

# Las conferencias del Dr. Ferrara

## V

### CONCEPTO DEL TESTAMENTO

La delación hereditaria puede tener lugar por *voluntad* del sujeto del patrimonio o *por mandato de la Ley*. El artículo 667 del Código civil define el testamento como el acto por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte: el testamento es un acto de última voluntad, de disposición del patrimonio. Definición que corresponde en cierto modo a la de Modestino: «testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo quod quis post mortem suam freri velit» (1 Dig., 28, 1). Pero caería en error quien creyese que el testamento moderno es semejante al romano y mera reproducción del mismo. Porque la antítesis entre estos dos tipos de testamento, deriva del mudado concepto de sucesión. En el Derecho romano la sucesión en el momento de la muerte, no se limitaba simplemente, como ahora, al paso de los bienes desde el difunto a los herederos, sino que era en cierto modo como una sucesión al trono de la familia, con carácter político, y el testamento era el acto de designación solemne del nuevo jefe. Por eso el testamento romano tiene un contenido esencial e inderogable: la *institución de heredero*, que es hecha en forma imperativa y solemne. Sin ella no hay testamento, y por lo tanto, la institución de heredero debe ser colocada al principio del testamento y todas las disposiciones que la preceden son nulas.

El heredero llamado se hace cabeza de la familia, y en consecuencia de tal carga recoge el patrimonio, asume las responsabilidades del difunto y conserva el culto de los lares domésticos. La ad-

quisición patrimonial no es más que una *consecuencia* de la posición personal de cabeza de familia, de la sucesión en la soberanía. Por esto es también imposible en el Derecho romano la coexistencia de ambas sucesiones, testada e intestada, porque cuando se había nombrado un heredero, éste adquiría el *as* entero. El testamento podía contener también disposiciones patrimoniales a favor de tercera persona, como los legados o disposiciones de naturaleza personal o familiar, nombramiento de tutores, manumisión de siervos, etcétera; pero era siempre necesario que el testamento comenzase con el nombramiento de heredero, mientras era absurdo que un testamento se compusiese tan sólo de legados, como puede suceder actualmente. El testamento podía tener codicilos, esto es, disposiciones añadidas para las relaciones particulares.

Pero el testamento romano, íntimamente unido a la constitución gentilicia de la familia, se había venido transformando en el mismo derecho imperial y concluyó por desaparecer en la Edad Media. Los pueblos germanos no conocían el testamento, porque estaba vigente entre ellos la propiedad colectiva y la transferencia del patrimonio tenía lugar en la familia solamente por disposición de la ley: «*Deus solus heredes facere potest*». Pero se admitían las adquisiciones de otras categorías de bienes por medio de disposiciones de última voluntad y hacia el siglo XIII, con el renacimiento de los estudios del Derecho romano, se puso de nuevo en uso la forma del testamento; mas el testamento moderno se parece sólo de nombre al antiguo, porque su sustancia y su espíritu han cambiado y las nuevas ideas le confieren un contenido completamente distinto: el de una simple disposición patrimonial.

El testamento de hoy deriva históricamente del codicilo romano. El testamento romano es enteramente distinto del testamento moderno: el uno es un llamamiento a la soberanía de la familia, el otro es un simple acto de disposición *mortis causa*. De aquí, el principio establecido en el artículo 764: el testamento será válido *aunque no contenga institución de heredero*, o aunque ésta no contenga la totalidad de los bienes, y que por lo tanto, un testamento puede consistir en una simple distribución de legados, y en su virtud el principio de la coexistencia de la delación testamentaria con la legítima, que por el contrario eran inconcebibles; según la concepción romanista.

Este diverso concepto del testamento moderno ños debe guiar en el análisis de las normas y figuras jurídicas correspondientes. Examinemos los caracteres especiales :

1.º El testamento es un *acto jurídico*, una declaración de voluntad. *Acto unilateral*, porque la sustancia del testamento está suministrada por la voluntad de sólo el testador, mientras la voluntad del heredero aceptante, prescindiendo de las diversas funciones que llena, en orden a la confirmación de la adquisición hereditaria, provocada por la ley, no concurre a la producción del efecto jurídico, porque se añade a dicha voluntad. Sería erróneo comparar la aceptación de la herencia a la aceptación de una donación, porque mientras la donación aceptada no tiene valor, el testamento produce efecto independientemente de la aceptación del heredero: la donación es un contrato, el testamento un acto unilateral. Pero, puesto que el testamento es una *declaración de voluntad*, es necesario que reúna los requisitos sustanciales de todo acto jurídico, y por esta razón, si la voluntad falta de un modo absoluto (testamento en broma, testamento falso, modelo de testamento hecho en cátedra *docendi causa*), el acto no existe, o si la voluntad está viciada por errores, el acto puede ser impugnado según las prescripciones legales.

