



TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE
DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS PO
LITICAS.

"SUCESION TESTAMENTARIA"

S C I B
00018373

Presentada por el alumno:

NARCISO RAFAEL PINEDA PALENCIA

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOLOGÍA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

1.97E.-

24224

T
346.3
P45

2

UNIVERSIDAD

DE

CARTAGENA.

RECTOR: Dr. MANUEL RAMON NAVARRO PATRON

SECRETARIO

GENERAL

Dr. ALVARO BARRIOS ANGULO

DECANO: Dr. PEDRO PACHECO OSORIO

SECRETARIO: Dr. JULIO VARELA ESCUDERO

PRESIDENTE DE

TESIS: Dr. RAUL H BARRIOS

EXAMINADOR: Dr. MARIANO GARRIDO GARCIA

EXAMINADOR: Dr. RAFAEL H DE LAVALLE

EXAMINADORES: Dr.

RECLAMATO. (ARTICULO 83).

LA PAGINA NO AFIRMA NI DRAPIERA LAS
CONCLUSIONES MITIDAS EN ESTA TESIS, NI LAS
DICEEN CONSIDERARSE PROPIAS DE SU AUTOR.

I N D I C E

PAGINAS No. 1 a No. 30.

CAPITULO I.....DE DONDE PARTE Y COMO SE FORMO LA INSTITUCION
DE LA HERENCIA.....

PAGINAS No. 31 a 92.

CAPITULO II.....QUE SE ENTIENDE POR TESTAMENTO.

PAGINAS No. 93 a 116.

CAPITULO III.....TESTAMENTOS PRIVILEGIADOS.....

SUCESIÓN TESTAMENTARIA

CAPÍTULO I.

De donde parte y como se formó la institución de la herencia

sílae"

Consideramos conveniente hacer un breve
anuario histórico acerca de la institución de la sucesión
por causa de muerte, para descubrir su evolución y tratar
de explicar los causas que hicieron posible la existencia
de las normas actuales, que reglamentan la materia.

No debe olvidarse que cada institución
y cada ley, encuentra alguna de sus causas en ciertas cir-
cunstancias que rounch en determinado momento de la histo-
ria, para hacerlas necesarias. De ahí que, para encontrar
los defectos y virtudes de una norma o institución cualquie-
ra, es necesario investigar las circunstancias históricas
en que se produjo.

Los datos históricos es fundamental apor-
te de las fuentes reales del derecho; sería baladí insistir
en la importancia que tiene una indagación de esta índole -
histórica, cuando se trata de reformar una institución. Lo
dicho si bien poco, parece corresponder en la medida exacta

a la necesidad de su concurso.

Sentado lo anterior, entremos en materia. Tres grandes épocas ha tenido el mundo jurídico:

1o. Decálogo

2o. El Derecho Romano

3o. El Derecho Moderno.

DECALOGO.-

No se acostumbra a incluir este primor fuente dentro de la historia del derecho, pero no por que hay un motivo legal ni científico que se oponga, sino por que sus principios son tan aceptados quo se consideran e inherentes a la mentalidad humana, de la misma manera quo nadie se dedica a probar la existencia de la luz solar.

El decálogo, en legislación perfecta de la antigüedad, contiene un conjunto de preceptos legales de inescrutable aplicación en toda sociedad civilizada. Además de su origen divino, cuenta con una tradición milenaria quo ha resistido la acción demolidora del tiempo sin mengua.

Indudablemente, tenía que ser la constitución política y religiosa del Estado. No solamente por la autoridad divina de su autor, si no por que comprendía las normas esenciales para la salvaguardia de los derechos humanos, en la forma breve y completa, que se puede contener en una forma abstracta. Pero no únicamente entre los hijos de Israel ha tenido un valor constitucional si no también en todos los pueblos civilizados.

Podríamos suponer la existencia de un Estado que permitiera en su dictáto fundamental los actos prohibidos por el derecho.

La respuesta es no. Repetimos los principios consagrados en la Ley de Dios, son eminentemente constructivos de la sociedad, moral, económica y jurídicamente. Su omisión lleva al caos y la desintegración estatal de los pueblos.

Si el Decalogo era la constitución política del pueblo hebreo, es lógico suponer que todas las leyes tienen que seguir su orientación. No se concibe una Ley contraria a la constitución. Por ser de origen divino, esta constitución

La tenfa dos funciones: Divina y Jurídica. Violar es
un delito contra la paz y la justicia.

Le diré que creo que es
muy lento para comprender este importante y precioso Apo-
yo al derecho, por lo que no quiso entrar con él. No-
tando, me limitaré en breve a transcribir un pasaje de
tal modo como ejemplo de Sustitución Testamentaria, en aquella
particular final del Documento, en tiempos del Doctor C.

En este tiempo, se Meron los hijos de Gilhard, hijo
de Gildur, hijo de Galatt, hijo de Aekir, hijo de Mon, e
hijo de José, cuyas señoras son Marla y Nona, y Regis
y Alba y Tercia. Los señores presentándose a Heicón, y el
señor Alcordote Elenor y su señora los amillones del pueblo
en la puerta del Tabernaculo de la milagrosa, dijeron: Señor
que Pedro murio en el deserto, no tuvo parte en la cruci-
ficción lanzada contra el Señor, sino que vino a morir en
el valle, por su pecados; uno no dejó hijos varones. Por qué
entonces se ha de borrar de su familia el nombre suyo por no
le haber tenido un hijo?. Dijeron a nosotros la herencia que
y heredantes de nuestro padre. Y apellidó Heicón a su señora
dijo: Esto al Señor, el cual le respondió: La demanda de tu
señor lo señalad en juzgues tales posesión entre los padres
de tu su padre, quedando en la herencia, y dirás a los hi-

jon de Israel, lo siguiente: Cuando un hombre muriere sin hijos, pasará la herencia a su hija, sino tuviiese hija, tendrá por heredero a sus hermanos, y si tampoco tuviera hermanos dará la herencia a los hermanos de su padre, más si aún tios paternos no tuviera, heredaran los demás más cercanos; quedará eso establecido por la Ley perpetua para los hijos de Israel como el Señor lo tiene mandado a Moisés.-

DERECHO ROMANO.

Del Decalogo completamente abstracto, pasamos al derecho Romano orgánico e integral.

Fue tal el genio de esos insignes maestros que su obra continua siendo paradigma de esa erudición y experiencia. Por eso se hace difícil, modificar sus concepciones, aun cuando algunas se hagan anacronicas.

Tres grandes épocas hay que considerar en el derecho romano:

LEY DE LAS DOCE TABLAS. Corresponde esta legislación a la primera época del derecho romano primitivo, conus-

tudinario y rigurosamente formalista.

Dos personas hay que considerar en él:

El Pater Familias y la madre.

Entre los romances el pater familias, era el jefe del hogar, el pater familia tenía la facultad de disponer libremente de la totalidad de la herencia, es decir, el derecho a sucedor era íntegramente testamentario.

Observese que la voluntad omnipotente del pater familiar producía efectos más allá de su muerte, los descendientes trabajaban para el haber de los familiares, y sin embargo, podían ser desposeídos por el simple querer del jefe de la familia, quedando desamparados.-

LA MADRE O LOCA FILIAE.- Dentro de este sistema quedaba excluida la madre de la sucesión habiendo dejado de sus hijos, salvo el caso que hubiere entrado ~~fueron~~ furtivamente, pues entonces se consideraba como loca hija o hija loca de su marido- loca heredera- hermano loco de sus hijos. Además, se consideraba como aguada de ambos y, consecuentemente, con estos derechos.-

La sucesión legal, tenía lugar a falta de la testa-

móntria.-

La ley de los Doce Tableas, estableció las ordenanzas hereditarias en la siguiente forma:

- 1o. Herederos suyos.
- 2o. Agnados
- 3o. Gentiles.-

HEREDEROS SUYOS. Esta expresión de difícil interpretación en nuestros días, servía entre los romanos para señalar a todas aquellas personas que vivían bajo la potestad del pater familiar, al producirse el desceso de éste, cualquiera que fuera la causa de la sucesión.-

La forma más corriente de encontrarle en esta situación jurídica, eran las siguientes:

A- Por justas nupcias. Según este modo se consideraban bajo la potestad de los hijos habidos por matrimonio legítimo de sus padres, y el nieto, cuyo padre había salido de la familia.-

B- Por adopción. Cuando entraba en calidad de hijo un familiar o un extraño.-

C- Por oblocida de la curia, cuando un padre sin hijos legítimos dedicaba a la curia, aun hijo natural.

D- La causa provatio. Cuando un latino contraía matrimonio con una romana o con una latinojuria; y,

E- La erraria causa probatio. Cuando un romano contraía matrimonio con una peregrina por error y lo no pudo probar.

AGNADOS.— No es de fácil interpretación este vino lo existente en el derecho romano.

Para algunos autores la agnación era un vínculo civil que unía a las siguientes personas:

A- Los que actualmente existen.

B- Los que han existido y murieron ya.

C- Los que no existen ni han existido jamás, pero que estaban bajo la potestad de un jefe como si los diesen nacido. Con la expresión primora, se designa a los hermanos nacidos de un mismo padre que se hallan bajo la potestad, sea mayor o menor.

Con la cogunt la expresión se designa a los her-

manos que quedan suijurio, a la muerte de su padre.
Son agnados entre sí. Con la tercera expresión se designa a los nietos que de haber existido el abuelo se hubieran nacido bajo su potestad, eran agnados entre sí.

GENTILES. - Para algunos autores la gens es el conjunto de las distintas familias procedentes de un mismo tronco, y por lo tanto, la base del parentesco es el origen común del vínculo de la sangre.-

Para otros la gens, está formada por aquellas fracciones de curias que tienen un mismo nombre, culto y relaciones municipales.-

Y finalmente, para los ecloptivos es la reunión de todas aquellas personas que habiendo estado nunca bajo servidumbre, ninguno de sus antepasados, tienen origen común, un mismo nombre, el mismo culto, y relaciones municipales.

En sintesis eran numerosos y complejos los herederos dentro de este sistema.-

DERECHO CIVIL.

Durante esta época, fué limitándose el rigor del antiguo Derecho Romano. Se le prohibió al pater familiaris primar de la vida a las personas colocadas bajo su potestad, y se le permitió a estos, disponer con ciertas restricciones de sus pecunias.

En cuanto a la herencia se le privó de la facultad de disponer libremente, de la totalidad de los bienes.

Una nueva concepción reemplazó a aquella que consideraba al pater familia como único dueño de todos los bienes que formaban la masa herencial. Se consideran copropietarios, con él a las personas que vivían bajo su potestad, y por lo tanto, los herederos con la muerte del pater familiaris, entraban en posesión de algo que les pertenecía. No fué que se le privara del derecho de testar, sino que el testamento no podía desconocer las disposiciones del régimen civil, se ponía de nulidad. Era una simple restricción. En esta legislación habían su-

cha amplitud para desheredar. Un señado consuelto hermano, llamó a la madre a sucedor abintestato a sus hijos, siempre y cuando que llenara los siguientes requisitos:

10. Que siendo ingenuo, tuviere por lo menos tres hijos y si libera cuatro.
20. Que se tratara de hijos dados a luz, dentro del término.
30. Que hubiera valido por ellos.
40. Que los hubiera hecho nombrar tutor.

Moro no obstante llenar los requisitos relacionados a la madre solo venia llamada a heredar en calidad de agnado, y a falta de descendientes al p d o y de hermano consanguíneos del difunto.

DERECHO PRETORIANO.

Son muchas las instituciones benéficas del p d o, en favor del derecho Romano. Así, contribuyeron a suavizar el rigor del derecho. Un ejemplo de ellos es que se le prohibió al pater familia vender a los hi-

jos, salvo el caso de extrema necesidad, maltratarlos.

Reglamentó la desheredación, poniéndole un límite Vr. Gr. hacerlo en forma descendiente de estos hijos anteriores y después de la emancipación.

CONSTITUCION Y NOVELAS DE JUSTINIANO.-

En lo relativo a la herencia, las novelas 118 y 127 vinieron a transformar totalmente esta institución, tomando por base el vínculo de la sangre, generalizando, acabaron con todas las complejidades, y diferencias propias de los tiempos anteriores.-

Pué tan científico el nuevo sistema, que ha trascendido en integridad al mundo jurídico.-

Dentro de este sistema, se reconocen estos órdenes:

1o. De los descendientes.

2o. De los ascendientes.

3o. De los hermanos y hermanas Germanos

4o. De los hermanos y hermanas consanguíneos.

5o. De los restantes colaterales.

Los descendientes serían llamados, en primer orden
fueron cuijiris o alicijuris. Tampoco importaba que

se tratará de emancipados o bajo potestad. Se admitía la representación hasta el infinito. Representación por estirpe, y no por cabeza.

Los ascendientes, por regla general, excluían a los colaterales.

Los hermanos germanos, o de doble vínculo, excluían a los otros hermanos. Entre aquellos se repartían la herencia por cabeza, si habían sobrinos de hermanos prenaturales, se repartía por estirpe.

Los hermanos y hermanas consanguíneas llamadas también uterinas o de un solo vínculo, solo eran llamados a falta de los germanos. Los demás colaterales solo eran llamados a falta de los demás parientes.

Como se vio, este sistema no obstante la base científica y esmeradamente sencilla, tenían algunas deficiencias debido a las condiciones sociológicas, económicas y políticas de la época en que se produjo tan radicales reformas.

El Derecho Romano con algunas reformas introducidas por los canonistas y glossadores, vino a formar los ci-

mientos del Código de Napoleón, y éste debido al triunfo de la revolución francesa, ha dado en el mundo persistente al modelo de todas las legislaciones modernas principalmente de los latinoamericanos.

