

# **EL TESTAMENTO OLÓGRAFO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**Javier Carrascosa González**

*Profesor Titular de Derecho internacional privado*

*Universidad de Murcia.*

Sumario: *I. Introducción.- II. Ley aplicable al testamento ológrafo. II.1 Aspectos generales. II.2 Ley aplicable a la forma ológrafa del testamento. II.2.A) Testamento ológrafo y Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. II.2.B) Cuestiones particulares de forma del testamento ológrafo. a) Posibilidad de testar a través de testamento ológrafo. b) Ley española reguladora de la validez formal del testamento e idioma del testamento ológrafo. c) Ley española reguladora de la validez formal del testamento y edad mínima requerida para testar en forma ológrafa. d) Formalidades o solemnidades del testamento ológrafo. e) Protocolización de los testamentos ológrafos. f) Revocación del testamento ológrafo. g) Pluralidad de testamentos: testamento prevalente.*

# EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

## Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Sumario: *I. Introducción.- II. Ley aplicable al testamento ológrafo. II.1 Aspectos generales. II.2 Ley aplicable a la forma ológrafa del testamento. II.2.A) Testamento ológrafo y Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. II.2.B) Cuestiones particulares de forma del testamento ológrafo. a) Posibilidad de testar a través de testamento ológrafo. b) Ley española reguladora de la validez formal del testamento e idioma del testamento ológrafo. c) Ley española reguladora de la validez formal del testamento y edad mínima requerida para testar en forma ológrafa. d) Formalidades o solemnidades del testamento ológrafo. e) Protocolización de los testamentos ológrafos. f) Revocación del testamento ológrafo. g) Pluralidad de testamentos: testamento prevalente.*

### **I. Introducción.**

1. El testamento ológrafo se regula, en Derecho español, en la Sección Cuarta (Del testamento ológrafo), del Capítulo Primero (De los testamentos), del Título III (De las sucesiones), integrado en el Libro Tercero (De los diferentes modos de adquirir la propiedad), del Código Civil español. Ya el art. 676 Cc. indica que “[e]l testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado”. Este precepto abre la Sección Tercera del Capítulo Primero del Título III del Libro Tercero del Código Civil, cuya rúbrica es “De la forma de los testamentos”.

2. Indica el art. 678 Cc. que “[s]e llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el artículo 688”. Este último precepto constituye la piedra angular que contiene los requisitos para la existencia y validez del testamento ológrafo en Derecho español. A tenor del mismo, el testamento ológrafo es, en Derecho español, aquel testamento otorgado por personas mayores de edad, y que ha sido escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Para su validez se exige que sea objeto de protocolización judicial (= incorporación a los archivos notariales por orden de un Juez). El testamento ológrafo es una “forma del testamento”. El testamento es (art. 667 Cc.) “[e]l acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”. Y el art. 676 Cc. precisa que el testamento puede adoptar varias “formas”. Puede ser común o especial. Y el testamento común puede ser ológrafo, abierto o cerrado (= *vid.* la clarísima rúbrica de la

Sección Tercera del Capítulo Primero del Título III del Libro Tercero del Código Civil)<sup>1</sup>.

3. El testamento ológrafo existe también en el Derecho Civil de otros Estados. Ahora bien, los requisitos exigidos a dicha forma testamentaria son distintos de Estado a Estado, como ha señalado abundante doctrina<sup>2</sup>. En Derecho inglés, por ejemplo, se admite el testamento ológrafo, pero para su validez es suficiente que venga firmado autógrafamente por el testador en presencia de dos testigos que deben también firmar, sin que sea preciso que todo el testamento sea redactado íntegramente de puño y letra por el testador. En otros Estados, el testamento ológrafo, simplemente, no existe (M. REVILLARD<sup>3</sup>).

## II. Ley aplicable al testamento ológrafo.

### II.1 Aspectos generales.

4. En los casos “internacionales”, la Ley aplicable a las sucesiones en Derecho internacional privado español se determina con arreglo al art. 9.8 Cc.<sup>4</sup> Debe recordarse que el Convenio de La Haya

---

<sup>1</sup> En torno al testamento ológrafo, las exposiciones, comentarios al Código civil y manuales de Derecho civil sucesorio, dedican al mismo excelentes páginas. Vid. *ad ex.*: AA.VV. (DIRECTOR: F. LLEDÓ YAGÜE), *Compendio de Derecho de sucesiones*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 109-116; J.L. LACRUZ BERDEJO Y OTROS, *Elementos de Derecho Civil V (Sucesiones)*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 191-198; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil (Derecho de sucesiones)*, tomo 7, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 76-85. Adde, ya al margen de la manualística, en torno a esta forma de testamento, los completos y muy sugerentes trabajos de T.F. TORRES GARCÍA, “Testamento ológrafo en Cataluña”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1989, pp. 379-386; ID., *El testamento ológrafo*, Madrid, Montecorvo, 1977, y de A.M. ROMERO COLOMA, *El testamento ológrafo: estudio doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, Dijusa, 2006.

<sup>2</sup> L. BARNICH, “Les successions immobilières ab intestat et testamentaires”, en M. VERWILGHEN / R. DE VALKENEER (Eds.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, pp. 319-343; S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales: réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, Dalloz, 2004; F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, Paris, 1981; ID., *Droit international des successions: nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris, Economica, 2004; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil (Derecho de sucesiones)*, tomo 7, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005; Y. LEQUETTE, “Ensembles législatifs et droit international privé des successions”, *TCFDIP, 1983-1984*, Paris, 1986, pp. 163-192; G. MILLER, *International Aspects of Succession*, Dartmouth, 2000; H.-P. SCHÖMMER / D. GEBEL, *Internationales Erbrecht Spanien*, München, Beck, 2003.

<sup>3</sup> M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6ª ed., Paris, 2006, pp.301-425, esp. pp. 301-304.