2.º El testamento es un acto solemne. No toda declaración de voluntad del difunto vale como testamento, sino solamente aquella declaración de voluntad que el difunto ha manifestado en la *forma y con las solemnidades prescritas por las leyes*. Estas formas son la *garantía* a la que la ley subordina el reconocimiento y la eficacia de la voluntad del testador. En su virtud no basta que se pueda deducir una determinada voluntad de *de cuius*, de favorecer a ciertas personas o de dejar a las mismas bienes especificados, sino que es necesario que esta voluntad resulte de un *acto formal*, ya sea el testamento ológrafo o el testamento autorizado por un funcionario notarial (abierto o cerrado), o testamento en forma especial.

*Sin solemnidad*, el testamento no existe, y si no se observan las formas del testamento, el testamento es nulo (artículo 687 del Código civil); así lo dice expresamente nuestro legislador, haciendo aplicación del principio de la nulidad en un caso particular. En España, era usual en los testamentos la llamada *cláusula reservatorio*, por la cual el testador declaraba que se debían considerar válidas las declaraciones hechas en *notas o documentos privados*, añadiendo a ve-

ces la indicación de una *contraseña distintiva* para identificarlas. Pero en la práctica surgían dificultades, porque la señal o la cifra de identificación se hubiese olvidado, o porque se prestase a dudas, y por esta razón la ley ha establecido taxativamente que estas cédulas o documentos privados del testador no tienen validez, sino en cuanto reúnan los requisitos de un testamento ológrafo (artículo 672 del Código civil). Con mayor razón no pueden valer como testamento las *instrucciones verbales* dadas a las personas de confianza para la distribución de los bienes después de la muerte.

3.º El testamento es un *acto de disposición del patrimonio para después de la muerte*. El testamento debe contener esencialmente un *acto de disposición patrimonial*. Es el acto con el cual una persona dispone para después de su muerte, del todo o parte de sus bienes (artículo 667 del Código civil). Si el testamento no contiene ninguna disposición relativa a bienes, no es testamento. Ciertamente, en el testamento pueden hallarse contenidas otras declaraciones de voluntad, como el nombramiento de un tutor (artículo 204 del Código civil), el reconocimiento de un hijo ilegítimo (artículo 131 del Código civil), y también disposiciones relativas al modo y forma del enterramiento o a los funerales, o la voluntad de cremación, disposiciones sobre el propio cadáver, dejado a una clínica, y después consejos y recomendaciones a los hijos, profesiones de fe, político, etc. El testador, con frecuencia en este último soliloquio ante la eternidad, puede expresar convicciones políticas o manifestaciones de fe; pero todo esto no es testamento. Es necesario que exista una disposición del patrimonio, esto es, adjudicaciones de bienes; esto es el *núcleo* del testamento. Naturalmente, no se exige que la disposición sea una liberalidad, puesto que cuando el testador deja la legítima a los hijos no realiza, en verdad, ningún acto liberal, toda vez que aunque no existiese el testamento, los legitimarios tendrían igualmente derecho a aquella porción del patrimonio; sin embargo, esto basta para que haya una disposición relativa a los bienes. Igualmente el concepto de disposición del patrimonio comprende también las declaraciones sobre las deudas, y por este motivo si una persona tiene solamente pasivo y dejó el pago de sus débitos a otras determinadas, o hace simplemente un reconocimiento de deuda, realiza una disposición patrimonial.

Forma típica de disposición patrimonial, es la fundación de una

persona jurídica por medio de un testamento, en el cual, en vez de una asignación de patrimonio a favor de un heredero preexistente, se constituye la dotación patrimonial de una entidad futura, disposición naturalmente subordinada al reconocimiento legal.