De lo anterior podemos llegar a la conclusión de que el Derecho Romano es la base de todas las legislaciones civilizadas, como ya lo han dicho y repetido muchos.

DERECHO MODERNO

El Derecho Moderno trataré de explicarlo a través de los conceptos que expondré en el desarrollo de esta tesis, ahora solo expondremos un cuadro comparativo de las normas actuales para hacernos una idea de las normas que rigen la materia en el momento actual.

Comenzaremos por el artículo 85 de la Ley de 1.887 dice: "Son llamados a la sucesión intestada los descendientes legítimos del difunto sus legítimos ascendientes, sus colaterales legítimos, sus hijos naturales, sus padres naturales, sus hermanos, naturales,

al conyuge superstite, y en ultimo lugar el municipio de la vencindad del lugar."

Vino luego, el cambio contenido en el art. 1o. de la Ley 45 de 1.936 que remueve

"Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos,, excepto a los hijos naturales cuando el finido haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los naturales, lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de estos y sin perjuicio de la porción conyugal. Queda en los anteriores términos, sustituido al art. 85 de la Ley 153 de 1.937.

De la misma Ley hace parte el art. siguiente:

Art. 19.- El art. 1046 del Código Civil que dará a así:

Si el difunto no deja posteriores legítimos, le suceden los hijos naturales sus ascendientes legítimos del grado más próximo y su conyuge. La herencia se divide en cuatro partes: una parte al conyuge, y las

otras tres, para repartirlas por cabezas, entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales." Si, habiendo conyuge sobreviviente, la herencia se divide entre los ascendientes legítimos y los hijos naturales por cabeza.

No habiendo hijos naturales, la herencia se divide en dos partes; una para el conyuge, y otra para los ascendientes legítimos.-

No habiendo conyuge, ni hijos naturales pertenece total la herencia a los ascendientes legítimos.

Habiendo un solo ascendiente legítimo en grado más próximo, sucede esto en todos los bienes o en toda la porción hereditaria de los ascendientes.-

El Art. 1042 del Código Civil proscriptua los que suceden por representación. Heredan en todos los casos por estirpes, es decir, si en cuálquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubie-

ra cabido al padre o madre representados.-

Los que suceden por representación suceden por cabezas, esto es, toman entre todos y por iguales partes, la porción a que la ley los llama a quienes que la misma ley establezca otra división diferente.

Observese pues, que nuestra legislación ha evolucionado hacia un aumento de las personas que deben entrar dentro del primer orden.

SUCESIÓN ABINTESTADA O O TESTADA X TESTAMENTARIA.-

En nuestra legislación sólo existen dos formas para heredar patrimonio: La primera que es a la que nos referimos en el presente Capítulo, se denomina Sucesión Abintestada o Intestada, que es la que tiene lugar cuando el difunto no dispuso sus bienes, o si dispuso, no lo hizo conforme a Derecho, o cuando no han tenido efecto sus disposiciones testamentarias.-

La segunda se denominan Sucesión Testamentaria o Sucesión Testada. Es aquella que tiene lugar cuando el difunto dispuso en vida de sus bienes conforme los requisitos exi-

gidos por la ley para tal fin.-

De acuerdo con la anterior definición, la sucesión intestada, tiene lugar en tres casos:

- 1o. Cuando el difunto no dispuso de sus bienes o, de una parte de ellos;
- 2o. Cuando dispuso de ellos, pero no lo hizo conforme a derecho;
- 3o. Cuando no han tenido efectos sus disposiciones testamentarias.-

El primer caso comprende, todas las hipótesis en que existen bienes del difunto no atribuidos a determinadas personas mediante testamento.-

La sucesión es completamente intestada cuando el difunto no dispuso o hizo testamento alguno, cuya hipótesis se rige por la ley.

Puede presentarse otra hipótesis que es, aquella en el difunto dispuso de una parte de sus bienes existiendo otros no comprendidos en el testamento. En este caso la sucesión es en parte testada y en parte intestada. Es testada con relación a los bienes contenidos en el testamento, y es intestada en relación a los bienes no comprendidos en el testamento.-

Este último caso, no era conocido en el derecho romano, pues en aquella entonces, era totalmente testada o era totalmente intestada. Ello era consecuencia de la regla según la cual el Testamento debía contener entre todo una institución de Heredero Universal. Las legislaciones modernas, se han separado de tal principio y permiten una sucesión parcialmente testada y parcialmente intestada.-

De acuerdo con el art. 102 del C.C., Cuando en un mismo patrimonio se ha de suceder por testamento y Abierto-testamento, se cumplirán las disposiciones testamentarias y el remanente se adjudicará a los herederos abiertamente según las reglas generales, reglas éstas, que más adelante veremos.-

El segundo caso de sucesión intestada, se presenta cuando el difunto ha dispuesto de sus bienes, pero no conforme a derecho. Esto es lo que se conoce con el nombre de testamentos irregulares. Es irregular un testamento cuando el testador es un incapaz. (Dementes, Impuberes) o la declaración de voluntad ~~que~~ padeció un vicio (Dolo, o violencia), e no se

cumplieron las formalidades exigidas por la ley.-

Estos testamentos irregulares son nulos, y la declaración judicial de su nulidad obra en la misma forma que respecto de los demás negocios jurídicos, ya que el testamento queda sin efecto, y entonces la sucesión se abre según la ley.

El tercer caso, de sucesión intentada se presenta cuando el testador dispuso o dispone de sus bienes, pero no tiene efecto sus disposiciones por las siguientes causales:

- A) Porque los institutos como herederos o legatarios, no aceptan su respectiva asignación. Si la repudiación sólo afecta una parte de sus bienes se presenta un nuevo caso de sucesión que se rige en parte por el testamento y en parte por la ley.-
- B) Porque algunos o todos de los asignatarios no sobreviven a la muerte del testador, ya que es condición esencialísima para suceder por causa de muerte la de existir en el momento de la delación de la herencia.

El Código Civil, sigue cuatro bases generales en la distribución de los bienes herenciales:

PRIMERA BASE:- Total unidad del patrimonio herencial.

Recibe el nombre de patrimonio herencial todos los bienes que pertenezcan al causante, en el momento de su muerte, sin tener en cuenta, el origen de los bienes para reglamentar la sucesión testamentaria para gravarla con restituciones o reservas; en otras palabras, la ley, no hace distinciones de ninguna clase en cuanto a la naturaleza u origen de ellos.-

SEGUNDA BASE:- Los asignatarios son herederos, en ningún caso legatarios al decir la ley que la herencia se reparte entre los hijos legítimos, quiere decir que el patrimonio herencial se divide en tantas cuotas como herederos haya. Eje: Si hay cuatro hijos legítimos, cada uno recibe la cuarta parte de la herencia; esta cuota es una asignación a título Universal.-

En ningún caso la ley instituye legaterios, es decir, asignatarios de cuerpo ciertos, ante todo porque lo es imposible hacerlo, pues la distribución de la ley es siempre abstracta, con el objeto de que sirvan en todos los casos. Los legados sólo son posibles en las sucesio-

nos testamentarios en que el testador pueda repartir bien por bien, cuerpo cierto por cuerpo muerto.-

TERCERA BASE:- La ley da vocación hereditaria a los parientes próximos; en última instancia al Instituto de Bienestar Social. Lo anterior es así con el fin de la protección de la familia del de cuyo, ya que esto es el principal fundamento de la sucesión por causa de muerte.-

Según esto, la ley escoge a los parientes más próximos del causante para declararlos herederos, es decir, para otorgarles vocación hereditaria y llamarlos a recoger los bienes del causante. La misma ley establece el orden en que serán llamados, lo cual veremos en el siguiente punto.-

CUARTA BASE:-

ORDENES HEREDITARIAS.-

Como la ley no puede llamar conjuntamente a todos los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado pues no es justo que un hermano del causante ocupe el mismo puesto del hijo legítimo, se han instituido órdenes hereditarias dentro de cada orden los grados:-

Las órdenes hereditarias son verdaderas jerarquías o cuadro de preferencia así. El primer orden hereditario prefiere a los demás órdenes hereditarios; el segundo se establece a falta del primero y prefiere a los órdenes tercero, cuarto etc; El tercero se instituye a falta de los dos primeros y prefiere al cuarto, y así sucesivamente.-

El Código distingue 6 órdenes hereditarias que son:

PRIMER ORDEN HEREDITARIO: Está compuesto por los descendientes legítimos del causante (hijos, nietos). Con este orden concurren los hijos naturales y los adoptivos; pero la porción de un hijo legítimo será el doble a la del hijo natural o adoptivo.-

SEGUNDO ORDEN HEREDITARIO: Está compuesto por los ascendientes legítimos del causante, en la sucesión del hijo legítimo, y los padres naturales en la sucesión del hijo natural. Es de rara concurrencia en la sucesión del hijo legítimo, que sus padres hayan muerto y existan los abuelos; por este motivo podemos decir que el segundo

orden hereditario está integrado por los hijos legítimos o los padres naturales. Concurren aquí, los hijos naturales y adoptivos para recibir una cuota equivalente a la de uno de los padres. Finalmente concurren así mismo el cónyuge sobreviviente para reclamar en unos casos la cuarta parte de la herencia y en otros la mitad.

TERCER ORDEN HEREDITARIO: La integran los hijos naturales, y a él, concurren los hijos adoptivos y el cónyuge sobreviviente.

CUARTO ORDEN HEREDITARIO: Este orden está formado por los hermanos (legítimos o naturales del ascendente), por los hijos adoptivos y por el cónyuge sobreviviente. Si sólo existe, 2. hermanos, estos llevan todo la herencia; si sólo adoptivos, estos reclaman la herencia; si existen hermanos y cónyuges, los primores llevan la mitad, y los otros la otra mitad; si existen hermanos o hijos adoptivos, la mitad para los primores y la otra para los segundos; si concurren cónyuges, hermanos e hijos, se reparte la herencia en 3 partes: Una para el cón-

y una, otra para los hermanos y otra para los adoptivos.-

SEGUNDO ORDEN HEREDITARIO: A falta de los anteriores órdenes hereditarios la herencia se da a los parentes consanguíneos colaterales, en los grados 3 y 4 (Tios y primos hermanos).-

TERCER ORDEN HEREDITARIO: A falta de los anteriores órdenes hereditarios entrará a heredar el instituto de Ilustrester Familiar.-

DE LA REPRESENTACION FAMILIAR

ORIGEN: Los romanos vislumbraron la teoría de la representación sucesoria, pero no la desarrollaron suficientemente. Los hijos podían suceder ocupando el lugar de sus padres, derecho que fue extendido desde Justiniano, a los sobrinos. Las leyes tarcares y quinta, partida nozta de los Siete Partidos, legalizaron reconociendo la representación, y lo mismo hicieron la Ley Septima de toro y la ley segunda, Título XX Libro I, de la novísima recopilación. Es por consiguiente, una institución antigua.

DEFINICION: La representación es un estatuto legal,

por medio del cual se permite a un pariente de grado más alejado, que reciba la parte que su padre o su madre habrían recogido si hubiesen querido o podido suceder (Según el Dr. Carricosa Pardo).

Nuestro Código Civil en suo art. 1.041, define la representación, como una ficción legal en que se suponen que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél, no quisiese o no pudie se suceder.

Esta definición ha sido criticada por diversos autores, los cuales sentían que son muchos los defectos de los cuales adolecen, entre estos está el concepto de ficción del cual dice Feuillier que es indigna de la Majestad del legislador: El manda; no tiene necesidad de fingir, para si ficción es todo lo contrario a la realidad de los cosas, hay que aceptar ese concepto.

Otros defectos, de pura redacción, son imputables a la definición legal, como el cúmulo de palabras redundantes "Se

supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tenían... Con haber dicho: "Se supone que tiene lugar" habrá sido suficiente, por esta serie de defectos considerados más acortada la primera definición anotada en el presente título.

UTILIDAD DE LA REPRESENTACION SUCESORIAL

La representación responde a una evidente necesidad de justicia, y es desarrollo de la teoría sobre interpretación de los afectos presuntos del de cuyos en que se funda la vocación hereditaria. El orden de los afectos familiares se determina por el grado de parentesco; La regla general, deducida de la propia naturaleza humana que en materia de vocación hereditaria, el más próximo pariente excluya al más remoto. Pero la representación es salvedad a esta regla, salvadío a favor de ciertos parientes que, aunque de grado más lejano, son llamados a heredar con los más próximos, porque en los afectos presuntos del de cuyos, ocupan aquellos el mismo lugar que estos.

CONDICIONES PARA SUCEDER POR REPRESENTACION:

Tres son las condiciones para suceder por representación a saber:

1) Que el lugar del representado esté vacante; a diferencia del Código Francés que sólo admite la representación en caso de muerte, nuestro Código sólo exige que esté vacante el puesto del representado. Entre nosotros se permite la representación de los vivos; de los que están impedidos para suceder, que son: el indigno y el desheredado; y de los que no quieren suceder, que son los que repudian.

No se puede vacilar sobre lo justo de conceder la representación de los vivos que no pueden, o no quieren suceder, si se desea evitar la injusticia de que los inocentes soporten consecuencias que no le son imputables. Sería duro dice don Andrés Belle, que la incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación del padre perjudicase a los hijos. Los descendientes del difunto tienen derecho a sucederle en sus bienes desde el momento en que dejan de haber una persona intermedia entre el difunto y ellos.

2) Que el representante tenga con él de cujus las cualidades necesarias para heredarlo:

El representante no es un sucesor del representado. La representación es un derecho propio del representante, que lo habilita para ocupar el puesto vacante que deja el representado en la sucesión del de cujus. La calidad de insignia del representante, debe juzgarse con relación a la persona del causante y en el momento de fallecer éste. De aquí, en que los descendientes legítimos del insignio, puedan representarlo, y ocupar ellos el puesto que équel dejó vacante.