<sup>4</sup> Sobre el precepto, *vid.*, en general, A.-L. CALVO CARAVACA en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; ID., “Sucesión hereditaria” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 8ª ed., 2007, pp. 250-299; A. MARÍN LÓPEZ en A. MARÍN LÓPEZ Y OTROS, *Derecho internacional privado II*, 1994, pp. 235-

de 1 agosto 1989 sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte no está en vigor para España<sup>5</sup>. Pues bien, el art. 9.8 Cc. indica, exclusivamente, cuál es la Ley aplicable, al “fondo” o “sustancia” de la sucesión. Ello obliga a distinguir entre “cuestiones sucesorias de fondo”, sujetas al art. 9.8 Cc., y “cuestiones sucesorias de forma” y de “capacidad”, excluidas de tal precepto. Para practicar tal distinción, es necesario llevar a cabo una “calificación” de la cuestión debatida. La calificación para decidir la norma de conflicto aplicable debe realizarse siempre con arreglo al Derecho material español (art. 12.1 Cc.). Con arreglo a dicho criterio de calificación *lege fori*, puede

---

260; ID., *Las sucesiones en Derecho internacional privado, con especial referencia al Derecho español*, Granada, 1957; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado II*, 1987, pp. 521-543 (revisado por N. BOUZA VIDAL); J.A. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE en M. AGUILAR NAVARRO y otros, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense. Madrid, 1982, pp. 289-335; J.A. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE en M. AGUILAR NAVARRO y otros, *Derecho civil internacional*, Serv.publ. Facultad Derecho, Univ.Complutense, Madrid, 4ª ed., 1975 (reimpresión en 1979), pp. 729-785; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9.8º Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 189-194; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Prof. F.J. Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131-157; M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, “Art. 9.8 Cc.”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 481-489; L. ARECHEDERRA ARANZADI, “Art. 9.8 Cc.”, AA.VV. (Coordinador, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 470-504; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 julio, de la AP Badajoz (S.1ª)”, *RGD*, 1995, pp. 11341-11347; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 95-98; ID., “Los testamentos especiales y los extranjeros. La reforma de la Compilació. El sistema successori. Materials III”, *Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Esplugues de Llobregat, 1985, pp. 111-120; A. BORRÁS RODRÍGUEZ / J. GONZÁLEZ CAMPOS, “Sucesión hereditaria (DIPrivado)”, *EJB*, IV, 1995, pp. 6405-6409; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; ID., “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio”, *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, pp. 211-259; ID., “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 septiembre 2002”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269; P. DIAGO DIAGO, “La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho internacional privado español”, en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, pp. 671-692; M. PONS GONZÁLEZ Y M.A. DEL ARCO TORRES, *Título preliminar del Código civil (Concordancias, comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1990, pp. 605-617; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 675-704; V.L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968; ID., “Normas de Derecho civil internacional sobre donaciones y sucesiones”, *Academia matritense del Notariado. Estudios*, tomo I, vol.II, Madrid, 1977, pp. 41-82.

<sup>5</sup> Sobre dicho texto, *vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 12 agosto 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte”, *REDI*, 1996-II, pp. 363-354; G.A.-L. DROZ, “Sizième session et session extraordinaire de la Conférence de la Haye de droit international privé”, *RDIDC*, 1989, vol.66, pp. 76-83; ID., “Note introductive à la convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort”, *Revue de droit uniforme*, 1989, pp. 213-216; P. LAGARDE, “La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions”, *RCDIP*, 1989, vol.78, pp. 249-275; A.E. VON OVERBECK, “La convention du premier août sur la loi applicable aux successions pour cause de mort”, *ASDI*, 1989, vol.XLVI, pp. 138-152; E. SCOLES, “The Hague Convention on Succession”, *AJCL*, 1994, pp. 85-124; J.A. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, “La convención de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte”, *RJ La Ley*, de 13 junio 1989, núm.2249,

afirmarse lo siguiente (E. VITTA)<sup>6</sup>.

1º) Son cuestiones sucesorias de “forma” no reguladas por el art. 9.8 Cc. todas aquellas cuestiones que se refieren al modo de exteriorizar o manifestar la voluntad de los sujetos que intervienen en una sucesión (B. BAREL / ST. ARMELLINI)<sup>7</sup>: testamento ológrafo, cerrado, abierto, mancomunado, oral, sacramental, testamento contractual, forma de la partición hereditaria, de la aceptación, etc. (RDGRN 6 marzo 1997)<sup>8</sup>.

2º) Son cuestiones sucesorias de “capacidad” no regidas por el art. 9.8 Cc. las que se refieren a la capacidad jurídica (*Rechtsfähigkeit*) o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y también las que se refieren a la capacidad de obrar “general” (*Handlungsfähigkeit*), es decir, las relativas a la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos (A. CIANNI)<sup>9</sup>. Debe subrayarse que el Derecho sucesorio está plagado de circunstancias como las incapacidades relativas o prohibiciones de suceder, incapacidades absolutas y causas de desheredación y de indignidad. Todas estas cuestiones son limitaciones o prohibiciones legales para suceder. No afectan a la “capacidad” y sí al régimen de la sucesión, razón por la que deben sujetas al art. 9.8 Cc. y a la *Lex Successionis* (A.-L. CALVO CARAVACA)<sup>10</sup>. El art. 9.1 Cc. es inaplicable a estas cuestiones.

5. El testamento ológrafo es una de las *vedettes* del Derecho sucesorio internacional. Es una fuente inagotable y eterna de cuestiones controvertidas (A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ)<sup>11</sup>. En general, y a efectos del Derecho internacional privado, el testamento ológrafo (*testamentum holographum*) es aquel testamento redactado de puño y letra del testador, sin intervención de funcionario público ni autoridad de ningún tipo. Este “concepto amplio” de testamento ológrafo es válido a efectos exclusivos del DIPr. (= para operar en la “realidad sucesoria internacional”), se reúnan o no los requisitos que exige el art. 688 Cc. español.

---

pp. 1-5.

<sup>6</sup> E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3ª ed., 1989, pp. 291-307, esp. p. 292.; ID., *Diritto internazionale privato* (vol.II), 1979, pp. 101-203.

<sup>7</sup> B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 173-182.

<sup>8</sup> Al respecto, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.8 Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 190-201; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 12.2. Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 345-352; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.8 Cc. y al art. 12.2 Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2007, 2ª ed. (en prensa).

<sup>9</sup> A. CIANNI, “Capacità di succedere e capacità di ricevere per testamento: profili di diritto internazionale privato”, *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 115-118.

