejemplo y sería incomprensible que la ley se opusiera a ello. Hasta puede hacerse en la cartera de otro y las circunstancias explican suficientemente el hecho. Esta ponencia mereció los auspicios de la comisión argentina de reforma del código, según puede verse en el artículo 2038 de su proyecto, mejor redactado sin duda que el propuesto".

Dejando a un lado esta intromisión en la Legislación Argentina, ha de expresarse que pertenece a los jueces de fondo decidir por interpretación de la carta misiva hallada en un sobre, acompañada de un testamento que ha sido la intención del testador agregar otra disposición de bienes. En síntesis, es él quien mediante estudio del contexto de la carta determinara si ella implica la voluntad del otorgante de que ella se estime su testamento. Para ello nos parece que deberá atender únicamente a la prueba intrínseca, suministrada por el acto mismo y no a elementos extraños buscados por el juez o presentados por los interesados en la calificación del acto como testamento.

\* \* \*

Véase II Parte: De la fuerza probatoria del testamento.

Protocolización del testamento ológrafo.

Apreciaciones sobre el testamento ológrafo. Vigencia en Colombia.

Ventajas y desventajas de su adopción en la Legislación Nacional.