3) Que los grados de parentesco, estén vacantes. En las descendencias en que se reconoce la representación, élla tiene lugar hasta el infinito, pero no puede haberla, si los grados intermedios no están vacíos. Así, el al bisnieto, puede concurrir a la sucesión de su bisabuelo, siempre que su padre y su abuelo no puedan o no quieran suceder, y podrán ser copartícipes en determinada sucesión un bisnieto del de cujus, representando a su abuelo, por haber faltado este último y el padre, con un nieto.

te en representación de su abuelo, y con un hijo del causante que hereda por derecho personal.-

Por ultimo, podemos decir, que hay siempre lugar a la representación, en la descendencia legítima del difunto, en la descendencia legítima de sus hermanos legítimos, y en la descendencia legítima de sus hijos e hermanos naturales. Fuera de estos descendencias, no hay lugar a las representaciones. Podemos observar en el texto transrito, que la representación no existe, a favor de los ascendientes ni los descendientes naturales o ilegítimos; la representación es un beneficio otorgado exclusivamente a las descendencias legítimas.

Seguidamente entraré a estudiar, la sucesión testamentaria, la haré paso a paso con el fin de comprender la mejor.

Comenzaré por definir el testamento.-

QUE SE ENTIENDE POR TESTAMENTO.CAPITULO II.

Antes de entrar a definir testamento, quisiéramos poner de manifiesto la importancia de ésto. Con la evolución del derecho, con el correr de los tiempos el testamento ha perdido la importancia que tenía en el derecho romano, quizás por que éstos responden a diferencia de aquél entonces, no responden a ninguna necesidad de carácter religioso. Pero eso no equivale a decir que el testamento ha perdido su valor, pues todavía el testador, en su carta testamentaria, legaña sobre el destino que seguirán sus bienes después de su muerte. Claro está, que aun cuando sus facultades disponentivas están bastante limitadas, por las signaciones formales, sus mandatos no respetan ni lógicamente están ajustadas las leyes.

Define el Código Civil en su artículo 10-53, el testamento como un acto más o menos solemnizante, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para

que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva.-

De esta definición sacamos en conclusión que el testamento es un negocio jurídico unilateral, personalísimo, solemne, revocable y de disposición de bienes por causa de muerte.-

Es negocio jurídico unilateral porque el testamento está constituido por una sola y única declaración de voluntad y esta declaración tiene pleno valor jurídico y es independiente de si los herederos o legatarios lo aceptan o no.-

Por ser el testamento la declaración de una sola voluntad, están prohibidos por la ley los testamentos hechos por dos o más personas o sean los llamados colectivos o mancomunados, de donde se colige que sería nulo el testamento que marido y mujer hicieren en forma colectiva, a favor de sus hijos. Esta prohibición de la ley, tiene una explicación lógica, y es que si uno de los testadores ro-

ca el testamento quedaría también sin valor el otorgado por el otro u otros.-

En también el testamento según el análisis que se hagan un negocio jurídico personalísimo, pues el testador solo puede expresar su propia voluntad, de acuerdo con el artículo 10-60 del Código Civil que dice: "La facultad de testar, es indelegable" claro está, que esto no quiero decir, que el testador en ocasiones pueda recurrir a tercero, especialmente de personas versadas en derechos con el fin de recibir de ésta, consejos, en relación con la forma de ajustar sus disposiciones testamentarias a la ley. En este caso, no hay delegación de facultades a un tercero, pues el testador, hace sus disposiciones de última voluntad con autonomía.

Esta prohibición tiene su fundamento en que siendo el testamento un acto de última voluntad, ésta no puede expomérse a que el representante se desvíe de la verdadera voluntad del testador.-

Como vimos al citar el artículo 10-55 el testamento es un acto más o menos solemne. A pesar de que las solemnidades están lentamente desapareciendo, debido a la rapidez que se exige hoy día para las transacciones; todavía sin embargo, para los actos jurídicos de más alta importancia, se exigen solemnidades, ya para proteger al mismo interesado contra su propia inreflexión o precipitación, ya para defendérlos de influencias ajenas.-

Estos actos que solo son reconocidos cuando están provistos de las formalidades requeridas por la ley, se denominan solemnes. La formalidad en ellos es uno de los elementos esenciales. Podemos citar por vía de Ej., el matrimonio el reconocimiento de hijos naturales, el testamento, la enajenación de bienes raíces, hipotecas etc.

Debemos pues entender según los Ej., expresados otros, que el testamento es siempre un acto solemne y que el artículo 10-55 solo quiere darnos a entender en su expresión "más o menos" que hay unos testamentos más solemnes que

Otros, es decir: los más solemnies que son los testamentos comunes, redactados con el pleno de formalidades y los "menos solemnies" o sean los testamentos privilegiados en los cuales dadas ciertas circunstancias excepcionales, se permite al testador presindir de algunas de esas formalidades, pero claro está, no de todas, pues el testamento es absolutamente nulo cuando no está revestido de la solemnidad propias según su clase. Aclaremos también, que no es la voluntad del testador, la que le da el carácter de más o menos solemnidad si no la circunstancia en que se encuentran el testador a la hora de testar, como se dije anteriormente, como bien lo dispone el artículo 1064 que dice; "El testamento es solemn y menos solemn". Testamento solemn, es aquél en que se ha observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere. El menos solemn o privilegiado, es aquél en que puede omitirse algunas de esta solemnidad, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley.

Es también el testamento un acto revocable; de conformidad con el artículo 1270 del Código Civil. El testamento que ha sido otorgado validamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador.

Sin embargo los testamentos privilegiados conducen sin necesidad de revocación en los casos previstos por la Ley.

La revocación puede ser total o parcial.

Conviene ante todo, advertir que nuestro código solo reconoce un modo de revocar el testamento, es; la voluntad del testador, manifestada clara y distintamente en otro testamento, mientras que el derecho romano, reconocía varias formas de revocación.

Atendiendo a los términos del artículo transcritos podemos decir que los testamentos otorgados con el lleno de los requisitos para su validez, pueden quedar inefecto en todo o en parte. En el todo, cuando el testador por medio de un testamento posterior dice que re-

voca el testamento que antes había otorgado; y especialmente cuando solo se revoca alguna o algunas de sus cláusulas testamentarias, quedando vigentes las demás.-

Es indispensable, dice el legislador, que el testador conserve la facultad de testar para que pueda revocar su testamento de una manera eficaz, ya que la revocación es también un acto de última voluntad, porque por medio de ella, se impide que la voluntad ya manifestada produzca efecto. Y al art. 1271 agrega: "El testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o en parte, por un testamento solemne o privilegiado."

Pero la revocación que se hiciere en un testamento privilegiado, cañucará con el testamento que la contiene, y subsistirá el anterior.

Con el fin de evitar fraudes y provenir litigios, ha querido la Ley, que la revocación expresa se haga en instrumento público, como garantía de la seguridad y espontaneidad del acto. Además se observa en este art., no es ne-

noster, que el testamento revocado, suficiente que aquél sea válido según su especie.-

Si el testamento que revoca un testamento anterior, es revocado a su vez, no revive por esta revocación, el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria según lo establecido por el Art. 1272 del C.C. De manera que para realizar las reclamaciones de este artículo se requiere que en el testamento - que revoca el que revocó uno anterior, se haga alusión a las primitivas disposiciones testamentarias, no obstante, alguien sostiene: "Basta que el testador se limite a declararle vigente y en toda su fuerza y vigor, sin necesidad de otra declaración, basándose en que un testamento revocado, no es un testamento nulado, no pierde su existencia material; no deja de ser un hecho cierto y efectivo, agrega: Lo que impide su ejecución es una causa exterior, a saber, el cambio de la voluntad del testador resultante de un acto posterior, desapareciendo este obstáculo, la voluntad del testador vuelve a ser favorable al pri-

mer testamento el recobra su primitivo vigor y fuerza, legal y termina así. La ley dice no revivirá sino cuando el testador así lo manifieste. Por tanto, si este último testamento debiera contener todas las disposiciones contenidas en el revocado, a este no adquiriría nueva vida, no revivirá, sino que la voluntad del testador se contendrá todo en el testamento posterior, único regulador de la sucesión. Por tanto, puede considerarse necesario de conformidad con el texto legal, la repetición en el mismo testamento de las disposiciones contenidas en el revocado, porque eso no sería revivirlo sino hacer otro nuevo.

Un testamento no revoca tácitamente en todo o en parte, la existencia de otro posterior, éste, si expresamente no revoca al anterior, dejará subsistente en él las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores o contrarias a ellas de acuerdo con lo que establece el art. 1275 del C.C.,

DE LA REFORMA DEL TESTAMENTO.— A diferencia de la revo-

cación que es un acto voluntario del testador, la reforma en una acción que viene a modificar la voluntad del testador y que proviene de las restricciones a la libertad de testar impuesta por la ley en beneficio de los legitimarios y del cónyuge supérstite considerado también en algunos casos como un legitimario. Son pues, a estos personas a quienes les incumbe el ejercicio de reforma; a los primeros para que le sea reconocida su legítima ríguerosa o la cuarta de mejoras; y al segundo, su porción conyugal, ya sea en la cuarta parte de los bienes o en la legítima, según el orden de sucesión correspondiente.

Por otra parte, la revocación recae sobre los testamentos que son válidos, y la reforma sobre los que tienen un efecto contrario a la ley. Los que se anulan, son aquellos en que se ha faltado a la formalidades exigidas para la validez del acto.-

El término de la acción, reforma es, según el art. 1274 del C.C. el de 4 años y empieza a correr desde el día en que los legitimarios, tuvieron conocimiento del tes-

toriento y de su calidad de legitimario. Pero para los legitimarios que el tiempo de la apertura de la sucesión, no tenían la administración de sus bienes, ese tiempo no comienza a contarse, sino desde el día en que tomare esa administración.

Por último se dice que la acción de reforma es renunciable, como cualquier derecho que atañe al interés particular del renunciante. Un comentarista dice: Que una manera de hacerlo calladamente es dejar pasar el plazo sin intentarlo, y que también hay renuncia cuando el legitimario que fué menoscabado en su legítima acepta expresamente la partición formada por el testamento. No sería, tolerable sigue diciendo, que habiendo consentido en la distribución, pretendiera de nuevo aludir sus consecuencias.

No también el Testamento un acto de disposición de bienes. El testamento por su naturaleza misma entraña una disposición de bienes del de testador, para que sea de efecto después de su muerte; si el testamento no con-

tiene una disposición de bienes no constituye en ninguna forma un testamento al menos en el sentido jurídico de la palabra. Pero no es necesario e preciso, que el testador, haga asignaciones especiales a título universal o singular.

Lo que se requiere es que el testamento contenga una disposición de bienes en cualquier forma, o sea la atribución de bienes o de determinados bienes a una o a varias personas, atribución que ha de producir efectos a la muerte del testador.

Lo dicho anteriormente, solo produce efectos al momento de la muerte, hay que aclarar que esto es hoy día, relativo, pues hay eventos en que el testamente tiene efectos en vida de quien lo otorga, porque sirve de medio para formalizar las donaciones revocables que si son seguidas de la tradición de lo donado, tienen nacer una especie de usufructo como bien lo dice el Art. 1193 del C.C. que dice: "Por la donación revocable segui-

de la tradición de las cosas donadas, adquiere el donatario los derechos y contrae las obligaciones del usufructuario.-

Sin embargo, no estará sujeto a regular la causa de conservación y restitución a que son obligados los usufructuarios, a no ser que lo exija, el donante.

El testamento, en ese caso, ha logrado efectos jurídicos durante la vida del causante, pero lógicamente, no plena, pues la propiedad de las cosas donadas, no sale del patrimonio del testador para entrar a la del donatario, sino después de la muerte de aquél.-

Antes de terminar estos apuntes sobre la generalidad del testamento, considero de gran importancia hablar de los requisitos de fondo para su validez y de los elementos del mismo.-

Para la validez de cualquier acto o declaración de voluntad, exige el Art. 1502 del C.C. 4 requisitos tradicionales, sin cuales el acto

no tiene eficacia ni alcanza el fin jurídico a que es tal destinado. El acto testamentario, exige con más rigor el cumplimiento de estos requisitos que son: Que la persona o sujeto del acto jurídico, sea legalmente capaz, que su consentimiento no adolezca de vicio, que el acto tenga objeto lícito, y que tenga causa lícita.-

El primer elemento es la capacidad, entendiéndose por capacidad, la aptitud jurídica del sujeto para realizar un acto dado; Por regla general todos los personas pueden testar, con excepción de aquellas que la ley en forma expresa lo prohíbe; de donde sacamos en conclusión, que las causales de incapacidad para otorgar testamento son taxativas y no podemos entenderlas por analogía.-

De acuerdo con el art. 1061 del O.C., las incapacidades para testar, son 4 a saber:

- 1) El imposibilitado;
- 2) El que se hallare en interdicción por causas de demencias;
- 3) El que actualmente no

estuviere en su juicio por ebriedad u otra causa
y 4) El que de palabra o por escrito no pudiere expre-
sar su voluntad claramente.-

Las demás personas no comprendidas dentro de la
enumeración del art. 1061 C.C. son hábiles para testar.-

BRIEVE ANALISIS DE ESTAS INCAPACIDADES.-

La ley prohíbe otorgar testamento a los impuberes
porque a esa edad el niño carece de inteligencia, del
uso de la razón necesaria para ejecutar la acción de
testar. Es un precepto impuesto por la misma naturale-
za. Al niño en esta edad, hay que protegerlo contra su
propia inexperiencia, de la cual, puede aprovecharlo ter-
ceras personas para perjudicarlo.-