<sup>10</sup> A.-L. CALVO CARAVACA en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

<sup>11</sup> A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Reflexiones acerca del testamento ológrafo otorgado por un español en Francia (Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 21 de mayo de 1985)”, *RGD*,

## II.2 Ley aplicable a la forma ológrafa del testamento.

### II.2.A) Testamento ológrafo y Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias.

6. El testamento es un acto jurídico de enorme repercusión patrimonial y personal. Por ello, la Ley exige el respeto de ciertas “formas solemnes”. Esta exigencia de formalidades al testamento es común a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos del mundo. Sin embargo, cada Derecho estatal exige formalidades distintas al testamento y algún Derecho estatal es realmente poco exigente con la forma de los testamentos. Así, algunos Derechos estatales exigen o permiten otorgar testamento ante Notario, ante otros funcionarios públicos, ante párroco, ante capitán del buque, firmado por el testador de puño y letra, con testigos cualificados o no, testamento abierto o cerrado, ológrafo, mancomunado, testamento especial en caso de epidemia o en peligro inminente de muerte, o incluso oral, como el testamento nuncupativo austríaco (E. VITTA, B. BAREL / ST. ARMELLINI)<sup>12</sup>. Los conflictos de Leyes en materia de “forma” de los testamentos son, por lo tanto, muy acusados. Es preciso, por tanto, determinar la Ley aplicable a la “forma del testamento”.

7. La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias se determina, en todo caso, en el actual DIPr. español, con arreglo al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias)<sup>13</sup>. El Convenio no es ningún *parvenu* en el mundo del

---

1988, pp. 1233-1255.

<sup>12</sup> E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3ª ed., 1989, pp. 291-307, esp. p. 292; ID., *Diritto internazionale privato* (vol.II), 1979, pp. 101-203; B. BAREL / ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 173-182.

<sup>13</sup> Sobre este Convenio la bibliografía es amplísima. *Vid.* de modo sumario, W. BREEMHAAR, “Das Haager Testamentsabkommen und Art.992 des niederländischen Zivilgesetzbuches”, *IPrax*, 1983, pp. 93-94; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, 1961, vol.XIV, pp. 169-194; G. FIORE, “Intorno allo schema di convenzione sulla legge applicabile alla forma delle disposizione testamentarie”, *RDI*, 1959, pp. 578-586; J.J. FORNER DELAYGUA, “Forma de las disposiciones testamentarias, Reforma del Código civil español y de la legislación catalana”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 271-276; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Arts. 732 y 733 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 1822-1828; I. KISCH, “La convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias”, *Revista internacional del notariado*, 1962, núm.53, pp. 121-145; F. LLEDÓ YAGÜE, “Art.734 Cc.”, AA.VV. (Coordinador, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1134-1148; F.A. MANN, “The Formal Validity of Wills in Case of Dual Nationality”, *ICLQ*, 1986, vol.35, pp. 423-425; Ministerio de Asuntos Exteriores, *Tratados consulares de España vigentes en 1 de enero de 1958*, Madrid, 1958; K.H. NADELMANN, “The formal validity of wills and the Washington convention 1973 providing the form of an international will”, *AJIL*, 1974, vol.68, pp. 365-378; A.E. VON OVERBECK, “Vers une convention internationale sur la loi applicable à la forme des testaments”, *ASDI*, 1958, vol.XV, pp. 215-242; ID., *L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments*, Friburgo, 1961; G. PARRA

DIPr., pues está en vigor para España desde el 10 junio 1988. El Convenio tiene un ámbito de aplicación *erga omnes*, pues determina la Ley reguladora de la forma de las disposiciones testamentarias aunque el testador tenga la nacionalidad de un Estado no parte en el Convenio o la Ley aplicable designada por el Convenio sea la Ley de un Estado no contratante (art. 6 Convenio<sup>14</sup>).

8. En consecuencia, el art. 11 Cc. es hoy día inaplicable para determinar la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias (RDGRN 6 marzo 1997), siempre que el testador haya fallecido después del 10 junio 1988 (art. 8 Convenio: fecha de entrada en vigor del Convenio para España), salvo lo establecido en el art. 11.3 Cc. en virtud de lo recogido en el art. 3 Convenio<sup>15</sup>. Y no es relevante que las disposiciones testamentarias hayan sido otorgadas antes de la entrada en vigor del Convenio, pues España no realizó la reserva recogida en el art. 13 Convenio<sup>16</sup>.

9. El Convenio citado regula la Ley aplicable a la forma de las “disposiciones testamentarias”. Varios aspectos deben subrayarse.

1º) El Convenio fija la Ley aplicable a las cuestiones de “forma” de todo negocio jurídico que ordena la sucesión *mortis causa* del causante. Ello comporta distintas consecuencias: (a) El Convenio determina la Ley aplicable a la forma de las “disposiciones testamentarias”, no a la forma de los “testamentos” (P. MAYER / V. HEUZÉ)<sup>17</sup>. Con dicha expresión, el Convenio cubre la determinación de la Ley aplicable a la forma de las cláusulas contenidas en un “testamento”, unilateral o mancomunado, en un “contrato sucesorio” (*Erbvertrag*), y en un “testamento contractual” (con criterio muy dudoso: STS 22 marzo 1983); (b) El Convenio se aplica, igualmente, a la forma de las cláusulas contenidas en

---

ARANGUREN, *Die Regel Locus regit Actum und die Formen der Testamente*, Munich, 1955; J.M. PRADA GONZÁLEZ, “Art. 734 Cc.”, *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 1828-1832; R. VANDER ELST, “Le testament international”, *Journal des Tribunaux*, 1984, pp. 257-261; P. VOLKEN, “Von der Testamentsform im IPR”, *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*. Friburgo, 1990, pp. 575-590; E. ZABALO ESCUDERO, “El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés”, *RGD*, 1989, núms.541-542, pp. 6351-6370; ID., *La situación jurídica del conyuge viudo. Estudio de Derecho internacional privado y de Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993. Todas las exposiciones generales sobre el Derecho sucesorio internacional también contienen reflexiones muy útiles sobre este Convenio internacional.

<sup>14</sup> Art. 6 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “La aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean las de un Estado contratante”.

<sup>15</sup> Art. 3 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “El presente Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en los artículos precedentes”.

<sup>16</sup> Art. 13 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “Cada Estado contratante puede reservarse, no obstante lo dispuesto en el artículo 8, no aplicar el presente Convenio más que a las disposiciones testamentarias posteriores a su entrada en vigor”.

un testamento y que presenten “contenido sucesorio”. Ejemplos: la cláusula testamentaria que ordena la constitución de un *trust* sucesorio por el testador o la cláusula del testamento en cuya virtud se procede a la institución de heredero universal; (c) El Convenio también se aplica a la forma de todas las cláusulas “testamentarias” que, según el Derecho español, no tienen carácter sucesorio. Ejemplo: una cláusula del testamento que contiene un reconocimiento de filiación. Argumento: España no ha realizado la reserva prevista en el art. 12 Convenio<sup>18</sup>.