Cuando en el testamento se hallan contenidas disposiciones de índole diversa a las que se refieren a una atribución económica, como el nombramiento de un tutor, el reconocimiento de un hijo y otros semejantes, estos *actos de derecho familiar*, en cierta manera se encuentran ocasionalmente añadidos al testamento; pero son independientes del mismo, por lo que *conservan su eficacia*, aun cuando el testamento, por cualquier razón, resulte ineficaz en cuanto a los efectos patrimoniales; así en el caso de revocación o de incapacidad o renuncia del heredero instituido (artículo 741 del Código civil). Si bien estas declaraciones son en cierta manera *autónomas*, es indispensable, sin embargo, que en su origen se hallen contenidas en un acto que, formal substancialmente, revista los caracteres de testamento.

4.º El testamento es un *acto personal*, y aun dice la ley un *acto personalísimo* (artículo 670 del Código civil), el cual debe emanar *directa y espontáneamente* de la voluntad del testador. De aquí dos consecuencias: que no es posible delegar la declaración de voluntad testamentaria en un tercero, dejándolo árbitro de disponer de los bienes en su lugar, sea nombrando los herederos o legatarios que han de recoger la sucesión, sea determinando la porción hereditaria en la cual han de suceder. El testador no puede hacerse substituir o representar en su última voluntad. Si bien es lícito confiar a otros la distribución material o adjudicación de bienes o sumas dejadas a favor de determinada clase de personas, por ejemplo, a los pobres, a los Institutos de caridad civiles (art. 671 del Código civil), es necesario para ello que la voluntad de beneficiar emane directamente del disponente.

Otra consecuencia del principio es la prohibición del testamento colectivo (artículo 669 del Código civil). Se ha dicho que el testamento debe representar la voluntad espontánea del testador, y tal carácter de espontaneidad no puede tenerlo, sino en cuanto el testador dispone solo, sin influencias o ingerencias concomitantes o recíprocas. Por ello, está vedado que dos o más personas hagan testamento en el mismo acto, sea que dispongan a favor de otros.

(testamento mancomunado), o que dispongan recíprocamente el uno a favor del otro (testamento recíproco). En estos casos, la voluntad del uno influye sobre la voluntad del otro y el testamento viene a resolverse en un acuerdo testamentario de varias personas. Por otra parte, este sistema contradiría el principio de la revocabilidad de los testamentos, del que hablaremos ahora, porque o se admite que el testamento mancomunado no se puede revocar sin el consentimiento de todos aquellos que han participado en el mismo, o bien se permite la revocación, y se concluye por permitir que uno de los testadores traicione la confianza de aquellos que han cooperado con él en el acto testamentario. Nótese, sin embargo, que para que haya testamento mancomunado o recíproco es necesario que las disposiciones estén contenidas en el *mismo acto jurídico*, mientras es posible que en el mismo folio estén materialmente escritos dos testamentos sucesivos de personas distintas (así uno en el folio recto y otro en el verso), porque la ley mira a la unidad jurídica de los testamentos, no a su material conjunción. La prohibición del testamento mancomunado no rige en todas las regiones de España, por ejemplo, en Aragón, donde subsiste en este punto el antiguo Derecho foral o consuetudinario (artículo 13 del Código civil). Pero fuera de este caso, la prohibición del testamento mancomunado es de orden público, y, por lo mismo, no será válido en España un testamento de esta clase otorgado en el extranjero por un español, aunque estuviera autorizado por la *lex loci* (artículo 733 del Código civil).

5.º Un postrer carácter del testamento es la *revocabilidad*. Es esta una cualidad tan esencial al testamento, que no se puede renunciar a la facultad de revocar. El testamento debe ser un acto de *última voluntad*; así, pues, ha de representar la voluntad del difunto *en el último momento de la vida*. Y por eso la voluntad del testador debe perdurar *usque ad extremum vitae exitum*. Si la voluntad del testador en el intervalo muda, debe también poderse mudar el testamento. Dice el artículo 737 del Código civil: «Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas. Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento, si no la hiciere»

con ciertas palabras o señales. Para explicar este artículo es necesario recordar sus precedentes históricos.