No son hábiles para testar según hemos venido analizando, aquellas personas que se encontraren en inco-
dición por causa de demencia al momento de otorgar tes-
tamento, de aquí se desprende que el testamento otorga-
do antes de este momento gozó completamente válido, pe-
ro si se logra demostrar que en el momento de testar no

estaba en sano juicio, ese testamento puede ser declarado nulo.-

Como la capacidad se presume y la incapacidad es necesario probarla, deduce que la conciencia de razón sana en el momento de testar debe probarse ante los jueces. Todo testador tiene en su favor la presunción de un estado mental sano, y por lo tanto, la enfermedad debe probarse, en forma especial la circunstancia de que el testamento, se hizo bajo el imperio de tal enfermedad. Como en la mayoría de los casos la impugnación de un testamento se hace después de la muerte del testador, no es posible probar tal enfermedad por medio de facultativos, y por lo tanto, es necesario recurrir a indicios, presunciones testigos, etc.-

Puede ser posible también que del contenido del testamento, se deduzca el estado mental anómalo del testador, pues puede encontrarse disposiciones que en sano juicio, sería incapaz de dispensar.-

Como según nuestro Código, es inhabil para testar el que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa, se deben, pues, tener en cuenta aquellas afecciones o dolencias que momentáneamente perturban o valen la inteligencia, como la sana monomanía, el somnambulismo, la epilepsia, la embriaguez la sugestión, la cólera y los diversos estados emocionales que más o menos privan la libertad o la voluntad humana.-

También es incapaz de otorgar testamento, a quienes padecen que ni de palabra o por escrito, pudieren expresar su voluntad; de acuerdo con esto los sordos mudos no están capacitados para otorgar testamento.-

El segundo elemento de fondo para la validez del testamento, es el consentimiento. Este es necesario que se emita en forma plenamente consciente y libre, pues el testamento no sería voluntario si el testador obra engañado o contagiado. Esto sucede cuando hay vicio de consentimiento bien sea por error fuerte o doloso.-

Según el art. 1117 del C.C., la asignación que pierde motivada por un error de hecho, de manera que es claro que sin este error no hubiera tenido lugar se tendrá por no escrita.

Ahora puede ser posible que el error de lugar únicamente a una nulidad parcial y no total; esto puede presentarse cuando hecha varias asignaciones sólo una o parte de ella, este afecta por error; y serán válidas, las que no están afectadas. Logicamente cuando sea una sola asignación y este efectada por error de nulidad.

El error puede caer en el sujeto o en el objeto de una asignación. Si cae en el sujeto, puede distinguirse si versa sobre el nombre del asignatario, o sobre la persona de este, o sobre sus cualidades que han sido causa. El error sobre el nombre no anula la asignación, sino hubiera duda acerca de la persona según lo dispuesto por el Art. 1116 ue dice: "El error en el

nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, sino hubiere duda acerca de la persona." Si el testador, en una de sus cláusulas testamentarias, instituye como único y universal heredero a su hijo natural, cuyo nombre da y que ha citado en otras cláusulas y añade a quien de consiguiente reconozcan como tal y le confiere el beneficio legal del caso, el hecho de que sea nula el reconocimiento del hijo por no ser hijo natural sino adulterino, no le quita la validez a la institución del él, como heredero. No puede arguirse que la cláusula es indivisible y que si una parte es nula, la otra parte debe seguir la misma suerte: Ella consta de dos actos de voluntad: La institución y el reconocimiento, que deben considerarse por separado. Por otra parte, el error en la calidad del asignatario no vicia la disposición cuando no hay duda acerca de la persona".-

En todos los demás casos, el error sobre la persona invalida la asignación.-

El error sobre el objeto puede recaer sobre la iden-

tidad de la cosa, o sobre la sustancia, o sobre las cualidades esenciales, o la cantidad, o las cualidades accidentales.

FUERZA.—Esta consiste en intimidar o amenazar a una persona con el fin de obligarla a hacer algo en contra de su voluntad; lo que vicia el consentimiento; en este caso es propiamente el miedo, o perturbación del ánimo originada por la aprensión de algún peligro e riesgo; por tal motivo la ley afirma que el testamento en que haya intervenido la fuerza, es nulo; lógicamente no cualquier fuerza anula el testamento, ésta debe contener lo dispuesto en el art. 1 13 que el tonor literal dice: La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, teniendo en cuenta su edad, sexo, condición, se mira como una fuerza de este género, todo acto que infunde a una persona, un justo temor de verse expuesta a ella su concerte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

El temor reverencial esto es el sólo temor de dañar a las personas a quienes se les debe respeto y sumisión, no basta para viciar el consentimiento.-

DOLO.- Se denominan Dolo los artificios, los artiméritos de que una persona se vale para engañar a otra, o más concililamente el engaño malicioso que intervienen en los actos jurídicos. Pólemos decir también que es toda especie de astucia, trampa, e usquinación destinada a inducir a errar con el propósito de perjudicar.

Dice el Dr. Valencia Zea, que esta clase de vicio del consentimiento en el testamento solo puede revestir dos formas: La sugerión y captación. Por la primera se inspira al testador odio hacia las personas a las quies quiere gratificar por testamento; por las segundas se finge un afecto profundo hacia el testador basado en falsas causas, y dirigido a obtener alguna enignación testamentaria.-

En regla general, pues, la sugerión y la captación de la voluntad del testador son causa de nulidad del testamento en cuanto presenta los caracteres del dolo.

OBJETO LICITO Y CAUSA LICITA.: El objeto de las asigna-

diones debe ser lícito, determinado posible y estar en el comercio, este es un requisito necesario para producir un fin jurídico, el cual es en este caso disponer de los bienes para después de la muerte.-

También debe ser lícita la causa que es el motivo impulsivo y determinado que tuvo el testador y que en tendida en esta forma, es factor que decide la validez de las asignaciones.-

DELACION DE LA HERENCIA.- Si buscamos su origen lo esta palabra vemos que viene del verbo latine PERD, PERIRE, TULI, LATUM, que significan dar, ofrecer engendrar producir, y que se economiza para designar el momento en que nace la vocación sucesoria del asignatario.-

Se entiende por delación de la herencia, el llamamiento que la ley hace al heredero o legatario bien esto haya sido designado por ella o sea la ley o por el testador.

De acuerdo con el art. 1013 del C.C. delación de la herencia es el actual llamamiento que se hace a quienes tienen vocación hereditaria a aceptarla o repudiarla. El

momento preciso del llamamiento debe determinarse con exactitud, porque en él empiezan a exigir los derechos de los herederos y de los legatarios, clara está, con dicionadas a la confirmación de la herencia o del legado. Vemos pues que la herencia y en general cada una de las asignaciones se refiere a los herederos o legatarios en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata si el heredero o legatario no es llamada condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición si el llamamiento es condicional según lo dispuesto por el art. 1013 del C.C. En su inciso 2. Como podemos apreciar la apertura de la sucesión y la delación de la herencia se realizan en un mismo momento, esto es a la muerte del causante, pero por motivos diferentes. En la apertura de la sucesión se toma en cuenta el hecho de que un patrimonio queda sin dueño y que es necesario que pase a otra u otras personas que actualmente se encuentran vivas; mientras que en la delación de la herencia el llamamiento se hace a todas aquellas personas que tienen vocación hereditaria para que

den su aceptación a la herencia o la repudien si fuero el caso.-

Es necesario decir que la palabra *delección* no se toma en su estricto significado, es decir, en la práctica se le da un significado más amplio, pues constituye algo más que un simple llamamiento a recibir una herencia, ya que por ella se otorga a los herederos o legatarios, la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado y se les hace una contribución provisional de los efectos hereditarios a los herederos.-

Hoy en día la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o legado, es un derecho reconocido por las legislaciones modernas, lo contrario de lo que existía en el antiguo derecho romano, donde se encontraban herederos necesarios, que carecían de la facultad de repudiar. En las legislaciones actuales el heredero es completamente libre para aceptar o no.-

La atribución personal de la herencia a los herederos

es un concepto nuevo que no tuvo plena existencia en las antiguas legislaciones.-

Simplificando algunos conceptos, por el hecho de la delación se convierte al heredero o legatario en heredero o legatario provisional; más tarde este puede aceptar y entonces esa posición provisional pasa a ser definitiva. También puede repudiarla y se supone que jamás tuvo tal calidad.-

Se pretende evitar con todo esto, que los bienes, al tránsito del causante, se encuentren sin titular entre el día de la muerte y el día de la aceptación.-

Comparando nuestro derecho con el francés por ejemplo, encontramos que en este último no hay diferencia entre apertura y delación de la herencia; el momento de la apertura también sirve para fijar, en todos los casos, el nacimiento del derecho del heredero. Entre nosotros como ya lo vimos, si hay diferencia, aún cuando no de fondo, porque no son distintos fenómenos jurídicos los que el legislador contempla, sino un mismo fenómeno, mirado desde dos

yentes de vista distintos: En la apertura, el legislador considera la herencia; En la delación al asignatario. En el momento en que se desfiere la asignación que es el momento mismo en que el heredero entra en posesión legal de su derecho de herencia, es también cuando ha de juzgarse si reúne los requisitos legales para heredar.-

A los conceptos analizados anteriormente, varios autores entre ellos Carrilesa Pardo, critica acertadamente sobre la delación de la herencia, critica esta, que la consideramos muy justificable, pues hacer diferencia entre delación y apertura solo para resolver que el asignatario sometido a condición no adquiera su derecho, sino al cumplirse dicha condición, es involucrar un rezago del antiguo derecho romano, algo injustificable, y no muy acorde con la tendencia general del derecho moderno. El derecho del asignatario condicional es un derecho perfecto, no simplemente una expectativa como lo denomina nuestro código; claro está que es un derecho en suspense hasta el cumplimiento de la condición, pero que mientras tanto autoriza al titular para ejecutar actos destinadas a prever su efecto.

cia y que están provistas de sujeción jurídica, de donde concluimos que si fuera una mera expectativa el titular carecería de estas acciones, porque es lógico y la ley así lo establece, la sola esperanza no engendra acción civil ninguna. Tras el maestro Harrizosa Pardo, un estudio sobre el tema delación de las asignaciones condicionales negativas potestativas; por considerarle de gran interés para este estudio, he querido anexarle a estos apuntes. El sostiene: La norma sobre delación de asignaciones condicionales suspensivas, no tiene efecto respecto de las potestativas negativas; instituye a X si no sube a tal parte. En estas, la delación se verifica a la muerte del de ejus, si el asignatario presta conciencia suficiente de restituir la cosa y sus frutos en caso de contravenir a la condición. Esta condición es la misma que en el derecho Romano se conocía con el nombre de Caución Mutilans. Continúa diciendo el Dr Carrizosa lo siguiente: palmar que el Código, por haber sido -

sustento que la asignación condicional suspensiva, se defiere en el momento de cumplirse la condición, que de forzado a exceptuar de la regla la asignación suspensiva, negativa, potestativa del asignatario; de lo contrario, jamás adquiriría la asignación, porque hasta su muerte no podría saberse si había cumplido o no la condición, ya que durante la vida, siempre está en posibilidad de violarla.-

De aquí, surgió la necesidad de estatuir como estatuyó el derecho Romano, esto es, permitiendo al asignatario prestar caución de no traspasar la prohibición, para asegurar la restitución de la cosa y sus frutos. Mediante tal seguridad, la asignación se defiere como si fuera pura y simple. Las leyes de partida, también conocieron esta caución como bien consta en el siguiente párrafo "pero aquél que fuere establecido se tal condición que no hiciere cosa alguna sedadadamente, esto a tal que de tal recado que sea, seguros, que nonhaga aquélle, que le defendió el testador".-

La condición Muyiana, no dà lugar cuando el testador dispone que mientras cuélga la condición negativa, la pertenezca a otro la cosa asignada en este evento, la asignación no beneficia al asignatario sino a sus propios herederos, pues tan sólo a la muerte del asignatario podrá saberse si cumplió o no, y mientras tanto la cosa pertenece al designado en el testamento. Si a los herederos del asignatario a quien puede trasmitirse la cosa, porque fui en el último instante de su vida, cuando tuvo a su favor la delación.

Pero mientras cuélga la condición potestativa negativa, si ocurre un hecho que haga imposible dejar cumplir lo dispuesto por de cujus, podrá el designatario pedir la entrega de la cosa asignada, toda vez que las asignaciones condicionales están sujetas a las reglas de las obligaciones condicionales, en cuanto estas reglas, se pugnen con la naturaleza de tales asignaciones, y según el art. 1539 del C.C. se reputa haberse cumplido la condición negativa cuando ha llegado a cierto que no sucedió el evento contemplado.-

LA DELEGACION CONSTITUYE UN DERECHO TRANSMISIBLE.-

Quiero concluir este estudio de la delegación, manifestando, que ésta, constituye un verdadero derecho, y es en virtud de ese derecho el que el heredero legatario - tenga la facultad de aceptar e repudiar la herencia legada, y pueda adquirirlo provisionalmente. Lógicamente, cuando la herencia o legado sea aceptada, tal derecho se convierte en definitivo; claro está que la misma ley, le da protección a este derecho, antes de ser aceptado; en efecto, si deforida la herencia o legado al ser heredero o legatario, estos mueren antes de ser aceptada o repudiada, transmiten de plano a sus herederos tal facultad. A este punto de vista, se refiere el artículo 1014 del C.C. Cuando dice: "Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado el legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlo, aún cuando fallezca sin saber que se le ha deferido,-

No se puede ejercer este derecho romano, en donde se dio a los derechos de delación carácter personalísimo, lo que quería decir que al morir una persona a quien se la había deferido una herencia que no había alcanzado a aceptarla, no transmitía sus herederos la facultad de aceptarla o repudiarla. Claro que estos conceptos con el correr de los tiempos, se fueron haciendo más justos, y se fueron permitiendo excepciones a la intransmisibilidad del Jus Delationis; siendo las de más importancia la transmissio theodosiana y la transmissio Justiniana.