2º) El Convenio no proporciona una definición de cuestiones de “forma” de las disposiciones testamentarias. Pero el Convenio sí que resuelve los casos más polémicos. De dicho modo, el Convenio entiende que son cuestiones de “forma” y que, por tanto, se rigen por el Convenio, las siguientes: (1) La posibilidad de testar de forma mancomunada (*testamento congiuntivo*) y las formalidades de dicho testamento mancomunado (art. 4 Convenio). El testamento mancomunado es el que realizan varias personas en el mismo documento. Existe una enconada polémica doctrinal relativa a la siguiente cuestión: ¿es la posibilidad de testar de modo mancomunado una cuestión de “forma de los testamento”? Pues bien, *au-dessis de la mêlée*, el Convenio sigue con claridad la tesis de los autores que estiman que el testamento mancomunado es una cuestión de exteriorización de la voluntad de los testadores (G. BALLADORE PALLIERI, H. BATIFFOL / P. LAGARDE, A.-L. CALVO CARAVACA, y Sent. TGI Paris 24 abril 1980)<sup>19</sup>. Es decir: una cuestión de “forma”. Y se rechaza la tesis de los autores que sostienen que testar mancomunadamente es una cuestión de “fondo de la sucesión” (J.M. TRÍAS DE BES, E. VITTA, T. BALLARINO, A. MIGLIAZZA)<sup>20</sup>. Y rechaza también la tesis de los expertos que estimaban que el testamento es, en muchas legislaciones, como la italiana o la española (Derecho civil común), un acto esencialmente unilateral, por lo que el testamento mancomunado no sería un testamento, de modo que la cuestión de decidir si se trata de una un problema de fondo o de forma, es irrelevante porque el acto es inexistente (H. LEWALD<sup>21</sup>); (2) Las prescripciones que limitan las formas admitidas de disposiciones testamentarias referidas a la edad,

---

<sup>17</sup> P. MAYER / V. HEUZE, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 583-604, esp. p. 586.

<sup>18</sup> Art. 12 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “Cada Estado contratante podrá reservarse el derecho de excluir la aplicación del presente Convenio a las cláusulas testamentarias que, según su derecho, no tengan carácter sucesorio”.

<sup>19</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, en “Trattato di diritto civile e commerciale”, Ed.Giuffré, 1974, pp. 199-209; H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, París, 1993, pp. 480-486. También M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6ª ed., París, 2006, pp. 308-312; A.-L. CALVO CARAVACA en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138.

<sup>20</sup> T. BALLARINO / A. BONOMI, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Cedam, 1999, pp. 501-540, esp. p. 504-506; A. MIGLIAZZA, “La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato”, *Comunicazioni e Studi*, Univ. Milano, 1952; J.M. TRIAS DE BES, *Derecho internacional privado*, Madrid, Ed.Reus, 1934, Barcelona, pp. 32-34.

<sup>21</sup> H. LEWALD, “Questions de droit international des successions”, *RCADI*, 1925, vol.9, pp. 15-225;



nacionalidad u otras circunstancias personales del testador (art. 5 Convenio<sup>22</sup>). Ejemplo: la cuestión de saber si un sujeto menor de edad puede testar o si un menor de 18 años puede o no otorgar testamento ológrafo, son cuestiones de “forma” de las disposiciones testamentarias y se rigen por el Convenio, y no es una cuestión de capacidad. Se resuelve así un problema clásico del DIPr: el “testamento ológrafo del holandés”, auténtica *bête noire* de los conflictos de Leyes en Holanda. En el Derecho holandés anterior a 1982 (art. 992 *Burgerlijk Wetboek*), los holandeses no podían redactar testamentos ológrafos y se consideraba que dicha limitación era una cuestión de “capacidad”. Pues bien, con el Convenio de La Haya ya en vigor para Holanda desde 1982, se considera que ésta es una cuestión de “forma” que no debe regirse por la Ley nacional del testador (M. REVILLARD)<sup>23</sup>; (3) Las circunstancias que deben poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria (art. 5 Convenio, antes citado).

3º) El Convenio se aplica también para determinar la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias que revoquen una disposición testamentaria anterior (art. 2 Convenio<sup>24</sup>).

**10.** El Convenio acoge un sistema de puntos de conexión “alternativos”. El *Think-Tank* que elaboró el Convenio perseguía un clarísimo objetivo: procurar que el testamento tenga amplias posibilidades de ser válido en cuanto a la forma. De ese modo, se tratan de evitar los llamados “testamentos claudicantes”, que son válidos en un país pero nulos en otros países por meras cuestiones de forma. El Convenio indica que una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si se ajusta a cualquiera de las “Leyes internas” recogidas en el art. 1 del Convenio, que son, en un breve *tour d’horizon*, las siguientes<sup>25</sup>.

1º) Ley del lugar en que el testador hizo la disposición (*Lex Loci Actus*: STS 6 noviembre 1867, STS 24 mayo 1886, STS 12 julio 1889, STS 27 mayo 1913, STS 13 febrero 1920 [testamento

---

<sup>22</sup> Art. 5 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “A los efectos del presente Convenio, las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria”.

<sup>23</sup> M. REVILLARD, *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6ª ed., Paris, 2006, pp. 301-425.

<sup>24</sup> Art. 2 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “El artículo primero será aplicable a las disposiciones testamentarias que revoquen una disposición testamentaria anterior. La revocación también será válida en cuanto a la forma si responde a una de las leyes en virtud de la cual, de conformidad con el artículo primero, la disposición testamentaria revocada era válida”.

<sup>25</sup> Art. 1 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna: a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o d) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados [...]”.

otorgado en Cataluña con arreglo a las formalidades del Derecho catalán], SAT Zaragoza, Civil, 10 abril 1987 [testamento de venezolano otorgado en España], STS 27 abril 1978 [validez formal de testamento otorgado en España por mejicano], y en el ámbito del Derecho interregional: STS 8 junio 1904, STS 21 diciembre 1921, STS 23 febrero 1922, STS 22 junio 1948, STS 14 febrero 1969).