En el derecho común se admitía que el testador pudiese renunciar a la facultad de revocar mediante cláusulas derogatorias, que era de dos formas: absoluta y relativa. Con las primeras, el testador renunciaba en modo absoluto a la potestad de revocar, con las otras renunciaba con ciertas limitaciones; por ejemplo, el testador decía: «Declaro nulo e ineficaz cualquier testamento posterior mío que no lleve esta señal»; por ejemplo, que no sea escrito con cierto carácter de letra, con cierta tinta, que no empiece con esta fórmula introductiva. Tal sistema era adoptado en el caso de que el testador pudiera ser obligado con la violencia a cambiar de testamento, con el objeto de hacer reconocer como apócrifo y nulo el segundo y posterior testamento, que no contenía aquel lema de contraseña, como la llave del secreto. Pero como podía suceder que el mismo primer testamento que contenía la cláusula derogatoria fuese obtenido por coacción o por dolo, se daba lugar al resultado opuesto de dejar inalterable un testamento fruto de maquinaciones o amenazas; además, podía ocurrir que el testador olvidase las señales indicadas, y entonces la libertad testamentaria quedaba restringida. Por estos inconvenientes, el legislador moderno ha abolido todas las cláusulas derogatorias, y de aquí que el testamento sea siempre expuesto a un cambio de voluntad.

De aquí una antítesis entre donación y testamento: la donación es un acto irrevocable, a salvo las causas establecidas en las leyes, el testamento es un acto esencialmente revocable.

6.º Pero entonces, ¿cuándo se perfecciona jurídicamente el testamento? Se perfecciona en el *momento de la muerte*; *en este momento surge la eficacia del testamento*. Pero antes de la muerte, ¿qué es el testamento? Es erróneo decir, con algunos escritores franceses, que el testamento, antes de la muerte, es el *proyecto* de un acto jurídico, ya que si fuese de tal naturaleza, el momento de la muerte no podría convertirlo en un acto definitivo, sin una nueva declaración de voluntad. Por el contrario, el testamento es un acto ya cumplido, sólo su eficacia es referida al momento de la muerte. Puede decirse que el testamento es un acto imperfecto, en cuanto que para su perfeccionamiento debe concurrir otro elemento jurídico: la muerte del testador, porque solamente entonces

el testamento desenvuelve su potencialidad jurídica. Y puesto que el testamento se perfecciona y produce efectos en el momento de la muerte, es necesario *tener en cuenta este momento* para todos sus particulares efectos. En primer lugar, *antes de la muerte* del testador, el heredero llamado no tiene ningún derecho, sino una simple expectativa de derecho, tutelada en cierto modo por el ordenamiento jurídico. Además, al momento de la muerte debe referirse la valoración de la capacidad o la incapacidad del llamado a suceder. Si uno hace un testamento en favor de un incapaz, no se puede decir por esto que el testamento sea nulo, es necesario esperar al momento de la muerte, porque si en este instante la persona es capaz, la disposición adquiere pleno valor. Así también por lo que toca al objeto de la disposición testamentaria, no se debe atender a los bienes que el testador tenía en el momento de otorgarse el testamento, sino al momento en el que se abre la sucesión. De igual modo, la capacidad para disponer por testamento debe ser apreciada con referencia al momento de la muerte. Si actualmente la ley fija la porción legitimaria de los hijos en una cierta medida, por ejemplo, los dos tercios as hereditario, y el testador otorga una disposición que exceda de tales límites, pero más tarde, una ley nueva reduce la cuota a la mitad, el testamento resulta eficaz, porque es preciso atender a la ley vigente en el momento de la muerte, no a la que rigió en vida del testador.

Lo mismo se dice en las relaciones de derecho internacional privado. Si un testador español hace un testamento en el cual dispone de todos sus bienes a favor de extraños, sin observar las reglas sobre la legítima, el testamento se valora según la nueva nacionalidad adquirida, y por esto, si el español se naturaliza como súbdito británico, desde el momento en que en la ley inglesa no exista una cuota o reserva legitimaria, los herederos no pueden alegar ningún derecho, ni impugnar el testamento, porque la sucesión se regula según el nuevo ordenamiento jurídico, a que se ha sujetado por el cambio de nacionalidad.

**Observaciones.**—En el breve exordio con que abrió este cursillo de conferencias el Profesor Ferrara, manifestó, con laudable sinceridad, que no había hecho para cumplir su cometido estudios especiales sobre los precedentes legislativos de las instituciones.

abordadas, ni sobre la evolución de nuestra doctrina jurídica, a fin de que resultasen más espontáneas sus reflexiones y más original su crítica del articulado del Código civil.

Desde este ángulo visual aparecen más explicables algunas afirmaciones del ilustre conferenciante, que no responden, en verdad, a las armónicas concepciones de nuestra jurisprudencia, ni a los latidos de la intuición popular.