Poco a poco, pues fué perdiendo como podemos apreciar el Jus Delationis o sea facultad de aceptar repudiar la herencia, su carácter personalísimo, hasta llegar a ser transmisible Mortis Causa, es decir como derecho patrimonial transmisible como es considerado en nuestras modernas legislaciones. Por integrar un elemento del patrimonio del causante, el derecho de Delación no puede ser transmitido sin ser antes aceptada la herencia del causante. Indica elle que el heredero debe aceptar, en primer término, la herencia de su causante inmediato; y como dentro de sus elementos, se encuentra la facultad

do repudiar o aceptar la herencia o legado de un causante mediato, debo proceder a ejercitarse tal derecho aceptando o repudiando en la misma forma como lo hubiera hecho su causante.-

Notamos pues, según lo dispuesto anteriormente que nos lleva ante dos herencias: La herencia del causante inmediato y la del causante mediato en estado de delegación.-

El heredero no puede aceptar antes la herencia del causante mediato que se encuentre en estado de delegación sin a aceptar la del causante inmediato. Pero la situación inversa es posible, ya que el heredero puede aceptar directamente la herencia de su causante inmediato, rechazando la herencia del causante mediato es decir, ejerciendo el Jus Delationis que encontró en la herencia aceptada en forma de repudiación.-

En el caso de que el causante o al de cuyus inmediato, haya agotado el Jus delationis, solo trans-

mite una herencia. Si agotó la dotación scriptando, se presenta entonces la herencia del de Cujus mediante con fundida plenamente dentro de su patrimonio, y si lo agota repudiando, en ningún momento fue titular de esa herencia.-

Testamento Solemne otorgado en Colombia e fuera de ella.

Dijimos anteriormente que el testamento, siempre es solemne, pero que unas veces lo es más que otras, es decir, los testamentos son más solemnres y menos solemnres. Para mayor facilidad de estudio, de más comprensión la ley se ha dado en llamarlos a los primros testamentos solemnres y a los segundos, testamentos privilegiados, pudiendo ser llamados también ordinarios y excepcionales. Son las circunstancias en que se encuentra el testador al momento de otorgar testamento, las que le permiten acudir al testamento privilegiado de solemnidades fáciles y sencillas.-

Esta facultad que tiene el testador para acudir a

esta clase de testamentos es con el fin de facilitar el ejercicio del derecho de testar, en casos en que sería muy difícil o prácticamente imposible exigir los requisitos.

La ley reconoce dos clases de testamentos; ordinarios o solemnres: El abierto Nuncupativo o público, y el Cerrado o secreto.- Estas dos formas se distinguen esencialmente, según las personas que intervienen en el acto distintos del testador tenga o no, conocimiento del contenido del testamento.-

A continuación haremos un corto estudio de cada uno de ellos, para mejor comprenderlos.-

Testamentos Abierto Nuncupativo o Público. Este testamento puede decirse que es aquel en que el testador da a conocer sus disposiciones a los testigos que intervienen en el acto testamentario o al notario cuando este aciente o concurre.-

Tienen facultad o capacidad para otorgar esta clase de testamento todas las personas que puedan darse a entender de viva voz como si bien no es necesario que seyan leer y escribir. La ley conoce dos modos de testa-

mentos abierto, que podemos denominarlo "principal y subsidiario". El primero o principal es el otorgado ante notario y tres testigos, y el segundo ante la presencia de cinco testigos cuando por cualquier circunstancia el notario no se encuentra. El disponente puede tener ya todo escrito por lo que no es necesario que dicte e escriba por si mismo; ni siquiera es esencial la firma del disponente, porque lógicamente quienes no saben leer y escribir, tienen facultad para otorgarlo. Lo que si es esencial y requisito indispensable en cuanto al otorgamiento mismo es que sea leído todo en voz alta; primordialmente por el notario esto se encontrare presente o por uno de los testigos en caso contrario.~

También es esencial que se conserve la unidad del acto, respecto al tiempo y respecto a las personas, quiere decir, que siendo un solo notario y unos mismos testigos, los que están presentes a la vista del testador mientras el testamento es leído, de tal manera que todos sigan íntegramente la lectura.~

Lo anotado anteriormente, está consagrado por el art. 1074 del C.C. que dice: "El testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será q. todo leído en alta voz por el notario si lo hubiere, o, a falta de notario, por uno de los testigos designados por el testador, para este efecto.-

Mientras el Testamento se les estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria ofréndan todo el tener de sus disposiciones.- Este art. no proscribe que se deje constancia de que el testamento fué leído en voz alta por el notario. Los que constituye la nulidad, es la omisión de la lectura en alta voz, pero no el haberse dejado de expresar en el testamento esa formalidad. "La ley no exige que estén presentes los testigos instrumentales cuando se redacte y escriba el testamento abierto; lo que ella dispone es que sea dada lectura al testamento en presencia del testador, del notario y de los testigos, ya por el notario ya por alguno de los testigos en su caso.-

El Dr. Vallen, en su obra titulada "DEBESO CIVIL COLOMBIANO", cuenta jurídicamente y acortadamente, el art. 1074 del C.C. según consta en los apartes que se copian enseguida: Otro modo de otorgar al testamento sería que después de reunidas aquellas personas, el testador dicte sus disposiciones al notario, bien para que este las escriba, o para las escriba otro individuo, puesto que el art. 1074 no exige como el art. 9062 de C.C. Francés, que precisamente sea escrita por el notario. Pero una vez que se ha ya concluido de escribir el testamento, debe leerlo en alta voz, de modo que le oigan el testador y los testigos. Cuando el testador dicta sus disposiciones nada se opone a que el notario, sin modificar en lo más mínimo el fondo de este, varíe su redacción para su mayor claridad. Cuando el testamento se escribe en el mismo acto de otorgarse, será nula toda disposición que el testador no dicte, y que se reduzca a que des-

después de escrita por el notario o por cualquiera otra persona, lo sea leída al testado y este conteste si o no, o haga un signo de afirmación o negación. (Art. 1118). Es pues, de la esencia del testamento cuando intervino al notario una vez terminado aquél, se lee en voz alta por el mismo notario, y que mientras se lee integralmente el testador esté a la vista del notario y de los testigos y que todos oygan el tenor de todas las disposiciones testamentarias. Si logra demostrarse que el testador no oyó la lectura de todas las disposiciones del testamento, cae en nulo" (Casación 2 de Julio de 1.923).-

Termina el acto según lo dispuesto por el art. 1075 del C.C. Por la firma del testador y testigos y por la del notario si la hubiere.-

Si el testador no supiere o no pudiere firmar, mencionará en el testamento esta circunstancia expresando la causa.-

Si se hallare alguno de los testigos en el mismo cuadro, otro de ellos firmará por él y a ruego suyo expresamente.

Malo así.-

Sobre la firma del testador en el abierto ha dicho la Corte: "Los testamentos abiertos pueden ser válidamente firmados por el testador con firma no entera, con tal que sean conocidos el notario y las de los demás personas que intervienen en su otorgamiento". "El espíritu de la ley que exige, y no como indispensable, la firma del testador en el testamento, no puede ser otro que al de ese documento, que ha de producir sus efectos después de la muerte de aquél, llegue consigo una señal inequívoca de su autenticidad". La causa por la cual la corte admite como bastante esa firma deficiente, es lo dispuesto en el art. 333 de la ley 7 de 1887, para toda clase de escrituras públicas. Así lo explica la misma Corte cuando dice: Al modificar el legislador la regla del art. 29 del C.C., que exigía en los documentos públicos la firma entera de los otorgantes, y disponer en el art 333 de la ley 7 de 1.887 que bastarán en tal caso las firmas no enteras, tuvo en cuenta entre otras consideraciones, la de que los testadores se hallen en tal estado

de enfermedad que no puedan estampar sus firmas con la misma integridad y corrección con que acostumbraron -
firmar cuando gozaban de salud". "El vocable firma,
dice también la Corte, no es equivalente al de firma
entera. El Código Civil exige en algunas ocasiones -
que el acto se autorice en firma entera; en otros, -
sólo requiere las firmas sin agregar el calificati -
vo de enteras. Si estos vocablos fueran equivalentes
el calificativo de enteras redundaría en los casos en
que lo emplea la ley, habría en estos una palabra imu -
til y así no ha de entenderse aquella.-

Esta forma de testamento fue adoptada del Derecho
Español con sólo algunas modificaciones.* En aquél de -
recho también el testamento abierto o Numismático se
disponía ante un escribano y testigos, e sólo en pre -
sencia de testigos sin escribanos. Lo que si pasó excep -
tamente como condición especial fue el ser dictado o
leído de "Viva Vos" por el disponente. Esta es una so -
lemnidad que de acuerdo con el art. 972 del Código Fran -
cés, es exigida en Francia para el testamento auténtico.*

Nuestras disposiciones han sido bastante criticadas por el aspecto que se ha desvirtuado el carácter de este testamento, que es el de ser dictado de viva voz por el más no disponente, para mayor garantía de autenticidad y fidelidad, y toda vez que el dictado o la lectura obligan al testador a concentrar la atención en el acto que está verificando. Esta omisión es merecida porque la solemnidad testamentaria, ha sido rebajada tanto, que el otorgamiento del abierto, cuando a la forma misma de otorgamiento, no se diferencia de una escritura pública ordinaria, sino en la intervención de tres testigos en vez de dos que estan quiere, sobre la necesidad de que el testamento público sea dictado, dicen COLIN Y CAPITAN: "La necesidad de que sea dictado el testamento, nace de que sólo así se asegura la perfecta espontaneidad de las disposiciones hechas por el testador. Podría sospecharse de esa espontaneidad si el notario redactara el testamento según un borrador que se le hubiere entregado previamente, o el testador únicamente conteste a las interrogaciones que aquél le hiciera. La jurisprudencia se muestra muy rigurosa para denunciar en este terreno la independencia de los testadores

infiriéndose de ella que las únicas preguntas y observaciones que el notario pueda hacer al testador, son las necesarias para aclarar el sentido oscuro de la frase que emplea al dictar, o para ilustrarse sobre la ilegalidad de sus disposiciones e las contradicciones entre ellas ".

Entre nosotros también son nulas las disposiciones expresadas con soles las palabras si o no respondiendo a una pregunta según lo dispuesto por el art. 1118 C.C. Pero la nulidad no se extiende a todo el testamento sino a las referidas cláusulas mientras el testamento es leído el testador deberá estar a la vista, y todas aquellas personas cuya presencia es necesaria, oírán todo el tenor de sus disposiciones es la nulidad del acto cuanto al tiempo y cuando a las personas, requisitos esencial cuya pretermisión acarrea nulidad.- Las cortas interrupciones causadas, por si: con algún accidente sobrevenido al testador no menoscaban la unidad del acto según lo dispuesto por el art. 1074 en su inciso tercero.-

TESTAMENTO MUNICIPATIVO ANTE TESTIGOS.— Vimos que el testamento debe ser otorgado con la presencia del notario pero que hay modo subsidiario y es el otorgamiento ante testigos sin la presencia del notario, y que ocurre a este modo cuando en el lugar en donde ha de otorgarse el testamento no hubiere notario o faltare este funcionario, pues así lo dispone el art. 1071 del C.C.. Más claramente el testamento municipalivo sin notario puede extenderse, aún en lugares en donde existan notarios, o mejor en cabeceras de notarías, pero este no pueda gozár por cualquier circunstancia como por ej., ausencia del lugar, enfermedad, incapacidad etc. Parece de repetir una vez más este medio de otorgamiento sólo es válido cuando no pueda estar presente el notario. El art. 1071 dice: En los lugares en que no hubiere notario, o en que faltare ese funcionario, podrá otorgarse el testamento senciente municipalivo ante cinco testigos, que reunán las cualidades exigidas por este código. "Cuando en el lugar donde se otorga un testamento no hay mejor dicho salte en ese día el notario prin-

cipal, el suplente y el interino, es el caso de aplicar el 1071 del C.C." Casación 21 de Julio/28.

"La ley autoriza el testamento nuncupativo solamente ante testigos, sin la presencia del notario, como lo establece el art. 1071 del C.C. Pero solo como forma subsidiaria del nuncupativo, abierto o público ordinario para el caso excepcional de que en lugar donde ha de otorgarse el testamento no hubiere notario o faltare este funcionario. Fuera de esta situación especial de excepción, la ley no autoriza testar válidamente ante cinco testigos."