En relación con el testamento ológrafo y este primer punto de conexión (*Lex Loci Testamenti*), deben tenerse presentes varios datos. Primero: no siempre el testador indica el lugar en el que redacta su testamento manuscrito (= además, dicha mención no es obligatoria a tenor del art. 688 Cc.). Ello puede plantear ciertos problemas. En efecto, si no queda claro el lugar donde se redactó el testamento ológrafo, no se podrá aplicar ninguna Ley estatal a título de *Lex Loci Testamenti*. Segundo: si el testador redacta su testamento ológrafo en diferentes países (= ya que el testamento ológrafo puede no ser redactado en “unidad de acto”), la Ley aplicable a la forma del testamento ológrafo será diferente para cada disposición testamentaria (= cada disposición testamentaria se regirá por la Ley del país en cuyo territorio fue otorgada).

2º) Ley del Estado de la nacionalidad ostentada por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento (*Lex Patriae*: STS 6 junio 1873 [testamento ológrafo redactado en España por nacional francés con arreglo a las formas previstas en Derecho francés]).

3º) Ley del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento (*Lex Domicilii*).

4º) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento (STS 29 marzo 1962).

5º) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados tales inmuebles (*Lex Rei Sitae*).

6º) Ley del país a la que conducen las normas de conflicto españolas si éstas recogen algún punto de conexión no contemplado en el art. 1 del Convenio para regular la forma de las disposiciones testamentarias (art. 3 Convenio). En tal sentido, el testamento puede ser válido en cuanto a la forma, también, si se ajusta a lo previsto en cualquier una de estas Leyes: (1) Ley del país del que depende el funcionario diplomático o consular español ante el que se otorga la disposición testamentaria. Es la regla *auctor regit actum* recogida en el art. 11.3 Cc. y en el art. 734 Cc.; (2) Ley del país cuya bandera extranjera enarbola un buque durante su navegación en alta mar, siempre que se trate de testamento de españoles (art. 732.2 Cc.).

**11.** Varias observaciones son precisas en torno al sistema alternativo de los puntos de conexión contenidos en el art. 1 Convenio.

1º) En el caso de que una disposición testamentaria sea válida con arreglo a varias Leyes de las recogidas en el art. 1 Convenio, debe estimarse que la Ley aplicable a la forma de dicha disposición es la Ley “mas favorable” a la validez formal de tal disposición. Es decir, la Ley que, en relación con el extremo o extremos debatidos, contemple un régimen jurídico más favorable para la

validez formal de la disposición testamentaria. Ejemplo 1: si se debate la cuestión de la Ley aplicable a los plazos de la acción de impugnación del testamento, debe preferirse aquella Ley de las designadas por el art. 1 del Convenio que establezca plazos más breves, pues ello beneficia en mayor medida la validez formal del testamento. Ejemplo 2: si se cuestiona la Ley aplicable a la posibilidad de subsanación de los defectos formales del testamento, debe preferirse aquella Ley de las designadas por el art. 1 del Convenio que establezca las posibilidades más amplias para subsanar tales defectos formales, pues ello potencia la validez formal del testamento.

2º) Una disposición testamentaria considerada válida en cuanto a la forma por la Ley designada con arreglo al art. 1 Convenio, será considerada válida en todos y cada uno de los Estados partes en el Convenio (= principio del “tratamiento formal uniforme de la sucesión”).

3º) Es suficiente con que la disposición testamentaria se ajuste a la forma de una cualquiera de las Leyes relacionadas en el art. 1 Convenio para que se deba considerar como válida en cuanto a su forma (erróneamente: STS 17 diciembre 1991; correctamente, pero antes de la entrada en vigor del Convenio: RDGRN 17 enero 1981 y RDGRN 8 junio 1970).

4º) Una disposición testamentaria que nació inválida por defectos de forma con arreglo a todas las Leyes relacionadas en el art. 1 Convenio, puede resultar válida en el futuro si se produce un cambio en las circunstancias del testador que conduzca a una Ley estatal con arreglo a la cual la disposición testamentaria es ahora válida (B. AUDIT)<sup>26</sup>. Ejemplo: el testamento ológrafo nació inválido por defecto de forma, pero antes de fallecer el causante, éste adquirió la nacionalidad de un país con arreglo a cuya Ley el testamento es formalmente válido.

5º) El reenvío está tácitamente prohibido por el art. 1 del Convenio. Dicho precepto hace aplicable, en todo caso y exclusivamente, las disposiciones “materiales” de la Ley designada por sus normas de conflicto, a las que llama “Leyes internas”. Ello impide toda consulta de las normas de conflicto de la Ley designada por el Convenio.

6º) El art. 1 del Convenio emplea el verbo “disponer”. La expresión no es correcta, pues en relación con las disposiciones testamentarias, el testador no “dispone”, sino que “otorga”. Ejemplo: el art. 1.b del Convenio indica que “*una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna (...) de la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento*”. La versión francesa del Convenio, versión auténtica del mismo, emplea el verbo “*disposer*”, de modo que una traducción *mot-à-mot* de la misma al idioma castellano, nada resuelve. La versión inglesa, más exacta, utiliza la expresión “*to make a disposition*”, lo que encaja mejor con la realidad jurídica sucesoria.

7º) La posibilidad de formular diversas “reservas”, por parte de los Estados signatarios, a determinadas disposiciones del Convenio, hace que, en ciertas ocasiones, el art. 1 del Convenio (=

---

<sup>26</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, París, 4ª ed., 2006, pp. 726-728.

sistema alternativo sencillo de puntos de conexión) resulte más complicado que un plato de la llamada “cocina de autor”<sup>27</sup>. Sin embargo, la cuestión es menos preocupante para España, ya que España no realizó ninguna de las reservas previstas por el Convenio.

**12.** Diversos motivos impiden aplicar la Ley designada por las normas de conflicto del Convenio.

1º) No se aplicará la Ley extranjera designada por el Convenio si su aplicación “es manifiestamente incompatible con el orden público” español (art. 7). No será frecuente que una Ley extranjera resulte manifiestamente incompatible con el orden público internacional español en una materia como la forma de los testamentos. Ejemplo 1: la Sent. Trib. Belluno (Italia) 22 diciembre 1997 indica que la forma oral del testamento nuncupativo austríaco no vulnera el orden público internacional italiano. Lo mismo se podría decir en relación a España. Ejemplo 2: la forma mancomunada de testar permitida por un Derecho extranjero no puede nunca ser considerada contraria al orden público internacional español, ya que el testamento mancomunado se admite en el Derecho Foral aragonés y navarro. En relación con el testamento ológrafo no parece fácil sugerir una regulación extranjera que vulnere el orden público internacional español.