Dejemos a un lado la comparación de la célebre definición de Modestino con el artículo 667 del citado Cuerpo legal. En realidad, la semejanza estructural y de contenido existente entre la transcrita definición del eximio jurisconsulto romano, y la del no menos famoso Ulpiano (*Mentis nostrae justa contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat*), puede contraponerse a la identidad del concepto contenido en el artículo 895 del Código de Napoleón (*Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens...*) y la traducción literal hecha por el mencionado artículo de nuestro Código civil. Para mayor honra de los jurisconsultos romanos y más grande vergüenza del legislador español, las definiciones clásicas, que ni siquiera aluden a la institución de heredero, como cabeza y fundamento del acto testamentario, son a diario repetidas en nuestras Escuelas, sin que ningún maestro se preocupe de inculcar a sus discípulos el precepto legal mucho menos ajustado a nuestra vida jurídica.

Al empuje de las invasiones bárbaras, vino al suelo la maravillosa organización de la sucesión testada y fué necesario todo el interés que la Iglesia ponía en facilitar a los moribundos el cumplimiento de los deberes de conciencia y el impulso que recibieron las donaciones *pro anima* para que no se desvaneciera la noción del testamento en los siglos VIII y IX. El renacimiento del Derecho romano, a partir del siglo XIII, favoreció en el occidente de Europa la reconstrucción del clásico edificio, pero los influencias germánicas modificaron la cimentación y la superestructura. Ni la institución de heredero se reputaba necesaria para la validez del testamento, ni el heredero asumía la personalidad de su causante. La herencia se caracterizaba, como la donación, por ser un modo de adquirir a título gratuito, y quedaba anulada cuando al liquidar el caudal relicto las deudas superaban al activo. El tes-

tamento que respondía a estos principios, asumía un aspecto patrimonial, ajeno, en cierto modo, a la organización familiar y a la transmisión de su soberanía, vaciándose en los moldes del codicilo romano.

Pero nuestra legislación se apartó mucho menos que la francesa de los primitivos cauces. El Código doctrinal de las partidas recoge de las instituciones del emperador Justiniano tanto la etimología de la palabra testamento (*testatio-mentis*: testimonio de la voluntad del ome) como las líneas principales del concepto, al afirmar que en el mismo «se encierra e se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo faze; estableciendo en el su heredero e repartiendo lo suyo en aquella manera, que el tiene por bien que finque lo suyo después de su muerte...» En los demás extremos siguen las Partidas fielmente a su modelo, y aunque, como es sabido, la ley única del título XVIII del Ordenamiento de Alcalá declaró innecesaria para la validez del testamento la institución de heredero, la extraordinaria influencia del Código de Don Alfonso el Sabio en las Universidades, Consejos y Tribunales, y la profunda labor de los comentaristas, contribuyeron a formar un cuerpo de doctrina de base romana, no obstante las poderosas corrientes que afloran con la definición de la herencia como un resultado de la liquidación de la masa relicta, tanto en aquel Código (ley 8.<sup>a</sup>, título XXXIII, partida 7.<sup>a</sup>), como en los refranes populares (donde hay deudas no hay herencia) y en las mismas sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1869 y 12 de diciembre de 1873 (herencia es lo que queda de los bienes del finado después de satisfechas todas las deudas y responsabilidades).

Por encima de estas vacilaciones campeaba el principio de la sucesión universal, que incidentalmente ponía de relieve la ley XIII, título IX de la partida 7.<sup>a</sup>, al afirmar que, según derecho «como una persona es contada la del heredero y la de aquel a quien heredó».

Grande era la distancia que, por lo tanto, mediaba entre nuestro derecho y el francés a principios del siglo XIX, y, por enorme que fuese el afán de imitar o traducir el articulado del Código de Napoleón, rompió el nuestro con la equiparación de las donaciones y de los testamentos, como títulos de naturaleza semejan-

te, desenvolviendo las sucesiones independientemente y bajo normas específicas.

La definición del testamento, ya censurada por el Sr. Azcárate en la discusión parlamentaria, no alteró en lo más mínimo los conceptos tradicionales, y antes sirvió para exteriorizar la falta de respeto que merece la ley escrita cuando no se ajusta a la realidad jurídica. «Limitar la naturaleza del testamento—decía el Sr. Falcón—a sólo la disposición de los bienes, es dar de esta importantísima institución una idea mezquina desmentida por su historia y reñida con las realidades de la práctica.»