También es de gran importancia que quede de manifiesto que la simple memoria escrita ante cinco testigos, no tiene validez, o mejor no es testamento, ni tiene carácter de tal, mientras no sea legalmente pública, pues esta es formalidad esencial del testamento mismo encaminada a convertir en documento público, lo que sin ella es privado. Esta formalidad se realiza pidiendo al juez competente, que en el del último domicilio del causante que

haga comparecer a los testigos instrumentales, para que reconozca sus firmas y las del testador. Si uno de los testigos no puede comparecer, basta que los presentes reconozcan sus firmas, la del testador y de los ausentes.-

Una vez realizadas estas formalidades, el juez y el secretario rubricarán el testamento que el juez declarará nuncupativo, y expresando la fecha, dará trámite de todo lo actuado al notario respectivo.-

TESTAMENTO CERRADO. - Hablaremos seguidamente del testamento cerrado, y entrando a definirlo, podemos decir, que es aquél en que no se necesitan que el testigo y el notario tengan conocimiento de las distintas disposiciones. Dicho de otra forma, es aquél en el testador quiere que nadie sepa cuáles son sus disposiciones testamentarias.-

Para la validez de este testamento, son necesarias tres (3) requisitos o elementos: 1) Un escrito debidamente guardado en un sobre o cubierta. 2) El otorgamiento del testamento ante el notario y 3) Escritura pública del otorgamiento.-

Respecto del primer punto, podemos decir que el escrito debe guardarlo el testador dentro de una cubierta o sobre, de tal manera, que para sacar el escrito, tenga que romperse dicha cubierta o sobre. La cubierta puede de ser de cualquier material cuero, - o papel por ejemplo, pero que lo guarde con las seguridades del caso, y se acomode al volumen del escrito. Si el testador desea puede estampar un sello o cualquier marca que le dé mayor seguridad.-

El escrito como vimos en líneas anteriores, debe ser redactado personalmente por el testador, si bien no se exige que se haya escrito personalmente, pues puede darse el caso de que lo dicte a una persona como - por ejemplo a un escribiente. Si bien es cierto, que - nuestro código no dice expresamente que el testador puede dictar o hacer escribir su testamento de un tercero, tal circunstancia, puede deducirse del derecho comparado y de lo dispuesto por el art. 1079 quo dice:
"El que no sepa leer ni escribir, no podrá otorgar testamento corrado. Este texto legal prohíbe testar en -

forma secreta a aquellas que no sepan leer ni escribir, pero no hace prohibición para aquellas personas que saben leer aunque no sepan o no puedan escribir. Esta razón es muy lógica, pues quien no sabe leer ni escribir, no puede saber si lo escrito refleja o no su voluntad, más no así quien lee pero no escribe. - Claro está que el testador debe limitarse solamente a reflejar la voluntad del testador.-

El escrito puede ser hecho a mano o máquina; solamente se exige que el testador exprese claramente las asignaciones testamentarias, y determine en forma e iloguivoca los beneficiarios. Una vez expresado todo esto debe ser firmado por el testador.-

Para mejor comprensión del tema, citaré: los artículos 1078, 1079, 1080, 1081, 1082 del C.C. Y sus respectivos comentarios en forma original, pues en ello está todo lo concerniente al testamento cerrado. El art. 1078 dice: El testamento solemne cerrado, debe otorgarse ante un notario y cinco testigos.-

El art. 1079 dice: El que no sepa leer ni escribir, no podrá otorgar testamento cerrado. "Si al fin de la limitación que trata el 1079 del C.C. como en -

general el de todas las provenciones y solemnidades de que debe estar rodeada esta clase de actos, no es otro que de asegurar absoluta y eficazmente la autenticidad de las declaraciones testamentarias, es garantía, respecto del escrito que del sobre cerrado se presenta al notario y a los testigos, no pueden alcanzarse sino a través de una doble condición: Que el otorgante esté en capacidad actual de verificar que el contenido del escrito corresponde fielmente a la determinación libre y espontánea de su voluntad, y que disponga así mismo de la actitud necesaria para demostrar en el hecho aquella identidad o concordancia. La primera se cumple mediante de la prueba de sus conocimientos en el acta de la lectura, la segunda por la atestación de que debe dar fó su propia firma al pie dice Fernando Veloz; que se requieren dos condiciones esenciales para otorgar testamento cerrado: 1) Saber leer y 2) Saber escribir. De suerte que no basta que una persona sepa una de estas dos cosas para que pueda testar de una manera secreta. La razón de ésta, es clara; como del testamento cerrado, el notario y los testigos solo conocen la caja en que aquél se encierra, la garantía de que no se altere sus disposiciones la busca la ley en los conocimientos del testador.

El art. 1080 dice: "Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, es el acto en que el testador presenta al notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que los notarios y los testigos, lo vean y oigan y entiendan, salvo el caso del art. siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del notario y los testigos.-"

El testamento deberá estar firmado por el testador. La cubierta del testamento deberá estar cerrada, o se cerrará posteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romperse la cubierta.

Queda al arbitrio del testador, estampar un sello o marca o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.-

El notario expresará sobre la cubierta, bajo el epígrafe testamento, la circunstancia de hallarse al testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes, y año del otorgamiento.-

Termina el otorgamiento por la firma del testador de los testigos y del notario sobre la cubierta.-

Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno de los testigos no supiere o no pudiere firmar, lo harán otros por los que no pudieren o no supieran hacerlo, de manera que en la cubierta aparezcan siempre siete (7) firmas: La del testador, las de los cinco (5) testigos y la del notario. Durante el otorgamiento estarán presentes además del testador un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna, cinco de los breves intervalos en que que algún accidente lo exigiere.-

La ley 36 de 1.931 en su art.

1 establece: Inmediatamente después del acto en que el testador presenta al notario, y a los testigos la escritura, en que declarara que se contiene su testamento según el art. 1080 del C.C., se deberá extender una escritura pública en que conste el lugar, día mes, año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellido del notario; el nombre apellido domicilio y vecindad del testador, y cada uno de los testigos; la edad del otorgante, las circunstancias de hallarse éste en su entero y cabal juicio el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece.-

La misma Ley en su art. 2

dice: En el mismo instrumento se consignará una relación particularizada de la clase, y forma de los sellos, marcas y sello que como medio de seguridad, contengan la cubierta.-

El art. 1081, dice: Cuando el testador no pudiere entender o ser entendido, de viva voz, sólo podrá otorgar testamento cerrado,-

El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra testamento, o la equivalencia en el idioma que predilecta, y hará del mismo modo la designación de su perroga, expresando a lo menos, su nombre, apellido, domicilio, y la razón a que pertenece; en lo demás no observará lo establecido en el art. precedente.-

Cuando aparece un testamento cerrado, otorgado por la facultad autorizada por la ley para las personas que no pueden darse a entender de viva voz, el juzgador debe reputarlo válido mientras que la parte que lo ataque no demuestre que el testador podía darse a entender de viva voz.-

Si posteriormente el otorgamiento de un testamento cerrado alguno de los testigos sostienen que no oyeron que el testador expresara de viva voz que bajo la cubierta que iba a firmar estaba su testamento, estos testimonios que se refieren a la expresión hablada, no infirman por sí el testamento. No niegan el hecho de haber puesto el testador la palabra testamento sobre la cubierta que iba a firmar.

y de los testigos, según casación de la Corte del 25 de junio de 1922.-

I por ultimo el artículo 1062 que dice:
El testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al juez.-

No se abrirá el testamento sino después que el notario y testigo reconozca ante el juez su firma y la del testador, declarando, además, si en su concepto está cerrado sellado o marcado, como en acto de la entrega.-

Si no puede comparecer todos los testigos, bastará que el notario y los testigos instrumentales, presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes.-

No pudiendo comparecer al funcionario o notario que autorizó el testamento, será reemplazado para las diligencias de apertura por el notario que el juez elija.-

En caso necesario y siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser abonadas las firmas del notario, y testigos ausentes, como en el caso del inciso tercero del art. 1077.-

Esta clase de testamento no tendrá valor alguno si se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse.-

DE LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS. - No quiero terminar este tema, sin antes hacer un breve apartado sobre los testigos en los testamentos y quienes no pueden ser testigos y por qué.-

Es una formalidad indispensable en todo testamento ("Solemne y Menos Solemnes"). La intervención "testigos" una vez sea en mayor número como el testamento abierto sin notario que exige cinco, como en el cerrado ya sea ordinario o privilegiado que exige igual cantidad, y otras veces menores numerosas como el suplicativo ante notario que exige tres y el verbal que exige igualmente tres testigos.-

A este respecto, la ley ha sido muy celosa al fijar las condiciones que deben reunir los testigos según el testamento de que se trate.-

Los testigos instrumentales tienen dos importantes misiones; una de ellas es asegurar la independencia del testador esto es, asegurar que sobre éste, no se ejerce fuerza o presión, asegurar que este obré li-

b e y voluntariamente. La segunda consiste en juzgar por sus propios sentidos de la conformidad entre lo que no se deja escrito, y la verdadera voluntad del testador. De allí que cuando se encuentren disposiciones que se confunden, y que precisen interpretaciones, serán los testigos los encargados de interpretarla en su caso, dar a conocer que fue lo que n verdad quiso decir el testador.-

Boris se dijo anteriormente, la ley en materia de testigos, posee ciertas limitaciones que se encuentran consagradas en el art. 1068 del C.C. que dice: "No podrán ser testigos en un testamento solamente:

- 1) Los menores de 18 años.
- 2) Los que se hallaren en interdicción por causas de demencia.
- 3) Todos los que actualmente se hallaren privados de la razón.
- 4) Los ciegos.
- 5) Los sordos.
- 6) Los mudos.
- 7) Los condenados a algunas de las penas designadas en el art. 31 y 4 en general, los que por sentencias ejecutoriales estuvieron inhabilitados para ser testigos.-

- 1) Los administradores del patrimonio no autorizan el testamento;
- 2) Los administradores no domiciliados en el territorio;
- 3) Los personas que no entiendan el idioma del testamento, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1501;
- 4) Los ascendientes y descendientes y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundos de afinidad del ascendente o del descendiente prima vez que autorice el testamento;
- 5) El nacido de la testadora;
- 6) Los representantes o dependientes del testador de su consentimiento, del funcionario que autorice el testamento y de los de las otras personas comprendidos en los artículos 11 y 16;
- 7) Los que tengan en otros de los testigos el permiso temporal a los relacionados de los que no hablan en los artículos 11 y 13;
- 8) Al sucesor que haya sido el administrador del testador, y que haya consentido a este, en la última enfermedad;
- 9) Los herederos y legitarios, y en general todos aquellos a quienes resulte un provecho directo del testamento. — Dos a los mismos, de los testigos deben ser dos domiciliados en el lugar en que esté en el testamento y uno, a los mismos, deberá saber leer y escribir en el

solo concurren tres testigos, y dos cuando concuerden cinco.-

TESTAMENTO SOLAMENTE OTORGADO FUERA DE COLOMBIA.

Este tema está comprendido en nuestro código civil, bajo el título de "Del Testamento Salvo otorgado en el extranjero", y más detalladamente en los arts. 1084 y 1086 que dice:

"Art. 1084 que establece: Valdrá en los territorios del testamento escrito, otorgando en cualquiera de los estados o países extranjeros, si por lo tocante a las solemnidades, se hicieren constar su conformidad a las leyes del país, o del estado en que se otorgó y si además se probare la autenticidad del instrumento y su ejecutivo en la forma ordinaria.-

El art. 108 dice: "Valdrá, así mismo, en los territorios los testamentos otorgados en cualquiera de los estados, o en países extranjeros, con tal que conciernen los requisitos que van a expresarse;

- 1) Que el testador sea colombiano, o que si es extranjero, tenga domicilio en el territorio;
- 2) Que sea autorizado por un ministro diplomático de la "República de Colombia, o de una nación amiga, por un secretario delegación que tenga tal

título de tal, expedido por el presidente de la república, o por un cónsul que tenga patente del mismo; pero no valdrá si el que lo autoriza es un vice-consul. Si el testamento se hará nunción expresa del cargo y de los referidos títulos y patentas;

- 3) Que los testigos sean colombianos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorga el testamento;
- 4) Que se observen en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en los territorios;
- 5) Que el instrumento lleve el sello de la delegación o consulado;
- 6) Que el testamento que no haya sido otorgado ante un jefe de legación, lleve el visto bueno de este jefe si lo hubiere; si el testamento fuere abierto al pie o si fuere cerrado; sobre la carátula; y que dicho jefe ponga su rubrica al principio y al fin de cada página cuando el testamento fuere abierto;
- 7) Que enseguida se rendita por el jefe de la legación si lo hubiere, y si no directamente por el consul en su caso, pose la copia, al prefecto del territorio - respectiva. - Por último, el art. 1036 dice: Siempre que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. anterior, el jefe del territorio pasará al juez la co-

... del último domicilio que el difunto tuviera en el territorio, a fin de que dicha copia se incorpore en los protocolos de un notario del mismo domicilio.

Si conociéndose al testador ningún domicilio en el territorio, el testamento será remitido al prefecto o juez del circuito de la capital del territorio, para su incorporación en los protocolos de la notaría que el mismo juez designe.

A pesar de estar clara el texto de estos arts., quiere hacer un breve análisis del asunto con el fin de comprenderlo mejor:

Los colombianos que se encuentren en el exterior pueden otorgar testamento en dos formas:

1) Ajustándose a las formalidades que exigen la ley del estado donde se hallen;

2) Ajustándose a la ley colombiana;
ambas formas de testar son válidas y prod con efecto ante nuestros tribunales.

La primera forma de testar tiene validez por el imperio de la regla del derecho internacional Privado "Locum agit actionem", teniendo en cuenta que esta regla solo tiene valor en cuanto a los requisitos de forma no en cuanto a los de fondo según lo expresado por el art. 21 del C.C.
La forma de los instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su sustanci-

dónde se probará según la regla establecidas en el
Código Judicial de la Unidad.

La forma se refiere a los
determinados externos, a la autenticidad, al hecho
de haber sido realmente otorgados y autorizados por
las personas y de la manera que en tales instrumentos
se expresa.

"La regla loca regis actum se deriva de
una costumbre internacional que precediendo de todo
a acuerdo entre naciones, quieren que valgan los actos
jurídicos que los extranjeros ejecutan cuando se sujetan
a las ritualidades exigidas por la ley del lugar
donde se encuentran".

El art. 1084 del C.C. da aplicación de esta
regla al testamento polaco otorgado según ley ex-
tranjera, cuando dice que tendrá validez en el país el
testamento escrito otorgado en país extranjero, si po-
tociendo a las formalidades se hiciere constar su con-
cordancia a las leyes en el país en donde fue otorgado
y lógicamente probado la autenticidad del instrumento
respectivo en la forma ordinaria.