2º) El art. 11 del Convenio también permite a un Estado no aplicar la Ley designada por el Convenio si el Estado en cuestión realiza una reserva a tenor de la cual no reconocerá “ciertas formas de disposiciones testamentarias otorgadas en el extranjero”, cuando concurren, cumulativamente, las condiciones siguientes: (1) Que la disposición testamentaria no sea válida en cuanto a la forma más que según una ley competente únicamente por razón del lugar donde el testador hizo la disposición; (2) Que el testador tuviera la nacionalidad del Estado que haya formulado la reserva; (3) Que el testador estuviera domiciliado en dicho Estado o tuviera en el mismo su residencia habitual; (4) Que el testador haya fallecido en un Estado distinto de aquél en el que haya hecho la disposición. Esta reserva sólo cubre los bienes que se encuentren en el Estado que haya formulado la reserva. Este art. 11 Convenio es inaplicable para España, pues España no formuló la reserva a la que se refiere dicho precepto.

**13.** Debido a su carácter *erga omnes* (art. 6 Convenio), el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 hace inaplicables ciertos preceptos del DIPr. español de producción interna desde el 10 junio 1988 con los que presenta unas *liaisons dangeureuses*. En concreto, en relación con el testamento

---

<sup>27</sup> Art. 18 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961: “Todo Estado podrá, lo más tarde en el momento de la ratificación o de la adhesión, hacer una o varias de las reservas previstas en los artículos 9, 10, 11, 12 y 13 del presente Convenio. No será admitida ninguna otra reserva”. Menos mal que no se admiten más reservas que las contempladas en este art. 18.

ológrafo, el Convenio hace inaplicables los siguientes preceptos<sup>28</sup>.

1º) *El art. 11 Cc.* Este precepto regula la “forma de los testamentos”. Es inaplicable totalmente a la forma ológrafa del testamento. Sin embargo, al margen de dicha forma testamentaria, el párrafo 3 de dicho precepto, que contiene la regla *Auctor Regit Actum* si el testamento se otorga ante funcionario diplomático o consular español, puede ser todavía de aplicación si el testamento fuera inválido por cuestiones de forma con arreglo a todas y cada una de las Leyes recogidas en el art. 1 del Convenio, pero fuera válido en cuanto a la forma, con arreglo a la Ley española que corresponde a la Ley del funcionario consular o diplomático ante el que se otorga testamento (art. 3 Convenio).

2º) *El art. 732.1 Cc.* Este precepto permitía que los españoles pudieran “*testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen*”. El precepto siempre fue totalmente superfluo, pues el art. 11 Cc. ya permitía a los españoles testar en el extranjero con arreglo a la Ley del país de otorgamiento del testamento. El precepto sigue siendo actualmente inútil además de totalmente inaplicable, pues la Ley aplicable a la forma del testamento se determina, en todo caso, por el Convenio de 5 octubre 1961.

3º) *El art. 732.3 Cc.* Este precepto permitía a los españoles “*hacer testamento ológrafo, con arreglo al art. 668 Cc., aún en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento*”. La cuestión de testar ológrafamente es una cuestión de “forma de las disposiciones testamentarias”. Y como “cuestión de forma”, se rige ahora por el sistema de conexiones alternativas del Convenio de 5 octubre 1961 y nunca por el art. 732.3 Cc.

## **II.2.B) Cuestiones particulares de forma del testamento ológrafo.**

14. El testamento ológrafo plantea cuestiones de forma muy particulares en DIPr. Varios aspectos deben diferenciarse.

### **a) Posibilidad de testar a través de testamento ológrafo.**

15. La posibilidad de testar a través de testamento ológrafo es una cuestión de “forma” del testamento (SAT Palma Mallorca 21 mayo 1985). Por tanto, la Ley aplicable a la validez formal de un

---

<sup>28</sup> A.-L. CALVO CARAVACA en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.8 Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 190-201; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 12.2. Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 345-352; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.8 Cc. y al art. 12.2 Cc.”, en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2007, 2ª ed. (en prensa); E. CASTELLANOS RUIZ, “Art. 9.8 Cc.”, *Legislación de Derecho internacional privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 57-69; ID., “Sucesión hereditaria” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 8ª ed., 2007, pp. 250-299.

testamento ológrafo se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961. En consecuencia, cualquier persona, y no sólo los españoles, pueden testar en forma ológrafa si así lo permite cualquiera de las Leyes a las que conduce el art. 1 Convenio. Y ello aunque su Ley nacional prohíba testar ológrafamente a los nacionales o prohíba testar a los menores de cierta edad.

**b) Ley española reguladora de la validez formal del testamento e idioma del testamento ológrafo.**

16. Cuando la Ley que rige la validez formal del testamento otorgado en forma ológrafa es, en virtud del art. 1 Convenio, la Ley sustantiva española, varias observaciones son necesarias en relación con el idioma de redacción del testamento ológrafo.

Primera. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (art. 688.IV Cc.). Esta regla afronta el “supuesto normal”: un extranjero que testa ológrafamente en su propio idioma. Para los supuestos más infrecuentes, el precepto debe ser sometido a un *interpretatio optima* que conduce a su entendimiento expansivo, pues el art. 688.IV Cc. *minus dixit quam voluit*. Así pues, la regla debe ser interpretada de modo amplio. Es una “regla aclaratoria”. Dicha disposición significa que los extranjeros pueden otorgar testamento ológrafo en idioma español o en cualquier otro idioma. Incluso aunque no sea su “propio” idioma.

Segunda. Los españoles también pueden testar en forma ológrafa en idioma español o en cualquier otro idioma extranjero (RDGRN 22 noviembre 1916, RDGRN 11 mayo 1932, RDGRN 30 marzo 1931).