Persona tan respetuosa con el texto de la ley como el señor Sánchez-Román, y de tan poderoso influjo en la formación del profesorado español, se hace eco de la *communis opinio* en los siguientes términos: «Propende el Código en este libro, como en otros, al sistema de las definiciones de instituciones jurídicas, algunas por cierto tan rudimentarias y elementales, que fueron materia de humorística censura en la discusión parlamentaria.

No sería reprochable el sistema, si fuera exacto en la expresión, que las definiciones legales comprendieran de todos los elementos esenciales y característicos de cada institución; así como tampoco lo sería el que el Código hubiera prescindido de formular definiciones incompletas y superficiales, sin ningún género de valor práctico ni aplicación, y meramente decorativo, faltas de toda eficacia legal, cuando no propensas a producir un sentido equivocado acerca de las instituciones civiles que pretende definir.

Así sucede con el texto del citado artículo 667, que no *es completo, ni exacto, ni útil*, en los términos que está concebido.

A poco que reflexionemos sobre el posible contenido de los actos de última voluntad, encontramos una serie de cláusulas tan variadas como la vida humana:

1.º Profesión de fe, declaraciones políticas, consejos y recomendaciones, revelación de secretos, invocaciones y esperanzas...

2.º Disposiciones sobre el propio cuerpo: enterramiento, cremación, legado del cadáver o de una parte del mismo.

3.º Declaraciones sobre el estado civil, número de hijos, consentimiento para contraer matrimonio (núm. 3 art. 45 del C. c.), autorización a la viuda para continuar en el ejercicio de la patria potestad si llegase a contraer nuevo matrimonio, nombramiento

de tutor, protutor y vocales del Consejo de familia, reconocimiento de hijos naturales...

4.º Actos particionales, adjudicación de bienes, legados, mandas, fundaciones.

5.º Institución de herederos, sustituciones, nombramiento de albaceas, contadores-partidores, comisarios, ejecutores testamentarios.

Ahora bien, en la práctica no sólo concedemos el carácter de testamento a todo acto solemne que contenga alguna de las declaraciones a que se refieren los grupos 4.º y 5.º, sino que no vacilamos en atribuir tal naturaleza a los que únicamente encierran declaraciones como las enumeradas en el número 3.º, puesto que el Código civil así lo reconoce expresamente, y aun reputaremos testamento a las disposiciones *mortis causa* que agrupamos bajo el número 2.º, por muy discutible que sea su carácter patrimonial. Tan sólo cuando el acto en cuestión se limite a declaraciones semejantes a las mencionadas en el número 1.º podría negársele la esencia, aunque no la forma, de testamento, si se estimase que no había de producir ningún efecto jurídico.

Para que se vea en un ejemplo hasta dónde puede llegar la disparidad entre el criterio del Profesor Ferrara y el de nuestros juristas, supongamos que se ha otorgado un testamento con el solo objeto de reconocer un hijo natural. Para el docto profesor en este supuesto existiría un documento, público o privado, en que se reconocería indubitadamente la paternidad (núm. 1, art. 135 del C. c.), mientras para nosotros existiría un reconocimiento formal (art. 131) con plenos efectos jurídicos.

En este particular puede afirmarse que la legislación española ha ido demasiado lejos al estatuir, sobre la base de la irrevocabilidad del reconocimiento (art. 741) hecho en esta forma, la modificación por nota marginal de la inscripción de nacimiento del hijo natural.

Con referencia a este último punto dice Sancho-Tello: «Consideramos absurda la interpretación que viene dándose a los artículos 741 y 133 del Código civil. Según el primero, «el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza aunque se revoque el testamento en que se hizo». Por el segundo, se exime de la necesidad de la autorización judicial el reconocimiento de un

menor de edad cuando tenga lugar en testamento. Combinando ambos preceptos se ha establecido la costumbre de reconocer los hijos en testamento, dando a este reconocimiento efectos inmediatos y anotándose en la inscripción de nacimiento, sin otro requisito que el oficio y testimonio del Notario para el encargado del Registro civil.»

Nos desviaría de nuestro propósito la discusión de la Real orden de 5 de mayo de 1917, que abrió un ancho cauce a esta clase de reconocimientos. Basta su cita para evidenciar cuán distantes nos hallamos del concepto patrimonial del testamento.

Antes que a la disposición de bienes, el jurista español atiende para calificar de testamentos, los instrumentos objeto de consulta, al ánimo de otorgar un acto de última voluntad (animus testandi) y a la forma solemne de que aparezca revestido.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.