Teniendo en cuenta los tratados, sacamos
en conclusión que los arts. 21 y 1084 del C.C. le dan

valor a la regla *Locus regis actum*, pero sólo respecto a las formalidades requeridas para la validez del testamento, no a los elementos de fondo ya que en cuanto a estos se aplica la ley nacional. Según esto, pues no tendrá validez un testamento otorgado en el exterior, si el testador no respetó las asignaciones forzadas de los asignatarios forzados aún cuando en el país en donde fue otorgado exista total libertad para el caso.-

El fundamento jurídico de la regla *Locus regis actum*, no es solamente la cortesía internacional, ni tampoco la idea de que al extranjero se somete temporalmente a las leyes del país en que se encuentren, sino por lo que se considera que las leyes de ese país son las más idóneas para garantizar la libre ejecución de la voluntad declarada en el país en donde impresa. Más sencillamente porque facilita la ejecución de los actos jurídicos, que pueden consumarse en situaciones en que el extranjero no tuviera la capacidad de conocer las formalidades preceptuadas por su ley nacional o es imposible de ajustarse a éstas por nula.-

Para testamento la regla *Locus regis actum* es opcional para el colombiano que se encuentra en el extranjero y quiera otorgar testamento con plena validez en nuestro

país y digo que es opcional, porque la persona puede escoger entre acomodarse a la ley local, o llamar ante funcionarios colombianos, o extranjeros de nación, amiga de Colombia, la ritualidades señaladas por el Código Colombiano.-

Segunda Forma: Testamento otorgado en el exterior con arreglo a la formula de la ley colombiana. Un colombiano que se encuentre en país extranjero puede testar siguiendo la forma de los testamentos solemnnes de la ley positiva colombiana, a condición de que se cumplan los requisitos siguientes:

- 1) Que el testador sea de nacionalidad colombiana o de un extranjero domiciliado en el país.-
- 2) Que sea autorizado por un Ministro diplomático de Colombia o de una nación amiga por un secretario de legación que tenga título de tal expedida por el Presidente de la República, o por un consul que tenga patente del mismo, pero no valdrá si el que lo autoriza es un vicio-consul. En el testamento se hará mención expresa del cargo y de los referidos títulos y patentas;
- 3) Que los testigos sean Colombianos o extranjeros domiciliados en la ciudad donde se otorga el testamento.

4) Que no observan las mismas formalidades del testamento solemne de la Ley Colombiana.-

5) Que el testamento que no haya sido otorgado ante un jefe de Legación, lleva el visto bueno de este jefe si lo hubiere;

6) Que el jefe de la Legación, si lo hubiere y si no directamente del consul, remita una copia del testamento abierto, o de la constatación del cerrado, al Ministro de Relaciones de la República y abonando éste la firma del jefe de la Legación la del consul, en su caso, pase la copia del notario del último domicilio del testador.

El instrumento debe llevar el sello de la Legación o consulado, donde se autorizó y si ante el jefe de Legación no fué otorgado el pie del testamento abierto o sobre la constatación del cerrado.-

Para la apertura del testamento cerrado otorgado en el extranjero, se sigue lo dispuesto por los arts. 927 a 932 del C.J., cuyas disposiciones son sustancialmente iguales a las de las leyes 84 de 1.910 que regían la notaría. El Código Judicial sencillamente sólo hizo cumplir el procedimiento.-

T. TESTAMENTO PRIVILEGIADOS.CAPITULO III

Este tema está regulado por el C.C. En los arts 1087, 1088, y 1089 que dicen:

Art. 1087: Son textualmente privilegiados:

- 1) El testamento verbal
- 2) El testamento Militar
- 3) El Testamento Marítimo.

ART 1088.- En los testamentos privilegiados podrá servir como testigo toda persona de sano juicio, hombre o mujer, mayor de 18 años, que vea, oiga y entienda al testador, y que no tenga la inhabilidad designada en el numeral 3 del art. 1068 del mismo Código. Se requerirá, además, para los testamentos privilegiados escritos, que los testigos sepan leer y escribir.-

Bastará la habilidad putativa con arreglo a lo previsto en el art. 1069 que a su tenor literal dice: Si algunas de las causas de inhabilidad, expresadas en el art. anterior no se manifiestare en el aspecto o con -

portación de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundando se la opinión contraria en hechos positivos y públicos no se invalidaría el testamento por la infertilidad real del testigo.-

Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno sólo de los testigos.

ARTICULO 1039: En los testamentos privilegiados el testador declarará expresamente que su intención es testar a las personas cuya presencia es necesaria dentro de tres días desde el principio hasta el fin; y el acto será continuo, o sólo interrumpido en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere.

No serán necesarias otras solemnidades que en la ley 1 o que en los arts. siguientes se expresen.-

Define el C.C. en su art. 1064. Al testamento privilegiado o más o menos solemnemente dictado que en los casos en que pueden omitirse algunas de las formalidades establecidas por consideración a circunstancias privilegiadas, determinadas expresamente por la ley.-

Los testamentos privilegiados no están sujetos a

todos los formulados presentados en lo general, pero las ordinarias. Don como yo se ha dicho entre las "órdenes eclesiásticas". Pero son siempre ordinarias, ni es de modo alguno consiguiente lo que significan que no sea lo contrario en ellas la última voluntad del depositario, visto que no dejan tener otra forma más simple que sea exacta.

En la ley según don Andrés Jilie la persona autorizada a ejercer los testamentos privilegiados es más que tan ordinarias como un difunto naturalmente lo permita, la uniformidad y la semejanza son las mejores condiciones de la memoria.

Entres mencionadas las testatorias privativas, quales como lo señala el art. 1087 son las siguientes: El Verbal, El Meritario y el Militar.

Don Andrés Jilie trató de lo al respecto figura mencionado siguiente como privilegiado en la siguiente nota del primer proyecto "No será considerado affidar al número de los testamentos privilegiados el sello gráfico reconocido por la Ley XV, art. V. lib. I. punto, del fuero Juzgo Porque en muchas veces hay errores que

apurados, dice la ley, que no darlo llamar los voluntarios prescritos; por tanto, si no fuere tal el deseo del testador, que no puedan haberse testigos por los que les haga como es su voluntad, según el orden legal, escriba de su propia mano, con la debida especificación todo lo que quisiere ordenar y lo que deseare que se dan sus bienes a cualesquier personas; y exprese esto el día y el año, pongo al fin de todo la escritura su firma. Paseemos que de tales las especies del testamento gallego, están en, en muchos casos, la más expedita y la menos expuesta a invenciones, valiendo sólo por el término de 90 días después de su firma. (En vez de los 50 días del fuero juzgo); de manera que, si el testador sobreviviere, tal tiempo caducará, según lo previsto en dicho fuero, en los otros testamentos privilegiados. Se da fe de que el testamento alégrafo es de uso corriente en Inglaterra y Francia como testamento solemne sin que se haya observado en aquellos países, que se preste más al fraude y a la falsificación que los otros. En el proyecto, o no ha procedido a la comisión no se comprendió el testamento alégrafo, ni con solemnidad ni como privilegiado, por haberlo hecho el Consejo de Estado en las diocesanes que se tuvie-

se tuvieren con el objeto de ventar ciertos trampas en la reforma de nuestras legislación o lo tocante a la sucesión por causa de muerte. Pero las razones que se alargan por los que lo impugnan no han producido a los otros una convicción completa.

1) Constituyen caso de excepción, pues a ello sólo se puede recurrir cuando el testador esté incapaz todo de ocurrir a las formas ordinarias; de acuerdo con esto su empleo no dependerá del capricho de los testadores, sino de algunos circunstancias especiales.-

2) Son siempre solemnes, pues si no se emplean las formalidades exigidas por la ley, carecen de toda validez.-

3) Tienen valor provisional; lo que quiere decir que si el testador fallece dentro de determinado plazo, el testamento tiene plena validez; y por el contrario, si falleciere, y desapareciese en las circunstancias que le motivaron, caducaría el testamento.-

Estos testamentos deben ser otorgados con ciertas solemnidades comunes a todos ellos como por ej: deben estar ante tres testigos.-

que se pueden servir, todos los personas mayores de 18 años que viven, estén y estiendan al testador, y que no den de lo que han sufrido condonación de 4 años de reclusión o más. Así lo dice el art. 1064 y tan sólo pide a los testigos la normalidad censorial y algunas necesidades para darse cuenta del acto testamentario; todos los demás personas son habiles. —

En los privilegiados escritos si se dispone que los testigos deben leer y escribir bien dentro de un aburto ordinario se permite la concurrencia de dos analfabetos; además en los cerrados privilegiados, que son escritos todos cinco testigos han de saber leer y escribir y en los cerrados ordinarios se admiran tres que no sepan. Seguidamente entramos a estudiar las tres clases de testamentos privilegiados aceptado por la ley. —

TESTAMENTO VERBAL.

Lo concerniente a esta clase de testamento lo consagra nuestro Código Civil en los arts. 1090, 1091, 1092, 1093, 1094, 1095, 1096, 1097. —

Estos arts. son muy claros sobre el tema haciéndole fijar

que lo transcribimos a estos apuntes para facilitar su lectura y comprensión.

A. / 1690: "El testamento verbal quedó reconocido por el testador en lo básico." - Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de julio de 1.954 dice: "Es excesivamente rigurosa y exegética la tesis de que un testamento válido no puede imponerse en verbal. Los que deben establecer con claridad es que se entiende por componer un testamento abierto. Porque si el testador dicta al notario, o en presencia de los testigos, sus disposiciones y en sufragio propio; y si se les entrega escrita y al lessor el notario y ante él firman, ello no impide por otra cosa que sea la intención del testador, ni la voluntad, ni la plena, ni la finalidad del testamento, cumplida por la muerte. Esta conclusión no está prevista por la ley. Pero la lógica pone que lo que solamente comprende los testigos solamente, y el más primordial de la ley, es el de garantizar a los hombres su libertad, lo que no cuando se trate de que por un cambio formado de formas que no alteran ni la voluntad de testar, ni las declaraciones y disposiciones de última voluntad, expresadas de manera ciertas, ni la intención real de los testigos. La Corte admisiva

104

La conversión en sentencia de 6 de Octubre de 1.955.-

En el libro Corte sostiene que siendo así que quitar los
privilegios puede atacar el tratamiento verbal, la importancia
que se da a vos tendría, de prende diversos conceptos. De infarto,
de golpe para morir, de infracción de la ley relativa a las
exenciones de imposición de formalidades, y de falsedad y en
el caso a los medios de prueba, no se excluyen ninguno. No-
nó si la regla general, así se trate de la testimonial pro-
cedimiento de los testigos instrumentales.-

A.P. 1091.- En el testamento verbal el testador hace la
vista vos sus declaraciones y disposiciones, de acuerdo a lo
que les leen, oyen y entienden.-

A.P. 1092.- El testamento verbal no tendrá lugar "si lo que
ocurra de peligro o en momentos de la vida del testador no
parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solen-
tido.-

Al respecto dice la Corte: Pues que se guarda te dar ver
balmente, la ley Colombiana no requiere que el peligro in-
minente en que se haga al testador de perder la vida no sea
de un ataque o accidente súbito; cosa lo que se tratar
de la autorizada en casos de enfermedad muy grave que colo-
ca al paciente en peligro inminente de muerte, de tal mod-
o que parezca que no hay modo ni tiempo de otorgar testa-

DEPARTAMENTO DE
BIBLIOTECA
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

Foto. No 101

105

1.º) Punto solemne, Do los arts. 1092 y 1094 del C.C.
2.º) Asimismo que el conocimiento sobre la imminencia del juicio de muerte es de conocencia o parecer, no un conocimiento antugorioso o impracticable.-

Art. 1093.- El testamento verbal no tendrá valor alguno si el testador falleciese después de los 30 días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido en su vida hubiere puesto por escrito el testamento, con las facultades que van a expresarme, dentro de los 30 días siguientes al de la muerte.-

Sobre este punto la Corte ha dicho que: Para libar la ciudadad un testamento verbal, sino se pone por escrito dentro de los 30 días siguientes al de la muerte el testador, hasta que dentro de ese término declare sus testamentos escritos tales ante el juez competente, no en los puntos y la forma prevista en los arts. 1094 y 1096 del C.C. Hijo tiene por objeto evitar la infinidad de los recuerdos de los declarantes por el transcurso del tiempo, porque el testamento verbal está en esencia como establecido por las disposiciones del testador allí donde vivió y puesta por escrito bajo la declaración de los 3 instrumentos que lo vieran jurada y entendida.-

Act. 1094:

Para probar el testamento verbal por escrito, el Juez del Circuito en que se fuere otorgado, indicará de cualquier personas que pueda tener interés en la sucesión y con citación de los demás interesados, reunidos en el mismo Circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos informales, y a todos las otras personas cuyo testimonio se pareciese condicente a establecer los puntos siguientes:

- 1) El nombre, apellido del testador, el lugar de su nacimiento, la nación a la pertenencia, su edad y la circunstancia que hicieron creer que se hallaba en peligro inminente;
- 2) El nombre, apellido de los testigos informales, y el lugar de su domicilio;
- 3) El lugar, día, mes y año del otorgamiento.

La citación de los interesados a que se refiere el art. 1094 del C.C., no deben entenderse en el sentido de que el Juez sea de interesados distintos de los que aparezcan como tales en la documentación que se le presente y en las declaraciones que se le rindan, y por lo que se refiera a las personas que promueva esas diligencias no pueda exigirsele tampoco que formule el alcance de todos los posibles interesados como acreedores, herederos abintestato, etc., del difunto, con indicación de los datos necesarios para su citación judicial. La naturaleza y fines inmediatos de esas diligencias se oponen a interpretar con semejante alcance la orden de citación que habla el art. 1094 del C.C. y al propio tiempo autorizan e condicionan a conceptuar que esa situación no lleva en si el carácter de solemnidad.