**c) Ley española reguladora de la validez formal del testamento y edad mínima requerida para testar en forma ológrafa.**

17. En Derecho sustantivo español, el testamento ológrafo sólo puede otorgarse por personas mayores de edad (art. 688.I Cc.). El legislador español conecta automáticamente la “mayor edad” a la posibilidad de testar en forma ológrafa. Esta exigencia responde a dos justificaciones: (a) Un menor de edad podría no tener conocimiento suficiente de la importancia de otorgar testamento sin asesoramiento técnico jurídico alguno; (b) La letra del testador puede no estar bien formada antes de la mayor edad, de modo que sería muy difícil “identificar” la autenticidad de la letra de un testador menor de edad, que bien podría cambiar de aspecto con el paso del tiempo.

18. Pues bien: en los casos “internacionales”, ¿cómo precisar la mayor edad del testador? Ésta es una cuestión muy delicada en la que *abundans cautela non nocet*. Respuesta: para determinar cuándo un sujeto es mayor de edad, debe consultarse su Ley nacional (art. 9.1 Cc.). Esta solución no vulnera la prohibición de aplicación de las normas de conflicto de los Estados partes en el Convenio y

que se contiene en el art. 1 del Convenio. Explicación: (a) Lo que el art. 1 del Convenio prohíbe es aplicar una norma de conflicto española que sujete el testamento ológrafo a una u otra Ley estatal, y, en efecto, el art. 688.I Cc. no es una norma de conflicto que determine “la Ley aplicable al testamento ológrafo”. Es una norma material que establece que sólo los “mayores de edad” pueden otorgar testamento ológrafo; (b) El legislador español bien podría haber establecido, como hace en incontables preceptos relativos a otras materias, que el testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por el “mayor de 18 años”. Pero no lo hace, sino que exige la “mayor edad” del sujeto, lo que implica la necesaria consulta de la Ley nacional del testador (art. 9.1 Cc.).

Ejemplo 1: un sujeto de 19 años y nacionalidad china, con domicilio y residencia habitual en Pekín, otorga testamento ológrafo en España durante un viaje de negocios en mayo de 2007. El documento queda en España en manos de un amigo suyo español. El testador fallece en junio de 2007. Los beneficiados por dicho documento tratan de protocolizarlo ante la autoridad española correspondiente. Dicho testamento será válido en cuanto a la capacidad, si la Ley nacional del testador (Ley china) otorga capacidad testamentaria activa al testador en cuestión (art. 9.8 Cc.), será válido en cuanto al fondo si se ha respetado lo previsto en la Ley sustantiva china (art. 9.8 Cc.), y será válido en cuanto a la forma si la forma ológrafa de testar se admite en la Ley china (Ley nacional y de la residencia y domicilio del testador) o en la Ley española (Ley del país en el que se otorga el documento), como indica el art. 1 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias). Si con arreglo al Derecho chino este sujeto podía otorgar válidamente testamento ológrafo, dicho testamento será válido en cuanto a la forma. Pero si con arreglo al Derecho chino el testamento ológrafo no era válido, todavía podría serlo si la Ley española (Ley del lugar del otorgamiento) lo considera válido. El art. 688 Cc. exige que el sujeto sea mayor de edad. Y como el sujeto no es mayor de edad, porque la mayoría de edad se rige por la Ley nacional (art. 9.1 Cc.), el testamento ológrafo otorgado en España no es válido en cuanto a la forma con arreglo al Derecho español. El testador tiene 19 años pero es menor de edad, ya que en China se exigen 21 años.

Ejemplo 2: un sujeto islandés de 17 años, con domicilio y residencia habitual en Reikiavik, otorga testamento ológrafo en España durante unas vacaciones. El testador fallece. Se suscita la cuestión de la validez formal del testamento en forma “ológrafa”. Pues bien: visto que el testamento se ha otorgado en España, la forma ológrafa es válida, ya que la Ley española admite tal forma (art. 1 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961). En aplicación de la Ley española, el art. 688 Cc. exige que el testador sea “mayor de edad”. Muy bien: para determinar la “mayor edad” del testador, es aplicable la Ley nacional del testador (art. 9.1. Cc.). Y como en Islandia se alcanza la mayor edad a los diecisiete años, resulta que el testador es mayor de edad. En consecuencia, el testamento ológrafo otorgado en España es válido en cuanto a la forma.

#### **d) Formalidades o solemnidades del testamento ológrafo.**

19. Las concretas formalidades o solemnidades que debe reunir un testamento ológrafo para ser válido en cuanto a la forma (= tales como testigos, firma autógrafa, fecha escrita en el documento con dígitos o letras, protocolización ante ciertas autoridades y en tiempo limitado, etc.), son cuestiones que se rigen por la Ley que sea aplicable a la validez de la forma ológrafa del testamento según el art. 1 Convenio.

20. Las solemnidades del testamento ológrafo exigidas por la Ley y antes mencionadas, pueden ser realizadas o cumplidas ante las autoridades de cualquier Estado y no necesariamente ante autoridades del país cuya Ley rige la validez formal del testamento ológrafo (STS 23 junio 1977, SAT Palma Mallorca 21 mayo 1985, STS 15 marzo 1955, ATS 7 febrero 1955).

En efecto, la determinación de cuáles son las autoridades competentes para protocolizar el testamento ológrafo es una cuestión que el Convenio de 5 octubre 1961 no aborda de modo directo. Pero el asunto puede resolverse con arreglo al principio *favor testamenti*, auténtico *élan vital* del entero Convenio de 5 octubre 1961. Conclusión: puede acudirse a las autoridades competentes de cualquier Estado y no necesariamente a las autoridades del Estado cuya Ley rige la validez formal del testamento ológrafo. La oscuridad del Convenio en este punto se vuelve luz si se considera que la solución vigente potencia la validez del testamento (= libertad de los particulares para acudir a autoridades no sólo del Estado cuya Ley rige la forma del testamento ológrafo). Así pues, *post tenebras, lux* también en relación con precisión de las autoridades competentes para protocolizar un testamento ológrafo en casos internacionales.

No obstante, tales solemnidades deben ser “intrínsecamente equivalentes” a las exigidas por la Ley aplicable a la forma del testamento ológrafo (RDGRN 22 noviembre 1916, RDGRN 30 marzo 1931, y RDGRN 11 mayo 1932). Ejemplo: la protocolización del testamento ológrafo cuya forma se rige por el Derecho español *ex* Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, puede realizarse ante tribunal extranjero, pero dicho tribunal debe realizar funciones similares a las que un tribunal español desarrolla cuando protocoliza un testamento ológrafo, tales como “acreditar la identidad del testador” (art. 693.I Cc.).