El objeto del art. 1094 del C.C. es que el juez se conforme de que una forma privilegiada de testar estuvo autorizada o fué procedente; de suerte que si en un proceso aparecen comprobadas suficientemente esas circunstancias no valdrá como objeción al hecho de que al recibir las da-

claraciones de dos testigos, instrumentales no se hubiera dejado constancia expresa al respecto según la
sentencia del 26 de Junio de 1.940.-

Por otra parte Fermín do
Vales, en su obra de Derecho Civil, refiriéndose al
testamento verbal dice: "El juez no debe declarar co
mo disposición testamentaria sino las que claramente
se comprendan y respecto de las cuales este conforme
los tres testigos instrumentales. Así es que disposi
ciones que no se entiendan, o que un testigo diga de
un modo y otro de otro no será disposición testamentaria.
Si los testigos no están de acuerdo en nada, lo
que puede hacer proclamar mala fe entonces no habrá
testamento porque no se sabrá con seguridad cual es".

La citación de los residen
tes en el mismo circuito que puedan tener interés en la
sucesión exigida por el art. 1094 del C.C. para que fues
ra reglamente ponarse por escrito un testamento verbal,
no tiene ni puede tener el carácter de una solemnidad,
terminos de que su omisión conduzca a la invalidez del
testamento.-

Se trata de una norma en cuya ejecución o cumplimiento no se haya comprometido el orden público, la moral ni las buenas costumbres, colocadas circunstancialmente y secundariamente, como simple fórmula de procedimiento dentro del contenido del art. 1094, y que, por tales razones, no puede estimarse como subordinada a la sanción de iny়lides de que trata el art. 1093. Fuera de los posibles interesados en residentes en los mismos circuitos de que habla la disposición, no es improbable que existan otros en circuitos distintos con interés muchas veces mayor, para quienes sin embargo no resulta aplicable tal ordenamiento, y siendo ello así, no se justificaría que el requisito de la citación tuviera el carácter de una forma sustancial, aplicable sólo respecto de los primores, y no de los segundos quienes por lo tanto quedarían colocondos de derecho en una situación de inaceptable desigualdad política frente a la actuación.

ART. 1095:

Los testigos instrumentales depondrán sobre los puntos siguientes:

- 1) Si el testador aparecía estar en su sane juicio;
- 2) Si manifestó la intención de testar ante ellos;
- 3) Sus declaraciones y disposiciones testamentarias.

De lo indicado en los arts. 1094 y 109 del C.C. se desprende que en el acto del testamento verbal pueden existir dos clases de testigos: Los que comparecen o son llamados a solemnizar el testamento, que el legislador llama testigos instrumentales, y las otras personas que estuvieron también presentes en el momento del otorgamiento; por cualquier circunstancia, y a tal punto el juez puede llamar a testificar cuando lo estime necesario, para esclarecer alguno o algunos de los puntos atrás enumerados. Estas últimas personas son llamadas por los autores testigos ilustrativos o figurativos.

ART. 1096:

La información de que hablan los arts. precedentes será remitida al último domicilio, si no lo fuere al que ha recibido la información; Y el juez, si encontrarán que han observado la solemnidad prescrita y que en la información aparece claramente la última

111

voluntad del testador, fallará según dicha información, el testador ha hecho las declaraciones y disposiciones siguientes (expresándolas); y mandará que valgan dichas declaraciones y disposiciones como testamento del difunto y que se protocolice como tal su decreto.-

No se mirarán como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieron conformes.-

Los arts. 1094 y 109 del C.C. hablan de testigos instrumentales, y el 1096 de los testigos que asistieron por vía de solemnidad al otorgamiento. Aunque a tales testigos los lleva a declarar el 1095 sobre los puntos expresados en él, y a los demás testigos sobre lo señalado en el 1094, si al juez le pareciere.-

Lo primero que se observa es que ningún texto le imponen al testador la obligación de escoger, nombrar o nombrar especial y expresamente a quien haya de presenciar el acto testamentario. La naturaleza del testamento verbal y la necesidad que trata de atender, co-

112

no las incidencias que pueden ocurrir en su otorgamiento, no son para quien se haya en imposibilidad de oír su testamento más solemnre por considerar que no tiene tiempo o modo lo hacerlo, se cuide de investir a determinadas personas del papel de testigos según competencia de la Costa de 14 de Julio de 1.914.-

D. ANT. 2097:

El testamento consignado en el decreto judicial, protocolizado, podrá ser impugnado de la misma manera que cualquier otro documento auténtico.-

Resumiendo los arts. anteriores, podemos decir que esta clase de testamento no tiene lugar sino en caso deextrême peligro a la vida del testador y que como lo tanto no habrá tiempo de otorgar testamento escrito, se dice, el testamento verbal sólo tiene validez en situaciones de peligro inminente para el testador y a no sea posible llenar las fórmulas ordinarias.-

Este testamento no requiere escrito alguno para su otorgamiento y debe otorgarse ante tres testigos, y ante ellos al testador debe hacer de viva voz sus declaraciones y disposiciones de manera que todos lo vean si-

gan y entiendan. Consiste pues esta clase de testamento declaración. Los testigos deben ser las mismas personas desde el principio hasta el fin.

Como debe existir peligro inminente de muerte del testador es valido el testamento aún cuando haya nacido en el lugar donde fue otorgado y esto se halle a esa hora en su despacho; sólo es necesario que el testador conserve el, pleno uso de sus facultades mentales.-

Como el testamento verbal tiene validez en las situaciones de peligro caída en 30 días tiempo establecido por la lei si el testador muriere después de ese tiempo pues se considera que esos 30 días se ha podido otorgar testamento solamente. Sobre este procedimiento hay excepción, si siquiera alegando que el testador perdió las facultades mentales minutos después de haber otorgado testamento y que por lo tanto le fue imposible otorgar testamento solamente.-

Caduca también el testamento cuando a pesar de morir al testador en el lapso comprendido los 30 días siguientes al otorgamiento del testamento, este no se ha

hubiere puesto por escrito y con el lleno de las formalidades exigidas,.- El Código regula la manera de poner por escrito el testamento, que es acudiendo al juez del Circuito del lugar donde se hubiere otorgado, para que con citación de los demás interesados residentes en el circuito, reciban las declaraciones de los testigos. Estos tendrían necesidad de esclarecer si el testador en encontraba en juicio, la voluntad de testar por parte del otorgante y expondrían a continuación las disposiciones.- Una vez reciba el juez tales informaciones, sería remitidas al juzgado del circuito del último domicilio del testador que es el competente para conocer de la sucesión, será encargado de afirmar si se llenaron o no las formalidades del caso, y si se cumplieron, no durá tener por testamento aquellas declaraciones.-

ARTICULO III.

El testimonio impunito fue la
única peculiaridad que podían otorgar los militares los ciu-
dadanos en tiempo de guerra, encaminado para do-
minar el ejército rumido, que desengañaba
a todos los ciudadanos. Yo fui en un principio formula-
do privilegio exclusivo de los militares, pero sucedió
que tanto los soldados integraron un círculo dis-
tinto de la nación. El resultado que los regimientos en
mucha extensión militar, se aplicó en la falta
de dirección de los soldados para los ejercicios, la
propaganda y repetición.

El Ejército español también dotó
un testimonio especial para los militares que podían ha-
cerlo de palabra, ante dos testigos o por escrito, no
de lo que la ley de la novicia recopilación, lo que per-
mitió que los militares tenían privilegios diferen-
tes una cuando no se hallaran en campaña.

La ley Colombiana admite al ejér-
cito Militar, sino el tiempo de guerra, y no como pri-

vista 10 a la costa ilícito, pero si entendiendo a uno
o imposible y muy difícil llenar sus tipos ordinarios.

Art. 3. 1.100 Hija cielo quando acuerde al testamento
militar, que en su expedición de Gobernación este en un
caso o causa en donde el enemigo, o el guerricidio
de la plaza sitiada y no accesible a los individuos de
los ejércitos, a los voluntarios, rehenes y prisioneros, y a
los funcionarios que acompañan y sirven a cada uno de los
mismos. Pero si las circunstancias indicada, no
diesen a los militares de privilegio alguno para otorgar
el testamento. La razón es evidente, si los soldados
quieren por el deber o costumbre no son necesarios para
la ejecución del testamento, no deben exigirles pa-
ra ello ningún permiso; y si por el contrario, hay
necesidad de que se lo complace, sin ellos las últimas voluntades
no se hacen ninguna favor a los militares, en derriga-
da de la libertad de testar de diferente modo que a los demás
civiles. Según lo expresado por Bello el art. 35 del
mismo proyecto.

El funcionario que recibe la nota en

o en Militar, o un Capitán o cualquier otro de grado superior al de Capitán, o un intendente del Ejército Común o auditor de guerra. Estos nombres pueden variar, pero lo fundamental es que la categoría del funcionario sea la de dicho empleado. Y aún en caso de estar enfermo el testador, puede autorizar el testamento al Capellán, al Médico o al Cirujano, y si estuviere en desacato, al que lo nombre siempre son de grado inferior al de Capitán.-

Las solemnidades, además de las explicadas concernientes a todos los privilegios sobre la firma del testador, o mención de que no sabe o no puede y la del solo de la firma del testador, o mención de que no sabe o no puede y la del funcionario y los testigos. Los testigos deben ser en número de tres, pues no hay razón para exigir un mayor número que en el abierto ordinario, aunque el testador guarde silencio.-

El testamento Militar caduca si el testador sobrevive 90 días a aquél en que hubieron cesado las circunstancias que lo habilitaron para testar militarmente; si antes falleciere, su testamento valdrá con-

No otorgado en la forma ordinaria.-Otras ritualidades no son más, posteriormente al otorgamiento, destinadas a restringir el importe, y no son indispensables para que puedan producir efectos. No es exacta la afirmación del art. 1102, de que otras ritualidades son necesarias para que valgan; porque son meros requisitos Ad Propositum. El privilegio militar puede ser también corrido.-

La solemnidad con las indicadas en el art. 1080, siendo reemplazado el notario por el Capitán u oficial de grado superior, o por el Comisario o auditor general. Los testigos serán cinco debiendo saber todos leer y escribir, aunque no estén dispuestos sino los que nombre el art. 1080.

TESTAMENTO MARITIMO.

Se autoriza este testamento unido a bordo de un barco Colombiano de guerra en combate y pueden hacer uso de este formulo testar, no solo la oficialidad y tripulación, sino tambien cualquier otra persona que se halleren a bordo del buque.

119

Se puede otorgar testamento nuncupativo o escrito,
cumpliendo las respectivas formalidades.- El testamento
será recibido por el Comandante o por su segundo.-

El testamento marítimo no valdrá sino cuando el con-
dutor hubiere fallecido antes de desembarcar, o en los
90 días siguientes al desembarco.-

En los buques bajo bandera colombiana solo podrá too-
gar nuncupativamente, si el testador no supiere o no pu-
diere firmar, se expusará esta circunstancia en el tes-
tamento.

Se extenderá un duplicado del testamento con los
mismos firmas que el original.-

El testamento se guardará entre los papeles más
importantes de la nave, y se dará noticia de su otorga-
miento en el Diario de la nave.-

Si el buque estuviera de volver a Colombia arrinconado
en puerto extranjero en que haya un agente diplomático
colombiano, el Comandante entregará a este Agente, en ejer-
cicio del testamento, exigiendo recibo y poniendo nota de -

cllo en el diario, o fin de que pueden surtirse los efectos y requisitos exigidos por la ley para tal fin.-

El que puede otorgar testamento Militar o marítimo, también puede, si está en peligro inminente acogerse al mancaputivo o verbal. En buques mercantes Colombianos no se autoriza este testamento, restricción que no tiene fundamento visible.-

El verbal Militar, o Marítimo tiene los mismos o similares de fuerza que al ver al común, la diferencia consiste en que la información de que tratan los arts 1094 y 1095 la recibe el auditor de guerra o quien lo sea cada vezca o el comandante o el segundo del barco en guerra, según sea el caso. Tampoco existe el término dentro de 30 días siguientes a la muerte para hacerlo por escrito. Este término está sustituido por el de prudencial extensión: "Lo más pronto posible" y endice el testamento si el testador sobrevive al político que autorizó el otorgamiento.-

Esto son las conclusiones que podemos sacar de lo que el Código Civil que reglamentan sobre estas clases de documentos.-

121

BIBLIOGRAFIA:

=====

SUCESIONES: FERNANDO CARRICZA PABDO

SUCESIONES: ARTURO VALENCIA ZEA

CODIGO CIVIL COLOMBIANO

SAGRADA BIBLIA

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

INTRODUCCION AL DERECHO DE LA SUCESION HEREDITARIA (ENRIQUE MARTINEZ
PAZ).

DERECHO DE FAMILIA (MANUEL SOMAERIVA)

DERECHO ROMANO.

122

CONCLUSIONES

Resumo, que la actual reglamentación de la SUCESIÓN TESTAMENTARIA dispuesta en el Código Civil vigente es correcta y completa.-

Es correcta, por estar sujetada a los principios modernos, expuestos por los tratadistas de la materia, como en la base firme del Derecho Romano.-

Y completa, por cuanto su reglamentación no deja vacíos, ni lagunas que sean fuente de problemas o dudas insolubles...
P

Por ésto debe mantenerse ésta reglamentación hasta que permanezcan las circunstancias económicas y políticas existentes al momento.-