21. El testamento ológrafo protocolizado en país extranjero no precisa *exequatur* en España (ATS 7 febrero 1955). Es suficiente que el testamento ológrafo protocolizado por acto judicial extranjero se presente traducido a idioma oficial español y convenientemente legalizado o apostillado (arts. 144 y 323 LEC).

#### **e) Protocolización de los testamentos ológrafos.**

22. En el caso de que la Ley sustantiva española rija la forma del testamento ológrafo, será



necesario “protocolizar” dicho testamento. Ahora bien, debe recordarse que los trámites recogidos en los arts. 689-693 Cc. (= relativos a dicha “protocolización de los testamentos ológrafos”), son trámites de carácter procesal y se observarán exclusivamente, en el caso de que los tribunales españoles sean los competentes para llevar a término la protocolización del testamento ológrafo (art. 3 LEC).

**23.** La protocolización de un testamento ológrafo es un acto de jurisdicción voluntaria. Los tribunales deben intervenir con frecuencia en relación con actos de jurisdicción voluntaria relacionados con las sucesiones internacionales. En particular, interesa destacar la competencia para llevar a cabo la protocolización de los testamentos ológrafos. Protocolizar un testamento significa incorporarlo al archivo notarial o “protocolo”.

**24.** La competencia judicial internacional de los tribunales españoles se decide, en relación con los actos sucesorios de jurisdicción voluntaria, con arreglo a los criterios contenidos en el art. 22 LOPJ. Ahora bien, varias precisiones son necesarias.

**25.** Primera: el foro de la sumisión expresa y tácita y el foro del domicilio del demandado en España, no pueden operar en relación con los actos de jurisdicción voluntaria. Explicación: no existen “partes” en sentido procesal, por lo que no pueden someterse a los tribunales españoles, y el domicilio del demandado no puede operar porque no existe “demandado”. Ejemplos: protocolización del testamento ológrafo, declaración de herederos, etc.

**26.** Segunda: en relación, específicamente, con la protocolización del testamento ológrafo, si los tribunales españoles poseen competencia judicial internacional con arreglo al art. 22 LOPJ, deben seguirse estas reglas para precisar el concreto tribunal español territorialmente competente (art. 689 Cc.).

1º) Será competente el Juez de Primera Instancia del último domicilio del testador o del lugar en el que hubiera fallecido el testador (art. 689 Cc.).

2º) En el caso de que los tribunales españoles ostenten competencia internacional en virtud del art. 22 LOPJ, pero no exista tribunal territorialmente competente con arreglo al art. 689 Cc., será competente el tribunal español determinado por el art. 52.4 LEC. Es decir: será territorialmente competente el tribunal del lugar de último domicilio del causante, y si dicho último domicilio radicaba en país extranjero, el tribunal de su último domicilio en España, o del lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante (erróneamente: SAP Baleares 6 julio 2005, que declaró la imposibilidad de los tribunales españoles para protocolizar un testamento ológrafo otorgado por causante británico cuyo último domicilio estuvo en Inglaterra, pero que era titular de bienes inmuebles en España).

Ejemplo: Un causante inglés fallece en Londres. Entre sus bienes, se halla una casa de campo sita en Cádiz. La hija del causante encuentra una carta manuscrita del causante en cuyo texto indica que todos sus bienes los deja a sus hijos a título de herederos universales. Los tribunales españoles son competentes para protocolizar el documento como testamento ológrafo, porque el art. 22.3 LOPJ otorga competencia judicial internacional a los tribunales españoles por el hecho de que exista un bien sucesorio inmueble en España, lo que aquí concurre. El hecho de que el causante y presunto testador no haya tenido su último domicilio del testador y el hecho de que haya fallecido fuera de España no provoca la incompetencia de los tribunales españoles, diga lo que diga el art. 689 Cc. La precisión del concreto tribunal español territorialmente competente se llevará a cabo con arreglo al art. 52.4 LEC. Ello hace competente al tribunal correspondiente al lugar “donde estuviere la mayor parte de sus bienes”, es decir, en este caso, a los tribunales del lugar de situación del inmueble.

#### **f) Revocación del testamento ológrafo.**

26. La validez formal de la revocación del testamento ológrafo se rige por las Leyes determinadas con arreglo al art. 1 del Convenio de 5 octubre 1961. Pero además, *looping the loop*, el art. 2 del Convenio añade más puntos de conexión: “[l]a revocación también será válida en cuanto a la forma si responde a una de las leyes en virtud de la cual, de conformidad con el artículo primero, la disposición testamentaria revocada era válida”. Ejemplo: sujeto inglés otorga testamento ológrafo en 1999 en Londres, testamento firmado de puño y letra pero escrito en soporte informático. El sujeto pierde la nacionalidad inglesa y adquiere la española en 2000. En 2005 revoca el testamento ológrafo que otorgó en 1999 en virtud de documento que firma de puño y letra en Madrid pero que se contiene en soporte informático. Resultado: la revocación es válida en cuanto a la forma y el primer testamento quedará correctamente anulado.

#### **g) Pluralidad de testamentos: testamento prevalente.**

27. En el caso de que el testador haya redactado varios testamentos válidos durante su vida, alguno de los cuales sea ológrafo, la *Lex Successionis* (= Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento) decidirá: 1º) Cuál es el testamento prevalente en caso de conflicto sustancial entre testamentos; 2º) Si el último testamento invalida, y en qué medida, los testamentos anteriores; 3º) Si es posible que un mismo testador otorgue testamentos diferentes en relación con diferentes bienes. Esta práctica es extremadamente frecuente entre los testadores ingleses, que suelen otorgar lo que ellos denominan un “testamento inglés” en Inglaterra en cuya virtud disponen de sus bienes situados en Inglaterra, y además, un “testamento español”, ante Notario español, a través del que disponen de sus bienes situados en España (D. SEARL)<sup>29</sup>. Esta preferencia se explica por cuestiones prácticas, ya

---

<sup>29</sup> D. SEARL, *You and the Law in Spain*, 16th ed., Santana Books, Fuengirola, 2005, pp. 243-273.

que el “testamento español” no necesita ser legalizado, apostillado, o traducido para ser ejecutado en España, mientras que el “testamento inglés”, sí precisa de tales formalidades, que cuestan tiempo y dinero.